

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

21745 *Resolución de 14 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Baza, por la que se deniega la anotación de un embargo preventivo sobre bienes gananciales por no haber sido notificado el cónyuge del deudor.*

En el recurso interpuesto por doña A. A. M., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de la mercantil «Juguetes Falomir, S.A.», contra la calificación del registrador de la Propiedad de Baza, don José Antonio Jiménez Rubio, por la que se deniega la anotación de un embargo preventivo sobre bienes gananciales por no haber sido notificado el cónyuge del deudor.

Hechos

I

Mediante mandamiento, librado el día 21 de junio de 2021 por doña C. R. I., letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Murcia, en el que se insertaba auto dictado el día 8 de junio de 2021 por doña María Dolores de las Heras García, magistrada del referido Juzgado, en el ámbito de un procedimiento de medidas cautelares, se decretaba el embargo de varias fincas radicantes en la demarcación del Registro de la Propiedad de Baza, inscritas con carácter ganancial, sin que constase haber sido notificado o demandado el cónyuge de la persona contra la que se seguía el procedimiento.

II

Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad de Baza, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado en el día de hoy por José Antonio Jiménez Rubio, Registrador de la Propiedad de Baza y su Distrito Hipotecario, el mandamiento expedido por Juzgado Mercantil 3 Murcia, el día 8 de junio de 2021, procedimiento número 197/2021, con firma electrónica, del cual certifico que he verificado su autenticidad a través de su csv, que fue presentado por C. S. P. el día 14 de Julio de 2021, con el número de entrada 2987/2021, que originó el asiento 1122 del Diario 84 y acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, mediante aportación de documentos complementarios y junto la/s carta/s de pago; tras examinar los antecedentes del Registro, se han observado las siguientes circunstancias que ha motivado la calificación desfavorable:

Hechos

1. En el mandamiento objeto de calificación, se reproduce el auto 64/21 dictado por doña María Dolores de las Heras García, Magistrada del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Murcia, el día 8 de junio de 2021, en el ámbito del procedimiento de medidas cautelares, dimanante del procedimiento ordinario 197/2021.

2. En el mencionado Auto, se decreta el embargo de las fincas registrales 28441, 30601, 30602, 30603, 30604 y 33649 del término municipal de Baza hasta cubrir las

responsabilidades que se imputan al demandado Don P. C. F.; ordenándose en el correspondiente mandamiento la anotación preventiva de dicho embargo.

3. Las fincas embargadas aparecen inscritas, con carácter ganancial, en favor del demandado y de su esposa Doña M. T. S. A., sin que la misma haya sido demandada en el procedimiento o notificada del embargo decretado.

A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes:

Fundamentos de Derecho:

I. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho I anterior, debe tenerse en consideración:

1. Artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, que incluyen en el ámbito calificador de los documentos judiciales por los Registradores de la Propiedad, los obstáculos que surjan del Registro.

2. Artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario, que exige para que pueda anotarse el embargo sobre bienes gananciales, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, o bien que la demanda se dirija frente a los dos cónyuges, o que el cónyuge no demandado sea notificado del embargo decretado, no constando en este caso dicha notificación, y no siendo Doña M. T. demandada.

3. Artículo 733 Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su primer párrafo establece como regla general la necesidad de que se dé audiencia al demandado para la adopción de las medidas cautelares previstas en los artículos 721 y siguientes.

Si bien es cierto, que el párrafo segundo del citado artículo habilita la posibilidad de que, excepcionalmente, se adopten dichas medidas cautelares sin oír al demandado (y, por tanto, sin notificar a su cónyuge-titular registral), no parece ser éste el caso que nos ocupa, puesto que como se deduce del propio auto incorporado al mandamiento calificado, sí que se ha dado audiencia al demandado, de modo que la señora magistrada comienza el auto contestando a la oposición de la abogada del demandado que argumentaba sobre la necesidad de demandar al cónyuge para decretar el embargo de bienes gananciales. Además, si nos encontrásemos en el supuesto excepcional del segundo párrafo, contra el Auto por el que se decreta la medida cautelar no cabría recurso alguno, como se establece en el tercer párrafo del artículo 733, siendo que el Auto testimoniado establece la posibilidad de recurso de apelación.

