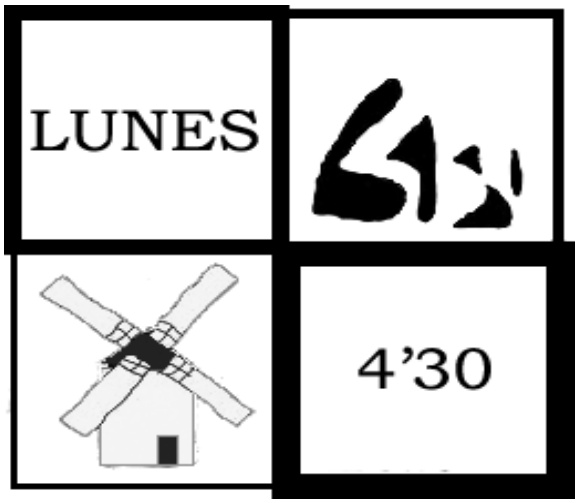
LUNES 4,30

Revista de asuntos registrales

Año XXIII - Núm. 487 - diciembre, 2010



diciembre2010 **Nº487**

Sumario

02 **Nota del Coordinador**

03 **Resoluciones**
por ***Silvino Navarro, Francisco Molina y María Soriano***.

18 **Sentencias**
por ***Alicia Mª de la Rúa***.

37 **Concurso de Artículos**
"La declaración de interés comunitario y el Registro de la Propiedad. ¿hacia un nuevo catálogo de derechos reales de corte ambiental?"
por ***Joaquín Sarrión Esteve.***

44 **Apuntes Prácticos**
"Mandamiento de embargo de la aeat autenticado con el código seguro de verificación."
por ***Pedro Fandos Pons.***

54 **Reseña Legislativa**
BOE-DOGV 1-30 de noviembre 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
Víctor J. Prado Gascó
Mercedes Ríos Peset
Jorge Romero Cadalso
Ana María Sabater Mataix
Christian Sendín Martín
Miguel Soria López
Maria Soriano Bayot
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

Nota del coordinador

Pedro Fandos Pons

El Consejo de Redacción de la Revista en la sesión extraordinaria celebrada el 11 de Noviembre de 2010 ha decidido elegir como finalistas los siguientes artículos:

LA MODERNIZACIÓN FORAL DEL DERECHO DE SUCESIONES: LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA Y EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

de Diego Vigil de Quiñones Otero

A PROPÓSITO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE DOCUMENTOS NOTARIALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA NACIONAL Y EUROPEA

de Joaquín Sarrión

Resultando como GANADOR, el segundo de ellos, obra de Joaquín Sarrión.

Pedro Fandos Pons
Coordinador General

por Silvino Navarro, Francisco Molina y María Soriano. Registradores de la Propiedad

RDGRN 16 de junio 2010
(BOE 09/08/2010)

Convenio regulador. Pareja de hecho. Disolución comunidad ordinaria

La DGRN confirma la nota de calificación del registrador en la que denegaba la inscripción del testimonio de la sentencia que aprobaba el convenio regulador de las medidas paterno filiales de una pareja de hecho que adjudicaba el considerado domicilio familiar adquirido por mitades indivisas a uno de los litigantes. El registrador exige documento público, ya que las alternativas suministradas por el art 3 LH no quedan al arbitrio del interesado sino que deberán constar en la escritura pública, ejecutoria o documento auténtico legalmente adecuado al acto o contrato que se pretenda inscribir. También considera que la sentencia solo aprueba el convenio en lo referido a las medidas paterno filiales entre las que no se encuentra la disolución de comunidad ordinaria.

La DGRN, aludiendo a la Resolución de 22 de marzo de 2010, añade que aunque la sentencia aprobara un convenio ordinario de liquidación de régimen económico matrimonial con extinción de condominio formado en ausencia o al margen de cualquier régimen matrimonial tampoco sería inscribible. Esto se excepciona si se tratara de un bien adquirido en condominio constante el régimen de separación de bienes o incluso de intercambio de bienes privativos siempre que se trate de negocios complejos relacionados con la liquidación de la sociedad de gananciales. En relación a esta última opción, no permite la DGRN que los negocios que tengan su propia significación independiente de la liquidación del régimen económico matrimonial sean inscribibles mediante convenio regulador aprobado judicialmente.

Silvino Navarro

RDGRN 18 de junio 2010
(BOE 09/08/2010)

Propiedad horizontal. Estatutos. Cambio uso. Calificación registral

La DGRN confirma la nota de calificación del registrador que suspende la inscripción del cambio de uso de uno de los elementos privativos y de la obra de modificación de la

fachada por constar en los estatutos de la propiedad horizontal a la que pertenece dicho departamento la imposibilidad de alterar el uso o la fachada. Los estatutos delimitan el contenido del derecho constituido por la propiedad horizontal. La posibilidad de vulnerarlos por uno de los miembros de la propiedad horizontal supondría un perjuicio a los restantes componentes de la comunidad. Añade la DGRN que la calificación del registrador no aparece vinculada por ninguna calificación anterior sea ajena o incluso propia.

Silvino Navarro

RDGRN 19 de junio 2010 (BOE 09/08/2010)

Rectificación del registro. Sociedad de gananciales. Legitimación pasiva

El registrador deniega la rectificación de una inscripción de compraventa de unas fincas rústicas adquiridas por una persona para su sociedad de gananciales. Dicha persona pretende rectificar el asiento para que queden los bienes inscritos a su favor con carácter privativo porque cuando se produjo dicha adquisición su régimen económico matrimonial era el de separación de bienes. Esto lo pretende hacer mediante acta notarial unilateral otorgada por él mismo acompañada de documentos que solo acreditan su vecindad civil. La DGRN indica que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

La rectificación de los mismos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. Parece claro que no se trata ni de un error de concepto ni material. Se trata más bien de un error en el título que motivó el asiento y por tanto resulta aplicable el art 40d) LH. La Dirección considera en su resolución de 4 de abril de 2006 el carácter de comunidad germánica de la sociedad de gananciales. También tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara expresamente que la demanda del artículo 40 in fine LH debe dirigirse en materia de bienes gananciales contra ambos cónyuges.

Finalmente la justificación de la vecindad civil del interesado mediante documentos fehacientes y auténticos no excluye la aplicación del art 40 LH. Las Resoluciones de 10 de septiembre de 2004 y de 13 septiembre de 2005 sí que permiten, a solicitud del interesado la rectificación cuando se refiere a hechos susceptibles de ser probados de modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos independientes de la voluntad de dichos interesados, pero en el presente caso solo se justifica su vecindad civil y no el régimen económico matrimonial al tiempo de la adquisición.

Silvino Navarro

RDGRN 17 de junio 2010
(BOE 09/08/2010)

Licencias urbanísticas. Silencio administrativo

La DGRN confirma la calificación del registrador que deniega la inscripción de una escritura pública de segregación por entender que las licencias urbanísticas no pueden entenderse concedidas por silencio administrativo cuando son contrarias al Ordenamiento Urbanístico. La DGRN se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 que vincula a los jueces, tribunales, DGRN, notarios y registradores.

Dicha sentencia, basándose en el artículo 43.2 de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, establece como regla general la admisión del silencio administrativo positivo con la salvedad de que otra norma con rango de ley establezca lo contrario. Esto aparece reiterado en el art 242.6 del TR de la Ley del Suelo de 1992 y ahora en el art 8.1b) del TR de la Ley del Suelo de 2008 que expresamente excepcionan dicha adquisición de licencias por silencio en contra de la ordenación territorial o urbanística.

En base a lo anterior la DGRN entiende que es posible el silencio administrativo positivo. También entiende que es el registrador el que debe resolver si esa licencia obtenida por silencio es o no conforme a la ordenación territorial o urbanística. Hace una llamada al art 19.4 del TRLS 2008 en el lado notarial y al art 79 RD 1093/97 para los registradores como medio de facilitar su cumplimiento. La DGRN coloca al registrador como sustituto de la administración municipal y ello pese a carecer de competencia jurídica, del mismo modo que no se entra a calificar el fondo de los documentos administrativos sino solo los aspectos formales y los trámites esenciales, y de competencia técnica, por ser ajenos a su cualificación profesional.

En esta materia también es de interés el art 250.3 del Decreto 305/2006 de la Generalitat de Catalunya que obliga al registrador a comunicar al ayuntamiento respectivo la operación de parcelación o de obra nueva sobre la base de licencias obtenidas por acto presunto con carácter previo a la inscripción.

Como cuestión previa la DGRN entiende que si bien es necesario cumplir la exigencia formal de calificación unitaria también debe cumplirse el principio de legalidad que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aunque sea de forma extemporánea.

Silvino Navarro

RDGRN 29 de julio 2010
(BOE 12/08/2010)

Publicidad formal. Registro mercantil. Interés. Protección de datos

La DGRN revoca la nota de calificación del registrador mercantil que deniega la expedición de certificaciones relativas a tres sociedades. El registrador entiende que la solicitante carecía de interés legítimo y que la amplitud de la información solicitada es incompatible con el obligado respeto a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. El primero de los defectos no puede ser confirmado ya que en el ámbito del Registro Mercantil se refuerza el principio general de publicidad que no exige la prueba del interés del solicitante, que se presume, tal y como afirma la DGRN en su Instrucción de 17 de febrero de 1998 con base en el art 23.1 CCo y 12 RRM. En dichos artículos habla de que el Registro Mercantil es público, pero a diferencia del Registro de la Propiedad sin exigencias adicionales.

En cuanto a la segunda objeción del Registrador parece claro que si bien los registradores mercantiles deben velar por el cumplimiento de las normas de protección de datos de carácter personal no cabe entender que la finalidad invocada en el presente caso relativa a la investigación jurídica de su patrimonio ganancial constituido durante su matrimonio y su aportación a un procedimiento judicial sea ajeno a la finalidad propia de la institución registral. La DGRN indica que, pese a ello, la información proporcionada debe excluir los datos sin relevancia patrimonial o jurídica ajena a la finalidad del registro.

La Resolución también hace un pequeño análisis sobre el principio general de publicidad. La Dirección indica que el contenido del registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan **interés** en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos. En el ámbito del Registro Mercantil el interés se presume como hemos dicho más arriba, pero no así en el ámbito del Registro de la Propiedad donde dicho interés se ha de justificar a satisfacción del registrador, que es quien ha de apreciar la legitimación del solicitante de la información.

Dicho interés ha de ser **directo,** o en caso contrario hay que acreditarlo salvo las excepciones previstas en el art 332.3 RH, **conocido**, es decir, acreditado o justificado salvo las autoridades o funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo, art 221.2 LH, y **legítimo,** en cuanto a no contrario a derecho. También debe de tratarse de un interés **patrimonial**, es decir, que el que solicita la información tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual el conocimiento del registro que solicita resulta relevante.

La manifestación de los datos registrales debe excluir los carentes de transcendencia jurídica, tal y como indica la Instrucción 29 de octubre de 1996. La información proporcionada ha de limitarse a los que sean necesarios para satisfacer el interés legítimo del solicitante, en definitiva ajustando la publicidad registral a la finalidad para la que está institucionalmente prevista. En este sentido hay que referirse a la Instrucción de 17 de febrero de 1998 que se ocupó de fijar dicha finalidad en los siguientes términos : “Se consideran, pues, finalidades de la institución registral la investigación jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica

(crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación,…), pero no la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro, de manera que el Registrador solo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos".

Para definir el objeto de la protección de datos personales la Dirección se apoya en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de noviembre de 2000 que aclaró que "no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales…

Por consiguiente también alcanza aquellos datos personales públicos que por el hecho de serlos, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así los garantiza su derecho a la protección de datos… sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra ídole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo".

El registrador ha de calificar no solo si procede expedir la publicidad formal sino también que datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral puede incluir. Hay que recordar en cualquier caso que la protección de datos personales solo afecta a personas físicas.

Silvino Navarro

RDGRN 14 de julio 2010 (BOE 20/09/2010)

Condición resolutoria. Caducidad

La DGRN confirma la calificación del registrador que exige para la cancelación de una condición resolutoria el transcurso de 16 años desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro. La parte recurrente entendía que se podía cancelar por el mero transcurso de 15 años. Art 82.5 LH art 1964 CC.

Silvino Navarro

RDGRN de 1 de octubre de 2010
(BOE 08/11/2010)

Hipoteca. Inversa. Alcance de la calificación: cláusulas financieras. Crédito

Se suspende la inscripción de una hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa, por una serie de defectos que a continuación se analizarán y que, en definitiva, ponen énfasis en la cuestión esencial del alcance de la función calificadora en realación con el derecho real de hipoteca, a la luz del vigente texto del artículo 12 LH, redactado por Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

La base del recurso descansa sobre el alcance e interpretación que deba darse al vigente art. 12 LH: o bien las causas de vencimiento y cláusulas financieras son inscribibles, previa calificación favorable, en tanto que, como configuradores del contenido del derecho real de hipoteca, tienen trascendencia real, o bien son objeto de mera transcripción, sin ninguna valoración por parte del Registrador, a menos que hubieran sido declaradas nulas por sentencia firme, o resulten contrarias a normas imperativas o prohibitivas redactadas en términos claros y concretos.

Sentadas estas dos tesis, la DG comienza por reconocer que la exposición de motivos de la Ley pretende sustraer a la calificación registral las causas de vencimiento anticipado y las cláusulas financieras de las hipotecas, en aras de una supuesta uniformidad. No obstante, añade, el art. 12 LH debe conectarse con al totalidad de la normativa sobre mercado de productos financieros, la de protección de consumidores - en especial el art. 18·1 de la Ley 2/2009 - y el Derecho Comunitario en estas materias. Y, más allá de esta normativa, lo cierto es que las cláusulas financieras y de vencimeinto anticipado van a ser la base, en su caso, para una ejecución de la garantía hipotecaria, y por tanto van a resultar oponibles frente a terceros, aunque sólo fuera por resultar contrario a los principios rectores de nuestro sistema registral el permitir el acceso a los Libros del Registro a unas cláusulas que no tienen esa eficacia erga omnes, ya que sería contrario a los arts 9 y 130 LH. Y es que, cualquiera que sea el valor que se les quisiera dar doctrinalmente, al estar contenidas en un asiento registral, las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria: la ejecución se va a basar en aquellos extremos del título que resulten incorporados al asiento registral, con independencia de su naturaleza.

De este modo, con una interpretación ponderada, y coordinada con la normativa de consumo, los imperativos comunitarios y la posibilidad de apertura a una ejecución hipotecaria, hay que concluir que no es posible una total exclusión de la calificación registral en relación a este tipo de clausulado, de modo que se podría rechazar el acceso a Registro, no solo de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme, sino también de aquellas cuyo carácter abusivo pueda apreciar el Registrador sin tener que valorar las circunstancias del caso, es decir, objetivamente abusivas. Cualquier interpretación contrapuesta a ésta conduciría a no predicar, respecto de las repetidas cláusulas, la presunción de validez del contenido de

los asientos, sin que haya base legal para ello, y, lo que es más, reduciría la intervención registral a un trámite, que no aporta ningún beneficio para los intereses del particular, y, por el contrario, le obliga a renunciar, por imperativo legal, a uno de los mecanismos de protección que le dispensa el sistema de seguridad jurídica preventiva.

