

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10831 *Resolución de 11 de abril de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Marbella n.º 1, por la que se rechaza la toma de razón de una prohibición de disponer.*

En el recurso interpuesto por don F. J. O. V., abogado del Estado del Servicio Jurídico Regional de Andalucía de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Marbella número 1, don Emilio Campmany Bermejo, por la que se rechaza la toma de razón de una prohibición de disponer.

Hechos

I

Por el delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Málaga se dicta en fecha 29 de julio de 2022, acuerdo de medidas cautelares contra don M. C. A. por el que se embarga cautelarmente las acciones o participaciones que dicho señor tenga en la entidad Terra Loby, SL.

Por acuerdo de doña C. S. G, jefa de la Dependencia Regional Adjunta de Recaudación de fecha 1 de agosto de 2022, se resuelve la prohibición de disponer sobre una vivienda, registral 105, inscrita en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1. Se fundamenta en la existencia de la anterior resolución de embargo preventivo en el control efectivo detentado por el deudor sobre la sociedad participada como titular del 50% de las participaciones sociales y su condición de administrador único de conformidad con los artículos 42.1 del Código de Comercio y 170.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. A lo anterior se añade que: «El hecho de que el obligado tributario, deudor a la Hacienda Pública, mediante el control efectivo que le proporciona el 50,00% de los derecho de voto en Terra Loby SL y el cargo de administrador único que ostenta, pueda ordenar durante la vigencia del embargo practicado la realización de otros actos de disposición o gravamen sobre los inmuebles citados anteriormente, que puedan afectar negativamente el patrimonio de la sociedad y, en consecuencia, el importe a obtener en una eventual ejecución de las acciones/participaciones embargadas, justifica la adopción de la presente medida de prohibición de disponer sobre los inmuebles reseñados». El documento hace referencia igualmente a la proporcionalidad de la medida adoptada y a su vinculación con el embargo de acciones (sic) practicado.

La documentación fue calificada negativamente mediante resolución del registrador de la propiedad de Marbella número 1 el día 2 de noviembre de 2022.

II

Por medio de diligencia de subsanación firmada electrónicamente el día 21 de noviembre de 2022 por el técnico de Hacienda, don J. F. C. G., se acompaña copia de la escritura de fecha 16 de febrero de 2015 por las que el deudor a la Hacienda Pública adquiere participaciones que suponen el 50% del capital social y por el que la sociedad Black Chrystal Group, S.L. de la que manifiesta ser accionista único adquiere el restante 50%. Asimismo, se acompaña copia de la escritura de la misma fecha autorizada por el mismo notario, por la que el deudor a la Hacienda Pública es designado administrador único.

III

Presentada la referida documentación, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Visto por Emilio Campmany Bermejo, Registrador de la Propiedad de Marbella Número Uno, Provincia de Málaga, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 5927 de 2022, iniciado como consecuencia de la presentación en el mismo Registro, de los documentos que se dirán, en virtud de solicitud de anotación. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes:

Hechos.

I.—El documento objeto de la presente calificación, diligencia de subsanación del mandamiento de prohibición de disponer expedido en Málaga, por el Agencia Tributaria, el día 14/10/2022, procedimiento, presentado el día 14/10/2022, bajo el asiento 157 del tomo 175 del Diario, cuya diligencia ha sido expedida el 21 de noviembre de 2022.

II.—Examinado el documento, se observa el siguiente defecto y

Fundamentos de Derecho.

En la diligencia que subsana el anterior se afirma que el deudor, además de ser titular del cincuenta por ciento de las participaciones sociales de la entidad titular de la finca sobre la que se pretende anotar la prohibición de disponer, controla el restante cincuenta por ciento por ser administrador único de la sociedad titular de ese otro paquete de participaciones sociales. Se adjunta copia simple de la escritura de 16 de febrero de 2015 por medio de la cual el deudor adquirió esas participaciones sociales para sí y para la sociedad de la que en ese momento era administrador único. Se aporta también copia simple de otra escritura de la misma fecha que la anterior donde consta el nombramiento como administrador único de la sociedad titular de la finca.