Por tanto, entendiendo que nos encontramos ante el supuesto general del número primero, debemos exigir la notificación al cónyuge no demandado por exigirlo así el principio de legitimación y tracto sucesivo registral, traslado, al ámbito registral, del principio de tutela judicial efectiva.

II. De conformidad con la regla contenida en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, el registrador debe proceder a la notificación de la calificación negativa del documento presentado, quedando desde entonces automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente, por un plazo que vencerá a los sesenta días, contados desde la práctica de la última de las notificaciones que deban ser realizadas. Prórroga durante la cual no pueden ser despachados los títulos posteriores relativos a la misma finca, cuyos asientos de presentación han de entenderse igualmente prorrogados hasta el término de la vigencia del asiento anterior.

En su virtud,

Acuerdo suspender la anotación del documento objeto de la presente calificación, según resulta de los Hechos y Fundamentos de Derecho consignados. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente a este título.

Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días hábiles contados desde esta fecha.

Contra la presente nota (...).

Baza, cuatro de agosto del año dos mil veintiuno. El Registrador, Fdo. José Antonio Jiménez Rubio.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña A. A. M., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de la mercantil «Juguetes Falomir, S.A.», interpuso recurso el día 20 de septiembre de 2021 con base en los siguientes argumentos:

«A. (...)

B. Antecedentes. El embargo se dicta al amparo del art. 733 LEC.

Como resulta del auto que acuerda el embargo, que se reproduce en el mandamiento de embargo objeto de calificación desfavorable, la medida cautelar recae sobre bienes inmuebles propiedad del demandado casado en régimen de gananciales, constando también en Registro la ganancialidad de dichos bienes.

Por otra parte, la demanda solo se dirige contra el esposo, D. P. C. F., en ejercicio de las acciones individual y de responsabilidad social por deudas de los arts. 241 y 367 de la ley de Sociedades de Capital, y contra la sociedad de la que es administrador, según resulta del razonamiento jurídico cuarto del auto citado.

Cabe subrayar que en el auto se desestima excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario planteada por el demandado quien alegó que la medida cautelar debería dirigirse también contra la esposa, rechazo que la juez fundamenta en razonamiento jurídico previo del auto al señalar, en su último párrafo, que la esposa no es parte en el pleito y de ninguna manera la sentencia debería afectarle, "únicamente su ejecución deberá notificársele a efectos de lo prevenido en el art 144 RH y 541.3 LEC".

Calificación desfavorable. Entiende el Sr. Registrador, contrariamente a lo señalado por el Juez, que "debemos exigir la notificación al cónyuge no demandado por exigirlo así el principio de legitimación y tracto sucesivo registral, traslado al ámbito registral del principio de tutela judicial efectiva".

C. Fundamento del recurso. Estimamos que la calificación negativa del Registrador es contraria a derecho por infringir los artículos 144 RH en relación con los arts 733 y 541 LEC.

Debe partirse de que nos hallamos ante un embargo dictado en ámbito de medidas cautelares y no en seno de un procedimiento de ejecución. Esto es relevante dado que sólo en este último caso se exige la notificación al cónyuge no demandado, lo que es patente si tenemos en cuenta que:

1. El art. 541 EEC se refiere al despacho de ejecución.
2. Conforme al mismo precepto citado los documentos que deben trasladarse al cónyuge son la demanda ejecutiva y el auto que despache ejecución los cuales, evidentemente, no se producen sino en la eventualidad de que recaiga sentencia estimatoria contra el demandado y se proceda a su ejecución, lo que todavía no ha ocurrido por hallarnos en la instancia de procedimiento declarativo y en seno de medidas cautelares.
3. La tutela judicial del cónyuge del demandado a que se refiere el Sr. Registrador queda debidamente protegida en la fase procesal de ejecución. La norma no prevé la anticipación de tal protección al momento procesal en el que se dicta la medida cautelar por no ser todavía necesario, pues la defensa de los intereses de la comunidad de

gananciales solo será necesaria en el momento en que la medida cautelar pase a ejecutiva previo haber recaído sentencia que condene al cónyuge demandado.