En definitiva, excluir de la calificación registral las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado en las hipotecas privaría a los consumidores y usuarios de uno de los mecanismos de protección establecidos en la legislación interna española, y que es cauce para la efectividad de los derechos y garantias reconocidos en el Derecho Comunitario, y puede llegar a ser un obstáculo para el fomento del mercado hipotecario, que es uno de los objetivos específicos de la reforma de 2007.

Delimitado de este modo el alcance de la función calificadora respecto de las repetidas cláusulas, considera la DG, entrando ya en el terreno de los defectos concretos objeto de recurso, que no es necesario esperar al desarrollo previsto en los apartados 3 y 4 de la disposición adicional 1ª de la Ley 41/2007 para que la hipoteca inversa tenga plena efectividad y resulte, por tanto, inscribible: la ausencia de una regulación completa puede suplirse con al actividad creadora y calificadora de Notarios y Registradores.

La operación se concreta en la apertura de un crédito en cuenta corriente, de hasta 171000 €, de los que dispone el acreditado, en cuanto a 4700 € en concepto de comisión de apertura, y en cuanto a 60000 € en el de primera disposición, por lo que entiende el Registrador que queda un importe acreditado pero no disponible, que considera que no es susceptible de garantía. Recuerda, sin embargo, la DG, que en el crédito, simple o instrumentalizado con la apertura de una cuenta corriente, no hay una entrega de capital, sino una puesta a disposición, y que en el caso calificado sí hay una disponibilidad sobre la totalidad del capital acreditado: las especialidades de la hipoteca inversa, en cuanto a devengo de intereses ordinarios, unido a la aleatoriedad del vencimiento del crédito, hace necesario articular la operación como cuenta corriente, englobando en el saldo final las diversas partidas, de capital e intereses.

Como no es cierta la fecha de vencimiento final del crédito, ha de permitirse la capitalización de los intereses ordinarios devengados, máximo cuando, en la hipoteca inversa, los intereses no son pagaderos hasta el fallecimiento del acreditado, no pudiendo ser reclamados por separado hasta entonces. Cierto que el principio de especialidad exige la determinación separada de la responsabilidad por capital e intereses, pero tal principio ha de quedar matizado en el caso del crédito en cuenta corriente, y más si se trata de una hipoteca inversa, de manera que los intereses devengados puedan, bien contabilizarse como una partida de adeudo en la cuenta, no exigibe autónomamente, bien como un crédito independiente, aunque accesorio del principal, con exigibilidad autónoma.

Pero incluso en el primer caso, el acreedor sólo hará ese adeudo en la cuenta, en la medida en que exista un saldo disponible que lo permita, ya que sólo concede crédito, y sólo asienta partidas de cargo, haste el límite convenido, y eso es rpecisamente lo que ocurre en el caso calificado, tanto para los intereses, como para las comisiones y gastos. Pero es que, en rigor, no se puede hablar siquiera de una capitalización de los intereses devengados, en tanto

que no van a ser exigibles hasta el vencimiento final del crédito: se cargarán en la cuenta, pero no se exigirá su pago, ni, por tanto, habrá intereses devengados y no pagados sobre los que girar nuevos intereses.

Esto enlaza con el defecto invocado por el Registrador de la contravención de la exigencia de expresar una cifrra máxima de responsabiliadd por intereses, ni el número de años a que se extiende esa garantía. Pero entiende la DG que en este tipo de hipotecas, tal exigencia redunda en un excesivo formalismo: el límite de 5 años del art. 114 LH no es aplicable a las mismas, de modo que, en principio, la garantía sólo afectaría a terceros en cuanto a los intereses de dos años y parte vencida de la anualidad corriente, pero como se ha dicho, en estos supuestos existen intereses devengados, pero no exigibles hasta el vencimeinto final del crédito. Si, como ocurre en este supuesto, se pacta que el saldo final de la operación resultará de la suma del total de aprtidas de abono y cargo, entre las cuales se cuentan los intereses devengados durante la vigencia del crédito y que no serán exigibles hasts cumplidos 12 meses desde el fallecimiento del acreditado, existirá un pacto expreso, contrario a la aplicación del límite legal de los dos años y parte vencida del corriente.

La DG, por el contrario, desestima el recurso en cuanto a la suspensión de la inscripción de las cláusulas que prohiben al deudor vender, gravar o arrendar la finca, y determinan para tales casos el vencimeinto anticipado del crédito, en tanto que contrarias a normas imperativas - 27 y 107·3 LH - y válidas, tal vez, únicamente como obligaciones de no hacer, que, como tales, no han de tener acceso al Registro.

En cuanto a la venta, la Ley sí permite tal tipo de pacto, en relación a la hipoteca inversa, pero siempre que el deudor tenga la facultad de sustituir la garantía de manera suficiente, y no siendo extensivo ni al gravamen ni al arrendamiento. Y sólo si el arrendamiento no quedara purgado por la ejecución hipotecaria - 661, 675, 681 LEC - sería válido configurarlo como causa de vencimiento anticipado, siendo, por el contrario, abusivas las cláusulas que determinen el vencimiento por arrendamiento de vivienda excluido de purga - art 13 LAU - debiendo concretarse además un baremo que corrija el minuvalor de la finca ocasionado por el gravamen arrendaticio - atrs 14 y 18 LAU, 10 bis y DA 1ª Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Igualmente se confirma la nota en cuanto a la posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura: resulta desproporcionado atribuir igual efecto resolutorio a cualquier incumplimiento, y es contrario a la esencia de la propia figura de la hipoteca inversa, en la que la deuda sólo es exigible y la garantía ejecutable cuando fallezca el acreditado o el último de los beneficiarios, o en los supuestos de transmisión de la finca si no se sustituye suficientemente la garantía.

Para la DG son inscribibles las referencias a comisiones, gastos, impuestos y primas de seguro distintos a los vinculados a la ejecución de hipoteca, pese no estar garantizados separadamente.de los gastos de ejecución, por ser estipulaciones finanacieras de las que no se ha invocado que sean nulas, excepto por lo que se refiere a las comisiones de cancelación o amortización anticipada, en cuanto exceden de lo dispuesto en arts 7 a 9 de la Ley 41/2007.

Finalmente, señala la DG que no puede el Registrador hacer una valoración general sobre la oscuridad o discrecionalidad para el acreedor de la redacción del título, lo que implicaría la nulidad conforme al art. 81 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, como cláusulas abusivas, sin concretar las cláusulas a que se refiere y las razones para ello, ni puede considerarse defecto la falta de traducción de la oferta vinculante, formulada en inglés, en tanto que es un documento preparatorio que no forma parte del contrato o acto inscribible, por más que se incorpore al título. Y no es ha de ser objeto de calificación, como pacto personal, no fnanciero, que no afecta al contenido del derecho inscribible, la cláusula de apoderamiento.

Fco Molina

RDGRN de 4 de noviembre de 2010 (BOE 22/11/10)

Anotación preventiva de embargo sobre bienes privativos por confesión

Se presenta mandamiento ordenando anotación preventiva de embargo en procedimiento seguido contra uno de los cónyuges y notificado al otro, estando los bienes embargados inscritos como privativos por confesión del cónuge no demandado.

La Registradora suspende la inscripción por no aparecer la finca inscrita a nombre del deudor y no haberse dirigido la demanda contra el titular registral.

La Dirección General desestima el recurso y confirma la calificación de la Registradora, entendiendo que no basta la mera notificación al cónyuge titular para embargar bienes privativos por confesión en procedimiento seguido contra deudas del confesante, sino que es necesario demandar a ambos cónyuges, dirigiendo contra ambos pretensiones distitnas, tal y como permite el art. 538.2.3 LEC, y resulta del art. 144.2 RH.

María Soriano

RDGRN de 15 de noviembre de 2010 (BOE 22/11/10)

Sociedad anónima: Estatutos: Inadmisión de determinadas cláusulas estatuatarias

Se presenta en el Registro Mercantil escritura de constitución de sociedad anónima.

El Registrador deniega parcialmente la inscripción en cuanto a determinadas cláusulas estatuarias.

La Dirección General estima parcialmente el recurso y resuelve:

La cláusula que incluye en el objeto social *«la realización de cualesquiera actividades directamente complementarias de las anteriores»*, debe admitirse, ya que no es contraria al principio de determinación del objeto social consagrado en el art. 117.3, como entiende el Registrador, pues entiende la Dirección Generl que la previa y precisa delimitación de las actividades principales evita todo riesgo de inducir a terceros a error sobre el objeto social.

La cláusula que incluye en el objeto social «los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él» debe rechazarse pues es contraria a la prohibición contenida en el artículo 117.2 de que en el objeto social se incluyan «los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él.

No puede admitirse la previsión *de nombramientos de consejeros por la junta sin sistema proporcional*, pues es contraria a la norma de sistema proporcional en la elección de los miembros del consejo de administración, establecido en el art. 137 LSA (hoy art. 243 RDLeg. 1/02.07.2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

La cláusula por la que se prevé la *disolución de la sociedad sin acuerdo de la Junta*, por ser contraria a las normas imperativas del art. 262 LSA [hoy art. 105 RDLeg. 1/2010], del que resulta que la disolución de la sociedad requiere en tales casos acuerdo de la junta general o, en su defecto, resolución judicial.

Y se rechaza la cláusula por la que se prevé *la liquidación de la sociedad sin respetar el orden legal de pago*, por ser contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal contemplado en el art. 1911 C.c. y al art. 277.2.1 LSA [hoy art. 120 RDLeg. 1/2010], que prohíbe a los liquidadores repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos».

María Soriano

RDGRN de 16 de noviembre de 2010 (BOE 22/11/10)

Calificación registral: Notificación por fax. Calificación de errores intrascendentes

Se presenta en el Registro Mercantil una escritura de apoderamiento en la que una sociedad limitada confirió poderes a las siete personas que en dicha escritura se relacionan.

El Registrador suspende la inscripción por error en el domicilio de los apoderados entendiendo que existe contradicción en la circunstancia exigida por el artículo 38.1.5 del Reglamento del Registro Mercantil

Como cuestión formal previa, plantea el Notario recurrente que no ha recibido en forma la notificación de la calificación registral, mientras que el Registrador señala que ha realizado dicha notificación mediante telefax. La Dirección General reitera su doctrina de que el telefax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa, ya que este medio no comporta las garantías que exige el artículo 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que la calificación registral sólo puede notificarse por fax a quienes hayan aceptado este medio. No obstante, en el presente caso, el hecho de que el Notario reconozca que el contenido de la calificación ha llegado a su conocimiento, como lo demuestran, además, los términos en que ha interpuesto el recurso, tiene como consecuencia que el posible defecto formal en que se hubiera incurrido hubiera quedado sanado, conforme al artículo 58.3 de la Ley 30/1992.

Por lo que se reifere al fondo del asunto, la Dirección General estima el recurso por entender que no existe contradicción en la consignación del domicilio de los apoderados, sino un simple error material, además irrelevante, ya que del conjunto del documento no cabe duda razonable acerca de cual es el dato erróneo y cuál el correcto, no justificando este error material la paralización del tráfico jurídico.

María Soriano

RDGRN de 18 de noviembre de 2010 (BOE 22/11/2010)

Calificación registral*:* La identificación notarial del compareciente está amparada por una presunción legal

Se presenta en el Registro una escritura de cesión en pago, el Notario, al referirse a la escritura de compraventa que sirve de título adquisitivo de los cedentes, añade que «*en dicha escritura Don X intervino bajo su anterior nacionalidad ecuatoriana…, con Tarjeta de Residencia y Trabajo y N.I.E. número X-…-A, habiendo obtenido recientemente la nacionalidad española y adquirido el D.N.I./N.I.F. número …-B, lo cual acredita con certificación literal del Registro Civil de Valencia, testimonio del cual incorporo a la presente*».

La Registradora suspende la inscripción por entender que la identificación del cedente que el Notario hace en el documento no se aprecia la correspondencia del mismo con la que figura como titular en el Registro de la Propiedad.

La Dirección General estima el recurso pues dice que en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al Notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (art. 23 LN); el Registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los

efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe pública registral (cfr. arts. 9.4 y 18 LH, y 51.9 RH). Y que «el juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al Notario, queda amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial; por ello, el Registrador no puede revisar en su calificación ese juicio».

María Soriano

RDRN de 19 de noviembre de 2010 (BOE 22/11/2010)

Inmatriculación: La aportación a la sociedad conyugal como título inmatriculador

Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de aportación a sociedad de gananciales de una finca no inmatriculada complementado con acta de notoriedad.

La Registradora suspende la inscripción por entender que el título de aportación a la sociedad de gananciales carece de aptitud para ser un título traslativo y por tanto inmatriculador de los que exige el artículo 205 de la Ley Hiptoecaria.

La Dirección General estima el recurso, por entender que la aportación a la sociedad de gananciales comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial y, por tanto, «debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores.

Cierto es que algunas resoluciones (por ejemplo, R. 11.03.2006 y R. 21.05.2007) «impidieron la inmatriculación de fincas cuando los títulos aportados podían considerarse como ficticios, pero la posibilidad de apreciar tal carácter ha de entenderse en sus justos términos, dentro de los cauces del procedimiento registral, pues habrán de ser el conjunto de circunstancias que concurran en cada caso –y muy especialmente el 'iter' documental seguido– las que podrán llevar, en su caso, a la conclusión sobre la existencia de la fundada sospecha, y no una mera suposición o conjetura, de que la documentación haya sido elaborada ad hoc al sólo objeto de conseguir la inmatriculación. Mas, en el presente supuesto, no se han apreciado tales circunstancias». Además, «tales excepciones no deben llevar a desvirtuar el carácter reglado del procedimiento de inmatriculación, de modo que con carácter general el Registrador ha de practicar las inscripciones solicitadas, siempre que se presenten títulos que cumplan los requisitos legalmente establecidos al efecto».

María Soriano

RDGN de 3 de noviembre de 2010
(BOE 22/11/2010)

Sociedad limitada: Junta general: La omisión en la convocatoria de algún punto solicitado por socios minoritarios no causa necesariamente la nulidad de la junta

Se presenta en el Registro Mercantil acta notarial de los acuerdos de la Junta General.

El Registrador deniega la inscripción del cese y nombramiento de administrador porque, a su juicio, al omitirse un punto del orden del día de la convocatoria solicitada por el socio minoritario, se incumplen los requisitos establecidos en el art. 45.3 LSL [hoy art. 168 RDLeg. 1/02.07.2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital], vulnerándose el derecho de dicho socio minoritario, y por ello la junta adolece de vicio de nulidad.

El recurrente alega que la omisión referida no da lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados sino a la posibilidad de solicitar la convocatoria judicial (puesto que la situación sería análoga a la de falta de convocatoria de la junta), lo que en este caso no sería necesario por haber sido subsanada dicha omisión» (el fallo se subsanó en una junta posterior).

La Dirección General estima el recurso y resuelve que el hecho de haberse omitido en la convocatoria alguno de los asuntos a los que se refiere la solicitud del socio minoritario, no implica necesariamente que el Registrador Mercantil deba rechazar la inscripción de cualquiera de los acuerdos adoptados por la junta.