Si estas escrituras sirvieran para subsanar los defectos apreciados en la anterior calificación, deberían aportarse copias autorizadas de las mismas (artículo 3 de la Ley Hipotecaria). No obstante, por realizar una calificación completa y dando por hecho que el ordenante tiene posibilidad de aportarlas, tales escrituras tampoco serían suficientes para subsanar los defectos apreciados. Para empezar, aquella en la que el deudor es nombrado administrador único es a todas luces insuficiente porque ser administrador único de la sociedad no es ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 42 del Código de Comercio. En cambio, la primera de ellas, en la medida en que atribuye al deudor el control del derecho de voto sobre otro cincuenta por ciento a través de una sociedad que administra, sí podría entenderse que entra dentro de la situación letra a) del citado artículo 42. Pero, en cualquier caso, y dando siempre por hecho que se puede aportar copia auténtica de la escritura, ésta tan sólo acreditaría que la situación prevista por la letra a) del artículo 42 del Código de Comercio se daba el 16 de febrero de 2015. Durante todo el tiempo transcurrido desde entonces, la titularidad de las participaciones sociales ha podido pasar a manos de terceros en el volumen suficiente para que el deudor contra el que se dirige el procedimiento ya no tenga la mayoría de los derechos de voto.

En consecuencia, se suspende la inscripción del precedente mandamiento por no justificarse debidamente, tal y como exige el artículo 170.6 de la Ley General Tributaria, que el deudor embargado controla en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio la sociedad titular del bien (artículos 170.6 de la Ley General Tributaria, 42 del Código de Comercio y 3, 20 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Contra la presente nota de calificación (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Emilio Campmany Bermejo registrador/a de Registro Propiedad de Marbella 1 a día veintitrés de noviembre del dos mil veintidós.»

IV

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. O. V., abogado del Estado del Servicio Jurídico Regional de Andalucía de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, interpone recurso directamente ante esta Dirección General en virtud de escrito de fecha 23 de diciembre de 2022, con entrada el mismo día en el Registro General del Ministerio de Justicia, en el que alega, resumidamente, lo siguiente:

Que, como antecedentes, hay que reseñar que se sigue procedimiento administrativo de apremio contra la sociedad Bludger Sur Servicios Inmobiliarios, SL procedimiento que fue declarado fallido por lo que figurando como administrador don M. C. A. se le declaró responsable subsidiario y en el curso de dicho procedimiento se acuerda el embargo cautelar de las participaciones en la sociedad Terra Loby, SL y subsiguientemente, al constar su control efectivo sobre la sociedad, la prohibición de disponer sobre el inmueble propiedad de esta sociedad.

1. El apartado 6 del artículo 170 de la Ley General Tributaria dispone la posibilidad de acordar la prohibición de disponer.

2. En la primera nota de calificación se suspendió la toma de razón por no justificarse debidamente que el deudor embargado controla la sociedad en los términos del artículo 42 del Código de Comercio. En la diligencia de subsanación se puso de manifiesto como el deudor subsidiario adquirió el 50% del capital de la sociedad por sí y por medio de otra sociedad de la que manifestó ser socio único el restante 50%. También se puso de manifiesto como el mismo día y ante el mismo notario el deudor fue designado administrador único.

3. De todo ello resulta que don M. C. A. es socio único de la sociedad Black Chrystal Capital Group, SL, titular directo del 50% del capital social de Terra Loby, SL; titular indirecto del restante 50% a través de Black Chrystal Capital Group, SL; y administrador de ambas sociedades por lo que su control total es notorio y manifiesto.

4. A continuación, el registrador solicita copia autorizada de ambas escrituras, pero afirmando que de hacerlo tampoco sería suficiente porque ser administrador único no es ninguna de las situaciones a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio y porque la situación a 16 de febrero de 2015, fecha de las escrituras, puede haberse modificado.