4. El Sr. Registrador viene a decir que sólo puede practicarse la anotación de embargo preventivo cuando éste se acuerda *inaudita pars* pero no así cuando cuando [sic] se concede audiencia al demandado, lo que parece deducir de que en el primer supuesto no cabe recurso alguno contra el auto del juez y sí cabe en el segundo. Sin embargo, tal deducción no se sostiene ya que el art. 735.2, último párrafo establece que contra el auto que acuerde medidas cautelares cabe recurso de apelación «sin efectos suspensivos». Luego la medida cautelar se lleva a término háyase o no recurrido el auto. Al efecto de lo aquí tratado, resulta inane que el auto se recurra pues surte efectos desde que se dicta.

5. No se infringe el principio de tracto sucesivo y legitimación registral por la anotación del embargo preventivo acordado en seno de medidas cautelares por no notificar al cónyuge el decreto de embargo toda vez que el bien consta inscrito a nombre del demandado en el procedimiento declarativo y la norma no exige ni prevé que se determine o fije la afectación o no de la comunidad ganancial para responder de las deudas reclamadas a uno de los cónyuges, o su liquidación si así interesa al cónyuge no demandado, en fase tan temprana, entre otras razones porque los bienes gananciales embargados preventivamente solo pueden verse sometidos a los efectos de la ejecución en la eventualidad de que se dicte sentencia condenatoria al cónyuge deudor. Será entonces, con la ejecución de sentencia y despacho de ejecución que deberán verificarse los tramites de notificación y traslado al cónyuge no deudor a fin de que éste pueda defender la comunidad ganancial y sus intereses propios.

6. Por último, no puede perderse de vista que en el procedimiento declarativo del caso concreto, como resulta del auto que acuerda el embargo, se dilucidan responsabilidades derivadas de la actividad empresarial, como administrador, del cónyuge demandado y que nuestra jurisprudencia de manera reiterada (vgr sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1990 o de 1 de noviembre de 2017- sentencia n.º 594/2017; FCLI.STS:ES:2017:3956-) considera que los bienes gananciales del cónyuge no comerciante responden de las deudas o responsabilidades que el otro contraiga siendo socio o administrador de una sociedad, salvo que haya oposición expresa del cónyuge no comerciante, presumiéndose por el Código de Comercio el consentimiento a la actividad empresarial. Ahora, bien, el momento procesal para destruir esta presunción será con ocasión de la ejecución, cuando la medida cautelar se transforme en ejecutiva, fase en la que todavía no nos encontramos.

D. Solicito que por presentado dentro de plazo recurso gubernativo contra calificación negativa de 4 de agosto de 2021 a anotación de embargo preventivo ex art. 733 LEC, documento con número de entrada 2981/2021, asiento 1122 del diario 84 del Registro de la Propiedad de Baza y en méritos a lo expuesto, se estime y, en consecuencia, se revoque la calificación negativa, y declare procedente la anotación del embargo preventivo acordado como medida cautelar conforme a lo requerido por mandamiento de embargo preventivo expedido por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Murcia el día 8 de junio de 2021, en incidente de medidas cautelares en seno del procedimiento ordinario 197/2021.»

IV

El registrador de la Propiedad, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, emitió informe en defensa de su nota de calificación el día 7 de octubre de 2021 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 20 y 100 de la Ley Hipotecaria; 144 del Reglamento Hipotecario; 541.3 y 731 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 2002 y 1 de octubre de 2005.

1. El objeto de este expediente es determinar si cabe practicar una anotación de embargo preventivo sobre bienes gananciales dictado con carácter cautelar cuando no ha sido demandado o notificado el cónyuge del deudor.