En efecto, habida cuenta del ámbito propio del procedimiento registral y del estrecho marco del recurso contra la calificación, debe entenderse que no se trata de una omisión de la que derive la nulidad patente de tales acuerdos, a falta de una norma como la establecida respecto de las sociedades anónimas en el art. 97.4 LSA (hoy art. 172 RDLeg. 1/2010, también relativo sólo a la sociedad anónima]».

María Soriano

RDGRN de 30 de noviembre de 2010
(BOE 23/11/2010)

Asiento de presentación: La nueva presentación del documento retirado ha de hacerse por el mismo presentante

Se presentan en el Registro de la Propiedad sucesivamente: 1. Copia autorizada electrónica de una escritura de cancelación de hipoteca. 2. Solicitud de la otorgante de que la

escritura se tenga por retirada. 3. Copia autorizada electrónica de otra escritura que deja sin efecto la primera por haberse cancelado indebidamente y no ser el otorgante actual titular del crédito. 4. Copia autorizada en papel de la escritura de cancelación, por presentante distinto del indicado en la copia. 5. Copia autorizada en papel de la escritura de anulación.

El Registrador deniega la cancelación de la hipoteca mediante la nueva presentación pues entiende que la aportación en soporte papel por persona distinta de los presentantes originarios de la escritura de cancelación no puede producir el efecto de inmiscuirse en un procedimiento cuyos iniciadores habían solicitado expresamente que quedara paralizado.

La Dirección confirma la calificación del Registrador al entender que el hecho de que se haya presentado el título telemáticamente no puede impedir que se tenga por retirado a solicitud de los representantes de la entidad otorgante del mismo» (art. 18 LH y arts. 427 y ss. RH); y que, si bien el art. 428 RH prevé que, retirado un documento, pueda ser despachado después mediante la aportación de otra copia, eso sólo procede cuando sea el mismo presentante quien aporte otra copia o ejemplar del documento retirado.

En el presente caso, no cabe la reviviscencia del procedimiento con despacho del asiento de presentación inicial, ya que título inicialmente presentado ha quedado desvirtuado por la escritura de rectificación del mismo, que ha accedido antes que el presentado por el recurrente, que además es persona distinta del presentante inicial y no ha sido por éste autorizado (cfr. arts. 17 y 20 LH). La Dirección General recuerda además, la doctrina sobre la conveniencia de atender a los títulos presentados posteriormente y relativos a una misma finca, a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles, siempre que con ello no quede desvirtuada la regla de la prioridad registral.

María Soriano

RDGRN de 2 de noviembre de 2010 (BOE 23/11/2010)

Sociedad limitada: Estatutos: Transmisiones voluntarias de participaciones del socio a la sociedad

Se presenta en el Registro Mercantil escritura de modificación de estatutos de sociedad limitada en la que se establece un «'derecho de salida de los socios', según el cual éstos podrán vender en cualquier momento total o parcialmente sus participaciones a la propia sociedad», y el precio será el que resulte de la valoración de la empresa, a cuyo efecto «cada dos años, la junta general aprobará la forma de valorar y una valoración».

El Registrador suspende la inscripción del pacto relativo a la valoración, por entender que es contrario al art. 100 LSL (hoy art. 353.1 LSC) que exige auditoría, a falta de acuerdo.

La Dirección estima el recurso, entendiendo que el supuesto no puede incluirse en el art. 100 LSL, pues en la cláusula estatutaria se configura una especie de separación 'ad nutum'» (es decir,, no derivada de previas modificaciones sociales), y «no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad [...] Asimismo, se trata de una disposición estatutaria cuyo acceso al Registro Mercantil tiene claro apoyo en el art. 175.2.b RRM, introducida por el RD. 171/09.02.2007, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares». □

María Soriano

Sentencias

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2009. Registro de Bienes Muebles: notificación de calificación negativa al Notario que interviene la firma de una de las partes.

Ponente: Antonio Salas Carceller.

Artículos citados: 322.1 de la Ley Hipotecaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Frente a la calificación negativa efectuada por la Registradora de Bienes Muebles, denegando la inscripción de un contrato de arrendamiento financiero mobiliario intervenido por Notario, éste interpone recurso gubernativo, que es estimado por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2º.- La Registradora presenta demanda contra dicha Resolución, solicitando entre otras cosas que se declare la falta de necesidad de notificar al Notario interviniente la nota negativa calificada.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en cuanto a dicho pedimento. La Audiencia Provincial rechaza el recurso de apelación. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La norma que se considera infringida establece que «La calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al Notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido», planteándose si tal obligación de notificación al Notario autorizante alcanza o no a los supuestos en que éste se ha limitado a la mera intervención o legitimación de la firma de una de las partes en el contrato.

El Tribunal Supremo considera que sí les alcanza, por las siguientes razones: a) La intervención notarial confiere al documento contractual la naturaleza de documento público según establece el art. 317-3º LEC; y b) La inscripción registral del documento, cuando el mismo no ha sido confeccionado en unidad de acto con prestación simultánea del consentimiento por las partes, queda sujeta al requisito de que entre la fecha del primer otorgamiento y del último no haya transcurrido determinado plazo, circunstancia que de no cumplirse debe ser puesta de manifiesto por el Notario en el ámbito de las obligaciones que le impone el art. 1 RN, en cuanto establece que los Notarios «como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar».

En consecuencia no puede negarse que el Notario ostenta un

interés legítimo en cuanto a la defensa del carácter inscribible del documento en que ha tenido intervención, que ha de permitirle hacer uso de los recursos legalmente establecidos para ello cuando tal inscripción es denegada, lo que conduce a estimar que, también en el caso de intervención de firma, ha de aplicarse lo dispuesto en el art. 322 LH y la calificación negativa del Registro le ha de ser notificada.

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009. Préstamo hipotecario y otros contratos bancarios: carácter abusivo de determinadas cláusulas.

Ponente: Jesús Corbal Fernández.

Artículos citados: Leyes 7/1.998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación -LCGC-, y 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -LGDCU-.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La Organización de Consumidores y Usuarios interpone demanda, ejercitando la acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios y su consiguiente nulidad absoluta, contra diversas entidades bancarias.

2º.- El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuestos recursos de apelación, la Audiencia Provincial los estima sólo en parte. Algunas de las entidades bancarias demandadas y la OCU demandante presentan recursos de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cláusula: "Constitución de Hipoteca: [...] Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo a la devolución del capital del préstamo [...] y además [...] del pago de las costas procesales, correspondiendo por este concepto la suma de x millones de euros...".

La cláusula es válida, pues no contiene un pacto sobre costas, es decir, un pacto del que resulte que, en todo caso de existencia de proceso, las costas hayan de ser pagadas por el prestatario; sino que establece que la hipoteca cubre las costas, esto es, que la cantidad procedente de la realización del bien hipotecado se aplicará también al pago de las costas hasta la suma al respecto asegurada. Y ello no es ilegal, y menos todavía abusivo, sino que es conforme al principio de especialidad o determinación de la hipoteca, en relación con la denominada "garantía accesoria".

Cláusula: "Se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad".

El denominado "pacto de liquidez" o "de liquidación" es válido, porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma. Esta es la finalidad del pacto y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba. La previsión legal es clara y no necesita que se informe de ella en el contrato.

Cláusula: 1.”La deuda que resulta contra los Titulares por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra que los Titulares pudieran tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluido el de depósito. Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, a algunos o a todos los titulares”. 2.”Las posiciones acreedores que el Cliente mantenga con el Banco, cualquiera que sea su naturaleza, garantizan a aquellas deudoras, abarcando esta garantía a todos los titulares del contrato y a todas las posiciones de los mismos, incluso las que puedan tener mancomunada o solidariamente con terceros”. 3. “Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos”.

Frente a la alegación de que con estas cláusulas se crea una situación material de indefensión, con perjuicio económico para aquellos cotitulares de la cuenta que no son deudores del Banco, pero que ven afectados los fondos de su propiedad al pago de una deuda ajena, en muchos casos sin constar su interés en ese pago, y hasta en contra de su voluntad, por lo que sería necesario que el Banco hiciera alguna gestión previa, al menos, un trámite de comunicación a todos los titulares de la cuenta, el Tribunal Supremo considera que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1255 C.c.), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación “ad intra” con ellos. Sin embargo, lo que sí es necesario es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, lo haga con la suficiente información, para lo cual la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente. Las cláusulas número 1 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) y 2 (Bankinter) son válidas pues reúnen tales requisitos; no es válida la número 3 (Banco Santander Central Hispano) pues no es suficiente la mera referencia a “indistinto”.

Cláusula: “El Banco permanecerá ajeno a las incidencias y responsabilidades que pueden derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta”.

La cláusula es válida, pues se refiere a las operaciones llevadas a cabo entre el titular de la tarjeta y el establecimiento en el que se pretende usar como medio de pago; con la misma no se exime a la entidad emisora de las tarjetas en los supuestos en que no se pueden utilizar éstas por causa imputable a las referidas entidades. Se ha de separar la operación comercial entre el establecimiento y el cliente, a la que es ajena el profesional emisor de la tarjeta (tercero ex art. 1257 C.c., al que no cabe atribuirle responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de obligaciones), de las incidencias derivadas de la tarjeta misma,

que puedan suscitarse en las relaciones entre el Banco y el establecimiento, y el predisponente y el adherente.

Cláusula: "Exención de toda responsabilidad de la entidad, por extravío o sustracción de la tarjeta (de crédito o de débito), o de la libreta, antes de que su titular notifique su pérdida". "Pérdida económica a cargo del titular de la tarjeta cuando derive del uso del número secreto o número de identificación personal por persona ajena a la misma, salvo que se demuestre que se vio obligado a revelarlo por fuerza mayor o bajo coacción".

Se plantean tres cuestiones: a) Si es o no abusiva la cláusula que establece la responsabilidad sin limitación a cargo del usuario (titular de la tarjeta) antes de la notificación de la pérdida o sustracción (u otro evento similar que posibilite la utilización indebida) de la tarjeta o libreta; b) Cuál es el tiempo en el que el titular de la tarjeta debe comunicar a la entidad bancaria el acontecimiento (robo, hurto, extravío, pérdida, etc.), pues a partir de la comunicación la entidad bancaria debe bloquear la posibilidad de utilización del instrumento mecánico; y, c) Siendo incuestionable que el titular de la tarjeta con banda magnética o chip electrónico debe evitar revelar el número del PIN, a quién le corresponde la carga de la prueba de haberse producido la revelación por fuerza mayor o coacción, y si cabe limitar la responsabilidad de las entidades bancarias a estos supuestos.

La existencia de un extravío o sustracción o similar debe comunicarse sin demora indebida desde que se conoció la desaparición, para lo cual el proveedor de servicios de pago debe garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos para efectuar la comunicación y para acreditar que se ha efectuado durante los 18 meses siguientes a la misma, e impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación. Por ello, se estima como fórmula adecuada de equilibrio contractual, la de que la comunicación del extravío o sustracción debe efectuarse "sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello".

Las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor. Hay situaciones en que si la entidad actúa con diligencia puede apercibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aun sin la comunicación o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío.

Finalmente, en cuanto a la utilización indebida de la tarjeta por haberse obtenido el conocimiento del número secreto, la carga de la prueba de una fuerza mayor o coacción corresponde al que la sufrió, porque en otro caso se crea para la entidad una situación de "probatio diabolica" atribuyéndole las consecuencias de una falta de prueba de un hecho negativo, de práctica imposibilidad probatoria. Sin embargo, no resulta proporcionado en la perspectiva del equilibrio contractual, tratar de reducir, explícita o implícitamente, la responsabilidad bancaria a los casos de revelación del número secreto del PIN por fuerza mayor o coacción, dada la posibilidad de captaciones subrepticias y otras manipulaciones varias a causa de las deficiencias del sistema de tarjetas.

Como consecuencia de lo dicho, las fórmulas "de forma inmediata", "urgentemente", "de inmediato", "a la mayor brevedad", son imprecisas, inciertas y abusivas, y deben sustituirse por la de

"sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento del hecho"; y la fórmula "antes de transcurridos veinticuatro horas de su acaecimiento" tampoco es válida porque puede ser abusivo en casos en que no se conoció la pérdida o extravío, sin existir mala fe, ni falta de diligencia. La exclusión de responsabilidad en todo caso para la entidad bancaria por las utilizaciones de tarjeta o de libreta con anterioridad a la comunicación de la sustracción o extravío (o evento similar) es desproporcionada, y abusiva. Es igualmente abusivo excluir de responsabilidad a la entidad bancaria en todo caso de uso del número de identificación personal, limitando aquélla a los supuestos de fuerza mayor o coacción.

Cláusula: "vencimiento anticipado por: cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo".

Es válida, pues con base en el art. 1255 C.c. las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos son válidas cuando concurra justa causa, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo.

Cláusula: "vencimiento anticipado: cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa ".

Dicha cláusula es abusiva. Excede de lo dispuesto en el art. 1129 C.c. (que establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.), pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya "acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia", y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, hay que evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional predisponente para ejercitar la facultad resolutoria contractual.

Cláusula: 1."[Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada] A no celebrar, sin consentimiento del BANCO, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta neta inferior al 5% del tipo de subasta (...) ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años" (BBVA). 2. "En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER". 3. "[El préstamo se considerará vencido por] Arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o

impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestataria" (Caja Madrid).

El Tribunal Supremo parte de que el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que establece la absoluta prohibición de arrendar no es inscribible, y no es válida.

En principio, el hipotecante puede arrendar libremente la finca hipotecada, y los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan sometidos al principio de purga, por lo que no afectan a la hipoteca. Sin embargo, dado que en el art. 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, se garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, al no operar el principio de purga en tal caso, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo, lo que supone un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y producirse un inferior precio del remate, por lo que en este caso sí disminuye generalmente la garantía de la hipoteca y es razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía. Tiene en cuenta también el art. 219.2º RH, como modalidad específica de la acción de devastación del art. 117 LH, y diversas Resoluciones de la DGRN que han admitido que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta.

Y llega a las siguientes conclusiones: a) Que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda ex art. 13 LAU de 1994, por lo que, al generalizar, el art. 219 RH se halla desfasado con el marco legislativo vigente; b) Que el pacto de vencimiento anticipado sólo es operativo cuando se trata de arriendos gravosos o dañosos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en las perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas; y c) Que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso. En principio, el 6% previsto en el art. 219 RH no puede considerarse "per se" desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia, sin que el Tribunal disponga de datos o informes técnicos para fundamentar una solución diferente.

Así, las cláusulas citadas se declaran abusivas en base a los apartados 14 y 18, inciso primero, DA 1ª LGDCU y normativa general del art. 10 bis LGDCU, porque no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa

(art. 13 LAU), siendo además exigible que, en su caso, las cláusulas concreten el baremo o coeficiente que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar.

Cláusula: «La parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por Bankinter...».

La cláusula es abusiva, pues su redacción confusa y poco clara infringe los arts. 33 CE, 348 y 1205 C.c., 107 LH y art. 10.1 y apartados 2, inciso segundo, y 18 de la DA 1ª LGDCU, ya que de su lectura se podría deducir que, una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda, conlleva que el deudor no podría enajenar la finca hipotecada. En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo en los negocios jurídicos a título gratuito y limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos obligacionales. Por otro lado, no pueden confundirse la transmisión de la responsabilidad y la transmisión de la deuda: la transmisión de la finca no convierte al adquirente en deudor, sino que sólo es responsable con el bien hipotecado, y, además, en la medida de la hipoteca; la transmisión de la deuda a un tercero, que puede ser el adquirente de la finca, y la consiguiente liberación del primitivo deudor, requiere el consentimiento del acreedor.