5. El problema de la titularidad de las participaciones podría resolverse fácilmente si fuera obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil pero no siéndolo, dicha situación es controlada por los administradores a través de los libros registro de socios. En el supuesto, la administración no requirió a la sociedad para que informase al respecto, pero notificó a Terra Loby, SL el embargo de las participaciones y consiguiente prohibición de disponer sin que la sociedad contestase o formulase reparo; igualmente se le requirió para que expidiese certificación de haber practicado el embargo cautelar sobre las participaciones afectadas, lo que tampoco ocurrió. La sociedad ha consentido el embargo porque la situación de hecho persiste como resulta de las declaraciones del Impuesto de Sociedades. Que el registrador, al cuestionar la concurrencia de los supuestos del artículo 42 del Código de Comercio está entrando en el fondo del asunto excediéndose de lo que debe ser la calificación registral conforme al artículo 99 del Reglamento Hipotecario. El reparo del registrador no versa sobre ninguno de los extremos a que se refiere el precepto, sino que simplemente no está de acuerdo con el hecho de que el deudor tiene el control de la sociedad. Es la propia Administración la que ha acreditado que las participaciones embargadas y la situación de hecho procuran al socio e control efectivo de la sociedad sin que esta haya reaccionado. El registrador no puede valorar si concurren los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio ni convertirse en parte interesada del procedimiento para lo que carece de legitimación.

6. Que no es razonable la exigencia de copia autorizada de los documentos notariales porque no se solicita la práctica de una inscripción en el Registro de la Propiedad sino una anotación preventiva. En cualquier caso, la Administración ha

aportado copia electrónica que, conforme al artículo 17 bis de la Ley del Notariado, es instrumento público, gozando de los mismos efectos que cualquier otro documento público.

V

El registrador de la Propiedad, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 18 de enero de 2023, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria; 26 y 99 del Reglamento Hipotecario; 170.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 1975, 7 de septiembre de 1992, 22 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998, 20 de julio de 2001, 13 de diciembre de 2002, 20 de diciembre de 2005, 26 de marzo y 27 de octubre de 2008, 1 de junio de 2012, 15 de enero, 23 de septiembre y 20 de noviembre de 2013, 12 de febrero, 11 de julio y 20 de noviembre de 2014, 30 de noviembre de 2016, 11 de abril y 10 de octubre de 2018 y 6 y 13 de febrero, 22, 23, 24 y 30 de mayo, 6 y 7 de junio, 4, 5, 8, 10 11 y 12 de julio y 27 de septiembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 7 y 21 de febrero y 27 de agosto de 2020 y 28 de junio y 6, 22 y 23 de julio de 2021.

1. Como consecuencia de un procedimiento administrativo de apremio en el que resulta deudor subsidiario determinada persona física cuyas participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada son objeto de embargo preventivo, la Administración Tributaria dicta resolución de prohibición de disponer de un inmueble propiedad de la sociedad. Fundamenta su decisión en que el deudor a la Hacienda ejerce el control de dicha sociedad en los términos del artículo 42 del Código de Comercio como resulta de su titularidad directa del 50% del capital social e indirecta del restante 50% por medio de otra sociedad de la que es socio único, así como de su condición de administrador único.

Tras una primera calificación negativa que no es objeto de recurso, la Administración complementa la documentación presentada aportando copias de las escrituras de las que resulta la adquisición de las participaciones sociales y la designación como administrador único del deudor a la Hacienda Pública. El registrador suspende de nuevo la anotación ordenada, en esencia, por el carácter de copias simples de las aportadas y porque, aunque no lo fueran solo, acreditan la situación en 2015, fecha de su autorización, ignorándose si ha habido modificaciones posteriores en el capital social. De aquí concluye que no resulta acreditado el control de la sociedad en los términos exigidos por el artículo 170.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La Abogacía del Estado recurre en los términos que resultan de los hechos y que se concretan en dos motivos esenciales: que el registrador se extralimita en la calificación al entrar en la cuestión de fondo y en que las copias aportadas de los instrumentos públicos son admisibles al tratarse de copias electrónicas y, en consecuencia, dotadas de los mismos efectos que el resto de copias emitidas por el notario titular del protocolo.