El registrador entiende que no distinguiendo el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario entre embargo cautelar o ejecutivo, para requerir la comunicación al cónyuge no deudor a la hora de practicar la anotación preventiva, debe exigirse ésta siempre que se solicite el reflejo registral del acto procesal que constituye el embargo a fin de proteger sus intereses. Alega además que del hecho de que haya sido notificado el cónyuge deudor se deduce «*sensu contrario*» el carácter no cautelar de la medida.

La recurrente, por el contrario, entiende que se trata de un embargo cautelar, del que resulta además que una vez notificado al deudor este opuso litisconsorcio pasivo, siendo rechazado por la magistrada, señalando que la esposa no es parte del pleito y que únicamente le afectará, en su caso, la ejecución de la sentencia que deberá notificársele a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario y 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. La Ley de Enjuiciamiento Civil, incluye en el artículo 727, dentro de un conjunto de medidas cautelares, el embargo preventivo.

Las medidas cautelares se decretan, como regla general, de conformidad con el artículo 733 previa audiencia del demandado, si bien cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Este centro Directivo ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la diferencia entre el embargo adoptado como medida cautelar al inicio del procedimiento y el embargo ejecutivo (cfr. Resoluciones 12 noviembre de 2002 y 1 de octubre de 2005). El primero, de conformidad con el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo podrá acordarse si quien la solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Se trata por tanto de evitar que, por excesivos formalismos, pueda frustrarse el objeto del proceso por lo que se flexibilizan las medidas para su adopción, como sucede con lo relativo a la audiencia al demandado. La no notificación al deudor se fundamenta principalmente en la necesidad de evitar que la parte acreedora vea frustradas sus legítimas expectativas de pago de las deudas.

Estas medidas cautelares tienen unos plazos y unos efectos limitados. En este sentido, firme la resolución ejecutable, se mantiene el embargo preventivo durante el plazo que señala el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Transcurrido dicho plazo sin que se solicite la ejecución, se alza el embargo (artículo 731.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. Este centro Directivo no puede compartir la argumentación del registrador por lo que la calificación debe ser revocada.

En primer lugar, el artículo 738.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «si se tratare de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente». Ahora bien, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario se refiere al embargo, no al embargo preventivo.

En segundo lugar, porque el carácter cautelar y los requisitos exigidos para solicitar estas medidas, son cuestiones cuya apreciación corresponde exclusivamente a la

autoridad judicial que la decreta y excede de la calificación registral de conformidad con el artículo 100 de la Ley Hipotecaria.

En tercer lugar, porque el hecho de que la demanda haya sido notificada solo al deudor y no a su cónyuge no convierte el embargo cautelar en ejecutivo.

Por último, porque del propio expediente resulta que notificada la demanda al deudor éste se opone por falta de litisconsorcio pasivo exigiendo que se demande a su esposa, y esta oposición es denegada, decretando la magistrada que la esposa no deudora no es parte en el procedimiento y que solo le afectará una eventual ejecución de la sentencia condenatoria que en ese momento se le notificará de conformidad con los artículos 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 144 del Reglamento Hipotecario.

El principio de tracto sucesivo en estos casos se cumple con el hecho de que la demanda conste dirigida contra el titular registral. El deudor una vez practicada la anotación, puede oponerse de conformidad con el artículo 739 y por tanto la medida quedará sin efecto.

El hecho de que el bien tenga carácter ganancial no es obstáculo para que pueda decretarse la medida cautelar sobre el mismo, ya que será en el momento de su conversión en ejecutivo cuando se exigirá dicha notificación evitando así la indefensión procesal pudiendo el cónyuge proceder de conformidad con los artículos 1373 del Código Civil y 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si con posterioridad a la anotación de embargo preventivo no se practica en el Registro la conversión del embargo preventivo en ejecutivo y, por tanto, no consta la notificación al cónyuge del demandado, el registrador podrá denegar la inscripción del auto de adjudicación.

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

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

Madrid, 14 de diciembre de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.