Cláusula: «En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste».

Es cláusula abusiva. Entiende el Tribunal Supremo que se trata de cesión de contrato, y no del derecho de crédito, pues supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, como conjunto de derechos y obligaciones, y por tanto, exige el consentimiento del cedido, sin que quepa una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión; además es abusiva, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, apartados 2ª (reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo), 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 (imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor), como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis.1, párrafo primero, de la LGDCU.

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Y aunque el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU.

Cláusula: 1.”El banco no responde de los perjuicios que puedan resultar del

extravío, sustracción o manipulación de los cheques". 2."En caso de hurto o extravío del talonario, se compromete/n a comunicarlo inmediatamente y por escrito a la Caja de Madrid, acompañando la copia de la denuncia presentada. La Caja de Madrid queda relevada de toda responsabilidad si atendiera el pago de un cheque antes de recibir dicho aviso unido a la copia de la denuncia presentada." 3."En caso de pérdida, extravío, sustracción, robo o destrucción del talonario o alguno de los cheques, el/los titular/es deberán comunicarlo inmediatamente y por escrito a Caja Madrid, acompañando, en su caso, la copia de la denuncia presentada. El/los titular/es será/n responsables de los daños y perjuicios que puedan derivarse de su culpa o negligencia".

Las cláusulas son abusivas, pues no se ajustan con precisión al art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, Ley 19/1985, de 16 de julio, que establece que "el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa". Se establece, por tanto, una regla general de atribución de responsabilidad para la entidad que paga el cheque falso o falsificado, que equivale a una objetivación de la responsabilidad, en el sentido de que no se exige negligencia por parte de la librada, por lo que opera aquella responsabilidad aunque haya actuado con diligencia; si bien es una responsabilidad "quasi-objetiva", porque admite la excepción de que haya habido culpa en el librador, si el resultado se hubiera podido evitar de haber observado el librador la diligencia exigible, y sin perjuicio de que pueda operar en su caso la concurrencia de "culpas" con el efecto de moderación en la indemnización ex art. 1.103 C.c. La carga de la prueba de la falta de diligencia del librador incumbe a la entidad librada, sin que quepa desplazarla de forma directa o indirecta al librado.

Cláusula: "Exención de responsabilidad de la entidad, por fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con tarjetas (de crédito o de débito)".

Se determina su carácter abusivo. La cláusula que impone al titular de la tarjeta la obligación de "aceptar como importe real y exacto de cada operación, el que fuere registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética, importe del que la Caja facilitará el oportuno comprobante", porque priva al titular de la tarjeta de la posibilidad de oponerse al resultado de la impresión mecánica, y supone hacer recaer el peso de la prueba prácticamente en su totalidad sobre el usuario; y en cuanto a "cualquier otro conocimiento por la que el titular pudiera haber tenido conocimiento de la avería de la máquina", por utilizar una referencia ambigua. La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago atribuye en su art. 30 al proveedor de servicios de pago la prueba de que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia, sin que baste para ello el simple registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago.

Cláusula: "Resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias".

Es abusiva, pues, además de que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento;

y es que sólo se admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes. Otra cosa dejaría prácticamente la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio.

Cláusula: "Resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro". "Vencimiento anticipado: Cuando se deniegue la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad por cualquier causa".

Resulta abusiva, porque la cláusula no distingue a quién sea imputable la imposible constitución de la hipoteca. La hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir, incluso si la causa es ajena al cliente, y más teniendo en cuenta que es de la entidad prestamista la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo, por lo que eximir de responsabilidad a la prestamista incluso cuando el error deriva de la actuación de sus agentes es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo._

Por lo expuesto, se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la OCU en los términos anteriormente señalados.

Sentencia del Tribunal Supremo de de 22 de diciembre de 2009. Propiedad Horizontal: legitimación del Presidente para juicio; redacción de las Actas.

Ponente: Román García Varela.

Artículos citados: 12 y 19.3 de la Ley de Propiedad Horizontal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Por Junta de Propietarios de la Comunidad X, celebrada el 12 de junio de 2001, se acuerda ratificar y aprobar determinadas decisiones, acciones y reclamaciones judiciales ejercitadas por su Presidente en representación de dicha entidad.

2º.- D. A y D. B presentan demanda contra la Comunidad de Propietarios X, solicitando que se declare la nulidad del acuerdo citado, la nulidad del Acta en los términos en que está redactada, condenándole a su redacción y aprobación con los requisitos legales, y la nulidad de todos los actos realizados al amparo del acuerdo impugnado.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y su sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial en grado de apelación. Los demandantes recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se plantea, en primer lugar, por los demandantes recurrentes, la nulidad del acuerdo de ratificación por entender que cuando tales acciones se llevaron a cabo el Presidente no estaba especialmente autorizado para ello por la Junta.

Sin embargo, el Tribunal Supremo lo rechaza, pues se incluyó tal punto en el Orden del Día y es correctamente debatido y votado en la Junta, y toda vez que no exige un quorum especial para su aprobación y que consta en autos la aprobación con 41 votos a favor que supone una cuota de participación 0.42394787, 24 votos en contra que representa una cuota de participación de un 0.26309611 y 2 abstenciones con cuota de participación de 0.02192368, quedó por ello aprobado por mayoría, y, por tanto, no es nulo el acuerdo.

El problema de fondo que subyace es la discusión sobre la legitimación activa del Presidente para interponer una demanda en juicio sin previa autorización de la Junta, y la posterior ratificación por parte de ésta para mayor salvaguarda de los derechos y garantías de los comuneros. El Alto Tribunal sostiene que, con independencia de que falte un mandato expreso de la Junta de Propietarios, en la representación orgánica que corresponde al Presidente al amparo de los dispuesto en el art. 12 LPH, el mismo está investido de un mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la Comunidad, no sólo en lo que afecta a los elementos o intereses comunes, sino también de los propietarios en particular, teniendo en cuenta además que su actuación en tal aspecto está reportando unos indiscutibles beneficios a dichos comuneros, lo cual debe mantenerse salvo que exista una oposición expresa o formal a que en su nombre pudiese proyectar la defensa de esos intereses asumidos. En cualquier caso, el problema de legitimación ha de ser un problema a resolver en el juicio correspondiente, en este caso ya resuelto en la comparecencia previa del mismo, y lo que es realmente objeto de este pleito es si el acuerdo de ratificación ha sido válidamente adoptado o adolece de nulidad, siendo perfectamente válido.

En segundo término, se plantea la adecuada redacción o no del Acta de la Junta.

Si bien la anterior redacción de la Ley de Propiedad Horizontal generaba dudas acerca de si el cierre del Acta tenía que ser firmado o no por todos los propietarios, existiendo sentencias en distintos sentidos, destacada doctrina científica consideraba absurda la necesidad de la firma general, y ya el propio Tribunal Supremo señaló que la firma de los copropietarios asistentes a la Junta no estaba expresamente exigida por la Ley de Propiedad Horizontal, siendo la praxis cotidiana de las Juntas, sobre todo en Comunidades numerosas, que sean firmadas las actas solamente por Presidente y Secretario. Pero es que en la actual redacción de la Ley, bajo cuya vigencia se celebró la Junta General objeto de este pleito, no existe duda alguna: el Acta deberá cerrarse con las firmas del Presidente y del Secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes (art. 19.3 LPH).

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2009. División de cosa común: indivisibilidad física y jurídica; inadmisibilidad de división parcial.

Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.

Artículos citados: 400, 402, 406, 1061 y 1062 del Código civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Los cónyuges D. A y Dª B, D. C y Dª D, y D. E y Dª F son propietarios de veinticuatro veintisieteavas partes indivisas del inmueble X, a razón de ocho veintisieteavas partes para cada sociedad conyugal, y Dª G es propietaria de las tres veintisieteavas partes indivisas restantes del mismo inmueble.

2º.- Los tres matrimonios presentan demanda contra Dª G, solicitando la extinción de la comunidad, y considerando la finca jurídicamente indivisible, a falta de acuerdo, que se decrete su división mediante pública subasta con el reparto del importe así obtenido en proporción a sus respectivas cuotas, ordenándose la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

Dª G se opone, solicitando que se declare la divisibilidad de la finca, dividiéndola en cuatro parcelas, las tres primeras con una cabida cada una de 172,92 m2, que se adjudicarán a cada una de las sociedades conyugales, y la cuarta parcela con una cabida de 100 m2, que se adjudique a Dª G debiendo compensar ésta en metálico a los actores los 31,25 m2 que a éstos pertenece, y subsidiariamente, se adjudique la citada cuarta parcela en proindiviso a los actores (31,25 %) y a la demandada (68,75 %) y se decrete, dada la indivisibilidad de la misma, su división mediante la venta en pública subasta, y todo ello con las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia acuerda la división de la cosa común en cuatro parcelas, tres de ellas con una cabida cada una de 179,92 m2, que se adjudican a cada una de las sociedades conyugales actoras, y una cuarta parcela con una cabida de 100 m2, que se atribuye a la demandada debiendo compensar ésta en metálico a los actores por los 31,25 m2 que exceden de la proporción que le corresponde. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, al considerar que existe una indivisibilidad jurídica, ya que las normas urbanísticas municipales no permiten una edificación inferior a los 100 m2, que es superior a la proporción que le corresponde en la cosa común a la demandada, decretando la división del inmueble mediante venta en pública subasta, con intervención de licitadores extraños y consiguiente reparto del producto entre los condueños, en atención y en proporción a sus respectivas cuotas. La demandada recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Partiendo de que nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad, siendo éste un estado transitorio mirado con disfavor por el ordenamiento, el Tribunal Supremo señala que la división material se practica cuando la cosa común es divisible y se puede adjudicar una porción a cada comunero, y la división económica, mediante la venta y el reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno, cuando la cosa es indivisible física o jurídicamente o por resultar inservible para el uso a que se destina o por desmerecer su valor. La indivisibilidad jurídica se produce cuando por la normativa vigente no se pueda dividir o pierda todo o parte sustancial de su valor la cosa que se divida.

En el presente caso, dada la distribución de cuotas y en atención a la edificabilidad del solar, ha de considerarse jurídicamente indivisible (el solar es material y urbanísticamente divisible, en abstracto, pero no lo es en la proporción de una novena parte que corresponde a la demandada), a menos que se altere significativamente la proporción de los

comuneros, y ello aunque se intenten compensaciones económicas, que darían lugar a una especie de expropiación (si no se diera tal compensación, sería confiscación), compensación que no se contempla para la división judicial, sino únicamente para la arbitral. Por tanto, no aceptada la compensación por los otros comuneros, no cabe la división de tal forma, y la finca conserva el carácter de jurídicamente indivisible.

En cuanto a la propuesta de dividir la finca en cuatro porciones, manteniendo la indivisión de una de las parcelas, considera el Tribunal Supremo que esta solución es inviable. La actio communi dividundo tiene la función de cesar la comunidad y no cabe que se divida una parte y se mantenga la indivisión de otra; es decir, no se acepta la división parcial.

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2009. Propiedad horizontal: acuerdos nulos y anulables; convalidación por falta de impugnación judicial.

Ponente: Román García Varela.

Artículos citados: 11.2 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La Comunidad de Propietarios X presenta demanda contra D. A y Dª B, en reclamación de cantidad por impago de la cuota por instalación de ascensor.

Los demandados formulan reconvención, solicitando que se declare que no deben cantidad alguna por dicho concepto por considerar que el acuerdo de distribución de cuotas carece de existencia al realizarse sin unanimidad en la Junta de Propietarios.

2º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvención. La Audiencia Provincial acoge el recurso de apelación, estimando la demanda y desestimando la reconvención. Los demandados reconvincentes recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo considera que son meramente anulables los acuerdos que entrañen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de Ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al art. 6.3 C.c., y por tanto insubsanables por el transcurso del tiempo. Los acuerdos anulables quedarían convalidados por su ratificación ulterior y por la falta de impugnación de los mismos en el plazo legalmente determinado.

En el presente supuesto, habiendo quedado probado que los demandados tuvieron conocimiento completo y detallado del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios, al no haberse adoptado por unanimidad se considera el acuerdo como anulable, y puesto que se ha acreditado que no fue impugnado judicialmente en plazo

legal ni fuera de él, ha sido convalidado, por lo que tiene eficacia y obliga a todos, debido a que, por el transcurso del tiempo, ha quedado subsanado.

El funcionamiento de una Comunidad de Propietarios está basado en dos premisas: la primera, que la mayoría impone su criterio, y la segunda, que la minoría disponga de medios de defensa para evitar abusos, de modo que para hacer valer su postura, los disidentes deben obtener el correspondiente respaldo judicial, mediante la impugnación del acuerdo ante los Tribunales y el logro de una sentencia favorable, pues en otro supuesto estarán obligados al pago de los gastos acordados en la Junta. Al no haber sido impugnado el acuerdo adoptado por la vía judicial dentro de los plazos establecidos, debe aplicarse la doctrina del consentimiento tácito y de los actos propios.

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2009. Propiedad horizontal: modificación unilateral por el promotor tras celebrar contratos privados de compraventa de los pisos.

Ponente: Román García Varela.

Artículos citados: 8, 11, 14 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La entidad promotora A, S.A., declara la obra nueva de un edificio y su constitución en régimen de propiedad horizontal en escritura de 21 de diciembre de 1998, inscrita en el Registro de la Propiedad el 15 de marzo de 1999. Posteriormente, mediante escritura de 25 de febrero de 2002, rectificada por otra de 25 de abril de 2002, otorga una modificación de la obra y la propiedad horizontal, por la que, entre otras cosas, se suprimen las escaleras y el acceso del zaguán nº 1, convirtiendo en privativo lo que era elemento común del edificio, así como la terminación de la obra.

2º.- La promotora vende a D. B y D. C, mediante contratos privados de compraventa de vivienda y garaje de 15 de diciembre de 1998 y 5 de octubre de 2000, respectivamente, con el pacto expreso de que hasta que no se hayan satisfecho todas las cantidades estipuladas, la propiedad queda en favor de la vendedora. La entrega de llaves se realiza el 3 de mayo de 2002 y el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, en la cual consta recibido el total del precio, se efectúa el 6 de mayo de 2002.

3º.- D. A, en su propio nombre y en el de la Comunidad de Propietarios X, demanda a la entidad promotora A, SA., solicitando la declaración de nulidad de las modificaciones introducidas por la misma en los Estatutos y el título constitutivo con posterioridad al otorgamiento de los contratos privados de compraventa.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda, siendo su sentencia revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia Provincial, donde se absuelve al demandado. El demandante interpone recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se plantea si, iniciada la venta por pisos, la promotora puede modificar los Estatutos o el título constitutivo o disponer en cuestiones afectantes a los elementos

comunes, sin el consentimiento de los compradores.

La propiedad horizontal se constituye como tal, o por el único propietario del edificio, como sujeto del negocio jurídico unilateral, o por todos los copropietarios, en negocio jurídico plurilateral, y lo mismo en caso de modificación del título (art. 5 LPH). Así, de existir varios titulares dominicales (sea en virtud de escritura pública o de documento privado), sería necesario el consentimiento de todos ellos, y el promotor por sí solo no podría realizar los actos señalados.