2. Procede la estimación del recurso pues el registrador de la Propiedad, en el ejercicio de su competencia de calificación del documento administrativo presentado a despacho, no puede entrar a revisar la decisión de fondo que ha sido adoptada por el órgano de la Administración.

Para llegar esta conclusión es preciso analizar el contenido del artículo 170.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria en relación con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el artículo 99 de su Reglamento.

Dice así el artículo 170.6: «La Administración tributaria podrá acordar la prohibición de disponer sobre los bienes inmuebles de una sociedad, sin necesidad de que el

procedimiento recaudatorio se dirija contra ella, cuando se hubieran embargado al obligado tributario acciones o participaciones de aquella y este ejerza el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto sobre la sociedad titular de los inmuebles en cuestión en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio y aunque no estuviere obligado a formular cuentas consolidadas. Podrá tomarse anotación preventiva de la prohibición de disponer en la hoja abierta a las fincas en el Registro de la Propiedad competente en virtud del correspondiente mandamiento en que se justificará la validez de la medida cautelar contra persona distinta del titular registral por referencia a la existencia de la correspondiente relación de control cuyo presupuesto de hecho se detallará en el propio mandamiento. El recurso contra la medida de prohibición de disponer solo podrá fundarse en la falta de alguno de los presupuestos de hecho que permiten su adopción. La medida se alzará cuando por cualquier causa se extinga el embargo de las participaciones o acciones pertenecientes al obligado tributario. Asimismo, la Administración tributaria podrá acordar el levantamiento de la prohibición de disponer cuando su mantenimiento pudiera producir perjuicios de difícil o imposible reparación, debidamente acreditados por la sociedad.»

3. Esta Dirección General ha reiterado en un gran número de ocasiones (vid. «Vistos»), que la calificación registral de los documentos administrativos que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad se extiende en todo caso a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr. artículo 99 del Reglamento Hipotecario).

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento, habida cuenta de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no sólo los derivados del principio de legitimación registral (con los que sólo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez del artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «erga omnes», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y el de fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (vid. Resoluciones de 15 de enero de 2013 y 11 de julio de 2014, o, entre las más recientes, la de 6 de febrero de 2019).

Ya antes de la redacción actual del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, dada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, este Centro Directivo había mantenido de forma reiterada la doctrina de que, dentro de los límites de su función, goza el registrador de una mayor libertad para calificar el documento administrativo en relación con el judicial, y en particular si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que están establecidas por las leyes y los reglamentos (cfr., entre otras, Resolución de 30 de septiembre de 1980).

Tras la citada reforma reglamentaria, dicha interpretación cobró carta de naturaleza normativa, y por ello esta Dirección General ha venido considerando desde entonces que, no obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de éste, así como la relación del mismo con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr.,

entre otras, las Resoluciones de 27 de abril de 1995, 27 de enero de 1998, 27 de marzo de 1999, 31 de julio de 2001, 31 de marzo de 2005, 31 de octubre de 2011, 1 de junio de 2012, 12 de febrero y 11 de julio de 2014, 30 de noviembre de 2016, 18 de octubre de 2018 y 6 y 13 de febrero de 2019).

Esta doctrina debe ponerse en relación con el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que sólo admite la nulidad de aquel acto producido en el seno de un procedimiento administrativo en el que la Administración Pública haya prescindido «total y absolutamente» del procedimiento legalmente establecido. Se requiere, pues, que la omisión del procedimiento legalmente establecido o de un trámite esencial sea ostensible. En este sentido, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 5 de noviembre de 2007, 8 de marzo y 28 de abril de 2012, 11 de abril de 2018 y 6 y 13 de febrero de 2019), compete al registrador analizar si el procedimiento seguido por la Administración es el legalmente establecido para el supuesto de que se trate, salvo que la Administración pueda optar, porque legalmente así esté previsto, entre distintos procedimientos, en caso en que la elección de uno u otro es cuestión de oportunidad o conveniencia que el registrador no puede revisar.