Procede entonces determinar si en este caso los compradores en el documento privado han adquirido ya el derecho de propiedad sobre un piso o local, siendo la respuesta claramente negativa, pues en nuestro ordenamiento está vigente la teoría del título y el modo, y en este caso los compradores han obtenido título (contrato) pero no modo (tradición real o simbólica), al no haber tomado posesión de los bienes, hasta que se entregan las llaves y se otorga la escritura de compraventa, momento en que tiene lugar la efectiva transmisión de la propiedad, en fecha ya posterior a la modificación y finalización de la obra. En consecuencia, hasta esa fecha está facultada la demandada promotora para modificar el Titulo Constitutivo al ser la única propietaria del edificio.

Ni siquiera ha existido incumplimiento de contrato, pues en el contrato privado de los actores no se hace referencia alguna a los elementos suprimidos o afectados por las modificaciones.

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009. Venta de cosa ajena: descripción de finca con inclusión de fincas previamente segregadas.

Ponente: Antonio Salas Carceller.

Artículos citados: 1471 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La entidad A, S.A. adquiere la finca x por adjudicación judicial.

2º.- Dicha entidad vende la finca a D. B y D. C, con la descripción que obra en la inscripción 1ª, si bien esta finca, al tiempo de la compraventa, no contenía el trozo A) señalado en la escritura, puesto que dicho trozo se había segregado con anterioridad, como consta al margen de la inscripción registral 4ª, dando lugar a la registral 1, objeto de un proceso distinto entre las mismas partes, ni se adquiría el trozo B) en la extensión descrita en la escritura, pues también este trozo había sido, con anterioridad a la compraventa, objeto de dos segregaciones, que igualmente constan anotadas al margen de la inscripción registral 4ª, dando lugar a las fincas 2 y 3, objeto del presente pleito.

3º.- Los compradores conocían la existencia de las citadas segregaciones.

4º.- D. B y D. C formulan demanda contra A, S.A., solicitando que se declare que había adquirido la totalidad de la finca, tal como se describe en la escritura pública de compraventa; que dentro de los linderos de la finca vendida, tal como se describe en la escritura pública de compraventa, se comprenden también todas las segregaciones practicadas y

anotadas al margen de la inscripción registral 4ª de la finca; y que se condene a la demandada al cumplimiento del contrato de compraventa, en relación a las dos segregaciones sobre el trozo B, como un supuesto de venta de cosa ajena, ya sea entregando la cosa vendida, ya su equivalente económico; o subsidiariamente, se condene a la demandada a entregar todo lo que se contempla dentro de los linderos de la finca vendida, y si no pudiere, a sufrir una reducción en el precio proporcional a lo que falte de cabida.

5º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. Los demandantes recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Rechaza el Tribunal Supremo que se haya producido una venta de cosa ajena, aunque en la descripción de la finca vendida realizada en la escritura pública de compraventa se comprendiera la totalidad de la misma tal como figuraba en su inscripción 1ª de inmatriculación y, en consecuencia, también las porciones que se habían segregado antes de ser vendida a los demandantes y habían dado lugar a fincas registrales distintas pertenecientes a terceros.

La configuración de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 8 y 243 LH, comporta que su individualización se produce mediante la apertura del folio registral con un número asignado a la finca, y en el mismo folio se hacen constar, mediante otra numeración correlativa y especial, determinadas circunstancias que afectan a los mismos inmuebles. De ahí que la entidad demandada vendió a los actores la finca registral x en las condiciones en que, en el momento de la venta, resultaban vigentes según el Registro de la Propiedad. No vendió las registrales números 2 y 3 que se habían formado previamente por segregación de la anterior, disminuyendo en parte su extensión superficial, y que pertenecían a terceros, por lo que no cabe considerar la existencia de una venta de cosa ajena. Distinto es que en la escritura pública, al describir la finca que se vendía, se hiciera indebidamente figurando que en la misma se comprendía lo que ya no formaba parte de la misma y por tanto no podía ser entregado a los compradores, circunstancia ésta que podría haber determinado, en su caso, la aplicación de las consecuencias previstas en el art. 1471 C.c. en el supuesto que de que dicha circunstancia hubiera sido desconocida por los compradores.

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2010. Inmatriculación: alcance del art. 207 LH.

Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.

Artículos citados: 205 y 207 de la Ley Hipotecaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 24 de abril de 2004 se celebra un precontrato de opción de compra de la finca X en el que la entidad A, S.A. tiene el derecho a ejercitarlo y perfeccionar la compraventa en el plazo de treinta días naturales a contar desde que la parte concedente, y en su día vendedora, B, S.A., le notifique la inscripción de la finca

objeto del precontrato en el Registro de la Propiedad, libre de cargas y gravámenes, excepto afecciones derivadas de la carga urbanizadora.

2º- La notificación de la inscripción en el Registro de La Propiedad se efectúa el 4 de agosto de 2004, inscripción practicada como inmatriculación al amparo del art. 205 LH con la consiguiente limitación de sus efectos del art. 207 LH. El optante se niega a perfeccionar la compraventa por existir tal limitación, a la que califica como una carga o gravamen.

3º.- B, S.A. vende la finca a la entidad C, S.L. el 2 de noviembre de 2004, quien celebra un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre dicha finca con la Caja de Ahorros D el 12 de noviembre del mismo año.

4º.- A, S.A. ejercita acción de cumplimiento del contrato de opción de compra como optante frente a la propietaria de la finca, oferente, B, S.A., acumulada a la acción de nulidad del contrato de compraventa y de préstamo hipotecario citados, y cancelación de las correspondientes inscripciones registrales; y subsidiariamente, acción de resolución del precontrato de opción de compra, con devolución de la cantidad pagada, intereses legales e indemnización de los perjuicios sufridos.

5º.- El Juzgado de Primera Instancia no asimila la limitación del art. 207 LH a carga o gravamen y desestima la demanda por entender que se extinguió el derecho de opción de compra por el transcurso del plazo. Dicha sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial en el recurso de apelación. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La cuestión esencial planteada es si la limitación del art. 207 LH se considera una carga o gravamen.

Dicho precepto significa que el principio de fe pública registral en beneficio del tercero hipotecario deja de actuar durante el plazo de dos años a contar de la inscripción de inmatriculación. Es una medida que suspende la fe pública registral respecto a una inmatriculación que se ha obtenido por un medio que al legislador le merece una sospecha de irregularidad y que si realmente ha producido una inexactitud del Registro de la Propiedad no pueda quedar consagrada por aquel principio, cuya eficacia queda, por ello, suspendida. Los inmatriculantes no quedan protegidos ni antes ni después de los dos años desde la fecha del asiento de presentación; lo que quiere decir el art. 207 LH es que el adquirente del inmatriculante al amparo del art. 205 LH, no queda protegido hasta transcurridos dos años de la inscripción primaria. Por tanto, el alcance del art. 207 LH es la limitación o paralización de la protección que brinda el art. 34 LH. Lo que significa que no es una carga o gravamen.

Por ello, habiendo sido notificada la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad sin carga o gravamen, por no serlo la limitación del art. 207 LH, al que quedaba sujeta, el transcurso del plazo de treinta días naturales sin que el optante ejercitara su derecho determina la extinción de tal derecho de opción de compra.

Así, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010. Sucesión hereditaria: fijación de la legítima; atribución mediante legado de liberación; cómputo de las donaciones.

Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.

Artículos citados: 743, 813, 815, 818, 870 y 1036 del Código civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A fallece bajo testamento abierto de 5 de noviembre de 1991, en el que reconoce a su hijo D. B la legítima estricta, "por razón de la falta de cariño y afecto y de la desatención que ha mostrado a sus padres desde que contrajo matrimonio"; e instituye heredero universal a su otro hijo D.C.

La cláusula cuarta del testamento es del siguiente tenor literal: "Ordena que se impute al pago de la legítima estricta o corta de su hijo D. B la deuda que éste tiene contraída con el testador, al que debe restituir las cantidades que en diversas ocasiones recibió de él como préstamo para pagar el precio de la compra de su piso. Las cantidades entregadas por el testador a su hijo D. B ascendieron en total a tres millones ochocientas mil pesetas y de ellas su hijo le ha devuelto un millón, por lo que la deuda asciende en la actualidad a dos millones ochocientas mil pesetas. La legítima de D. B se pagará mediante compensación de su deuda con el testador por el importe de ésta al abrirse la sucesión y para reducir el actual importe dicho su hijo D. B deberá acreditar de manera plena e indubitada a satisfacción de los albaceas cualquier pago que como restitución de dicho préstamo realice a partir de hoy."

Y la sexta: "El testador dispone que no se tome en consideración a ningún efecto de su sucesión la donación que efectuó a su hijo D. C del piso X, mediante escritura de 28 de noviembre de 1985, puesto que al realizarla cumplía la voluntad de su padre, D. D, abuelo del hijo del testador y donatario que así lo ha había manifestado en vida, encargando al efecto al testador el cumplimiento de su voluntad si llegare a fallecer sin haber manifestado en forma su voluntad como así sucedió. Por tanto es su voluntad y así lo ordena que la donación que él hizo a su hijo del referido piso valga como hecha por su señor padre y en consecuencia se estime que dicho piso no ha sido nunca de la propiedad del testador y no se tome en cuenta para ningún cómputo en su sucesión."

2º.- D. B presenta demanda contra su hermano D. C y el albacea D. E, solicitando que se declare la nulidad o ineficacia de las cláusulas cuarta y sexta del testamento del causante, a fin de establecer su derecho a la legítima, que por ley corresponde.

3º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial, en el recurso de apelación, la estima, declarando que el demandante no era deudor del testador y que la donación debe computarse en el tercio de libre disposición. Los demandados recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo acoge el motivo de incongruencia extra petita de la sentencia recurrida, al haber concedido algo no pedido, y en consecuencia asume la instancia y examina el fondo del asunto.

Se ejercita en este caso una acción de nulidad o ineficacia de dos cláusulas testamentarias, en base a la protección de la legítima.

En cuanto a la cláusula cuarta, no es inválida ni ineficaz: no contraviene ninguna norma ni es un caso expresamente prevenido en el Código civil, como dice su art. 743, que proclama el favor testamenti.

Es un caso de atribución, como pago de la legítima estricta, que se hace mediante el título (art. 815 C.c.) del legado de liberación. Que la deuda realmente exista o sea inferior lo contempla el art. 870 C.c., al establecer que tal legado sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador, lo cual no ha sido objeto del presente proceso. La deuda existió; la parte que esté subsistente y si la legítima estricta del demandante ha sido perjudicada o si es inoficiosa la donación, son cuestiones a resolver en la partición de la herencia o en la acción declarativa que en su caso corresponda.

En la cláusula sexta, el testador no hace una dispensa de colación, que permite el art. 1036 C.c., sino que no cabe otra interpretación que la pretensión del causante de que no se compute su valor para fijar la legítima, relictum más donatum, que exige el art. 818 C.c., norma esencialmente imperativa. Por ello, dicha cláusula es nula, como contravención a la indisponibilidad e intangibilidad de la legítima y a la norma imperativa de los arts. 818 y 813 C.c., para el cómputo de la misma. La donación inter vivos se tomará en consideración para calcular el donatum que con el relictum determina el patrimonio hereditario, cuya tercera parte constituye la legítima estricta, que se dividirá entre los legitimarios, percibiendo en el presente caso el demandante la mitad de este tercio, es decir, una sexta parte. Incluso si se considerara que es dispensa de colación, lo que por interpretación de la cláusula no cabe, recuerda el Tribunal Supremo que todas las donaciones, colacionables o no, deberán incluirse en el cómputo del donatum al efecto de cálculo de la legítima.

En consecuencia, se estima parcialmente la demanda, declarando únicamente la ineficacia de la cláusula sexta del testamento.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2010. Anotación preventiva de embargo: no es derecho real; preferencia de los créditos salariales.

Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.

Artículos citados: 1923 del Código civil; 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La entidad A, S.A. sigue procedimiento ejecutivo contra B, S.A., en el que obtiene mandamiento de embargo, practicándose la anotación preventiva del mismo el 24 de octubre de 1997.

2º.- La entidad B, S.A. es declarada en quiebra el 24 de octubre de 1997.

3º.- Los trabajadores de la empresa B, S.A. ostentan créditos laborales, en concepto de indemnizaciones por despido y salarios, declarados por diversas sentencias de los Juzgados de lo Social, que son satisfechos por el Fondo de garantía salarial (FOGASA) por encontrarse la empresa en situación de quiebra y de insolvencia provisional, subrogándose así en los derechos y acciones que dichos trabajadores tenían.

4º.- El FOGASA ejercita tercería de mejor derecho contra A, S.A. y B, S.A., para hacer efectivo su crédito con preferencia al de la ejecutante en relación a los bienes de la ejecutada, subastados en el procedimiento ejecutivo citado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El FOGASA alega, y así se lo reconoce la Audiencia Provincial, la condición de singularmente privilegiados de los créditos salariales y por despido que les reconoce el art. 32 ET, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La demandada recurrente niega dicha preferencia porque la anotación preventiva de su embargo es anterior a todas las sentencias que declaran los créditos a favor de los trabajadores y anterior también a todas las reclamaciones, excepto una, ejercitada por los mismos.

El Tribunal Supremo establece que los créditos salariales, reclamados por los trabajadores o por FOGASA en virtud de la subrogación personal, gozan de privilegio, en virtud de la preferencia que les otorga el art. 32 ET, frente a cualquier otro crédito, excepto el caso en que éste se halle garantizado con derecho real. Y no es el caso de la anotación de embargo, que no atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación y no prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos; la anotación preventiva de embargo tiene por finalidad el garantizar las responsabilidades nacidas del crédito, pero esa anotación no modifica la naturaleza jurídica del crédito, ni convierte en derecho real sobre la finca anotada el personal. La anotación preventiva de embargo no puede configurarse como un derecho real, ni tampoco lo son los créditos asegurados con ella.

Procede, por tanto, desestimar el recurso de casación, declarando la preferencia o mejor derecho de FOGASA. □

Concurso de Artículos

por Joaquín Sarrión Esteve. Doctorando en Derecho. Università di Bologna

A continuación transcribimos el ARTÍCULO GANADOR del Concurso de Artículos que celebró la Revista. En sucesivas revistas iran saliendo publicados los artículos que participaron y que han sido seleccionados por su calidad e interés para nuestros lectores.

A PROPOSITO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE DOCUMENTOS NOTARIALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA NACIONAL Y EUROPEA

» 1.Introducción

» 2.La inscripción de una compraventa otorgada ante notario alemán en el Registro de la Propiedad

» 3.Análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español

» 4.Análisis desde la perspectiva del ordenamiento europeo

» 5.Conclusiones

1. Introducción

En este pequeño escrito tratamos de aportar un poco de luz a la polémica cuestión de la eficacia jurídica en España de los documentos notariales extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea, y en concreto respecto a su eventual inscripción en el Registro de la Propiedad.

Es decir, tratamos de dar respuesta a la eficacia jurídica, a efectos registrales, de estos documentos en el contexto de un sistema jurídico como el español donde conforme avanza la integración europea cada vez es más difícil discernir los límites entre el ordenamiento interno y el ordenamiento europeo pues progresivamente se diluyen[1].

Y lo hacemos con un previo planteamiento de la cuestión, y a continuación con un pequeño análisis jurídico, desde la perspectiva del ordenamiento nacional, y desde el punto de vista del ordenamiento europeo, para poder realizar unas breves conclusiones sobre la eventual eficacia jurídica, a efectos registrales, de los documentos notariales otorgados por notarios de los Estados miembros de la Unión Europea.

2. La inscripción de una compraventa otorgada ante notario alemán en el Registro de la Propiedad

Hay que tener en cuenta que el sistema jurídico español ya ha tenido ocasión de enfrentarse a un caso práctico sobre la cuestión planteada. Una ciudadana alemana había adquirido un bien inmueble situado en el Puerto de la Cruz, Tenerife, cuya titularidad correspondía a otro ciudadano alemán[2], a través de una compraventa formalizada mediante documento notarial alemán, y trató de inscribirla en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz.

Para ello se presentó en dicho Registro, el documento notarial alemán de compraventa, debidamente apostillado y con liquidación de impuestos, además de con su traducción oficial, junto con un certificado de hechos donde el notario alemán acreditaba la capacidad legal de los contratantes[3], solicitando la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz denegó la inscripción, alegando que no consideraba el documento adecuado para acceder al Registro de la Propiedad español al "carecer de plena fuerza legal en España y ser el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales muy diferente del alemán".

Contra esta calificación registral se interpuso recurso gubernativo alegando la adecuación del documento notarial alemán[4]; que fue resuelto por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) confirmando la calificación registral[5].

Para la DGRN hay que diferenciar entre la forma de los contratos en cuanto un modo de exteriorización de la voluntad negocial, y como requisito de fondo del negocio jurídico que supone una forma de control de los efectos jurídicos del mismo. Según este razonamiento cuando el ordenamiento español exige la escritura pública, esta forma pública tiene un carácter de control de legalidad, no meramente de prueba fehaciente de la expresión del consentimiento y de la autenticidad y capacidad del que presta el mismo. Así, el notario español daría fe de que el otorgamiento es conforme con el ordenamiento español, en un juicio constitutivo de un control de legalidad, protegiendo, además, a las partes contratantes mediante el control de la titularidad y poder de disposición del vendedor, las cargas, gravámenes, etc. Sin olvidar que verifica las cuotas pendientes; y controla la procedencia de la retención del IRPF por parte del comprador, consigna la referencia catastral y realiza comunicaciones a Hacienda y Ayuntamientos que evitan la prescripción de impuestos.

Conforme al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales[6], los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario quedan sometidos en la forma a las normas imperativas de la ley del país en el que el inmueble está situado. El art. 10.1 del Código civil español (Cc) nos remite a la normativa del lugar de situación de los inmuebles. Y según el ordenamiento español, la escritura pública autorizada por el notario español es no sólo el instrumento del contrato, sino también el título traslativo del domino, constituyendo título y modo de transmisión de la propiedad. Pero un documento notarial extranjero carecería de la eficacia traslativa de dominio, careciendo de fuerza legal para la transmisión de la propiedad, y no pudiendo tener acceso al Registro de la Propiedad[7].

Esta decisión de la DGRN fue recurrida en primera instancia ante al Juzgado de 1ª Instancia que anuló la resolución puesto que al entender que no existe ninguna norma jurídica en el ordenamiento español que prive de eficacia, a efectos registrales, a una escritura otorgada por un notario extranjero; y alegando que varios preceptos de la legislación española permiten el acceso al Registro de títulos extranjeros[8]. Decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Audiencia Provincial[9].

Los argumentos esgrimidos en vía judicial son básicamente los siguientes: los artículos 4 de la Ley Hipotecaria (LH) y 36-38 del Reglamento Hipotecario (RH) admiten el acceso al Registro de la Propiedad de los documentos extranjeros; no existe una norma en el ordenamiento jurídico español que prive de eficacia a la escritura pública otorgada ante notario extranjero, a efectos registrales; y finalmente que los principios de Derecho comunitario respecto a la libre prestación de servicios y libre circulación de capitales (arts. 49, 53, y 56 del Tratado de la Comunidad Europea) garantizarían la eficacia de dichos documentos[10].

Sin embargo, la última palabra esta por ser pronunciada, correspondiendo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo en un recurso de casación pendiente de resolución.

3. Análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español

Aquí vamos a tratar de atender a la normativa interna sobre la cuestión. Conforme al artículo 4 de la LH se inscribirán en el Registro "los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes".

El RH desarrolla el anterior precepto en los artículos 36 a 38, y prevé la admisión en el Registro de la Propiedad de los documentos extranjeros que reúnan los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado siempre que contengan la legalización y los demás requisitos que sean necesarios para su autenticidad (arts. 36 del RH)[11].

Habría que atender al art. 9.1 del Cc es la nacionalidad la que determina la ley para verificar la capacidad de contratar, en el caso analizado sería la ley alemana. Por otro lado, el art. 10.1 Cc establece que la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles se regirá por la ley del lugar donde se ubiquen; lo mismo que establece el art. 10.5,2 Cc y el art. 4.c del Reglamento Roma I, Reglamento que sustituye al Convenio de Roma, respecto a los contratos de bienes inmuebles, lo que nos remitiría a la ley española, que no excluye sino que prevé la inscripción registral de documentos extranjeros; como también lo haría el art. 11.1 Cc que remite a la ley del lugar de otorgamiento la regulación de las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y actos jurídicos otorgados[12].

Por tanto, cabe concluir que un documento notarial extranjero es inscribible en el Registro de la Propiedad español.

No es admisible la alegación de falta de carácter de inscribible del mismo, puesto que carecería de sustento jurídico:

En primer lugar, la alegación de que el notario alemán no cumpliría la colaboración que realiza el notario español en relación a Hacienda es un argumento más cercano a la defensa del gremio notarial o de la defensa de las arcas públicas que no jurídico[13]. En segundo lugar, el argumento de la falta de transmisibilidad del documento público alemán tampoco es sostenible, como se desprendería de los arts. 10.1, 609, 1095, 1462, 1463 y 1464 del Cc., como ha razonado la misma Audiencia Provincial en la segunda instancia la doctrina, puesto que la escritura pública otorgada por el notario alemán serviría de prueba de la existencia del contrato válidamente celebrado, y la transmisión de la propiedad se produciría a través del instituto de la *constitutum possessorium* (art. 1463 Cc); si bien se podría incluso considerar la eficacia traditoria de la escritura pública otorgada ante notario alemán (art. 1462,2 Cc.)[14].

4. Análisis desde la perspectiva del ordenamiento europeo

Hemos comentado que el art. 4.c del Reglamento Roma I remite a la ley de lugar donde se halle el bien inmueble para regir las obligaciones derivadas de contratos sobre inmuebles. No obstante, no solamente hay que tener en cuenta este Reglamento, sino adecuar la interpretación de la normativa estatal aplicable a los principios del Derecho europeo.

El mercado interior se rige por las libertades económicas fundamentales, y en este

sentido, lo que no habría advertido la doctrina es que además de la falta de solidez jurídica, la interpretación de la DGRN podría constituir una restricción a la libre prestación de servicios[15] y a la libre circulación de capitales[16] consagradas en el Tratado.

No podemos obviar que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el Derecho comunitario goza de los principios de eficacia directa y primacía, debiéndose aplicar con prevalencia sobre el Derecho interno[17].

Además, no parece que sea sustentable un obstáculo así respecto a la inscripción de documentos públicos de notarios extranjeros todo y que no estaría justificado. El Tribunal de Justicia ha desarrollado toda una jurisprudencia aplicando el test de proporcionalidad respecto a la aplicación de los denominados *mandatory requirements*, que sustentarían restricciones u obstáculos justificados a las libertades económicas fundamentales iniciada en la famosa sentencia *Cassis de Dijon* (1979)[18] respecto a la libre circulación de mercancías, y que se ha aplicado a la libre prestación de servicios, en las sentencias *Manfred Säger* (1991)[19] y *Gebhard* (1995)[20]; y a la libre circulación de capitales en la sentencia *Comisión v. Bélgica* (1992)[21].

Esta doctrina exige que la medida nacional debe ser proporcionada, esto es, apropiada y necesaria para el objetivo que la justifica, y la menos restrictiva entre las que fueran apropiadas, no pudiendo causar inconvenientes desmesurados en relación con el fin perseguido por la medida, ya desde la sentencia *Rau Lebensmittelwerke* (1982)[22].

El desarrollo de esta jurisprudencia sobre las exigencias imperativas puede ser el reflejo de la necesidad de ponderar las reglas generales relativas a las libertades económicas fundamentales y sus excepciones, y por tanto, el Tribunal de Justicia lo que haría sería resolver de forma ponderada y racional el conflicto entre los diferentes intereses en juego, aplicando de forma analógica la *rule of reason* americana[23].

No está claro si una restricción del tipo planteado quedaría justificada, pero parece difícilmente justificable.

5. Conclusiones

A la luz de lo expuesto en los apartados anteriores, en nuestra opinión los documentos notariales comunitarios serían inscribibles en el Registro de la Propiedad español, no siendo justificables los razonamientos alegados por parte de la DGRN. Por lo que, al menos nosotros, entendemos que los documentos notariales otorgados en Estados miembros de la Unió tendrían eficacia jurídica, a efectos registrales, en España.

Así, tanto desde la perspectiva del ordenamiento interno, como también del ordenamiento comunitario, la inscripción de un documento notarial comunitario sería inscribible en el Registro de la Propiedad, pudiendo considerar inclusive que sería obligatoria su inscripción si cumple las exigencias formales de la legislación, como parece que sí cumplía la escritura pública del caso planteado y que está pendiente de resolución en recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

No obstante lo anterior, ciertamente es conveniente una pronta aprobación del

instrumento comunitario sobre las escrituras públicas que regule en el Derecho derivado europeo la cuestión, dados los obstáculos que están poniendo no sólo España sino la mayor parte de Estados miembros[24]. Sin que esto excluya la aplicabilidad de las libertades económicas fundamentales establecidas en el hoy Tratado de la Unión, y en concreto la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales, cuestión que deberá tener presente la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la hora de resolver el recurso de casación. El tiempo en que el ordenamiento español se regía solamente por las normas internas ha pasado a mejor vida, y la integración europea es más jurídica que no económica, exigiéndose la realización y vigencia de las libertades y derechos fundamentales de la Unión so pena de incurrir en responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados. □

Notas a pie de página

1. Mucho se ha discutido sobre la separación de los ordenamientos nacionales y el comunitario o europeo, si bien hay que convenir en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ha cambiado su nombre con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el pasado 1 de diciembre de 2009) siempre ha mantenido una posición monista; frente a la posición dualista de los Tribunales Constitucionales y Supremos de los Estados miembros. En cualquier caso, ciertamente en la práctica el Derecho comunitario o europeo impregna y se integra en el nacional y prevalece sobre el mismo. Sobre esta cuestión, vid. MARTÍNEZ DE VELASCO, H.H., y ZAMORA ZARAGOZA, F.J., La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción, Estudios de derecho Judicial, 95, CGPJ-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.

2. Este ciudadano alemán había adquirido el inmueble mediante escritura notarial española, y constaba como titular registral en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz.

3. En esta certificación el notario alemán declaraba que en los documentos notariales alemanes se aprecia de forma implícita dicha capacidad si no se hace constar lo contrario.

4. Para ello se alegaba que el documento notarial alemán es un título público inscribible, y que el juicio del registrador era subjetivo, careciendo de la citación de las normas civiles o registrales infringidas y de los extremos de la escritura notarial que infringen dicha normativa; que el documento notarial alemán cumple las exigencias de la normativa española, que se ha mantenido la equivalencia de formas, pues reúne los requisitos que caracterizan un documento público español y el notario alemán es empleado público competente; que no existe disposición legal alguna en el ordenamiento español que excluya de eficacia legal en España a las escrituras públicas alemanas; que no existe en el ordenamiento español sobre inversiones extranjeras exigencia alguna de que las ventas entre no residentes sobre bienes inmuebles situados en España se formalicen ante un notario español; y que por tanto concurren todos los requisitos formales para la transmisión de la propiedad mediante escritura pública notarial alemana, siendo innecesaria la exigencia de la ratificación de los herederos del vendedor, todo y que el bien inmueble ya ha sido transmitido al comprador.

5. Vid. Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005, que por cierto. Doctrina que ha confirmado la DGRN en Resolución de 20 de mayo de 2005 denegando el acceso al Registro de la Propiedad de Denia de otro documento notarial alemán.

6. Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. Hay que tener en cuenta, no obstante, que este convenio ha sido sustituido por el Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, conocido como Reglamento Roma I.

7. Para un análisis de la RDGRN, a favor, vid. FAJARDO LÓPEZ, L., "Acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras otorgadas por notarios extranjeros de países miembros de la Unión Europea: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005/5645)", Revista de Derecho Patrimonial, nº 18, 2007, pp. 333-342; en sentido más crítico, SÁNCHEZ LORENZO, S., "La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado", Diario La Ley, nº 6425, 20 de febrero de 2006, pp. 1461-1471; JÉREZ DELGADO, C., "La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 715, pp. 2531-2559.

8. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, de 9 de marzo de 2006.

9. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife nº 391/2006, Sección 4ª, de 22 de noviembre de 2006.

10. Para un estudio pormenorizado de la libre prestación de servicios y de la libre prestación de capitales es recomendable acudir a PÉREZ DE LAS HERAS, B., El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales, 2ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, pp. 120-145 respecto a la libre prestación de servicios; y pp. 185-199 respecto a la libre circulación de capitales.

11. Así, la inscripción de los documentos extranjeros que cumplieran estos requisitos tendrían que ser inscritos, siendo esta inscripción obligatoria. En este sentido vid. HEREDIA CERVANTES, I., "Comentario a la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/25452)", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 70, enero-abril de 2006, pp. 115-138.

12. Esta norma fijaría el principio de equivalencia formal de los documentos. Vid. "La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)", op. cit., p. 2542.

13. Ciertamente, la admisibilidad de la inscripción de títulos notariales extranjeros privaría al título notarial español del valor añadido del juicio de legalidad respecto al ordenamiento español que incorpora, pero quizá responde a una voluntad de evitar el acceso

al Registro de los documentos notariales extranjeros que implicaría la vigencia del principio de equivalencia de formas y que "hubiera revalidado la calificación registral, restituyéndole una situación de hegemonía" Vid. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., "¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?", El Notario del Siglo XXI, nº 22, Julio-Agosto 2010.

14. Vid. JÉREZ DELGADO, C., "La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad…", op. cit., p. 2546; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Traditio y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005)", Diario La Ley, nº 6322, 20 de septiembre de 2005, pp. 1585-1589.

15. Regulada en los arts. 56-62 TFUE (antiguos arts. 49-54 TCE)
los arts. 49 y 56 (antiguos arts. 43 y 49 TCE) regulan la asimilación de los nacionales de un Estado miembro a los nacionales del país de acogida para garantizar que no se produce una discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito del derecho de establecimiento o de la prestación de servicios
el art. 56 TFUE prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros. Las excepciones que se posibilitan respecto a la libertad de establecimiento están basadas en razones de orden público, seguridad y salud pública, según el art. 52.1 TFUE (antiguo art. 46.1 TCE), y para la prestación de servicios se prevé que mientras se mantengan restricciones de prestación de servicios están se deben aplicar sin distinción de nacionalidad o residencia (art.61 TFUE, antiguo art. 54 TCE); y el art. 16.2 de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior permite las restricciones justificadas en el orden público, la seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.