Al registrador también le compete calificar si, en el marco del procedimiento seguido por la Administración Pública, la resolución es congruente con ese procedimiento y si se han respetado los trámites esenciales del mismo. Así, esta Dirección General tiene declarado que no puede dudarse sobre el carácter esencial de la forma de enajenación seguida -subasta, concurso o adjudicación directa-, y de sus respectivos requisitos y trámites esenciales (cfr. Resoluciones de 28 de abril de 2012, 11 de abril de 2018 y 6 de febrero de 2019). Y como señaló la Resolución de 7 de septiembre de 1992 y han reiterado las más recientes de 11 de octubre de 2018 y 6 de febrero de 2019, por imponerlo así el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, la calificación registral de los documentos administrativos se ha de extender entre otros extremos, «a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento», sin que obste a la calificación negativa el hecho de que los defectos puedan ser causa de anulabilidad, y no de nulidad de pleno derecho, pues al Registro sólo deben llegar actos plenamente válidos.

4. Establecido lo anterior, es preciso poner de manifiesto cómo el artículo 170.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, atribuye a la Administración la competencia de acordar la prohibición de disponer de un bien inmueble perteneciente a una sociedad cuando se reúnen los requisitos en él apuntados, señaladamente, que exista un previo embargo de acciones o participaciones de la sociedad que pertenezcan al obligado tributario y que este ejerza el control total o parcial, directo o indirecto de la sociedad en los términos del artículo 42 del Código de Comercio.

Acordada la medida y despachado mandamiento al Registro de la Propiedad, corresponde al registrador, en los términos que han sido más arriba analizados, proceder en el ejercicio de su propia competencia a la calificación del documento. Es cierto que del artículo 170.6 transcrito resulta que el mandamiento que ordene la anotación preventiva de prohibición de disponer debe resultar la justificación de la adopción de la medida con detalle de la relación de control sobre la sociedad. Pero de aquí no se sigue que el registrador deba o pueda revisar la cuestión de si existe o no la relación de control, cuestión cuyo conocimiento recae exclusivamente en la Administración. Así lo demuestra, como expresamente recoge el precepto, que la cuestión deba discutirse ante el órgano competente mediante el oportuno recurso. Del mismo modo y como también afirma el precepto, es ante la misma Administración ante la que hay que formular la solicitud de levantamiento de la medida preventiva y ante la que se podrá recurrir, en su caso, si existe resolución desestimatoria de la solicitud. En definitiva, la cuestión de si existe o no situación de control total o parcial, directa o indirecta, se ventila ante la Administración Tributaria y no en el procedimiento registral que limita su intervención en los términos señalados. Como pusiera de relieve la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de noviembre de 2014, cuando la ley aplicable atribuya a la Administración actuante un cierto grado de apreciación y valoración de los

hechos no cabe fiscalizar una decisión que se ha adoptado dentro del procedimiento seguido al efecto y con la debida audiencia del interesado, sin que quepa calificar negativamente por una distinta valoración de las pruebas aportadas al procedimiento.

No puede confundirse el especial requisito de contenido del mandamiento de anotación preventiva de prohibición de disponer (detalle de la relación de control), con una atribución de competencia para revisar o resolver sobre la previa decisión de la Administración actuante relativa a la concurrencia de los requisitos legales de existencia de relación de control. Al igual que ocurre en los mandamientos judiciales derivados de procedimientos criminales o de comiso (vid. artículo 20 in fine de la Ley Hipotecaria), es la excepcionalidad de la ruptura del principio de tracto sucesivo la que justifica que el mandamiento que ordene la anotación de la medida cautelar contenga la causa que lo justifique (el detalle de la relación de control en el mandamiento administrativo; la existencia de indicios racionales de titularidad real en el judicial).

5. Resuelto así el primer motivo de recurso, no procede entrar en el segundo pues tal y como resulta de las consideraciones anteriores no es preciso justificar documentalmente ante el registrador la relación de control en virtud de la que la Administración Tributaria ha resuelto la procedencia de ordenar la prohibición de disponer sobre el o los bienes inmuebles pertenecientes a una sociedad.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de 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, 11 de abril de 2023.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.