16. Prevista en los arts. los arts. 63-65 TFUE (antiguos arts. 56-60 TCE)
el art. 63 TFUE (antiguo art. 56 TCE) prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos entre Estados miembros e incluso entre éstos y terceros países
El TJCE consagró el efecto directo del art. 56 TCE en las sentencias de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros, C-163/94, C-165/94 y C-250/94.

17. La primacía en concreto implica la prevalencia del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, de tal forma que "el derecho nacido del tratado no podría, pues, en razón de su naturaleza original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea" según la sentencia Costa (STJCE de 15 de julio de 1964, Costa v Enel, C-6/64.); entendiendo que ello afecta también al Derecho nacional de carácter constitucional, como dejó asentado el Tribunal de Justicia en St. Michele (Auto de 22 de junio de 1965, Accierie St Michele, C-9 y 58/65), primacía predicable no solo para el Derecho comunitario primario, sino también para el Derecho derivado, para los actos de las instituciones directamente aplicables como especifica en las sentencias Internationale Handelgesellchaft, (STJCE de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesselschaft, C-11/70) y Politi v. Italia (STJCE de 14 de diciembre de 1971, Politi v. Italia, C-43/71).

18. SJCE de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78.

19. STJCE de 25 de julio de 1991, Manfred Säger, C-76/90.

20. STJCE de 31 de noviembre de 1995, Reinhard Gebhard, C-55/94.

21. STJCE de 4 de junio de 1992, Comisión v. Reino de Bélgica, C-503/99.

22. STJCE de 10 de noviembre de 1982, Walter Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt PVB, C-261/81. En esta sentencia el TJCE deja claro que es necesario que los mandatory requirements sean proporcionales al objetivo que persiguen, y si hay varias opciones para conseguir los mismos objetivos se debe escoger el menos restrictivo para la libre circulación de mercancías. El Tribunal de Justicia utilizaría así un test de dos escalones. Sobre esta exigencia de proporcionalidad se pueden ver las SSTJCE de 7 de marzo de 1990, GB-INNO-BM v. Confederation du commerce luxembourgeois, C-362/88, protección de consumidores; de 4 de junio de 1992, Debus, C-13/91, y C-113/91 FJ 16; de 5 de mayo de 1998, Reino Unido v. Comisión, C-180/1996, FJ 50-53; de 3 de julio de 2003, Joseph Lennox v. Industria Lavorazione Carni Ovine, C-220/01, fj 76 y ss.; de 5 de junio de 2007, Klasd Rosengren y otros v. Riksaklagarem, C-170/04, FJ 43-57.

23. Se ha entendido que desde Cassis de Dijon, el Tribunal de Justicia habría introducido la técnica de la rule of rea son propia del Derecho anglosajón, conforme a la que un principio general puede ser modulado de forma racional en cada caso concreto. Sobre la introducción de esta rule of reason por parte del TJCE vid. ROSSI, L.S., y CURZON, S.J., What "Rule of Reason" for the EU Internal Market?", Studi sulla inegrazione europea, 2008, nº 2, pp. 299-301; RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., (dir.), El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial, Civitas, Madrid, 1993, p. 750.

24. Por ejemplo, la posición española ha sido asumida en Alemania, Letonia, Eslovenia y Holanda; sin embargo en Francia e Italia sí se permite la inscripción de documento notarial extranjero pero previa protocolización ante un notario nacional; y en Bélgica y Luxemburgo sí se admiten los documentos notariales extranjeros, si bien posteriormente se exige formalización ante notario nacional a efectos de exigencias fiscales. (Información del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, citada por AGUAYO, G., y ORENES, J.M., "Eficacia del Instrumento Público Extranjero en España", Vademecum de cooperación jurídica internacional, [http://www.vademecumjuridico.org/esp/045.php?a=4]; y JÉREZ DELGADO, C., "La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad…", op. cit., p. 2552.

por Pedro Fandos Pons. Registrador de la Propiedad

MANDAMIENTO DE EMBARGO DE LA AEAT AUTENTICADO CON EL CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN

En las últimas semanas se generó, en uno de los cauces cibernéticos de comunicación entre nosotros un interesante debate sobre los requisitos que debe reunir un documento electrónico, en este caso administrativo, para que pueda presentarse e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Por su importancia práctica reproducimos los argumentos expuestos por los compañeros, a lo que les hemos dado forma de artículo, para que se ponderen las razones de uno y otro argumento, pero también a la vista de las argumentaciones expuestas, también nos posicionamos en la posición que consideramos correcta.

Agradecer a José Manuel Capitán Carmona, quien planteó el supuesto de hecho, Fernando José Carabaña Aguado, Gonzalo Aguilera Anegón, José María de Pablos O'Mullony, Antonio José Vilchez Trasierra, Miguel Angel Jiménez Barbero, Alvaro José Martín Martín, las opiniones que formularon al supuesto de hecho planteado, las cuales se han intentado reproducir en este artículo y que, seguro que han ayudado a muchos compañeros a los que se les ha planteado el mismo caso.

1. Supuesto de hecho

Se presenta en el Registro, por agente de la Agencia Estatal Tributaria, un mandamiento de la Unidad de Recaudación en el que se ordena la anotación preventiva de un embargo. El mandamiento en cuestión carece de firma y sello, pero viene con un pie, donde aparece el Código Seguro de Verificación de su firma electrónica en la Sede de la AEAT. El Registrador ante quien se presenta el documento, consulta en la Página Web de la Agencia Estatal Tributaria, y coteja el documento presentado con el documento que está en el Repositorio con ese mismo Código y comprueba su integridad y autenticidad.

La cuestión es la habilitad de ese documento administrativo validado con el Código Seguro de Verificación para ser presentado y anotar el embargo en el Registro de la Propiedad.

2. Posiciones al respecto

a) Una postura defiende la **aptitud de este documento validado con el Código Seguro de Verificación,** en base a los siguientes argumentos:

1) El artículo 18 de la Ley 11/2007 de 22 de Junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que dispone:

Sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada.

1. Para la identificación y la autenticación del ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, cada Administración Pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica:

a. *Sello electrónico de Administración Pública, órgano o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica.*

b. *Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano o entidad y, en su caso, a la persona firmante del documento, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente.*

2. Los certificados electrónicos a los que se hace referencia en el apartado 1.a incluirán el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, pudiendo contener la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos.

3. La relación de sellos electrónicos utilizados por cada Administración Pública, incluyendo las características de los certificados electrónicos y los prestadores que los expiden, deberá ser pública y accesible por medios electrónicos. Además, cada Administración Pública adoptará las medidas adecuadas para facilitar la verificación de sus sellos electrónicos.

2) El Artículo 30, que dispone:

Copias electrónicas.

1. Las copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos emitidos por el propio interesado o por las Administraciones Públicas, manteniéndose o no el formato original, tendrán inmediatamente la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en el artículo 46 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siempre que el documento electrónico original se encuentre en poder de la Administración, y que la información de firma electrónica y, en su caso, de sellado de tiempo permitan comprobar la coincidencia con dicho documento.

2. Las copias realizadas por las Administraciones Públicas, utilizando medios electrónicos, de documentos emitidos originalmente por las Administraciones Públicas en soporte papel tendrán la consideración de copias auténticas siempre que se cumplan los requerimientos y actuaciones previstas en el artículo 46 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Las Administraciones Públicas podrán obtener imágenes electrónicas de los documentos privados aportados por los ciudadanos, con su misma validez y eficacia, a través de procesos de digitalización que garanticen su autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen, de lo que se dejará constancia. Esta obtención podrá hacerse de forma automatizada, mediante el correspondiente sello electrónico.

4. En los supuestos de documentos emitidos originalmente en soporte papel de los que se hayan efectuado copias electrónicas de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, podrá procederse a la destrucción de los originales en los términos y con las condiciones que por cada Administración Pública se establezcan.

5. Las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora.

Por su parte el artículo 46 dispone:

Validez y eficacia de documentos y copias.

1. Cada Administración Pública determinará reglamentariamente los órganos que tengan atribuidas las competencias de expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados.

2. Las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que estos siempre que exista constancia de que sean auténticas.

3. Las copias de documentos privados tendrán validez y eficacia, exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas, siempre que su autenticidad haya sido comprobada.

4. Tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas.

3.- Las Resoluciones de la Dirección General de 17, 18 y 20 de julio de 2009 concluyen que el documento en cuestión, desde el momento en que está incorporado a una matriz, ya reúne todos los requisitos necesarios para desplegar la eficacia que la legislación atribuye al documento en papel, de modo que su autenticidad queda bajo la fe del Notario. La verdad es que en las escrituras cada vez vemos más documentos administrativos (licencias municipales, certificados de Secretarios de Ayuntamientos, del Registro general de Actos de Última Voluntad...) que llevan solo Códigos Seguros de Verificación. Por tanto, en base al 30.5 de la Ley 11/2007, no depende de que se incorpore a ningún protocolo, sino de que se pueda comprobar su coincidencia con el Repositorio.

Concluye esta posición que la ley 11/2007, con todo lo incompleta que pueda ser, efectivamente establece la firma electrónica mediante código seguro de verificación para procedimientos automatizados de la administración en su artículo 18.1.b). Pero esta firma

electrónica "sui generis" no debe ser confundida con la representación gráfica en formato papel de documentos electrónicos, es decir con el mecanismo para emitir copias "seguras" en papel de documentos electrónicos, que se puede hacer mediante la inclusión en los mismos de un código seguro de verificación (artículo 30.5 de la misma ley). Este mecanismo será perfectamente válido a los efectos registrales si nos conduce hasta un documento electrónico firmado por un funcionario determinado con un certificado de firma electrónica, ya que no hay proceso automatizado de la administración en su actuación.

Cuestión distinta es que nos lleve a un documento electrónico emitido por un funcionario concreto mediante un procedimiento no automatizado, pero en el que no se haya utilizado un certificado digital de firma electrónica. Este es un caso típico en la AEAT, ya que mediante el sistema de control de accesos de sub-aplicación de gestión (en base a una política de permisos restrictiva) sólo permiten a cada funcionario acceder en la aplicación a los elementos correspondientes según su cargo y función específica, lo que les lleva a afirmar que la autoría del documento está garantizada por el propio aplicativo de gestión de la AEAT, y de cuya efectividad es responsable la propia AEAT y al que el resto de las administraciones los considera auténticos y porque la autoría, autenticidad e integridad del documento de la AEAT está suficientemente probada.

Por lo que si el documento electrónico de la AEAT identifica a su firmante, se admite a inscripción, como documento auténtico a efectos de inscripción. Si no identifica a ningún responsable, se debe suspender por falta de autenticidad del mismo conforme al artículo 3 LH.

Se concluye, por tanto, que el artículo 30.5 de la Ley 11/2007 citado, debe interpretarse para esta postura en el sentido de que "El establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma." En el mismo sentido, el art. 7.1 del RD 1671/2009 que desarrolla la Ley 11/2007 en el ámbito de la Administración Central. Por lo que si, si a través del Código Seguro de Verificación, se puede comprobar la existencia e integridad del documento en la Sede Electrónica de la Agencia Tributaria, es esta la que responde de la veracidad de los documentos publicados en su Sede. Digamos que el documento está amparado bajo la "fe" de la Sede Electrónica.

b) Una segunda postura **niega la admisibilidad del documento que aparece validado con el Código Seguro de Verificación**, en base a los siguientes argumentos:

Primero, sólo existen, a día de hoy, dos sistemas de formalización telemática de actos administrativos, que son el Código Seguro de Verificación (CVR) y el sistema de Firma Electrónica Personal.

Segundo, la Ley 11/2007 reduce la variada tipología de los actos administrativos a dos grupos sustanciales, desde la perspectiva de su tratamiento informático: i) actuaciones automatizadas, y ii) actuaciones singulares. Es actuación automatizada la producida por un sistema informático adecuadamente programado y sin intervención de persona física, y es actuación singular la que requiere la intervención de una persona física en cada caso concreto.

Tercero, el Código Seguro de Verificación está reservado por Ley a los actos automatizados (véase 18.1 b de la Ley), mientras que para acreditar quién firma el documento y demostrar que lo hace en ejercicio de sus competencias, es precisa firma electrónica (véase 19 de la Ley).

Por tanto los dos sistemas aparecen claramente delimitados en el Reglamento que desarrolla la Ley 11/2007:

Firma electrónica implica **identificación del firmante y de su competencia objetiva y territorial.** Acompaña al documento allá donde se envíe y permite precisamente que, a pesar del movimiento documental, éste pueda seguir conservando su autenticidad. Es un concepto pensado para documentos personales, que viajan.

Código Seguro alude a la **identificación documental**, es decir, permite comprobar la identidad gráfica entre el documento en el que consta dicho código y el original generado por el sistema, accediendo al mismo sistema que lo generó e insertando dicho código. Sirve para asegurarse que los dos documentos coinciden letra por letra, nada más. Es un concepto pensado para documentos generados por un sistema, que se consultan, aunque en sí mismos no viajan. El artículo 30 es una prueba de esto, en su correcta interpretación. **El Código Seguro de Verificación permite comprobar que una copia es auténtica, es decir, que se corresponde con el original, pero no la autenticidad del original, que es el presupuesto para la fiabilidad de la copia.**

Cuarto, en base a esos argumentos, la utilización de Código Seguro de Verificación para embargos de la AEAT, no es ajustada a derecho y la admisión de este tipo de documentos puede generar responsabilidad civil, si media un perjuicio demostrable para el titular registral o para los anotantes posteriores, dada la claridad de la normativa vigente, la evidente incompatibilidad de este tipo de documentos con los principios elementales del procedimiento registral y la extensión indiscutible, del ámbito de calificación a los defectos de que adolecen estos documentos. Bastaría alegar ante el Juez que la práctica de la anotación se ha fundado en un documento ilegal según la normativa vigente contemplada por los propios Registradores en un convenio suscrito por el Colegio, y además no auténtico ex art. 33 RH (pues para el RH es preciso que el documento sea público, y es público el expedido por el funcionario en ejercicio de sus competencias, algo que sólo puede acreditar la firma electrónica, y no el Código Seguro de Verificación), para obtener la nulidad del asiento y pedir acto seguido o cumulativamente la responsabilidad al firmante, ya que un embargo no es, ni ha sido, ni puede ser nunca un acto administrativo automatizado y hay que tener en cuenta para la calificación de los mandamientos de embargo expedidos por la AEAT con código seguro de verificación la autenticidad de dicho documento, que el Registrador debe comprobar en el ejercicio de las facultades de calificación que realiza bajo su exclusiva responsabilidad, y de la cual no se exime por la que corresponda a otros.

Autenticidad que no deriva del mero alojamiento del documento electrónico en la sede electrónica de la AEAT ni de la responsabilidad que tenga la AEAT de adoptar las medidas necesarias para garantizar la autenticidad e integridad de la información publicada

en dicha sede, sino de que el documento electrónico esté autorizado con la firma electrónica adecuada (documento electrónico firmado electrónicamente, dice el artículo 30.5).

De lo contrario sobrarían todos los preceptos de la Ley relativos a los diferentes sistemas de firma electrónica que pueden utilizar las Administraciones Públicas, y los medios previstos para su comprobación. (Artículos 13.3, 17,18, 19 de la Ley y 23, 24 y 25 del RD 1671/2009); y bastaría la sede electrónica, debidamente identificada con su firma electrónica, para garantizar la autenticidad de los documentos publicados por ella.

Pero ello no es así, no solamente por lo dicho antes, sino porque *expresamente se afirma así en el artículo 18.2 del RD 1671/2009 al señalar que "El uso de los certificados de sede electrónica está limitado a la identificación de la sede, quedando excluida su aplicación para la firma electrónica de documentos y trámites".* Por ello, cuando se afirma que "el mecanismo para emitir copias "seguras" en papel de documentos electrónicos, que se puede hacer mediante la inclusión en los mismos de un código seguro de verificación (artículo 30.5 de la misma ley) será perfectamente válido a los efectos registrales si nos conduce hasta un documento electrónico firmado por un funcionario determinado con un certificado de firma electrónica, ya que no hay proceso automatizado de la administración en su actuación", pero el documento electrónico, al que se accede con el código de acceso que lleva el documento en papel, no esta firmado con un certificado digital de firma electrónica.

Por ello, como se decía en el primero de los argumentos, la Ley 11/2007 admite fundamentalmente (artículo 13.3), dos sistemas de firma electrónica, como medio de identificación electrónica de las administraciones públicas y autenticación del ejercicio de su competencia, el código seguro de verificación (artículo 18.1 b), dentro de los sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada, y Firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 19).

En el caso que estamos contemplando, el documento electrónico está firmado con un código seguro de verificación, para cuya aplicación se requiere una orden del Ministro competente o resolución del titular del organismo público, previo informe del Consejo Superior de Administración Electrónica, que se publicará en la sede electrónica correspondiente (artículos 20 y 21 del RD 1679/2009) y que determinará entre otras cuestiones los procedimientos o actuaciones a las que es de aplicación el sistema, tiempo durante el cual se podrá verificar el documento etc.

De acuerdo con lo anterior, debiera estar publicada en la sede electrónica de la AEAT la orden o resolución que autoriza la utilización del código seguro de verificación en los mandamientos de embargo destinados a los Registros. Pero ello no es así. Todo lo contrario, la única resolución que se encuentra publicada al efecto es la Resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 30 de diciembre de 2009, la cual no señala entre los procedimientos a los que se aplica el sistema de código seguro de verificación el relativo a la presentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de mandamientos de embargo administrativos de bienes inmuebles.

Congruente con esta posición la propia AEAT en un documento contenido en su página Web fechado en Marzo de 2010, atribuye a su Sede Electrónica el objeto es facilitar una información completa sobre la creación, finalidad y procedimientos de dicha sede. Pero en el punto 5º de dicho informe excluye del Registro Electrónico las comunicaciones electrónicas que deban ser objeto de anotación en registros que cuenten con regulación propia, salvo cuando en dicha regulación se determine la utilización del Registro Electrónico regulado en la presente Resolución, que aunque se refieren al Registro Electrónico, si que manifiestan la especialidad de las actuaciones administrativas que hayan de acceder a Registros Públicos, que se regirán por una normativa específica, regulada a través del correspondiente convenio y no mediante una regulación administrativa unilateral, pues no hay que olvidar que en materia inmobiliaria, también se hallan presentes cuestiones de Derecho Privado, que han de ser tenidas en cuenta por la actuación administrativa y que precisamente el Registrador de la propiedad territorialmente competente ha de controlar.

3. Nuestra interpretación

Con pleno respeto, a las opiniones de todos los compañeros que intervinieron en la discusión, los argumentos aportados por la segunda postura son tan contundentes, que no dejan lugar a la duda, con una interpretación, literal, lógica y sistemática que nos lleva a considerar que la postura correcta es la segunda, pues, conforme al artículo 3 LH, los títulos presentados a inscripción han de ser auténticos y además inscribibles, conforme al artículo 33 RH; en sede electrónica, el documento electrónico, aquel que nace para circular únicamente por medios telemáticos, debe reunir los mismos requisitos que el documento público en papel, a cuyo valor jurídico se equipara, siempre que cumpla sus mismos requisitos y que este firmado con un dispositivo de firma electrónica reconocido. El documento en soporte en papel nunca puede incorporar una firma electrónica pues por definición la firma electrónica es un conjunto de datos en forma electrónica (artículo 3 de la Ley 59/2003). Puede incorporar un código de acceso o localizador para facilitar la búsqueda en los archivos electrónicos correspondientes del documento electrónico original con el que verificar la autenticidad e integridad del documento presentado.

Pero a parte de ello, ha de reunir los requisitos que para su tramitación telemática exigen los artículos 106 y siguientes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre modificada por la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, especialmente el artículo 112.5.2 de dicha Ley, así como los correspondientes de la Ley Hipotecaria, especialmente el artículo 248 que regula la presentación telemática de los documentos en el Registro, sin distinguir entre estos según su naturaleza, e impone al Registrador una serie de obligaciones en orden al sistema de acuse de recibo digital mediante un sistema de sellado temporal acreditativo del tiempo exacto con expresión de la unidad temporal precisa de presentación del título, así como un sistema de notificaciones telemáticas con firma electrónica (ex artículo 112de la Ley 24/2001) de imposible realización en el presente caso mientras no se establezca un canal de acceso telemático que permita la interconexión telemática a través de la red corporativa colegial (ex artículo 107 Ley 24/2001). Si el documento electrónico original al cual se accede no está revestido de las garantías y requisitos exigidos por la legislación aplicable para que

esté válidamente emitido, y por tanto no se puede comprobar su autenticidad, tampoco será admisible registralmente el presentado en soporte papel pues no constituirá una copia autentica del electrónico al no haberse podido comprobar la autenticidad del mismo, como exige el propio artículo 30 de la Ley 11/2007.

En caso de admitir documentos que no reúnen estos requisitos, estaríamos otorgando un privilegio a la Administración que la Ley no le concede, basándonos además para ello, en una Ley, como la 22/2007, cuya denominación es la de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, cuya misión no es la de determinar cual es el documento hábil para practicar una anotación de embargo a favor de la AEAT, que como medida cautelar que es, ha de estar rodeado de las debidas garantías y con cumplimiento de los requisitos legales, por lo que no se puede pretender que lo dispuesto en artículos como el 18.2 y el 30.5, suponga la regulación de una presentación telemática de documentos en el Registro de la Propiedad, puesto que conforme a las Leyes 21/2001 y 21/2005, ello debe realizarse, a través de la correspondiente disposición, con intervención de todos los agentes implicados, lo cual reconoce la propia AEAT al firmar un Convenio de Colaboración con el Colegio de Registradores de 22 de julio de 2008, el cual prevé de forma expresa el desarrollo de un procedimiento para la presentación telemática de mandamientos de embargo practicados por la Agencia Tributaria, a través de *un procedimiento que permita la comunicación telemática entre la Agencia Tributaria y los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Dicha comunicación permitirá presentar mandamientos de anotaciones preventivas de embargo mediante la remisión telemática de archivos, acompañados, en su caso, de la solicitud de que se libre certificado de cargas que figuren en el Registro de la Propiedad sobre cada finca, mandamientos de cancelación de cargas y adjudicaciones de un bien en un procedimiento de enajenación realizado por la Agencia Tributaria, los mandamientos de cancelación de embargos, certificados de dominio, así como certificados de dominio y cargas.*

El sistema telemático de comunicación registral, en cada una de las citadas comunicaciones remitidas por la Agencia Tributaria, generará un acuse de recibo digital mediante un sistema de sellado temporal acreditativo del tiempo exacto con expresión de la unidad temporal precisa de presentación del título, en virtud de lo previsto en el artículo 248.3 de la Ley Hipotecaria.

Las comunicaciones que los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles tengan que efectuar a la Agencia Tributaria en cumplimiento de este Convenio se realizarán con su firma electrónica reconocida o sello electrónico del Registro en los términos y condiciones establecidas en el artículo 110 y concordantes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y de la legislación hipotecaria.

Por su parte, la Agencia Tributaria remitirá los documentos por vía telemática a través de un sistema de firma electrónica avanzada, en amparo de lo dispuesto en el artículo 13.3 d) de la Ley 11/2007. Por tanto aquí está una de las claves para la resolución de la cuestión, pues dispone el artículo citado:"3. Las Administraciones Públicas podrán utilizar los siguientes sistemas para su identificación electrónica y para la autenticación de los

documentos electrónicos que produzcan: d) Intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación, conforme a lo específicamente acordado entre las partes." Como consecuencia de ese artículo, en el convenio citado se acordó el procedimiento de presentación telemática a utilizar, por lo que las partes que lo acordaron han de ajustarse a él.

El sistema de código seguro de verificación aplicable a los sistemas de actuación administrativa automatizada (artículo 18 de la Ley 11/2007 y 20 del RD 1671/2009, de 6 de noviembre) que según el concepto que de la misma proporciona la propia Ley 11/2007 , en su Anexo, no responde a los criterios que presiden la generación y autorización de los documentos administrativos susceptibles de inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad, que en todo caso exigen la intervención en cada caso singular de una persona física, en su condición de funcionario autorizante, para la generación y autorización del documento y no la mera intervención de un sistema informático debidamente programado.

Aparte que la aplicación de tal sistema requiere, según el artículo 20.3 del citado RD 1671/2009 *de "una orden del Ministro competente o resolución del titular del organismo público, previo informe del Consejo Superior de Administración Electrónica, que se publicará en la sede electrónica correspondiente.* Y la Resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 30 de diciembre de 2009, por la que se aprueban aplicaciones informáticas para actuación administrativa automatizada, no señala entre los procedimientos a los que se aplica el sistema de código seguro de verificación el relativo a la presentación en el Registro de la Propiedad de mandamientos de embargo administrativos de bienes inmuebles.

Conclusión

Por tanto, si no es admisible, como sistema de firma electrónica el denominado de código seguro de verificación , por las razones expuestas, ni tampoco se ha utilizado en el presente caso el contemplado en el apartado 3 d del artículo 13 de la Ley 11/2007, "intercambio electrónico de datos en un entorno cerrado de comunicación conforme a lo específicamente acordado entre las partes, al no haberse hecho uso del sistema acordado entre la AEAT y el Colegio de Registradores el 22 de julio de 2008, el único sistema de firma electrónica adecuado al documento objeto de la presente, que además es plenamente respetuoso con los principios que presiden nuestro sistema registral de titulación auténtica, rogación, y calificación registral (artículo 1, 3, 6, 9, 18 Ley Hipotecaria, 34, 51, 98 y 166 del Reglamento Hipotecario y 6 y 84.2 del Reglamento General de Recaudación) y utilización de firma electrónica en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva (artículos 106 y siguientes de la Ley 24/2001, modificada por la Ley 24/2005), es el del personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 13.3 c) de la Ley 11/2007) que se proveerá por la Administración en la forma que expresa el artículo 19 de la Ley tantas veces citada, y que habrá de estar basado en certificados de empleado público al servicio de la Administración General del Estado expresamente admitidos con esta finalidad y con las características que expresa el artículo 22 del RD 1671/2009.

Y las normas reguladoras del procedimiento registral no sólo exigen con carácter general un sistema de sellado de tiempo asociado a cada documento electrónico, exigencia

natural e ineludible para la comprobación de la autenticidad del documento al estar asociada la misma a la vigencia de la firma electrónica que lo autoriza, para lo cual es ineludible la determinación exacta del momento temporal exacto en el que se aplica la firma electrónica. El concepto de vigencia de firma electrónica va unido al momento temporal en que se produce la misma. De ahí que sea imprescindible que todo documento electrónico firmado mediante firma basada en certificado electrónico deba incorporar un sello de tiempo electrónico proporcionado por un prestador de servicios de sellado de tiempo que garantice el momento exacto de la firma para comprobar la vigencia y validez de la misma, lo cual no se da en el supuesto de uso del Código Seguro de Verificación, que no permite la verificación de la firma electrónica y carece de sellado de tiempo, carencias lógicas, pues el dispositivo está pensado para la relación de la Administración con sus administrados y no se prevé por la Ley 11/2007, como título hábil a presentar en los Registros Públicos.

Por ello, no estando firmado el documento electrónico original con firma electrónica del personal al servicio de la Administración del Estado, sino con un código seguro de verificación que no es procedente en el presente caso por no tratarse de un supuesto de actuación administrativa automatizada, y que además no está contemplado, como exige la Ley, en la Resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 30 de diciembre de 2009, por la que se aprueban aplicaciones informáticas para actuación administrativa automatizada, entre los procedimientos a los que se aplica el sistema de código seguro de verificación, no queda acreditada la autenticidad del mismo. □

◄ DISPOSICIONES ESTATALES ►

♦ REFORMA RÉGIMEN ELECTORAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LEY ORGÁNICA 8/2010, de 4 de noviembre (BOE 5/11), de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

♦ MERCADO DE VALORES

CIRCULAR 4/2010, de 14 de octubre (BOE 5/11), de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 2/2009, de 25 de marzo, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Titulización.

♦ REGISTROS DE LA PROPIEDAD DE MADRID

RESOLUCIÓN de 12 de noviembre de 2010 (BOE 18/11), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, acordando la no apertura al público de las diferentes oficinas de los Registros de la Propiedad de Madrid, en el periodo comprendido entre los días 22 de noviembre y 13 de diciembre de 2010.

♦ IMPUESTOS

ORDEN EHA/3061/2010, de 22 de noviembre (BOE 30/11), por la que se modifican el modelo 347 de declaración anual de operaciones con terceras personas aprobado por Orden EHA/3012/2008, de 20 de octubre, el modelo 390 de declaración-resumen anual del Impuesto sobre el Valor Añadido aprobado por Orden EHA/3111/2009, de 5 de noviembre y el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta aprobado por Orden EHA/3127/2009, de 10 de noviembre.

ORDEN EHA/3062/2010, de 22 de noviembre (BOE 30/11), por la que se modifican las formas de presentación de las declaraciones informativas y resúmenes anuales de carácter tributario correspondientes a los modelos 038, 156, 159, 170, 171, 180, 181, 182, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 291, 296, 299, 340, 345, 346, 347, 349, 611 y 616 y por la que se modifica la Orden EHA/1658/2009, de 12 de junio, por la que se establece el procedimiento y las condiciones para la domiciliación del pago de determinadas deudas cuya gestión tiene atribuida la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

ORDEN EHA/3063/2010, de 25 de noviembre (BOE 30/11), por la que se desarrollan para el año 2011 el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido.

◄ DISPOSICIONES AUTONÓMICAS ►

♦ EXTREMADURA – URBANISMO

LEY 9/2010, de 18 de octubre (BOE 3/11), de modificación de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

♦ LA RIOJA – TRIBUTOS

LEY 8/2010, de 15 de octubre (BOE 5/11), de medidas tributarias.

♦ COMUNIDAD DE MADRID – MEDIDAS FISCALES

LEY 5/2010, de 12 de julio (BOE 23/11), de medidas fiscales para el fomento de la actividad económica.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana