

Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

- LA HIPOTECA DEL ARTÍCULO 153 BIS DE LA LEY HIPOTECARIA, DENOMINADA FLOTANTE O GLOBAL. Ángel Valero Fernández-Reyes
- CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD. Ángel Valero Fernández-Reyes y Ernesto Calmarza Cuencas
- LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID. Ernesto Calmarza Cuencas
- RESUMEN DE LAS SENTENCIAS MÁS DESTACABLES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. Carmen Jerez Delgado y Máximo Juan Pérez García
- RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Galo Rodríguez Tejada, Jesús Juez Álvarez, Esther Rada Pelegrí y Javier Martínez Colmenarejo
- INFORME DE LA COMISIÓN GENERAL DE CALIFICACIÓN.

Coordinador	Ángel Valero Fernández-Reyes
Editada	Decanato de Registradores de Madrid Alcalá 540. 28027 Madrid
Consejo de redacción	Manuel Hernández-Gil Mancha Ángel Valero Fernández-Reyes Miguel Seoane de la Parra Ernesto Calmarza Cuencas Reynaldo Vázquez de Lapuerta Máximo Juan Pérez García Carmen Jerez Delgado
Secretaria	Marta Congosto Fernández

Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores

COMENTARIOS

LA HIPOTECA DEL ARTÍCULO 153 BIS DE LA LEY HIPOTECARIA, DENOMINADA FLOTANTE O GLOBAL.

ÍNDICE: I.- Introducción. II.- Concepto legal y características esenciales. III.- Requisitos de validez: 1.- Requisitos subjetivos: a) Los acreedores; b) Pluralidad de acreedores; c) los deudores. 2.- Requisitos objetivos: a) Las posibles obligaciones garantizadas; b) El derecho real de hipoteca. IV.- La cesión de los créditos garantizados: a) la cesión de los créditos garantizados; b) la inscripción de la cesión; c) la subrogación por voluntad del deudor de otro acreedor en la hipoteca flotante. V.- La ejecución de la hipoteca: a) Las previsiones del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria; b) el título ejecutivo; c) la ejecución parcial. VI.- La cancelación: a) cancelación por pago; b) la caducidad de la inscripción de hipoteca; c) el posible derecho de denuncia de la hipoteca por parte del deudor. VII.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN.

La denominada por la exposición de motivos de la Ley 41/2007 hipoteca flotante puede definirse conceptualmente, tal como ha sido tradicionalmente considerada, como aquella dirigida fundamentalmente al mundo empresarial – también ha sido denominada hipoteca de empresa-, que permiten garantizar una pluralidad de obligaciones de distinta naturaleza normalmente futuras, aunque puede coexistir con algunas ya existentes en el momento de su constitución, ligadas normalmente a través de una cuenta corriente de carácter meramente contable, sin que entre ellas tenga que existir un nexo causal y ni siquiera se fundan o reúnan en una nueva obligación resultante de una novación, que conservan su exigibilidad aislada y en que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúe el acreedor.

Pues bien, hasta la Ley 41/2007, a salvo remotos supuestos permisivos¹, en el derecho español no se admitía, siguiendo la doctrina de la DGRN sintetizada en la resolución de 23 de diciembre de 1987, las hipotecas globales sino

¹ Resoluciones de la DGRN de 5 de marzo de 1929, 28 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1936, pero todas ellas son anteriores a la vigente Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 que se inclinó decididamente por el carácter accesorio, causal y determinativo de la hipoteca en el derecho español y rechazó expresamente en su preámbulo la introducción en el mismo, tanto de la hipoteca de propietario, por ser –dice- una modalidad hipotecaria extremadamente compleja y ajena al ordenamiento civil español, como de la deuda territorial, por su carácter abstracto sin enlace directo con una obligación que justifique el perjuicio patrimonial del deudor.

únicamente lo que podríamos denominar la hipoteca del saldo de una cuenta corriente novatoria que es aquella que permite garantizar varias obligaciones distintas, siempre que se cumplan las siguientes premisas o requisitos: a) que las obligaciones estén inicialmente determinadas en sus líneas fundamentales, no genéricamente (relaciones comerciales, etc.); b) que todas ellas tengan su fuente en una misma relación jurídica o algún nexo causal (que podrá ser el propio pacto novatorio de su inclusión en una cuenta corriente); c) que pierdan su individualidad –y la posibilidad de ejecución aislada- al ingresar en la cuenta corriente de crédito y ser sustituidas por el saldo resultante (efecto novatorio), que constituye la única obligación garantizada; d) que el ingreso en la cuenta corriente sea una facultad del deudor, no del acreedor, que queda *ab initio* vinculado; y e) que se establezca un máximo de cobertura hipotecaria.

Sin embargo, la práctica bancaria y la agilidad del tráfico parece que imponían una flexibilización mayor de los principios de accesoriedad y determinación registral, para conseguir una garantía hipotecaria más útil a sus finalidades, que no son sino conseguir asegurar el mayor número posible de operaciones u obligaciones distintas o indeterminadas, al menor coste posible, favoreciendo el crédito territorial. En otras palabras, la realidad social exige que los citados principios, en especial el de accesoriedad, deban entenderse en sus justos términos, de manera que no impida el desenvolvimiento de las nuevas figuras impuestas por la práctica mercantil y la convergencia de España con las modalidades existentes en el ámbito europeo².

Ya con anterioridad a la citada reforma legal, destacados hipotecaristas, singularmente José Manuel Rey Portolés³ y Javier Gómez Galligo⁴, habían sostenido la posibilidad de la hipoteca global y flotante en el derecho español a través de la figura de las hipotecas de seguridad, respecto de las cuales entendían que no son predicables los principios de accesoriedad y determinación. Estas hipotecas de seguridad, según los citados autores, exigirían la fijación de un máximo de responsabilidad hipotecaria y la especificación de las líneas generales de las obligaciones pasadas, presentes o futuras garantizadas, pero no un pacto novatorio, aunque sí el acuerdo entre las partes para determinar la forma de concretar en el futuro la obligación garantizada y su constancia registral.

² El Libro Blanco sobre integración de los mercados de crédito hipotecario en la UE se ha planteado la conveniencia del aumento de la gama de los productos hipotecarios comunitarios mediante la creación de una hipoteca común –eurohipoteca-, de carácter totalmente abstracto e independiente, desconectada del crédito garantizado, que facilitara la circulación transfronteriza de capitales en la Unión Europea. Ahora bien, frente a esta afirmación se argumenta, con razón, que trasladar un tipo de hipoteca a un ámbito jurídico distinto del propio de cada Estado, en el que el resto de las instituciones obedezcan a otros parámetros, no garantiza su eficacia y que, para lograr su arraigo, sería indispensable adaptar previamente todo el marco normativo del país receptor.

³ “La Hipoteca con cláusula de endowment” en Jornadas sobre tipos especiales de hipotecas, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1993.

⁴ “La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia”, RCDI nº 702, 2007.

Así, la tendencia hacía la flexibilización de los principios de accesoriedad y determinación hipotecarios se ha ido abriendo paso legislativamente a través de dos Leyes, primero por la Ley 2/1994 de 30 de marzo de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que introdujo al posibilidad de la subrogación de la posición del acreedor sin el consentimiento de la antigua entidad –la hipoteca deja de asegurar el crédito del antiguo acreedor para garantizar el crédito del nuevo- y facilitó ciertas modificaciones de hipotecas.

Y, definitivamente por la citada Ley 41/2007 de 7 de diciembre de reforma de la regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que introduce las nuevas figuras de la hipoteca inversa, cuya finalidad es rentabilizar el patrimonio inmobiliario de las personas de edad avanzada o en situación de dependencia, la mal llamada hipoteca recargable, cuyo *ley motiv* es facilitar -y abaratar los costes- la refinanciación de las necesidades económicas de las familias, y la hipoteca “flotante” o hipoteca global, cuya principal finalidad era, en principio, facilitar la financiación de las necesidades económicas de las empresas, aunque en su texto, como luego veremos, no se limita a las mismas, y a la que ceñiremos este trabajo.

En este sentido a lo largo de la exposición intentaré analizar como algunas consideraciones comúnmente admitidas acerca de la hipoteca flotante, derivadas de construcciones meramente doctrinales previas a la reforma de 2007 y de la aplicación al derecho español de parámetros de otros marcos jurídicos, no han sido acogidas legalmente por la misma, así como que existen normas en el ordenamiento español –previos a la reforma o incluidos en otros de sus apartados- que resuelven o condicionan los efectos y consecuencias de estas hipotecas y de las operaciones jurídicas con ellas relacionadas.

II.- CONCEPTO LEGAL Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES.

La exposición de motivos de la Ley 41/2007 señala que una de sus objetivos es *“flexibilizar el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente «flotantes». La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquéllas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria.*

Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a

cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados”.

Esta exposición de motivos no hace alusión alguna al carácter del beneficiario de estas nuevas hipotecas, aunque en la tramitación parlamentaria se planteó limitar su empleo al ámbito empresarial y profesional, pues había sido la necesidad de las empresas en lograr una mayor flexibilidad en sus posibilidades de financiación la que ha propiciado su introducción. Creo que esta decisión legislativa no ha sido acertada, sobre todo en el marco de la realidad social actual, pues la complejidad de estas hipotecas se contraponen con la tendencia legislativa de protección de consumidores, centrada en fomentar una información veraz, clara y accesible de los productos financieros, en la transparencia y no abusividad de las condiciones financieras y en la seguridad y certidumbre de las consecuencias jurídicas y económicas.

Y, por su parte, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria dispone que *“También podrá constituirse hipoteca de máximo:*

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas,

b) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Lo primero que sugiere este artículo es que con él no se está sólo introduciendo la figura de la hipoteca flotante a que se refiere la exposición de motivos, sino la figura de la hipoteca de máximo como género, recogiendo a continuación diversos supuestos encuadrables en la misma y a los cuales nos vamos a referir a lo largo del trabajo. En este mismo sentido va dirigida la reforma del artículo 12-1 de la Ley Hipotecaria que distingue entre el importe del principal de la deuda, propio de la hipoteca ordinaria, y el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria propio de la hipoteca de máximo.

Así, esta nueva hipoteca, recogida en el citado nuevo artículo 153 bis de la LH, se configura legalmente, frente a la antes indicada hipoteca de saldo de una cuenta corriente novatoria, integrando su texto con la concepción tradicional antes expuesta, como aquella que permite garantizar una sola obligación o una serie de obligaciones distintas –presentes o futuras-, de cualquier tipo (generalmente operaciones propias de la actividad bancaria o mercantil), ligadas normalmente a través de una cuenta corriente, sin que entre ellas exista un nexo causal y sin que ni siquiera se refundan o reúnan en una nueva obligación resultante de una novación, que conservan una vida independiente y una exigibilidad aislada y en la que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúa el acreedor, quien, por otra parte, no se obliga en firme a la concesión de créditos.

Características esenciales, teóricas, de este tipo de garantía hipotecaria son las siguientes:

1.- La variabilidad e indeterminación del importe asegurado, de manera que en el Registro, en el momento de la constitución de la garantía, sólo se hace constar una cantidad máxima (por principal, intereses y costas) de la que responderá el bien hipotecado, con independencia de cuál sea finalmente el importe de la obligación garantizada, lo que la encuadra dentro del género de la hipoteca de máximo.

2.- La posibilidad de garantizar una pluralidad de obligaciones, determinadas o determinables conforme a los criterios de integración pactados, de forma indistinta, es decir, sin necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones aseguradas, lo que la encuadra, en principio, dentro las denominadas hipotecas de globales o flotantes.

En consecuencia, vencido alguno o algunos de los créditos garantizados, el acreedor puede, a su libre arbitrio, realizar el bien hasta su total responsabilidad hipotecaria, para la satisfacción de todas, algunas o alguna de las obligaciones garantizadas vencidas, o incluso de sólo una parte de ellas.

Ahora bien, la amplitud del mencionado artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria que recoge diversos supuestos garantizables, impide un tratamiento uniforme y exige una adecuada distinción de régimen de cada uno de ellos, así como la fijación del significado que a la largo de este trabajo se va a dar a los distintos términos jurídicos utilizados.

En este ámbito, en primer lugar, se puede afirmar que con esa variedad de supuestos, el legislador ha venido a introducir de manera decidida la hipoteca de máximo en el sistema registral español, del que la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito de artículo 153 de la Ley Hipotecaria sería una modalidad más. Examinemos los principales supuestos posibles:

a) Garantía de una sola obligación de presente. Cuando de conformidad con lo permitido en el citado artículo se garantiza una sola obligación –ej. un préstamo mutuo- de presente, se plantea la cuestión de cuál es la diferencia entre garantizar la misma con una hipoteca ordinaria o con la hipoteca de máximo del artículo 153 bis, y la respuesta, a mi juicio es el distinto régimen que se aplica en uno y otro caso.

Así a la hipoteca ordinaria le es aplicable el régimen concreto recogido en la normativa general y singularmente en el artículo 4 de la Ley 2/1994, régimen que implica que con la responsabilidad por principal de esta hipoteca sólo se puede garantizar un único préstamo inicial cuyo importe, sin perjuicio de la posible ampliación de capital o, en su caso, de las sucesivas recargas, es el único que se puede incluir en esa responsabilidad hipotecaria principal, debiendo ser garantizadas las distintas obligaciones accesorias con conceptos de responsabilidad independientes.

Mientras que, por su parte, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria regula una especial hipoteca de máximo, cuya cifra de responsabilidad máxima principal permite incluir en la garantía, aunque sólo cubra un único préstamo presente, todas las obligaciones accesorias derivadas del mismo -incluidos todos los intereses ordinarios-, y ello porque ese es su régimen (al menos así lo entiendo porque no encuentro otra razón de ser a esa posibilidad legal de garantizar un único préstamo con una hipoteca de máximo), y para ello basta que se diga que se garantizan con esa única cifra esas obligaciones accesorias de la deuda principal garantizada. La única excepción es que las cantidades devengadas después del cierre de la cuenta tanto por intereses moratorios, costas de procedimientos u otros, sí deben ser objeto de garantía independiente

Estaremos, por tanto, ante una hipoteca de máximo, aunque no flotante, a la que lógicamente no será aplicable el artículo 4 de la Ley 2/1994 porque ese efecto –recarga-, se consigue en estas hipotecas expresando simplemente que se garantizan todos los préstamos que se puedan conceder en el futuro y sin

problemas de aumento de responsabilidad hipotecaria, pues operará la flotabilidad o indiferenciabilidad propia de las mismas.

b) Garantía de diversas obligaciones ya determinadas, existentes o contraídas. En este caso, con independencia de que la cuantía de estas obligaciones esté determinada *ab initio*, o de si las obligaciones son presentes o futuras, nos encontramos ante una hipoteca plural y no global, según la terminología doctrinal común, porque la globalidad estriba en que al menos alguna de las obligaciones garantizadas no esté determinada ni en su existencia ni en su cuantía⁵.

Ahora bien, el carácter flotante de la hipoteca resulta, a mi modo de ver, no tanto de la indeterminación de la existencia de las obligaciones garantizadas, sino de la indeterminación acerca de cuáles de las obligaciones garantizadas y en qué importe van a quedar finalmente incorporadas total o parcialmente a la cuenta sin efectos novatorios, cuyo saldo se hará efectivo a través de la acción real hipotecaria, toda vez que los acreedores podrán incluir en la cuenta que fija el saldo finalmente garantizado todo o parte del importe adeudado por el conjunto de las obligaciones integrables.

No obstante esta circunstancia, en estas hipotecas no existirá propiamente flotabilidad ni indiferenciabilidad en el supuesto de que todas las obligaciones se encuentren inicialmente determinadas en su cuantía y el importe de la responsabilidad hipotecaria fuera igual a la suma de la cuantía inicial del conjunto de todas las obligaciones garantizadas, pues entonces, a cada una de éstas le corresponderá inevitablemente una cuota en dicha responsabilidad hipotecaria equivalente a su principal, al no poder reclamarse por cada una más que ese importe inicial o el máximo pactado.

Ahora bien, según hemos indicado en la letra a) anterior, incluso en este supuesto, entiendo que sí existe una hipoteca de máximo porque debe admitirse la posibilidad de que la cifra de responsabilidad que se determine por cada obligación englobe no sólo la garantía del principal, sino también aquellas obligaciones accesorias de la misma que puedan generar deudas incluibles en un saldo final que determine el importe a reclamar. Es decir, la cifra del principal de cada obligación, que puede ser de muy diversa índole –préstamos, saldo de cuentas corrientes, máximos por descuentos, etc.- actúa como importe de referencia pero su función es de responsabilidad hipotecaria máxima, siempre que así se prevea y no se garanticen esas obligaciones accesorias con una cantidad independiente.

⁵ En este sentido Encarna Cordero Lobato en “la hipoteca global, la determinabilidad del crédito garantizado”, pag. 26; Colegio de Registradores de la Propiedad de España, 1997

Por el contrario, sí existirá indiferenciabilidad si algunas de las obligaciones no se encuentran inicialmente determinadas en su cuantía o si el importe del conjunto de las obligaciones garantizadas -aunque todas sean concretas y perfectamente determinadas en su nacimiento y cuantía- excede de la cifra de la responsabilidad hipotecaria total de las fincas gravadas –hipoteca parcial- y, por tanto, ésta sirve indistintamente de cobertura a cualesquiera de las obligaciones hipotecarias.

c) Garantía de una pluralidad de obligaciones, en que todas o algunas son *ab initio* sólo determinables en su existencia y nacimiento, es decir, “puramente futuras”. Es la denominada hipoteca global, en que la determinación de las obligaciones garantizables responde a unos criterios de integración que pueden consistir, bien en un concreto tipo de relación jurídica existente o futura pactada –ej. leasing, descuentos, etc.-, bien en un número más o menos amplio de tipos de relaciones jurídicas concretas, o bien en la combinación de unas obligaciones ya nacidas y otras futuras; rechazándose legalmente los criterios de globalización genéricos comprensivos de tipos de integración no determinados -ej.: operaciones propias del tráfico bancario-.

Aquí la flotabilidad tiene lugar siempre, porque esta característica implica que no deba obligatoriamente especificarse en la constitución qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza cada obligación y que el acreedor pueda dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas, pues al no saberse *a priori* cuántas obligaciones se contraerán y en qué cuantía, nunca podrá existir una correspondencia entre el principal de cada obligación y la cifra de la responsabilidad hipotecaria.

d) Flotabilidad versus indiferenciabilidad. Fernando Canals, apartándose de la doctrina más generalizada que los identifica o utiliza indistintamente, distingue entre los conceptos de flotabilidad de la hipoteca e indiferenciabilidad de la cifra de responsabilidad hipotecaria, y así, según su entendimiento, la flotabilidad supone que la hipoteca es susceptible de asegurar indistintamente diferentes obligaciones que se suceden en el tiempo entre las que flota, mientras que la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria implica únicamente que no existe una fragmentación de la cuantía de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas.

Esta diferenciación nos llevaría a considerar que en el caso de hipoteca plural parcial lo que opera es la indiferenciabilidad de la cobertura al ser todas las posibles obligaciones garantizables existentes al constituirse la hipoteca y, por tanto, estar garantizadas simultáneamente –la hipoteca no flotaría de una a otra-; mientras que en el caso de hipoteca global operaría la flotabilidad, porque al irse constituyendo sucesivamente las obligaciones garantizadas, la hipoteca las

otorga garantía también sucesivamente a unas o a otras. Ahora bien, en ambos casos todas las obligaciones, aunque sean “puramente futuras”, se encuentran garantizadas con la hipoteca *ab initio*, siempre que encajen dentro de los criterios de integración pactados, y en su totalidad, hasta donde alcance la cobertura hipotecaria, porque no existe una verdadera sustitución de las obligaciones garantizadas ni “recarga” alguna.

La denominada hipoteca flotante, en realidad, no flota entre las obligaciones en ninguno de los supuestos legalmente posibles sino que gráficamente, en terminología iberoamericana, cubre desde el principio todas las obligaciones – huecos de distintas clases- susceptibles de acogerse a su “manto” protector y que quedarán efectivamente garantizadas en la medida que vayan naciendo a la vida negocial -rompiendo el cascaron-.

Por ello, entiendo que es posible e incluso más correcto, en términos técnico-jurídicos, hablar de flotabilidad⁶ como género que engloba ambos conceptos o del que la indiferenciabilidad es un elemento conformador, y que el carácter flotante o indistinto de la hipoteca resulta, como ya he indicado, no tanto de la indeterminación de la existencia de las obligaciones garantizadas, sino de la indeterminación acerca de cuáles de las obligaciones garantizadas y en qué importe van a ser al final objeto de la ejecución, quedando, entre tanto, todas ellas garantizadas hasta el máximo de la cifra de responsabilidad hipotecaria sin necesidad de distribución de la misma entre las distintas obligaciones o acreedores asegurados –es decir, sin trocear la manta-.

3.- Otra característica esencial de esta hipoteca, recogida expresamente en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria es la inexistencia de efecto novatorio respecto de las obligaciones garantizadas que significa que la inclusión de las obligaciones en la “cuenta general liquidatoria”, no produce la pérdida de su individualidad y su refundición irrevocable en el saldo de la misma, sino que, mientras no se produzca su ejecución, pueden excluirse de la cuenta, tener vida independiente y ser ejercitadas, al margen de la hipoteca, las acciones que le sean propias.

Es decir, que la obligación asegurada no es la de restituir el saldo resultante de esa “cuenta general liquidatoria”, sino que lo asegurado son las particulares obligaciones, con independencia de si han sido objeto de asiento contable. Lo único que la Ley pretende al permitir el pacto que establece que *“la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por*

⁶ Y con este significado lo usaré convencionalmente a lo largo del texto porque, en realidad, el término flotante no es más que una expresión vulgar -no técnica- de denominar a este tipo de hipotecas, como lo son los de global, sábana, ómnibus, etc, y como tal induce a confusión y hace pensar en saltos de la hipoteca de una obligación a otra que no se producen. En definitiva lo importante no es confrontar la flotabilidad con la indiferenciabilidad como carácter esencial de esta hipoteca según el supuesto de referencia -incluso se podrían considerar como términos sinónimos-, sino que lo importante es definir adecuadamente su régimen jurídico.

la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura”, es posibilitar la formación de un título bien liquidatorio o bien ejecutivo, aunque deba ser objeto de complemento, que permita la ejecución directa hipotecaria sin necesidad de un nuevo convenio con el deudor o un trámite procesal declarativo.

III.- REQUISITOS DE VALIDEZ.

Los requisitos de validez de las hipotecas reguladas en el artículo 153 bis de la Ley hipotecaria, es decir, los necesarios para que la misma puedan ser objeto de inscripción, dado el carácter constitutivo de ésta, son los siguientes:

1.- Requisitos subjetivos:

a) Los acreedores. Sólo podrá constituirse estas hipotecas, con carácter general, a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de Marzo de regulación del mercado hipotecario, y a favor de las Administraciones Públicas sólo respecto de determinados tipos de crédito.

-- Respecto de las entidades financieras, la concesión de esta especie de privilegio es debida, según la propia exposición de motivos, a la especial supervisión a que las mismas son sometidas por los órganos estatales competentes, y el mismo implica que si la entidad o persona titular del crédito presuntamente garantizable no fuera de ese tipo, dicha obligación integra o su cuota alícuota –obligación mancomunada- no podrá ser objeto de cobertura hipotecaria.

Estas entidades financieras susceptibles de ser titulares de hipotecas flotantes son, según la citada norma del mercado hipotecario: los bancos, las entidades oficiales de crédito, las cajas de ahorro, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito. Cualquier otra entidad queda al margen de esta posibilidad y entre ellas se pueden citar a las sociedades de garantía recíproca, los fondos de inversión o las sociedades comprendidas en el ámbito de la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios.

En el supuesto de que constituido e inscrito el contrato de hipoteca flotante a favor de las entidades del tipo examinando, se presente posteriormente una escritura de cesión del crédito o de subrogación por la vía del artículo 1211 del Código Civil, a favor de una entidad de las que no se encuentran habilitadas para ser titulares de la misma, entiendo que dicha cesión no será inscribible por identidad de razón con la regla de referencia.

-- También puede constituirse esta hipoteca a favor de las Administraciones Públicas⁷ que sean titulares de créditos tributarios –AEAT, Ayuntamientos o Comunidades Autónomas- o de la Seguridad Social. A este respecto, si comparamos la dicción de la letra b) del artículo 153 bis de la LH, en contraste con la letra a), se aprecian dos diferencias fundamentales: la letra a), respecto de las entidades financieras, permite garantizar una pluralidad de obligaciones, de cualquier naturaleza, incluso futuras y sin necesidad de pacto novatorio; mientras que la letra b), respecto de las administraciones públicas, sólo recoge la primera y la última posibilidad, pero se limita la garantía a las deudas tributarias y de la Seguridad Social, y no se prevé que puedan ser futuras.

En relación con el ámbito objetivo de las deudas garantizables, éstas deberán consistir en créditos tributarios pero, dentro de los mismos, es indiferente que las deudas se encuentren en fase de comprobación, inspección, ejecución o impugnación; o ya se trate de la deuda tributaria propiamente dicha, de sus recargos, intereses o sanciones. No es posible, por tanto, que las administraciones públicas garanticen, con esta hipoteca, otro tipo de deudas, como las derivadas de las obligaciones urbanísticas, de deudas contractuales o de sanciones de tráfico.

Y respecto a la posibilidad de garantizar deudas tributarias futuras, existen dos posturas encontradas. La negativa, defendida principalmente por civilistas⁸, que se funda en: 1º) la mencionada dicción literal de la expresada letra b) del artículo 153 bis de la LH que no las menciona expresamente al contrario que la letra a) en relación con las entidades bancarias. Y 2º) la normativa tributaria general – fundamentalmente el artículo 81-4 de la LGT- impide garantizar a favor de la Administración más que deudas tributarias liquidadas o, al menos, devengadas, no pudiendo constituirse, en consecuencia, garantías en seguridad de obligaciones totalmente futuras que, aunque tengan un carácter periódico, aún no se han devengado.

La positiva, sustentada principalmente por Inspectores de Hacienda⁹, que, aún admitiendo que en principio la citada letra b) parece excluir la posibilidad de garantizar créditos tributarios futuros, argumenta: 1º) que el párrafo siguiente del artículo 153 bis, que estiman de aplicación común a ambos tipos de hipoteca flotante –bancaria y tributaria-, admite la garantía de obligaciones futuras con sólo indicar su denominación, al referirse a los “*actos jurídicos básicos de los que....., puedan derivarse en el futuro las obligaciones garantizadas*”. 2º) que

⁷ Para un estudio más profundo de esta cuestión ver “Problemática de la hipoteca en garantía de deudas fiscales. especial mención a la hipoteca flotante”, Ángel Valero: en Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras nº 26, Colegio de Registradores de la Propiedad., año 2009.

⁸ J. L. Martínez-Gil Vich en la revista “El Notariado del Siglo XXI” nº 17, y F. Azofra en “Hipotecas flotantes”, RCDI nº 707.

⁹ Sergio González García en coloquio sobre la hipoteca flotante en garantía de deudas tributarias celebrada en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad el 17 de junio de 2009.

la necesidad de que la deuda tributaria esté liquidada o, al menos devengada, es aplicable a las medidas cautelares del artículo 81 de la LGT, pero no a las garantías del artículo 82 de la misma Ley. Y 3º) que la inclusión de la garantía de la hipoteca flotante, no puede tener otra finalidad que la de permitir asegurar deudas tributarias futuras.

Pero se puede contraponer a esta tesis que, en realidad, el párrafo segundo del artículo 153 bis, como el tercero y el cuarto, sólo son aplicables a las entidades de crédito, siendo su aparente generalidad meramente casual; que los supuestos garantizables del artículo 82 de la LGT –aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias-, constituyen realmente deudas liquidadas; y que la garantía de deudas futuras no es esencial de la hipoteca del artículo 153 bis de la LH, por lo que se ha de estar a la dicción legal para determinar que deudas pueden ser garantizadas en cada caso.

Es verdad que la no admisión de la hipoteca flotante en garantía de deudas tributarias futuras, que me parece el criterio más correcto, resta parte de las potencialidades de esta hipoteca de máximo que quedará, por tanto, reducida a garantizar una o varias deudas tributarias ya nacidas y determinadas, si bien como no es necesario la distribución de la responsabilidad entre ellas y no existe pacto novatorio, las mismas se pueden ver beneficiadas de la indiferenciabilidad propia de esta hipoteca, lo que supone un aumento de la garantía.

No obstante todo lo anterior, en relación con las deudas de la Seguridad Social, algún autor¹⁰ considera posible que la hipoteca flotante pueda constituirse en garantía de deudas futuras, al entender que el artículo 153 bis de la LH viene a conceder a la hipoteca flotante los mismos efectos que disfruta el llamado “aval genérico”, respecto del cual el artículo 29 del RGRSS dispone que con el mismo se podrán garantizar *“todas y cada una de las deudas presentes y futuras que mantenga el sujeto responsable con la Tesorería General de la Seguridad Social”*.

En la normativa tributaria no existe la posibilidad de dicho “aval genérico”, y la figura más parecida es la “cuenta corriente tributaria” recogida en el artículo 71-3 de la LGT y 138 a 143 del RGIT, que permite la compensación de futuras deudas tributarias con los créditos que el obligado tenga reconocidos formalmente en cada momento, por el concepto de *devoluciones tributarias* con la Administración. No creo, sin embargo, que la existencia de esta figura, dada su regulación al margen de las garantías, sea suficiente para reinterpretar la norma de referencia, aunque su saldo sí puede ser objeto de garantía con otra hipoteca de máximo, cual es la hipoteca en garantía de una cuenta corriente novatoria, pero su estudio excede de esta ponencia.

¹⁰ Iñigo Fernández de Córdova en “la Hipoteca global” en el libro “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario” editado por el Consejo General del Notariado”.

Más apoyo para la finalidad pretendida parece encontrarse en sede de deuda aduanera de importación o exportación, pues los artículos 190-2 y 192-1 del Código Aduanero -Reglamento CEE 2913/92-, permiten la garantía de las deudas aduaneras que “*ya existan*” o “*que puedan originarse en el futuro*”, y los artículos 197 de dicho Reglamento y 857-1.a) del Reglamento CEE 2454/93 que lo desarrolla, prevén la posibilidad de que dichas garantías sean inmobiliarias. Pero la peculiaridad de estas deudas tributarias, cuya regulación se encuentra al margen de la legislación general tributaria española, tampoco creo que sea suficiente para poder interpretar de otra forma la clara dicción del artículo 153 bis de la LH.

Por otra parte, en relación a la facultad de certificación de la deuda, tampoco se establece expresamente, en el artículo de referencia, a favor de las entidades públicas, si bien resulta innecesario porque por Ley -artículo 167-2 de la LGT-, la providencia administrativa de apremio tiene la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes de los obligados tributarios, y acreditar –a salvo la impugnación judicial- la cantidad líquida exigible.

b) La pluralidad de acreedores. Quizás el problema más importante que, en el ámbito de la hipotecas flotantes, se está teniendo en los Registros, es la admisión o no de la denominada hipoteca “en mano común”, a la que yo prefiero referirme como “colectiva”, y que ha adquirido carta de naturaleza en estas hipotecas, por amoldarse mejor a esa indiferenciabilidad aludida de la responsabilidad hipotecaria, pues lo que se pretende es que no sea aplicable la norma de limitación de la cobertura de cada obligación en el porcentaje de su cuota en el derecho real de hipoteca del citado artículo 227 del RH, es decir, que todas las obligaciones puedan quedar garantizadas con el total importe de la responsabilidad hipotecaria.

Sin poder en este trabajo analizar todas las implicaciones de esta cuestión¹¹, resumiremos brevemente las diferentes posturas jurídicas existentes.

1.- La de los que consideran que en derecho español no existen las obligaciones “en mano común” y que la única comunidad permitida es la comunidad romana o por cuotas, pues el artículo 392-1 del CC dispone que “*hay comunidad cuando la propiedad de una cuota o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*”; estando la comunidad germánica o “en mano común” únicamente permitida en los casos reconocidos expresamente por la Ley (sociedades conyugales, comunidad hereditaria, comunidad de pastos o leñas y comunidad de montes vecinales en mano común).

¹¹ Para un estudio en mayor profundidad ver Ángel Valero: “La pluralidad de acreedores en el derecho real de hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”, Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad nº 173, nov 2010.

La posibilidad a que se refiere el párrafo segundo de dicho artículo 392 del CC, según este sector doctrinal, es únicamente a la regulación del régimen jurídico de dicha comunidad por cuotas, no a que se pueda pactar otro tipo de comunidad en que se prescinda de la fijación de cuotas.

Y, a efectos registrales, la fijación de cuotas indivisas en tanto por ciento o porcentaje del derecho real inscrito recogida en el artículo 54 del RH, es una cuestión de orden público inmobiliario por la necesidad de favorecer la libre disposición de los bienes inscritos.

2.- La de los que opinan que esas afirmaciones no son ciertas y que, en consecuencia, al existir las obligaciones “en mano común”, la hipoteca que las garantice, en virtud de la aplicación del principio de accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito garantizado, será también “en mano común”, puesto que, además, consideran que el artículo 54 del RH sólo es aplicable cuando la comunidad sea parciaria o romana.

Lo importante, dicen, es que cuando una hipoteca garantice una situación crediticia compleja, ésta quede bien perfilada en el asiento registral; la falta de determinación de las cuotas no atenta contra el principio de especialidad, en la medida en que todo el régimen de actuación conjunta y toma de decisiones, tanto para la ejecución, como para la cancelación de la garantía o para la cesión de la posición jurídica de acreedor, haya sido definido y haya tenido acceso al Registro.

3.- Algunos autores van más allá y consideran que, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación garantizada (sea crédito único con varios titulares, solidario, en mano común o parciario; sea una pluralidad de créditos totalmente independientes, presentes o futuros y pertenecientes a distintas entidades; sea, en fin, una situación crediticia más compleja como la que resulta de un convenio alcanzado en concurso de acreedores o en los denominados convenios de refinanciación en los que los créditos de cada entidad se mantienen independientes, pero se establece un régimen de actuación común vinculante para todos ellos), si se constituye una única hipoteca en su cobertura, no es necesaria la fijación de cuotas en esta garantía real.

Así, afirman sus partidarios que en el denominado “crédito sindicado” se hace necesaria una *organización unitaria o empresarial* que, a través de sus órganos de representación, controle, administre y decida sobre todas las circunstancias del crédito “unitario” e, incluso, llegado el caso, proceda a la ejecución total o parcial de la garantía, de tal forma que ninguna de las Entidades acreedoras (generalmente Bancos y Cajas de Ahorro) pueda decidir por sí, ni siquiera en cuanto a la parte de capital por ella invertido, ya que se trata de una “operación

conjunta” que estará dominada por un *"destino vinculante"*; y cuya ejecución derivará de un acuerdo previo y en principio *indisoluble*.

4.- Esta discusión se complica en el ámbito de la hipoteca flotante o de máximo del artículo 153-bis de la LH, en que ante la complejidad de las situaciones posibles, parece inevitable la adopción del criterio de que la configuración del tipo de titularidad debería ser siempre “la colectiva” sin cuotas, con base a los argumentos expuestos en el apartado anterior.

No obstante, algunos autores estiman que se pueden distinguir entre los siguientes supuestos:

a) Si con la hipoteca se garantizaran varias obligaciones, todas las cuales fueran de la misma naturaleza, proporción y titularidad y, además, el valor de la responsabilidad hipotecaria cubriera la totalidad de las obligaciones garantizadas, por aplicación estricta del principio de accesoriedad, que también existe en las hipotecas flotantes aunque mitigado, la misma titularidad o cuota de cada una de las obligaciones, al ser igual en todas, se trasladaría a la titularidad del derecho real de hipoteca, si bien cada cuota se distribuirá, también entre las obligaciones garantizadas.

b) Si, por el contrario, las distintas obligaciones garantizadas fueran todas ya nacidas pero de titularidad de distintos acreedores, o las proporciones o la naturaleza de las mismas fuera distinta, se puede admitir que la titularidad de los acreedores en el derecho real de hipoteca, también en virtud del principio de accesoriedad, se corresponde con la titularidad que cada uno ostente en las distintas obligaciones garantizadas y, en consecuencia, la multiplicidad de titularidades de los acreedores respecto de los distintas obligaciones garantizadas se traslada así a la hipoteca. Cada obligación, en cuanto a tal, tendrá una cuota en el derecho real de hipoteca y dentro de cada una de esas cuotas, cada acreedor tendrá su titularidad en la misma forma que sea titular de la obligación.

c) Si todas o algunas de las obligaciones garantizadas son futuras, surge el problema de que la titularidad de los acreedores de las mismas resultan parcialmente indeterminados, pues se conocen quienes son, pero no la proporción en que van a participar del crédito o los créditos asegurados. Además, tales obligaciones pueden ser cambiantes; indeterminación subjetiva que, además, subsiste aunque se hallan contraídas las obligaciones, habida cuenta de la innecesidad de hacer constar el nacimiento de éstas en el Registro y de la facultad del acreedor de incorporarlas o no al “saldo final líquido garantizado”.

A mi juicio, la imposibilidad de saber *ab initio* cuál será el número y la cuantía de cada futura obligación garantizada, su naturaleza, el número de acreedores firmantes de la escritura de hipoteca que suscriban cada obligación futura y en qué proporción y, de nuevo, la especial naturaleza de la hipoteca de máximo regulada en el artículo 153 bis de la LH, excluyen, salvo voluntad en contrario, la necesidad de fijación de cuotas o máximos de cobertura iniciales para cada acreedor en la titularidad del derecho real de hipoteca, pues ello supondría constituir, por aplicación de las normas ya analizadas, tantas hipotecas como acreedores hubiere, que, como ya se ha expuesto, es lo que precisamente se trata de evitar por la Ley y las partes. Por tanto, se hace inevitable la configuración de la hipoteca como de titularidad colectiva porque no existen, en todo o en parte, obligaciones que puedan transmitirle por accesoriedad su naturaleza, determinándose la concreta titularidad de cada acreedor cuando se incorpore la obligación a la cobertura hipotecaria, y rigiéndose la misma, mientras tanto, por las estipulaciones pactadas por las partes.

d) Si las partes, voluntariamente, proceden a distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas o a fijar cuotas de titularidad en el derecho real de hipoteca, aun en los supuestos que sea innecesario, y, a su vez, si se gravan varias fincas, la responsabilidad correspondiente a cada obligación es distribuida entre cada una de las fincas hipotecas, a efectos de ejecución, se deberán considerar como hipotecas independientes unas de otras, tanto en lo relativo a la cantidad que puede percibir del remate cada acreedor, como respecto a la subsistencia sólo del resto de la responsabilidad hipotecaria en garantía del resto de las obligaciones garantizadas; lo que supone perder gran parte de las ventajas de la hipoteca flotante.

5.- Además, en el marco de las denominadas hipotecas preconcursales o de refinanciación, en que suele ser habitual que el valor de las fincas gravadas en el momento de la constitución de la hipoteca y, por tanto, la responsabilidad hipotecaria, no alcanza a garantizar el importe total de las obligaciones contraídas y garantizadas, se refuerza este carácter colectivo de la hipoteca, como resulta de la aplicación analógica de las resoluciones de la DGRN de 30 de enero de 2003 y 10 de septiembre de 2009, según las cuales son inscribibles las cesiones en pago o adjudicaciones judiciales de fincas efectuadas en el marco de procedimientos de quiebra, a favor de la pluralidad de acreedores que constituyen el sindicato de acreedores de la quiebra, sin necesidad de fijación de las cuotas de cada uno en el dominio y a pesar de carecer de personalidad jurídica, por “..... *la existencia de un elevado número de acreedores, la determinación de estos por remisión al expediente de quiebra, el carácter “en mano común” de las titularidades ostentadas, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de tales acreedores.....*” y, siguen diciendo las resoluciones, ello es así, porque

aunque estas colectividades –sindicato de acreedores-, no estén perfectamente identificadas es su composición, si están “..... *plenamente articuladas para su funcionamiento, y sin que por ello se resientan los principios básicos rectores de nuestro sistema registral*”.

Es decir, se ha de entender que la determinación de cuotas prevenidas en el artículo 54 del RH –como ocurre en el caso de titularidad solidaria-, es innecesaria en aquellos casos en los que el derecho real de hipoteca se constituye a favor de un conjunto de acreedores integrados en un sindicato, pues los mismos constituyen una colectividad cuyos miembros están “completamente identificados”, existe una entidad –El Agente- “legitimada para el ejercicio de las acciones correspondientes”, ostentan, como dicen las citadas resoluciones, una titularidad semejante a la “en mano común” y, finalmente, tienen una “perfecta articulación en su funcionamiento”.

c) El deudor. A diferencia de las limitaciones que se establecen en el artículo 153 bis de la LH respecto al posible titular de la posición acreedora, nada indica la norma en relación con el deudor hipotecario y, por tanto, no existe particularidad alguna distinta de las exigidas, con carácter general, para la constitución de cualquier garantía hipotecaria.

Como consecuencia de lo expuesto, la hipoteca flotante puede garantizar tanto deudas del propio prestatario-hipotecante, como de un tercero –hipoteca en garantía de deuda ajena- como puede ser, en los supuestos más habituales, una sociedad del mismo grupo o filial de aquélla. Ahora bien, si esa garantía se pretende que tenga lugar en la misma hipoteca en que se garantizan otras obligaciones del propio hipotecante, será necesario que se indique expresamente en la misma cláusula de globalización, expresando así mismo si se extiende a todos los supuestos o sólo a alguno de ellos.

No obstante, se ha argumentado, con razón, como ya hemos expuesto, en relación con la configuración de esta hipoteca y dada su complejidad jurídica y económica, que hubiera sido conveniente limitarla a los préstamos destinados a financiar actividad empresarial o profesional, en cuyo ámbito se hace necesaria una mayor flexibilidad de la hipoteca, y excluirla en el ámbito de los préstamos destinados a la adquisición de vivienda en que resulta necesaria mayor seguridad y certidumbre para el consumidor, como parecen exigir las políticas de protección a los consumidores, transparencia de las condiciones de los créditos y de los denominados préstamos responsables.

Por otra parte, tratándose de empresas en situación preconcursal que se hayan acogido a los acuerdos de refinanciación¹², caracterizados por comprender una pluralidad de obligaciones, regulados en la disposición adicional 4ª del RD-L 3/2009 de 27 de marzo, -cuya finalidad central es dotar a los acuerdos de refinanciación extrajudicial de la necesaria seguridad jurídica, favoreciendo la adopción de los mismos, al excluir en dichos supuestos las acciones de rescisión o reintegración concursal prevista en el artículo 71-1 de la Ley Concursal-, el mecanismo que se ha utilizado para conseguir garantizar con carácter real los resultados de estas refinanciaciones ha sido la utilización de esta hipoteca flotante, que se ha revelado como providencial para contribuir a la subsistencia de las empresas en situación de insolvencia inminente -refinanciaciones preventivas- e incluso actual -remoción de la insolvencia-; pues las hipotecas tradicionales sólo permitían la garantía de las obligaciones una a una.

2.- Requisitos objetivos:

a) Las obligaciones garantizadas. Según dispone el artículo 153 bis de la LH y como ya hemos analizado anteriormente, podrá constituirse hipoteca flotante en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas, siempre que figure su denominación o la descripción general de los negocios jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.

El citado artículo no exige que exista un nexo causal o relación jurídica común entre las obligaciones asegurables, existente en el momento de constitución de la hipoteca, por lo que a mi juicio, frente al de otros compañeros, podrán garantizarse obligaciones puramente futuras, es decir, aunque no exista un compromiso en firme del acreedor a su concesión.

En cuanto a la determinación de las obligaciones garantizadas debe distinguirse si se trata de asegurar obligaciones presentes o futuras, pues si se trata de obligaciones ya existentes, es aplicable el artículo 12 de la Ley Hipotecaria y, en consecuencia, deberán describirse las mismas íntegramente con todas sus cláusulas financieras. Dentro de este concepto de obligaciones presentes deben incluirse, a mi juicio, tanto las obligaciones preexistentes que se proceden a garantizar con la hipoteca flotante, como los actos jurídicos que se contraen simultáneamente, ya sean éstos, a su vez, generadores de obligaciones existentes desde el pacto o sólo de eventuales obligaciones futuras, con tal de que todas ellas cumplan los requisitos de determinación expresados. Si no se cumple este requisito de determinación, este tipo de obligaciones no podrán entenderse

¹² Para un estudio en más profundidad ver Ángel Valero: “Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”, ponencia impartida en la UIMP en el curso sobre “Problemas registrales en la situación actual de crisis económica”, el día 8 de julio de 2010.

incluidas bajo la cobertura hipotecaria alegando su identidad con los supuestos incluidos en la cláusula de globalización.

Por el contrario, si se trata de obligaciones puramente futuras, no es necesaria la constatación circunstanciada de sus elementos identificadores, sino que es suficiente que se especifique su denominación técnica o que queden perfiladas en sus líneas generales –actos jurídicos básicos de derivación- para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de responsabilidades y para que los tribunales puedan, en su día, determinar qué obligaciones realmente se hallan cubiertas por la garantía.

La ley, por tanto, excluye por contraposición, se considere doctrinalmente correcto o no, la utilización de criterios de integración genéricos, por referencia al conjunto de operaciones regulares que las partes puedan tener, incluida la referencia a “las operaciones regulares del negocio bancario”, pues siempre podrían existir dudas si una determinada operación es efectivamente “regular” de las entidades crediticias, como, por ejemplo, en la situación de crisis actual, el precio aplazado de la venta de pisos que éstas se hubieren adjudicado en una subasta judicial por impago de préstamos. En definitiva en estas fórmulas genéricas lo que se viene a hacer es una mera referencia a una determinada relación jurídica más o menos precisada en el mercado, pero no una descripción o especificación de los actos jurídicos que la componen que es lo que exige la ley y, en consecuencia, en el supuesto que se quiera garantizar esa relación en su conjunto, deberán enumerarse los tipos concretos de contratos cuyas obligaciones quedarían aseguradas con la hipoteca.

La selección o determinación de las deudas que a la postre resulten garantizadas y las que no, corresponde, salvo pacto en contrario, exclusiva y unilateralmente al propio acreedor –de acuerdo con las bases y criterios previamente pactados- según se infiere de la finalidad de la Ley, pero esa misma finalidad hace necesario, a mi juicio, el pacto relativo a que la inclusión de una partida de cargo debe ser notificada al deudor, y ello porque de no mediar este requisito o pacto, éste vería imposibilitado el ejercicio de su derecho de subrogación en estos créditos hipotecarios y el de amortización anticipada.

Igualmente entiendo que el acreedor flotante puede extender la cobertura hipotecaria a los créditos derivados de una subrogación por pago del mismo a otro acreedor y a los créditos contra el deudor cedidos a ese acreedor flotante por un tercero, con tal de que unos y otros créditos quedan amparados en la descripción general de negocios u obligaciones garantizadas por la flotante, pero siempre que se admita o prevea expresamente en el contrato la generación del crédito garantizado por cualquiera de estas vías y se le notifique esta circunstancia a deudor, pues de lo contrario, se estaría vulnerando el artículo

1256 del Código Civil, dado que el deudor no tendría conocimiento de la generación del supuesto de cobertura.

b) El derecho real de hipoteca. Como ya se ha indicado anteriormente la hipoteca se encuadra dentro de la categoría de las hipotecas de máximo, caracterizada por la variabilidad e indeterminación del importe asegurado, de manera que en el Registro, en el momento de la constitución de la garantía, sólo se hace constar una cantidad máxima (por principal –saldo-, intereses de demora y costas y gastos judiciales) de la que responderá el bien hipotecado, con independencia de cuál sea finalmente el importe de la obligación garantizada. Igualmente, y esto constituye una novedad, deberá indicarse el plazo de duración de la hipoteca, que no tiene que coincidir con el de las obligaciones aseguradas.

-- La cifra máxima de responsabilidad hipotecaria. El supuesto paradigmático de hipoteca global es la de garantizar una pluralidad de obligaciones –unas presentes y otras futuras- de muy variada naturaleza que cubren todas las necesidades de financiación de las empresas –descuentos, avales, líneas de crédito, etc.- a medida que éstas se vayan produciendo y en la cuantía que en cada momento requiera las necesidades del negocio, sin tener que acudir a constitución de sucesivas hipotecas con los consiguientes gastos fiscales y arancelarios, lo que ante esa indeterminación de cuál será en un momento dado el importe debido, obliga a acudir a una garantía que adopte la forma de una hipoteca de máximo.

La función que en estas hipotecas desempeña esta cifra de responsabilidad hipotecaria máxima es, fundamentalmente, la protección de los terceros hipotecarios, al constar registralmente la cuantía máxima que les es oponible, limitando de esta manera su riesgo. Respecto del auténtico carácter de máximo de estas hipotecas en todos los supuestos recogidos en el artículo 153 bis de la LH y de los requisitos de determinación de las obligaciones aseguradas según cuál sea cada supuesto en concreto, nos remitimos a lo expuesto en los apartados anteriores al hablar de las variedades de esta hipoteca –de una obligación, plural o global- y de las obligaciones susceptibles de ser garantizadas.

Una cuestión que es discutida por algunos autores es la posibilidad de que la hipoteca asegure tan sólo parcialmente el crédito, circunstancia que puede ocurrir bien porque el crédito es inicialmente de mayor cuantía que el valor de los bienes hipotecados –supuesto habitual en los casos de hipoteca flotante en garantía de contratos de refinanciación- o bien porque la hipoteca se constituyó para garantizar una obligación de cuantía determinable cuya cifra final resulte en el momento de la ejecución superior a la responsabilidad máxima hipotecaria –supuesto relativamente normal en el caso de financiación empresarial global a medio y largo plazo-.

En estos supuestos, en tanto en cuanto esta situación permanezca, y de conformidad con la configuración legal de la hipoteca flotante recogida en el citado artículo 153 bis de la LH, la hipoteca asegurará el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones garantizadas íntegramente –sin distinguir qué parte concreta se encuentra garantizada a la que se puede imputar el pago y cuál no-, hasta el importe máximo debido bajo cada una de ellas y con el límite máximo de la responsabilidad máxima hipotecaria. Es decir, ninguno de los acreedores u obligaciones tiene atribuido un porcentaje de la responsabilidad hipotecaria propio y excluyente del resto de acreedores u obligaciones, por lo que en caso de renuncia por parte de cualquiera de los acreedores de sus derechos sobre la hipoteca respecto de cualesquiera de las obligaciones garantizadas (ya sea total o parcial) o en caso de pago, condonación o extinción por cualquier otra causa (ya sea total o parcial) de cualquiera de las obligaciones garantizadas (excepto en el caso de ejecución parcial en los términos que se hayan pactado), se mantendrá la hipoteca respecto de las restantes obligaciones garantizadas por la totalidad de la responsabilidad máxima hipotecaria.

Este criterio viene confirmado por las resoluciones de la DGRN 2 y 3 de enero de 1996, interpretadas amoldándolas a la nueva figura hipotecaria, pues las mismas, en un caso de garantía parcial de la obligación, estiman que: *“El carácter parcial de la garantía hipotecaria no provoca inexcusablemente el fraccionamiento del crédito garantizado en dos obligaciones distintas e independientes, una con garantía y otra sin ella, sujetas a un régimen jurídico diferenciado....”*, que *“la única significación del carácter parcial de la garantía, se produce exclusivamente en el propio juego de ésta; en caso de ejecución del bien hipotecado, el actor sólo podrá detraer del precio de remate obtenido, hasta una parte igual al máximo de responsabilidad fijado; del mismo modo, si el tercer poseedor quiere evitar la ejecución de ese bien, únicamente deberá desembolsar esa cantidad máxima, aunque quede parcialmente insatisfecho el crédito....”* y que *“Por lo demás, debe señalarse cómo el propio artículo 153 de la LH prevé la posibilidad de garantía parcial del saldo, sin que ello exija el fraccionamiento de la obligación garantizada, y que esa posibilidad de garantía parcial es típica de toda hipoteca de máximo”*, y es que el citado artículo 153 de la LH señala que *“si al vencimiento del término fijado por los otorgantes, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca”*.

Y si fueren varias las fincas hipotecadas, los acreedores podrán obtener el cobro total de sus créditos instando la ejecución de una sola, de varias o de todas las fincas gravadas, ya exceda o no la obligación u obligaciones garantizadas por las que se ejecuta de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca, y ya el precio del remate exceda o no del nominal de la obligación u obligaciones garantizadas por

las que se ejecuta, puesto que, como señala la resolución de la DGRN de 20 de julio de 1999 en un caso de ejecución parcial de hipoteca en garantía de obligaciones al portador sobre varios inmuebles sin asignación específica de aquéllas a éstos, *“la hipoteca no genera (vid arts. 124 y 156-4 de la LH) una afectación individualizada de cada una de las fincas hipotecadas respecto de todas y cada una de las obligaciones garantizadas, en la proporción pertinente, sino sólo una vinculación global de aquéllas, como un todo, en favor de todas las obligaciones garantizadas en su conjunto, de modo que cualquiera de los acreedores podrán hacer valer íntegramente su derecho sobre cualquiera de las fincas hasta donde alcance su específica responsabilidad hipotecaria”*.

b) El plazo máximo de duración de la hipoteca. El artículo 153-bis de la LH eleva el plazo de duración de la hipoteca –que es independiente del de las obligaciones garantizadas- que regula, como novedad, al carácter de requisito estructural de la misma, de tal manera que es independiente del plazo de duración de las singulares obligaciones o cuentas corrientes aseguradas. Este requisito, dudoso en el caso de que se garantice una sola obligación ya existente, es lógico si se contempla que se garantiza una pluralidad de obligaciones que pueden tener diferentes plazos y se puede dar cobertura a obligaciones meramente futuras que no se sabe, en el momento de la constitución de la hipoteca, si llegarán a nacer o qué plazo tendrán, lo que imposibilita la aplicación al plazo del principio de accesoriedad.

La expresión del último párrafo del artículo 153 bis de la LH que establece que *“al vencimiento pactado por lo otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada”*, ha sido utilizada como argumento a favor de la posibilidad de prórroga en estas hipotecas, pero, en ese contexto, si se admitiera esa interpretación, el acreedor se vería constreñido a acumular las deudas vencidas e impagadas, no pudiendo ejercitar la acción hipotecaria hasta la llegada del final del plazo, lo que carece de toda lógica; por lo que hemos de concluir que ese plazo o prórroga se refiere a las obligaciones garantizadas y no a la hipoteca. No obstante, estimo que no existe ningún inconveniente legal para admitir el establecimiento de prórrogas en la hipoteca flotante, siempre que se haga constar en la escritura de constitución el máximo plazo posible de estas prórrogas, más allá del cual operarían los principios generales del sistema registral.

Es criticable, por otra parte, que la norma no establezca un plazo máximo posible de duración de la hipoteca, habida cuenta de que en las hipotecas flotantes el acreedor no asume obligación alguna en la concesión del crédito, lo que implicaría, si el plazo pactado es excesivo, un bloqueo de la capacidad de crédito de la finca hipotecada, carente de la necesaria justificación. Por ello, entiendo que es conveniente para el deudor pactar la facultad de denunciar la relación de aseguramiento mediante el correspondiente preaviso al acreedor, que

se haría constar por nota marginal, y que posibilitaría la cancelación de la hipoteca si en el plazo pactado no se hace constar en el Registro de la Propiedad, mediante nota marginal, el nacimiento de alguna obligación de las garantizables –artículo 143 de la LH-.

Pero, a falta de pacto, no considero que el deudor tenga legalmente esa facultad de renuncia porque la determinación de la existencia y cuantía de la obligación tiene lugar por medios extrahipotecarios y no existe obligatoriedad de la constancia registral de su nacimiento para posibilitar la ejecución –resoluciones de la DGRN de 31 de enero de 1925 y de 19 de julio de 2002-, por lo que la nota marginal que recoja la renuncia *ex* artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 232 de su Reglamento no impide que puedan existir contraída una obligación cubierta por la garantía y ejecutable.

Por último, en cuanto al carácter del plazo de duración de la hipoteca flotante, debe entenderse que se trata de un plazo de caducidad del asiento registral, y respecto a las consecuencias que de esa atribución se derivan me remito al apartado de cancelación de la hipoteca.

c) La cuenta de crédito. Asimismo, la hipoteca flotante debe instrumentalizarse a través de una cuenta de crédito –Cuenta General-, la cual deberá ser identificada, con indicación de las concretas partidas del debe y del haber y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado y exigible en caso ejecución. Esta necesidad de determinación deriva de la remisión expresa, en cuanto a la ejecución, a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

Se permite, igualmente, pactar en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura; con lo que se pretende obtener un documento que permita la fijación del saldo exigible y la ejecución misma, sin necesidad de acudir a un nuevo acuerdo entre las partes o de conseguir una resolución judicial declarativa.

Pero en las hipotecas flotantes, frente a las hipotecas en garantía del contrato de apertura de cuenta corriente o de cuentas corrientes novatorias, se plantea la cuestión de si el “certificado del saldo final líquido garantizado” de la hipoteca flotante es suficiente para completar la escritura de constitución de hipoteca -o la certificación registral en su caso- como título ejecutivo o es necesario aportar el título concreto del que resulte la existencia y cuantía de cada préstamo o crédito cuya ejecución se pretende.

Esta cuestión es objeto de análisis más extenso en un apartado posterior, anticipando aquí que entiendo que, como en estas hipotecas, ese saldo final carece, por determinación legal, de virtualidad novatoria, lo que se ejecuta no es

una obligación nueva y autónoma sino la simple reunión o cuantificación contable de las diversas obligaciones garantizadas que se pretendan cobrar en un momento determinado, deberán acompañarse los títulos ejecutivos de los que resulten todas y cada una de dichas obligaciones y, si la obligación resultante es ilíquida, los documentos complementarios a que se refieren los artículos 572 y 573 de la LEC, es decir, los saldos de cada uno de los créditos vencidos integrados en el saldo final¹³.

En todo caso considero que se podrá dotar de fuerza ejecutiva a la certificación bancaria del saldo final exigible sin necesidad de aportar, además, el título constitutivo de creación de cada deuda por la que se procede a la ejecución, si las partes acuerdan expresamente dar a ese certificado efecto novatorio, pues esa posibilidad se infiere de la expresión del artículo 153 bis “*sin necesidad de pacto novatorio de las obligaciones*”, y cuyo ejercicio quedaría al arbitrio del acreedor.

IV.- LA CESIÓN Y SUBROGACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO EN LA HIPOTECA FLOTANTE.

a) La Cesión de los créditos garantizados.

La Ley 41/2007, la misma que ha introducido en nuestra legislación la figura de la hipoteca flotante, ha reformado también el artículo 149 de la LH, que señala que “*el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*” y, por su parte, el artículo 1526 del Código Civil dispone que “*la cesión de un crédito no surtirá efecto contra tercero..... si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro*”, de donde cabe extraer la conclusión, no obstante la contradicción entre el artículo 1526 del CC y el segundo párrafo del artículo 149-1 de la LH, de que la cesión del crédito hipotecario es válida y plenamente eficaz *inter partes* y subroga al cesionario en todos los derechos del cedente sin necesidad de la inscripción, de tal manera que sigue implicando la cesión del derecho real de hipoteca –artículo 1528 del CC-, pues la supresión de la accesoriedad hubiera necesitado una manifestación expresa. Es decir, que la validez de la cesión del crédito hipotecario se regirá por el Código Civil, siendo en este ámbito la única novedad de la reforma: la no necesidad de dar conocimiento de la misma al deudor, sin perjuicio de los efectos del artículo 1527 del Código Civil de liberación del deudor que paga al antiguo acreedor.

¹³ Para un estudio en mayor profundidad ver Ángel Valero: “La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos”, en Jornadas sobre la Hipoteca ante la Crisis Económica, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad 2009.

Ello plantea la cuestión de cuál es el valor de esa inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión de los créditos hipotecarios y, en mi opinión, la contestación no es tanto el carácter constitutivo¹⁴ de la inscripción, como la equiparación de la cesión de la hipoteca a la transmisión de cualquier otro derecho real, de tal manera que la inscripción se constituye como requisito para la eficacia frente a terceros de la cesión –ej.: juego del artículo 34 de la LH, etc.-, aunque el cambio del acreedor, como veremos, no perjudica a los titulares posteriores y, también, de la operatividad de los mecanismos y efectos de los asientos registrales. De ahí que esa subrogación del cesionario en los derechos del cedente no alcance, como analizaremos posteriormente, a aquellas acciones que solamente pueden ser ejercitadas por el titular registral de la hipoteca, incluidas las acciones ejecutivas, mientras la inscripción no se lleve a cabo.

Pues bien, tratándose de créditos garantizados con la hipoteca del artículo 153 bis de la LH, surge la cuestión de si el anterior régimen de cesión ordinario es o no aplicable a todos los distintos supuestos comprendidos dentro de su ámbito, pues es indudable que la posibilidad de garantizar obligaciones “puramente futuras”, la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria y la falta de efecto novatorio de la cuenta, que determina una vida de las obligaciones totalmente independiente del derecho real, repercute en dicha aplicabilidad.

A este respecto considero que esa desvinculación o vida separada e independiente de los créditos garantizados individual o genéricamente con la hipoteca flotante implica que, en cuanto a aquellos que no consten reflejados en el Registro de la Propiedad, no se pueda hablar propiamente de créditos hipotecarios y que, en consecuencia, esos créditos sólo presumiblemente garantizados con esta hipoteca, al contrario de los que lo son con la hipoteca ordinaria, son transmitidos sin la garantía a menos que así se indique expresamente en el momento de la cesión y se refleje en el Registro, no operando en otro caso la accesoriedad porque el crédito no se ha incorporado a la hipoteca. La razón es la misma por la que no se puede cancelar parcialmente la hipoteca en caso de pago de uno de los créditos genéricamente garantizados.

Se hace pues inevitable distinguir entre los distintos supuestos garantizables con la hipoteca del artículo 153 bis y así, es indudable que no existirá problema alguno en la aplicación de las normas generales de cesión de créditos a la cesión de los cubiertos con esta hipoteca, si lo que se ha garantizado es una única obligación ya determinada o contraída, o si todos los créditos garantizados son determinados en el momento de la constitución y la responsabilidad hipotecaria cubre el importe total de todos ellos, porque los mismos ya se han incorporado a la hipoteca y cada uno tiene una porción determinada en la cobertura. Ese

¹⁴ Lourdes Blanco Pérez-Rubio: “La Cesión de Créditos Garantizados con Hipoteca”, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, año 2009.

criterio es aplicable incluso aunque inicialmente todos o algunos de los créditos garantizados fueren futuros –pero ya pactados- o de cuantía indeterminada -si se ha señalado un máximo de cobertura-, pues lo único que ocurriría es que la fe pública registral no se extendería a su existencia o cuantía.

Tampoco existe inconveniente en ceder, en esos casos mencionados de determinación inicial de la obligación, todos los créditos, alguno de ellos –e incluso sólo parte de uno o algunos-, pues esa posibilidad está admitida por el artículo 1878 de Código Civil y, como ya se ha indicado al hablar de la pluralidad de acreedores, existe una correspondencia entre el importe de la responsabilidad hipotecaria y la cuantía de cada crédito que hace, salvo pacto en contrario, que por accesoriedad a cada crédito le corresponda su nominal en la cobertura hipotecaria, aunque no se haya efectuado formalmente la distribución de la responsabilidad entre los mismos y, en consecuencia, la hipoteca se entienda transmitida simultáneamente con el crédito en esa proporción.

El problema surge cuando, a falta de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones, ésta no cubre el importe total de los créditos determinados garantizados o cuando todas o algunas de las obligaciones garantizadas sólo son determinables, es decir, cuando son “puramente futuras” o genéricamente garantizadas, y consiste en dilucidar cuál es el régimen de esa cesión de los créditos en tales casos y si es posible la cesión sólo de un tipo de las distintas obligaciones encuadrables dentro los criterios de integración –ej.: créditos por avales que se puedan tener en el futuro-. Y en este sentido comparto, como ya he expuesto, el criterio de Encarna Cordero¹⁵ de que la singularidad de la hipoteca flotante, a falta de pacto expreso, provoca que *“la cesión de créditos incluidos en la cobertura no comporta por sí misma una cesión de la hipoteca porque el máximo que exige el artículo 153 bis no es el límite del crédito que puede conceder el acreedor sino, simplemente, la cantidad por la que responde la finca, sean cuales sean los créditos que en cada momento formen parte del conjunto de créditos cubiertos por la garantía”*.

En realidad, en estos casos, como ya se ha visto, al existir una mera garantía genérica sin correspondencia entre lo debido y la responsabilidad hipotecaria, no existen verdaderos créditos hipotecarios, al menos, hasta que el crédito concreto es objeto del correspondiente acuerdo constitutivo, por lo que deben distinguirse, a su vez, dos supuestos, según que la cesión se refiera a créditos presentes o a “puramente futuros”. Con la expresión obligación “puramente futura”, me refiero aquí no a los supuestos en que se ha contraído en firme una obligación futura o condicional, que son a las que se refieren los artículos 23 y 143 de la Ley Hipotecaria, sino a aquellos en que la obligación todavía no ha sido contraída, pero que si se llegará a constituir entraría dentro de los supuestos de los criterios de integración; y ya adelanto mi rechazo de la asimilación con

¹⁵ Encarna Cordero: “Tratado de Derechos de Garantía”, ed. Thomson, 2008, pág. 930.

que se tratan generalmente ambos supuestos, a efectos de admitir la cesión aislada de obligaciones “puramente futuras” sin necesidad de consentimiento del deudor. La asimilación, en realidad, debe ser entre las relaciones contraídas, ya generen una obligación presente, futura o sujeta a condición, y la contraposición entre éstas y las relaciones no contraídas de presente, sin perjuicio de que, una vez pactadas esas obligaciones, se pueda utilizar por analogía el mecanismo del artículo 143 de la LH y 238 de su Reglamento, para lograr el reflejo registral de su nacimiento.

En el primer caso entiendo que el acreedor hipotecario puede ceder todos o alguno de estos créditos determinados o contraídos inicialmente o con posterioridad –se haya aplicado o no el artículo 143 de la LH-, y conservar el derecho real de hipoteca íntegro en garantía del resto, sin que se produzca una extinción parcial de la misma, aplicando la regla general de estas cesiones antes expuesta, porque es posible que nazcan más obligaciones incluibles en la cobertura a favor del cedente. Para que tenga lugar la simultánea transmisión de la garantía hipotecaria al cesionario es necesario que se pacte expresamente la misma, que el adquirente reúna los requisitos subjetivos del artículo 153 bis de la LH y que se determine adecuadamente el régimen de funcionamiento de la colectividad de acreedores, en los términos que se han expuesto anteriormente –mancomunidad, solidaridad o colectividad-, si la comunidad activa surge en ese momento, o la subrogación del cesionario en la posición jurídica del cedente si tal comunidad ya existía. No entiendo necesario, en este caso, el consentimiento del deudor porque la obligación de pago de las obligaciones contraídas ya está asumido por éste, y lo máximo que se podría conceder al cesionario es una porción en la cobertura equivalente al importe del crédito o créditos existentes cedidos.

Por el contrario si la cesión comprende todos o algunos tipos de los créditos determinables garantizados, es decir, si se cede la posibilidad de garantizar obligaciones “puramente futuras” encuadrables en la cláusula de globalización, lo que de hecho se está transmitiendo es, únicamente, una expectativa de mantener una relación jurídica de crédito continuada con el deudor, más que una propia cesión de créditos, que todavía no existen ni siquiera en compromiso por el acreedor y que no se pueden comparar, por tanto, a los créditos futuros o ilíquidos, o bien una transmisión independiente de la hipoteca sin cesión de créditos, que no es posible por estar prohibida en el derecho español la hipoteca de propietario¹⁶ a la que se asimilaría. Ello supone, a mi juicio, que lo que, en realidad, se lleva a cabo es una cesión, total o parcial, de contrato con transmisión de la posición jurídica –tipo de titularidad, criterios de integración de las obligaciones, cantidad máxima garantizada y plazo- que, como tal, exigirá

¹⁶ El Preámbulo de la Ley Hipotecaria de 1944 rechaza: “la introducción, tanto de la hipoteca de propietario, por ser –dice- una modalidad hipotecaria extremadamente compleja y ajena al ordenamiento civil español, como de la deuda territorial, por su carácter abstracto sin enlace directo con una obligación que justifique el perjuicio patrimonial del deudor”.

el consentimiento del deudor hipotecario como tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 6 de marzo de 1973 y 16 de diciembre de 2009.

Y es que, aparte de la verdadera naturaleza del negocio celebrado, en el caso de obligaciones “puramente futuras” al deudor no le es indiferente la entidad del acreedor, no sólo por motivos como que la posible capacidad o credibilidad del acreedor elegido para financiar determinadas operaciones hayan decidido la firma del contrato o porque la variedad de las condiciones financieras que uno y otro acreedor ofrecen en el tráfico jurídico han determinado la elección, sino, también, porque determinados tipos de operaciones integrables pueden exigir reciprocidad de obligaciones –ej. cuenta corriente de crédito, leasing- y porque la posibilidad –si así se hubiera pactado en la constitución respecto del primitivo acreedor- de que el nuevo acreedor incluya en la cobertura obligaciones garantizables contraídas con anterioridad a la cesión, las cuales se pactaron en condiciones menos favorables que las que se hubieren obtenido de existir garantía real o en cuantía superior a la que tenía con el cedente, perjudica al deudor que ve disminuidas su posibilidades de financiación, sin perjuicio de poder utilizar en este último supuesto el derecho de oposición que, por esa diferencia, se infiere del artículo 1198 del Código Civil.

En definitiva, si la hipoteca flotante se ha instaurado para favorecer la financiación de los que la solicitan –señaladamente empresarios y profesionales- y la admisión en su favor de ciertos productos financieros, no se ve razón alguna para exacerbar las facultades del acreedor más allá de lo razonable en contra de los intereses del deudor, vulnerando la finalidad legal cuando, además, ello puede ser inútil en la práctica pues, sin el posterior consentimiento del deudor, no podrán contraerse nuevas obligaciones realmente garantizadas con la hipoteca.

Paralelamente, en caso de cesión sólo de parte de esos tipos de crédito susceptibles de cobertura hipotecaria, a mi juicio, no es necesaria una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos acreedores –cedente y cesionario- sino que pueden pactar otro régimen –solidaridad o colectividad- o subrogarse, en su caso, en el régimen existente al que estuviere sujeto el cedente. Y si se llegará a efectuar esa distribución, sería necesario que el consentimiento del deudor se extienda a ella, pues a éste no le es indiferente el *quantum* garantizado por cada tipo de relaciones asegurables, dado que sus expectativas empresariales pueden inclinarse más por un tipo concreto de las mismas que puede quedar infragarantizado y, además, esa distribución de la responsabilidad hipotecaria rompe la flotabilidad inicial pactada básica en estas hipotecas.

Por último, indicar que, a mi entender, en el derecho español no es posible la transmisión autónoma de la hipoteca sin cesión de créditos, es decir, si no va acompañada de una cesión global o parcial del conjunto de créditos asegurados o singular de alguno de los determinados, y que la cesión de todos los créditos presentes o/y puramente futuros garantizables sin la transmisión de la hipoteca, extingue ésta, porque, en el derecho español, ni puede existir una hipoteca sin crédito garantizado –art. 1857 del CC-, ni es posible sustituir el objeto de la misma sin una causa que enlace los créditos como la novación, la subrogación por pago o la cesión del crédito o del contrato –STS de 11 de abril de 1961-, pues ello constituiría una novación extintiva.

La alusión para justificar esta posibilidad al valor patrimonial y transmisible del derecho real de hipoteca o a que el “tipo” de obligaciones aseguradas será el mismo¹⁷, no es suficiente para destruir la evidencia de que si no existe una conexión entre los créditos del transmitente de la hipoteca –cuya relación con el deudor se mantiene- y los que garantizaría con ella el adquirente, estaremos ante una sustitución de créditos¹⁸ que, como se infiere del artículo 4-1 de la Ley 2/1994, constituye una novación extintiva de la hipoteca.

b) La inscripción de la cesión.

En cuanto a los efectos de la inscripción o no de la cesión de los créditos en los casos que estudiamos entiendo que, si la cesión del crédito hipotecario no se ha inscrito, el cesionario carece de la legitimación necesaria para instar la ejecución por efecto de este principio dimanante del Registro –arts. 38 y 20-1 LH-, pues por aplicación de las normas generales del sistema registral y, además, por ser la inscripción del derecho real de hipoteca de carácter constitutivo, la operatividad del mismo sólo podrá ser efectuada por quién sea su titular registral y en la medida o extensión que lo sea. Es por ello que los artículos 656, 685-2 y 688 de la LEC exigen la expedición de certificación de dominio y cargas de la finca hipoteca en la que se exprese “*que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar*”, lo que comprende no sólo su existencia registral sino también su contenido y titularidad, y ello independientemente de que el crédito haya sido cedido, pues ello sólo opera entre las partes acreedoras y el deudor. Y es que el principio de legitimación registral más que referirse a la posible oponibilidad de su titularidad respecto de terceros, se refiere a la

¹⁷ Encarna Cordero en “la hipoteca global, la determinabilidad del crédito garantizado”, pag 151 a 156, Colegio de Registradores de la Propiedad de España, 1997; considera posible la cesión autónoma de la hipoteca flotante manteniendo el cedente la titularidad de los créditos que pacte con el deudor susceptibles de dicha garantía, que será transmitido al cesionario para que pueda asegurar los créditos futuros entre el cesionario y el deudor incluidos en la cláusula de globalización dentro del plazo originariamente pactado.

¹⁸ Celestino Pardo señala en “hipoteca de máximo y letras de cambio”, págs. 157 a 166; Cuadernos de Derecho Registral, 2008; señala que en el derecho español, al contrario que el alemán, no es posible traspasar la hipoteca para hacerla servir para garantizar otros créditos del mismo género pero de distinto acreedor si no existe una conexión con los primitivos créditos asegurados, como ocurre en la subrogación por pago o la cesión de los créditos del primitivo acreedor.

facultad de ejercitar, con efectos registrales, el contenido de los derechos reales inscritos.

Además, la fuerza de los pronunciamientos registrales respecto de la hipoteca se ha reforzado, por la reforma llevada a cabo por la misma Ley 41/2007, con la norma contenida en el artículo 130 de la LH que establece que la ejecución sólo podrá realizarse sobre la base de los extremos recogidos en el Registro – existencia, titularidad y contenido-, por lo que el cesionario no podrá, en principio, entablar la acción ejecutiva sin dicha previa inscripción.

Esta inscripción de la cesión será posible, exista o no tercer poseedor de la finca o titulares de derechos posteriores, porque el cambio de titular de la hipoteca es un supuesto de novación modificativa –arts. 2 y 4 de la Ley 2/1994- que no perjudica a dichos terceros. Debe tenerse presente, a estos efectos, que el artículo 6 de la indicada ley 2/1994 exige para admitir la legitimación procesal ejecutiva del acreedor subrogado conforme a la misma, la presentación, junto con el título ejecutivo oportuno, de la correspondiente escritura de subrogación inscrita o certificación registral sustitutoria, no habiendo razón alguna para diferenciar este supuesto del de la cesión de créditos hipotecarios.

Lo más que, a mi juicio, sería admisible es que esa inscripción de la cesión pudiera obtenerse al mismo tiempo de la inscripción del testimonio del remate o adjudicación en el procedimiento de ejecución, bien por la presentación simultánea de la escritura de cesión, bien entendiéndose que existe un supuesto de tracto sucesivo abreviado, si el juez, por la razón que fuere y al amparo de los artículos 10, 17, 538 y 540-2 de la LEC, hubiera estimado, no obstante la falta de inscripción del ejecutante, suficientemente acreditada la legitimación activa de éste, cuando no coincidan el ejecutante con el titular registral de la certificación de dominio y cargas o cuando ha tenido lugar una sucesión procesal y, además, se expresa en el testimonio de la ejecución dicho juicio y las circunstancias de la escritura pública o título fehaciente del que deriva la correspondiente cesión –arts. 517 y 684-2 LEC-.

c) La subrogación por voluntad del deudor de otro acreedor en la hipoteca flotante.

Sobre esta cuestión lo primero que debemos preguntarnos es si existe la posibilidad de que los artículos 1211 y el artículo 2 de la Ley 2/1994 se apliquen a la hipoteca flotante, pues los mismos están pensados, según expresa su artículo 1 para los contratos de préstamo hipotecario y en dicha hipoteca pueden converger otras obligaciones de muy variada índole.

A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que el ámbito objetivo de la citada Ley de subrogación y modificación del préstamos hipotecarios, ha sido ampliado por la resolución de la DGRN de 29 de febrero de 2008, que ha

considerado aplicable, tras la reforma de la Ley 41/2007, este sistema legal de subrogación a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, pues señaladamente el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 2/1994 se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios. Esta ampliación de supuestos subsumibles permitiría la subrogación legal en todas las obligaciones que, cumpliendo los criterios de integración, puedan ser calificadas de préstamos o créditos, lo que reabre la interpretación de qué debe entenderse por crédito –ej. sólo el resultante de una apertura de crédito en cuenta corriente o, también, los resultantes de deudas derivadas de avales, descuentos u otras operaciones de comercio-, cuestión en la que no se puede tener un criterio estricto –el artículo 1211 del CC habla de deuda en general-, pero que puede plantear algún problema en la práctica.

En segundo lugar, lo que sí se puede afirmar rotundamente es que esta subrogación legal, en todo caso, debe limitarse a los préstamos y créditos ya nacidos y líquidos en el momento de su ejercicio, puesto que, en caso contrario, no serían aplicables los requisitos de tramitación y pago que establece el artículo 2 de la citada Ley 2/1994 –oferta vinculante, certificación de saldo, transferencia, etc.-, así como que la misma debe ir referida a todos los préstamos y créditos de que fuere titular el acreedor agredido garantizados con la finca hipotecada, pues el olvidado inciso segundo del párrafo segundo del artículo 2 de la citada Ley establece que *“cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos”*.

Por tanto, estas dos circunstancias unidas determinan, a mi juicio, que esta subrogación, que implica por imperativo legal siempre la transmisión de la hipoteca, por un lado, sólo pueda ir referida a los préstamos y créditos presentes del deudor en el momento de llevarse a efecto y, por otro, que debe ser una cesión total de todos ellos, salvo los supuestos de pluralidad de acreedores en que podría ser parcial respecto del resto de ellos. Como consecuencia de esta conclusión se plantea, en sede de hipoteca flotante, la cuestión de si los préstamos y créditos futuros pero ya contraídos y los “puramente futuros” objeto de la cobertura, se deben entender extinguidos, deben ser objeto de la subrogación o deben permanecer como de titularidad del primitivo acreedor.

A mi juicio es clara la voluntad del legislador, tras la citada reforma, de desvincular de modo total al deudor, al menos en cuanto a los préstamos o créditos que afecten a la finca o fincas a que se refiere la subrogación, de su anterior acreedor, por lo que la última posibilidad debe rechazarse y, respecto de si esos créditos “puramente futuros” van a seguir garantizados con la hipoteca o deben entenderse extinguida la relación contractual respecto de los mismos, como esta subrogación legal exige una escritura pública otorgada entre el deudor

y el nuevo acreedor, estimo que debe estarse a los términos que resulten de la misma, que sería conveniente que fueran expresos.

Ahora bien, la indicada imposición legal de una subrogación total en los créditos existentes, junto con la característica de las hipotecas de máximo de que la determinación de la existencia y cuantía de la obligación tiene lugar por medios extrarregistrales y que no existe obligatoriedad de la constatación registral de su nacimiento, viene a impedir, en la práctica, la posibilidad de esta subrogación legal sin la colaboración de la antigua entidad crediticia, pues no puede existir certeza del número y cuantía de las obligaciones realmente existentes y cubiertas por la garantía, lo que impide el cálculo de la cantidad a pagar por la subrogación.

Por último, en cuanto a la necesidad de inscribir la escritura de subrogación a los efectos de poder acudir a la ejecución de la hipoteca en caso de impago, me remito a lo expuesto en el apartado anterior, con la única salvedad, de que si alguno de los créditos subrogados no constará reflejado en el Registro, deberá previamente de dotársele de tal constancia mediante la nota marginal a que se refiere el repetido artículo 143 de la Ley Hipotecaria.

V.- EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE.

a) Las previsiones del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

Respecto de la ejecución de la hipoteca flotante, la Ley 41/2007 no recoge disposiciones específicas sino que el artículo 153 bis de la LH sólo contiene dos previsiones. La primera que al vencimiento de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, *la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, es decir, de acuerdo con lo previsto para las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, siempre que se hubiere previsto, como veremos, la validez de la certificación bancaria.

Se reconoce pues expresamente la ejecutividad de la hipoteca flotante mediante el ejercicio de la acción directa hipotecaria, zanjando así la antigua discusión doctrinal, y es que, como señala acertadamente Fernando Azofra¹⁹, la LEC suministra suficientes garantías al deudor para defenderse de una ejecución injustificada, como el sobreseimiento del expediente para el caso de cancelación de la hipoteca (artículo 688 y 695-1ª LEC), la oposición por error en la determinación de la cantidad exigible (artículo 695-1-2ª LEC), la prejudicialidad penal por falsedad del título (artículo 697 LEC) o la posibilidad de retención de

¹⁹ Fernando Azofra en “Hipotecas flotantes”, RCDI nº 707, pág. 1222.

todo o parte de la cantidad que haya de entregarse al acreedor a las resultas del declarativo posterior (artículo 698 LEC).

La segunda previsión es aquella que permite pactar en el título constitutivo que *la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura*. Es evidente que, como ya se ha señalado, sin este pacto, la determinación del saldo final exigible exigirá un previo acuerdo entre las partes o una resolución judicial en juicio declarativo, a salvo lo dispuesto en el artículo 573-3 de la LEC, que exige acreditar la notificación del saldo al deudor.

La naturaleza que se confiera a ese saldo final exigible –novatorio o no-, y la fuerza probatoria y ejecutiva que se le otorgue legalmente –presunción *iuris tantum* de certeza o no-, es decir, si la certificación bancaria tiene la condición de título ejecutivo por sí mismo –aunque la existencia y vencimiento de la obligación ejecutada no resulta del Registro ni de otro título extrarregistral público-; va a ser fundamental a la hora de integrar el título ejecutivo del crédito garantizado con la hipoteca flotante.

A este respecto entiendo que la atribución convencional al acreedor bancario de la facultad de liquidar la deuda, fijando “el saldo final exigible” de la hipoteca flotante, incluye también, aunque el artículo no lo diga, la facultad de liquidar cada una de las obligaciones garantizadas individualmente -en la forma que se establezca- pudiendo con plena libertad integrar en dicho saldo aquella o aquellas obligaciones garantizadas vencidas que estime adecuado, que no perderán su individualidad y cuyo asiento en la cuenta especial liquidatoria global tiene lugar con simples efectos de facilitar la ejecución del saldo conjunto, del que pueden, también, excluirse por voluntad del acreedor.

Por otra parte, considero que para poder acudir, en estos casos, al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, hubiera sido conveniente la previa determinación registral del saldo final exigible, lo que debería constar previamente a la presentación del mandamiento de solicitud de certificación de dominio y cargas para la ejecución (artículos 656-1-3 y 688-2 de la LEC). A falta de esta previsión, la determinación deberá ser extrarregistral, admitiéndose, como se ha expuesto, como un medio posible de integración si se pacta, la certificación de la entidad acreedora, todo ello con los efectos que analizaremos.

Aparte de esas dos previsiones, el último párrafo del artículo 153 bis contiene una expresión preocupante al decir que “*al vencimiento pactado por lo otorgantes o al de cualquiera de sus prórrogas*” podrá ejercitarse la acción hipotecaria, pues si la misma se refiriera al plazo de duración de la hipoteca del párrafo segundo, el acreedor se vería constreñido a acumular las deudas

vencidas e impagadas, no pudiendo ejercitar la acción hipotecaria hasta la llegada de dicho plazo, lo que desincentivaría su uso.

En realidad, dado que toda hipoteca tiene como característica esencial el conceder al acreedor el derecho de realización del bien hipotecado en caso de impago, el expresado vencimiento, como se ha expuesto anteriormente, debe entenderse referido a la duración de la obligación u obligaciones garantizadas y, en consecuencia, podrá procederse a la ejecución, a voluntad del acreedor, en caso de impago de cualquier obligación, siempre que la hipoteca se encuentre vigente. La expresión usada considero que es reflejo de la contenida en el artículo 153, al que luego se remite el indicado párrafo, y que se refiere a la duración o prórrogas de la cuenta corriente –obligación- y no de la hipoteca.

Por lo demás, esta insuficiente regulación legal plantea las siguientes cuestiones prácticas principales en la ejecución de la hipoteca flotante: a) ¿cuál será el título ejecutivo?, b) ¿es necesario en las mismas aportar el documento fehaciente?, c) ¿es necesario o conveniente la constancia registral del nacimiento de cada obligación o la cuantía reclamada?, d) ¿es posible la ejecución parcial y, en su caso, con qué requisitos?, y e) ¿es posible la utilización del procedimiento extrajudicial de ejecución?.

Analizaremos en este trabajo la primera y cuarta cuestión, que son las más importantes, y nos remitimos, en cuanto a las demás, a mi trabajo sobre la cuestión: “La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos”, en Jornadas sobre la Hipoteca ante la Crisis Económica, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad 2009.

b) El título ejecutivo.

Es necesario distinguir a este respecto, como ya hemos adelantado, entre cuál es el valor de la certificación bancaria del saldo final a efectos ejecutivos, según se ejercite la acción directa hipotecaria por saldo en cuenta corriente, ya sea por un acreedor particular o por una entidad de crédito, o bien la acción directa que denominaremos flotante, pues sus diferencias son de notable importancia.

1.- El título ejecutivo ordinario. Así, según el artículo 685-2 de la LEC en relación con el 573 de la misma ley y el 153 de la LH, en la ejecución directa sobre bienes hipotecados por saldo de cuenta corriente, a la demanda ejecutiva deberán acompañarse: a) el título o títulos de crédito revestidos de fuerza ejecutiva del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero, b) el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor –con el extracto de la cuenta partida a partida-, c) el documento fehaciente –notarial- que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título

ejecutivo, y d) el documento que acredite haberse notificado, judicial o notarialmente, al deudor la cantidad exigible.

Por su parte, en lo que ahora nos interesa, del estudio coordinado de dicho artículo 685 números 2 y 4 y del artículo 517 número 2 supuestos 4º y 9º de la LEC resulta que son títulos que gozan de fuerza ejecutiva, entre otros, las primeras copias de las escrituras públicas de constitución de la hipoteca debidamente inscritas y, en caso de hipotecas constituidas a favor de entidades financieras, la certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la inscripción, contenido y subsistencia de la hipoteca complementada con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca (los documentos que por disposición de la LEC o por cualquier ley lleven aparejada ejecución del artículo 517-2-9º).

Esta es la normativa aplicable actualmente a las hipotecas ordinarias constituidas a favor de entidades de crédito en que el legislador ha optado por la integración registral del título ejecutivo²⁰, pues el crédito deberá constar en el Registro en toda su extensión –cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a que se refiere el artículo 12-2 de la LH- y sus modificaciones deben acceder en todo caso al Registro de la Propiedad –artículos 2 y 4 de la Ley 4/1994-, porque la Ley 41/2007 se ha inclinado porque *“el derecho real de hipoteca quede bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfrute de sus beneficios”*.

Es decir, que, tras la reforma, la inscripción de hipoteca delimita, más aún que anteriormente, el objeto de la ejecución en los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados, pues según establece expresamente el nuevo artículo 130 de la LH, la pretensión ejecutiva sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título –o títulos en el supuesto de ampliaciones, modificaciones o subrogaciones- que se hayan recogido en el asiento respectivo, con lo que viene a hacer innecesaria por superflua y engorrosa, la presentación de esos títulos notariales del crédito.

Otra cosa es que la cuantía líquida debida –p.e. obligación a plazos- y los intereses concretos devengados en las hipotecas de tráfico, o el saldo de la cuenta corriente garantizada con la hipoteca de máximo, deban acreditarse por medios extrahipotecarios –en este caso certificación bancaria-, lo que ocurrirá casi siempre. Pero ese cálculo de la cantidad líquida sólo será válido a efectos

²⁰ Así se manifiestan Fernando Azofra en “Hipotecas flotantes”, RCDI nº 707, págs 1180 y 1181 y Ángel Carrasco en el artículo periodístico “las nuevas hipotecas” del Diaria Expansión, los que siendo abiertamente partidarios de la integración extrarregistral del préstamo hipotecario, lamentan que la Ley 41/2007 finalmente no haya optado por ese criterio. En contra Ignacio Paz-Ares en “el título del crédito hipotecario” en “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario”, pág. 183, pero este autor prescinde de la existencia de aquellos artículos que no se ajustan a su tesis.

ejecutivos si se ajusta a las determinaciones financieras inscritas y, mientras que en el caso de préstamos, no se tratará del título ejecutivo propiamente dicho sino de un título complementario de carácter liquidatorio, en el caso de apertura de cuenta corriente de crédito, sí tendrá un auténtico carácter ejecutivo, respecto de las distintas obligaciones que se asienten en las partidas de la cuenta que las nova.

2.- El título ejecutivo en la flotante. Este sistema de ejecución expuesto, sin embargo, se altera en el artículo 153 bis²¹ de la LH que establece la innecesidad de que consten en el Registro, como requisito de ejecutividad de la acción directa hipotecaria, las condiciones del crédito o créditos susceptibles de ejecución, pues no es necesario que conste en la inscripción más que la simple *“denominación y, si fuera necesario, una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas”*.

De esta redacción, es posible extraer la conclusión de que en la hipoteca flotante no es necesario la posterior constancia registral de esas obligaciones futuras que las partes contraigan, por lo que al no constituir la inscripción del título de crédito un requisito para su ejecutividad, bastará que las obligaciones consten reflejadas en la hipoteca de tal manera que permitan al juez apreciar si las contenidas en el título o títulos ejecutivos caen dentro de su ámbito de cobertura. Se produce, en consecuencia una integración totalmente extrarregistral del título de crédito hipotecario.

Por ello, en las hipotecas flotantes, frente a las hipotecas en garantía del contrato de apertura de cuenta corriente o de cuentas corrientes novatorias, se plantea la cuestión de si el “certificado del saldo final líquido garantizado” de la hipoteca flotante es suficiente para completar la escritura de constitución de hipoteca -o la certificación registral en su caso- como título ejecutivo o es necesario aportar el título concreto del que resulte la existencia y cuantía de cada préstamo, crédito u obligación cuya ejecución se pretende.

La respuesta a la cuestión planteada exige distinguir si el saldo final bancario citado tiene o no virtualidad novatoria. Si el mismo es novatorio, es decir, si constituye por sí misma una obligación nueva, entiendo que gozaría de la eficacia como título ejecutivo que el artículo 695-2^a de la LEC y el 153 de la LH reconocen a la certificación de las entidades de financiación, al atribuirles la presunción *iuris tantum* de la acreditación de la concreta responsabilidad del deudor.

²¹ Este artículo ha llevado a algunos autores, tomando la excepción por regla general, a interpretar de forma contraria a la expuesta el art. 130 LH, como Ignacio Paz-Ares en “el título del crédito hipotecario” en “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario”, págs. 183 a 185, y Ricardo Cabanas y Rafael Bonardel en “La inscripción de los créditos garantizados con hipoteca”, para los cuales la inscripción del título de crédito, en general, no constituye una exigencia para su ejecución, basta la inscripción de la hipoteca..

Por el contrario, si dicho saldo final carece de virtualidad novatoria, lo que implica que lo que se ejecuta no es una obligación nueva y autónoma, sino la simple reunión o cuantificación contable de las diversas obligaciones garantizadas que se pretendan cobrar en un momento determinado, deberán acompañarse los títulos ejecutivos de los que resulten todas y cada una de dichas obligaciones y, si la obligación resultante es ilíquida, los documentos complementarios a que se refieren los artículos 572 y 573 de la LEC, es decir, los saldos de cada uno de los créditos vencidos integrados en el saldo final.

A favor de la necesidad de la aportación de estos títulos ejecutivos, Ignacio Paz-Ares argumenta²² que, con arreglo al artículo 517 de la LEC, dicha *“presentación constituye el fundamento de la tutela judicial privilegiada inherente a los procesos ejecutivos”* que se extiende a la consideración de que las operaciones deben estar formalizadas en escritura pública o póliza intervenida (artículo 572-2 LEC) porque son los únicos títulos que, a estos efectos, llevan aparejada ejecución. La autonomía contractual, sigue diciendo el indicado autor, *“no es competente, ni para convertir a los documentos liquidatorios en título ejecutivo, ni tampoco para conferir virtualidad ejecutiva a ningún otro documento distinto de los fijados legalmente”*.

En sentido contrario, algunos autores como Carrasco Perera y Cordero Lobato²³ entienden que con la referencia del artículo 153 bis de la LH a *“la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado”* y su remisión expresa al artículo 153 de la LH, la reforma ha querido extender a la hipoteca flotante la fuerza ejecutiva propia de la certificación por el saldo propia de la hipoteca de máximo del 153 LH y que, en consecuencia, debería ser suficiente para la ejecución aportar la certificación registral de dominio y cargas o la escritura de hipoteca flotante inscrita, y una certificación bancaria del saldo final exigible, sin aportar además el título constitutivo de creación de cada deuda por la que se procede a la ejecución.

Por su parte, el borrador original del anteproyecto de ley²⁴, respondiendo a la idea de que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados es un procedimiento de esencia registral (cfr. art. 130 LH), imponía la previa

²² Ignacio Paz-Ares en “el título del crédito hipotecario” en “Hacia un nuevo Derecho Hipotecario”, págs. 185 a 190. En el mismo sentido Ricardo Cabanas y Rafael Bonardel en “La inscripción de los créditos garantizados con hipoteca”.

²³ Ángel Carrasco Perera. y Encarna Cordero Lobato en “El doble filo de la hipoteca global” en Diario La Ley págs. 9 y 10. En el mismo sentido Fernando Azofra en “Hipotecas flotantes”, RCDI nº 707, págs. 1224 y 1225, y Fernando Canals en “La accesoriadad de la hipoteca en la Ley 41/2007” en el libro “Jornadas sobre a Ley 41/2007, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario” publicada por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

²⁴ Javier Gómez Gállego en la ponencia: “Principios generales de la Ley 41/2007, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero” contenida en el libro “Jornadas sobre a Ley 41/2007, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario” publicada por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

determinación registral del saldo final exigible por nota la margen de la inscripción de hipoteca, y así añadía un nuevo número 3 al apartado 1 del artículo 656 de la LEC que recogía *·3.Importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo*” y proponía modificar el primer párrafo del apartado 2 del artículo 688 de la LEC que pasaría a tener la siguiente redacción: *“el registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha, la existencia del procedimiento a que se refiere y el importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo”*.

La supresión final de esta modificación, motivada, en mi opinión, por la prevalencia en este tipo de hipotecas de una concepción errónea del criterio de la determinación extrarregistral de la cantidad reclamable –existencia y cuantía del crédito-, se me antoja desacertada, pues desde el momento que estas hipotecas sólo se pueden constituir a favor de entidades financieras y que se permite –y es lo que habitualmente ocurre- que se pacte en la escritura de constitución que la determinación futura de la obligación garantizada y su cuantía pueda realizarla unilateralmente el acreedor, en base a los criterios y procedimientos que se convengan; dicha constancia se convierte en una información fundamental para los posibles rematantes y terceros, a semejanza de los saldos de las cargas anteriores del artículo 657 de la LEC, y con carácter tuitivo para el deudor, así como en un requisito indispensable para la posibilidad de ejecución parcial de la flotante a la que luego aludiremos.

Efectivamente, como se ha expuesto, en las hipotecas flotantes es posible –e incluso será lo habitual- que el crédito o créditos garantizados sólo consten en la inscripción registral en sus líneas generales, de manera que su determinación concreta, en este caso, sólo tenga lugar por vía extrarregistral, pero ello no impide que dicha determinación deba ajustarse a uno de los tipos de obligaciones a los que se extiende la cobertura hipotecaria ni que se cumplan las normas procesales de ejecución o de información establecidas en todo proceso de ejecución o en el directo hipotecario, en garantía de los terceros, del rematante o de los propios acreedor y deudor.

Es más, dado la existencia de suficientes garantías procesales para el deudor como las causas de oposición a la ejecución o la vía declarativa con retención de cantidad –artículos 695 y 698 de la LEC-, no se ve inconveniente jurídico alguno a que se conceda plena eficacia ejecutiva propia, sin necesidad de completarse con otros títulos con fuerza ejecutiva, al indicado certificado de saldo final incluso aunque no se le reconozca efectos novatorios; ni a la posibilidad de utilizar las ventajas que la publicidad registral pueda reportar a efectos de integración del título ejecutivo con la constancia tabular del nacimiento y cuantía de las obligaciones o, en su caso, del saldo final exigible,

pues todo ello facilitaría la ejecución al no tener que aportar el ejecutante toda una cadena de títulos y trasladar la carga de la prueba al deudor.

Pero, en mi opinión, de los términos de la reforma no parece que pueda otorgarse esa fuerza ejecutiva propia al certificado del saldo final exigible, por los siguientes argumentos:

-- La naturaleza de la certificación del saldo final exigible en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito y en las hipotecas flotantes es distinta, pues en éstas últimas no se produce un efecto novatorio *ex lege*, como lo prueba el párrafo primero del artículo 153 bis que indica expresamente que no existe necesidad de “*pacto novatorio de las obligaciones*” y ese viene siendo el criterio reiterado por la DGRN que sólo atribuye al saldo de la hipoteca global el carácter de mera reunión contable de partidas.

-- La propia dicción del párrafo tercero del artículo 153 bis que señala que “*podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en el caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura*”, en términos exactamente iguales que la del artículo 572-2 de la LEC respecto de liquidaciones de saldos efectuadas por cualquier acreedor; mientras que el artículo 153 de la LH indica que “*podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo pueda acreditarse mediante una certificación de la entidad acreedora*”, expresión que no sólo tiene un significado más categórico de medio de acreditación y no mero medio de liquidación, sino que, además, no debe ajustarse a una “forma” pactada en la escritura.

No obstante, debe reconocerse que la remisión expresa al artículo 153 de la LH y concordantes de la LEC, es decir, al 695-1-2^a, resulta contradictoria con los términos utilizados en el citado párrafo, y puede servir de fundamento a la tesis contraria. Se trata de un ejemplo más de la imprecisión terminológica de la reforma.

-- Las circunstancias de no haberse derogado en cuanto a la hipoteca flotante, la general exigencia (artículo 685-2-1 LEC) de que a la demanda ejecutiva se acompañen el título o títulos de crédito revestidos de fuerza ejecutiva, y de no haberse admitido la reforma del artículo 688 de la LEC, que habría conferido al certificado bancario la fuerza ejecutiva que atribuye la constancia registral, si bien este efecto se puede obtener de manera indirecta por la vía del artículo 143 de la LH.

Por tanto, hemos de concluir que de *lege data* será necesario aportar, además del certificado registral de dominio y cargas, los títulos ejecutivos de los que resulten todas y cada una de las obligaciones y, en su caso, los saldos de cada uno

de los créditos vencidos integrados en el saldo final, aunque la ejecutividad de las hipotecas flotantes parece exigir la exclusión de esta necesidad. Pero, creo, como ya se ha dicho, que esta conclusión rige, salvo que las partes hayan acordado expresamente dar al certificado efecto novatorio, pues esa posibilidad se infiere de la expresión del artículo 153 bis “*sin necesidad de pacto novatorio de las obligaciones*”, cuyo ejercicio quedaría al arbitrio del acreedor.

c) La ejecución parcial.

En la hipoteca flotante, vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, podrá el acreedor, varios o todos los acreedores conjuntamente, según el tipo de titularidad que ostenten, a su entera discreción, realizar el bien para la satisfacción de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas vencidas, o de sólo una parte de una de ellas, planteándose la cuestión de si dicha ejecución extingue la hipoteca aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas aún no hayan vencido, o si es posible su subsistencia y en qué cuantía.

Pues bien, en mi opinión, y puede que peque de osado, en el ordenamiento jurídico vigente existen bases suficientes para sostener, con carácter general, la posibilidad de la denominada ejecución parcial de la flotante, sin la admisión de la cual, la figura perdería gran parte de su utilidad y posibilidades. Analicemos los distintos supuestos posibles.

1. Supuesto normal de acreedor único y única finca gravada. En primer lugar, debe recordarse que en nuestro sistema registral existen diversos supuestos en que se admite la ejecución parcial de la hipoteca, como el recogido en el artículo 693-1 de la LEC que prevé que, para el caso de que el deudor deje de pagar una parte del principal del crédito o de los intereses cuyo pago deba hacerse en fechas diferentes, se siga la ejecución sólo por el plazo o plazos vencidos, siempre que dicha estipulación conste inscrita, manteniéndose la hipoteca respecto de la parte del crédito no satisfecha. Otros supuestos de ejecución parcial son los recogidos en el artículo 155 de la LH respecto del ejercicio de la acción hipotecaria por impago de títulos nominativos o al portador garantizados por una hipoteca (*ex art. 154 LH*) cuando se mantengan pendientes de vencimiento otros títulos de la misma emisión; o en el artículo 157 de la LH, respecto de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

En todos estos casos, la hipoteca sobrevive en la parte proporcional que corresponda a los importes pendientes respecto de la responsabilidad hipotecaria inicial, porque existe una perfecta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria. Pero el problema de aplicar analógicamente estos preceptos a la hipoteca flotante, viene dado por la no obligación de fijar la parte de la responsabilidad máxima hipotecaria “atribuida” a cada obligación garantizada en dicha hipoteca flotante, dado que es característica esencial de estas hipotecas,

como ya se ha dicho, la posibilidad del acreedor de ejecutar el bien hasta la total responsabilidad hipotecaria por cualquiera de las obligaciones garantizadas. La respuesta no puede ser unívoca, sino que dependerá de cuál sea la configuración jurídica de la hipoteca flotante de las diversas ya analizadas.

Así, indudablemente no existirá inconveniente en admitir la ejecución parcial, con los efectos expuestos, si las partes hubieran pactado la distribución de la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas o, alternativamente, una cláusula de reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes después de la ejecución parcial²⁵, fijando en la escritura de constitución claramente los criterios –objetivos y de conocimiento apriorístico– que deben seguirse para la atribución de la responsabilidad hipotecaria a esa obligación o esas obligaciones pendientes, pues con dicho pacto se da cumplimiento a las exigencias de los artículos 1273 del Código Civil y 144 de la Ley Hipotecaria y es posible con base en la aplicación analógica del artículo 693-1 de la LEC, en lo que no se ve inconveniente alguno.

Lo que no considero válido es el pacto que faculte al acreedor para distribuir unilateralmente la responsabilidad no consumida entre las obligaciones pendientes -o lo haga depender de circunstancias variables no conocidas *a priori*-, porque al no constar la responsabilidad hipotecaria subsiguiente ni los criterios objetivos para calcularla, no podría afectar ni al rematante ni a los titulares registrales posteriores por aplicación de los artículos 668-3 y 670-5 de la LEC y 144 de la LH. Además, dicho pacto vulneraría, no sólo la regla general del artículo 1256 del CC, según la cual el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes; sino, también, las propias normas que rigen las estipulaciones hipotecarias en general –fijación del tipo de interés, tasación para subasta, etc.- y la hipoteca flotante en particular, pues si el artículo 153 bis exige el convenio expreso de las partes acerca de la forma de practicar la liquidación del saldo final, con tanta o más razón, debe exigirse, también, dicho convenio previo para la futura distribución hipotecaria o, en su caso, la sumisión a los efectos legales.

Pero la cuestión es saber si, sin la existencia de estos pactos, por la propia naturaleza de la hipoteca flotante, es posible la mencionada ejecución parcial²⁶, incluso aunque originariamente todas las obligaciones fueren futuras. Partiendo de la idea, que debe quedar clara, que lo que se ejecuta es el crédito y no la hipoteca o una abstracta cifra de responsabilidad hipotecaria, al igual que tratábamos antes, debe distinguirse si el saldo final bancario citado tiene o no virtualidad novatoria. Así, si lo que es objeto de la ejecución es un saldo de virtualidad novatoria, nos encontramos ante la ejecución de una única obligación, por lo que no sería posible una ejecución parcial por aplicación del

²⁵ En el mismo sentido Fernando Azofra en “Hipotecas flotantes”, RCDI nº 707, pág. 1229.

²⁶ En contra de esa posibilidad Cordero Lobato *op cit.*, y Fernando Azofra *op cit.*,..

principio de que toda ejecución de la obligación asegurada determina la cancelación del gravamen (artículos 133 y 134 de la LH y 642, 674 y 692 de la LEC).

Al contrario, si como hemos concluido, el objeto de la ejecución es una pluralidad de obligaciones determinable por su conexión con el acto jurídico básico del que deriva la garantía hipotecaria, se abre la posibilidad de la ejecución parcial, es decir, respecto de algunas de esas obligaciones, permaneciendo vigente la hipoteca, en una determinada cuantía, respecto del resto de las obligaciones garantizadas presentes o futuras, porque, en realidad, la regla en caso de pluralidad de créditos garantizados (artículos 154, 155 y 157 de la LH) es la subsistencia de la hipoteca respecto de las obligaciones no ejecutadas en los términos del artículo 227 del RH, es decir, como hipoteca de igual rango.

Si no existen más pronunciamientos legales en este sentido es porque la regla general en nuestro derecho ha sido que una hipoteca sólo podía garantizar un préstamo, crédito u obligación, pero en los casos en que ha existido pluralidad de obligaciones o supuesto similar, se ha inclinado, como queda dicho, por la posibilidad de ejecución parcial. Tampoco se puede argumentar que el artículo 693-1 de la LEC exige para permitir la ejecución parcial convenio expreso en las obligaciones a plazo, porque para poder ejecutar totalmente la misma, también es necesario dicho convenio expreso por imposición del propio artículo 693 de la LEC en su párrafo 2º.

El problema radica en la determinación de esa cuantía de responsabilidad hipotecaria subsistente y de las concretas obligaciones en las que se subroga el rematante, pues sólo si es posible determinar *a priori* cuál será la responsabilidad subsistente, será factible la ejecución parcial. Así, con base en este principio, se argumenta que tan sólo en el caso de que la hipoteca flotante garantizará una pluralidad de obligaciones determinadas y existentes desde el principio²⁷, podría aplicarse analógicamente las disposiciones del artículo 693-1

²⁷ En este sentido Fernando Canals en “La accesoriedad de la hipoteca en la Ley 41/2007, en el libro “Jornadas sobre a Ley 41/2007, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario” publicada por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Este autor ha evolucionado hasta opinar, con Peña Bernaldo de Quirós, que: “*en caso de hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones y/o acreedores existe una hipoteca única y no por cuotas, de tal manera que el ejercicio de las acciones de conservación de la hipoteca (devastación, inspección...) corresponde individualmente a cada acreedor hipotecario para ejercerlas en beneficio de la colectividad –art. 395 del CC- y el de las de ejecución exige el acuerdo mayoritario de los mismos –art. 398 del CC-*” y que “*el hecho de que la hipoteca sea única no impone la ejecución única de la misma, pues ésta es una circunstancia que no depende de la hipoteca sino del crédito, por lo que en el caso de pluralidad de obligaciones opera tanto el principio de integridad de la hipoteca –subsistencia de la hipoteca mientras subsista alguna obligación-, que hace que todas las obligaciones están garantizadas hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria desde el inicio, como la posibilidad de ejecución parcial. Por eso la hipoteca subsiste íntegra (sobre la finca hipotecada) no obstante el pago parcial, y no obstante, asimismo, de la ejecución parcial de alguna obligación u obligaciones garantizadas. En definitiva, la subsistencia de la hipoteca tras la ejecución de alguna de sus obligaciones, no es una consecuencia de la cotitularidad en la garantía –no es aplicable el art. 227 del RH-, sino del principio de integridad”.*

de la LEC respecto de las obligaciones de capital e intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, y permitir la ejecución parcial respecto de alguna o algunas de las obligaciones con subsistencia de la hipoteca en garantía de las obligaciones no ejecutadas, aunque no existiera una distribución de responsabilidad hipotecaria entre las mismas. En este caso, al suponer normalmente la cifra de la responsabilidad hipotecaria, la suma de los principales de cada obligación garantizada, la responsabilidad remanente será la suma de los principales de los préstamos no ejecutados con carácter flotante entre ellos.

Pero qué ocurre si, originariamente, alguna o todas las obligaciones garantizadas son futuras. A mi juicio, también es posible, como trataré de explicar, que *a priori* se sepa cuál será la responsabilidad hipotecaria subsistente y, por tanto, la ejecución parcial sin necesidad de pacto previo alguno, al menos en ciertos supuestos. No obstante, los problemas que pueden surgir en los Juzgados y en los Registros, por lo dudoso de la cuestión, aconsejan que, hasta que exista una confirmación legal, lo prudente sea pactar expresamente, en la escritura de constitución y por aplicación del artículo 693-1 LEC, al menos, que en caso de ejecución por el saldo parcial que en un determinado momento fije el acreedor, tendrá lugar la subsistencia de la hipoteca en cuanto al resto de la responsabilidad hipotecaria en garantía de los demás créditos o partes de créditos garantizados, en los términos del artículo 227 del Reglamento Hipotecario, sin necesidad siquiera de distribución condicionada a la ejecución, sino simplemente de conformidad con el criterio que pasamos a exponer.

Así, entiendo que si para el pago de alguna de las obligaciones garantizadas por la flotante –ejecución parcial-, fuere necesario sacar a subasta el bien hipotecado, es posible, con el derecho vigente, transferir la finca al rematante con subsistencia de la hipoteca, previa reducción de la responsabilidad hipotecaria en las cantidades correspondientes a los importes reclamados y no de los efectivamente cobrados, que pueden ser inferiores, como consecuencia de la subasta, en el supuesto que, en el momento de la ejecución, coexista la garantía de obligaciones presentes y futuras, o que sólo se garanticen obligaciones presentes, pero no cubriendo la responsabilidad hipotecaria la totalidad de la deuda. Las razones en que fundo este criterio son las siguientes:

-- La cantidad reclamada opera como cifra que, a efectos de liberar la finca antes de la subasta, tendría que pagar el tercer poseedor o hipotecante no deudor, o que para subrogarse en la posición del acreedor tendrían que pagar los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada -artículos 659-3, 662-3 y 693-1 de la LEC, 231 del RH-, los cuales sólo podrían asumir como preferente el resto de la responsabilidad de la flotante. Si en este supuesto se

evita la subasta, tendría lugar una extinción total o parcial de la hipoteca, en el primer caso, o surgiría una distribución legal de la responsabilidad hipotecaria entre los titulares de cargas posteriores y los acreedores de la flotante, en el segundo, y no se ve inconveniente para que se aplique también esta regla de distribución, si la subasta llega a celebrarse.

-- la responsabilidad atribuible a las obligaciones subsistentes de la flotante, constituye un dato que interesa a todo posible licitador al hacer su estimación de riesgos, sin que pueda admitirse que deba esperar a las resultas de la subasta para conocerla (artículos 613-3 y 657 de la LEC *in fine*: en cuanto a la responsabilidad en que se subroga, no a la deuda), por lo que la cifra a restar sólo puede ser la reclamada al ser la única que constaría al inicio del procedimiento.

-- Si no se siguiera este criterio, se trasladaría a los acreedores no ejecutantes en caso de pluralidad el riesgo de una mejor o peor realización del primer acreedor ejecutante, lo que no parece admisible.

Como se ve, todas las normas aplicables y los intereses de todos los posibles afectados, convergen en la misma cifra, que, por tanto, entiendo, puede ser admitida con regla aplicable en defecto de pacto. Es cierto que esa cantidad, puede verse aumentada con los vencimientos del préstamo e intereses moratorios que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y con la liquidación de costas (artículos 693-3 *in fine* y 654 de la LEC), pero dada la brevedad de éste, no afectarían sustancialmente a la tesis que se defiende y, en todo caso, seguirían siendo cantidad reclamada y deberían hacer constar en el correspondiente mandamiento judicial de cancelación de cargas (artículos 692-1 de la LEC y 132-3 de la LH).

A favor de esta tesis, en los dos supuestos señalados, puede argumentarse, también, que, precisamente por aplicación analógica del artículo 613-3 de la LEC, deberán señalarse si existen otras obligaciones aseguradas con la hipoteca flotante –distintas de las ejecutadas-, a efectos de la subrogación del propio rematante –artículos 668-3 y 670-5 de la LEC-, que sólo asumiría como preferente el resto de la responsabilidad de la flotante si constare su existencia y cuantía de la deuda en la propia inscripción o por la nota marginal del artículo 657 de la LEC –donde debería indicarse no sólo el capital pendiente sino también la obligación de la que procede cada apunte-, que se debería expedir, también, en este caso por efecto de su subsistencia conforme al artículo 227 del RH; lo que implicará que sólo es posible la ejecución parcial si existen otras obligaciones existentes en el momento de la ejecución y en cuanto al importe líquido de las mismas en ese momento, pero con carácter flotante entre ellas si la suma de sus importes es superior a la responsabilidad hipotecaria subsistente.

No admitir este criterio, dada la especial naturaleza de la hipoteca flotante, supondría, en el caso de la hipoteca flotante que garantiza obligaciones “puramente futuras”, ir en contra de la finalidad de esta reforma, pues forzaría al acreedor a no ejercitar la acción hipotecaria hasta el vencimiento del plazo de la hipoteca o hasta que los importes debidos alcanzaren la suma de la responsabilidad hipotecaria, lo que desincentivaría a las entidades de crédito en su concesión y elevaría el tipo de interés. También sería perjudicial para el deudor, por esa misma desincentivación y elevación de tipos y porque, sobre todo en caso de pluralidad de acreedores, se vería abocado a firmar una estipulación de vencimiento anticipado de todas sus obligaciones en caso de impago de sólo alguna de ellas, con el consiguiente peligro de insolvencia.

A este respecto, considero que el rematante no resultaría perjudicado pues conocería por el Registro la especialidad de la hipoteca en que se subroga, y su situación no sería muy diferente respecto del supuesto en que existiera distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas. Es más, podría incluso, tanto si se entiende que su subrogación en las cargas anteriores –artículos 668-3 y 670-5 de la LEC- implica, también, una asunción de deuda liberatoria respecto del deudor primitivo, como si esa asunción es meramente acumulativa, sin liberar a éste, bien pagar y liberar la carga en dicha cuantía subsistente, o bien, incluso, subrogarse en la posición jurídica del deudor en cuanto a la garantía de las obligaciones futuras que concierte con el acreedor, previo acuerdo con ambos, si ese es su interés porque, por ejemplo, se dedica al mismo género de negocios que aquél y, además, disfrutaría de un ahorro fiscal.

Como consecuencia de todo lo expuesto, entiendo que la subsistencia de la hipoteca flotante en garantía de obligaciones no nacidas en el momento de la ejecución, coexistan o no con obligaciones ya nacidas, no es posible en la situación legislativa vigente, incluso aunque se hubiere reservado en el momento de constitución de la hipoteca una porción de la responsabilidad hipotecaria en garantía de todas o de una clase de las obligaciones futuras.

Como conclusión, se pueden dar dos situaciones distintas de vigencia de la hipoteca en caso de ejecución: una primera en el supuesto de subrogación de un tercero -titular registral posterior de cargas- en el crédito, en que se produce una división –ver resolución de la DGRN de 8 de abril de 2002- o distribución de la hipoteca *ex lege*, es decir, convivirán una responsabilidad hipotecaria que garantizaría las cantidades reclamadas a favor del tercero registral subrogado y otra por el resto a favor del o de los acreedores primitivos con al misma flotabilidad, naturaleza y garantía de obligaciones –incluso futuras- que inicialmente. Y una segunda situación en el caso de subrogación del tercer poseedor o de subasta y adjudicación al rematante, en que tendrá lugar una cancelación parcial o reducción de la responsabilidad hipotecaria, y en que la

responsabilidad hipotecaria remanente será la resultante de la resta de las cantidades reclamadas por los préstamos ejecutados, y garantizará sólo las obligaciones existentes en el momento de la ejecución, con carácter flotante entre ellas.

Deberá, por tanto, en estos casos, prestarse especial atención por los juzgados en la fijación de la cantidad reclamada por cada concepto garantizado, cuidando de aplicar estrictamente lo dispuesto en los artículos 692-1 de la LEC y 132-3 de la LH en el pago del crédito hipotecario, y en su consignación detallada en el testimonio y los mandamientos de las correspondientes subastas, así como evitar la utilización de los criterios propios del ejecutivo ordinario pero no del directo hipotecario; para así lograr el adecuado reflejo registral de la responsabilidad hipotecaria subsistente.

En la practica, sin embargo, todo esta discusión jurídica se diluye ante el hecho de que en la mayoría de las escrituras de constitución de hipoteca flotante se suele pactar el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas para que, tras su constancia registral, y en línea con lo dispuesto en el artículo 693-2 LEC, se pueda proceder por la totalidad de la deuda derivada de todas las obligaciones garantizadas, lo que impide la ejecución parcial de la hipoteca.

2.- Supuesto de pluralidad de acreedores. Respecto a las situaciones de pluralidad de acreedores, la solución a la cuestión de la ejecución parcial, variará según cuál haya sido la configuración de la titularidad de los mismos en el derecho real de hipoteca flotante. Así, si la responsabilidad hipotecaria se hubiera distribuido entre las distintas obligaciones de cada acreedor no habrá problema en la ejecución parcial, subsistiendo la hipoteca en cuanto al resto de la responsabilidad hipotecaria. Si la titularidad de la hipoteca, por su accesoriadad respecto de las obligaciones o por pacto, se ha configurado como parciaria será posible la ejecución separada conforme a la regla del artículo 227 del RH. El problema se centra, por tanto, en los supuestos de titularidad solidaria, “en mano común” o colectiva.

En realidad, la situación en esos supuestos es semejante a la del acreedor único, si bien en el caso de titularidad “en mano común” o colectiva, ninguno de los acreedores podrá ejercitar la acción ejecutiva sin el consentimiento de los demás y existe normalmente prorrateo del remate, y en el caso de titularidad solidaria, cualquiera de ellos podrá promover dicha acción, normalmente en su favor, sin dicho consentimiento. Pero nada obsta a que, en estos supuestos, se pueda pactar también, al mismo tiempo que el régimen de titularidad, una cláusula de reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes después de la ejecución parcial o la aplicación del régimen propuesto,

La objeción de algunos autores, como Cordero Lobato, que afirman que la hipoteca flotante, en caso de pluralidad de acreedores, es incompatible con la ejecución parcial con subsistencia del gravamen, cuando no existe una previa determinación de la responsabilidad hipotecaria que asegure el crédito de cada uno, porque la primera ejecución podría consumir la mayor parte de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de los acreedores no ejecutantes; considero que no es acertada. Si los intereses de los otros acreedores no están suficientemente salvaguardados, ello es simplemente un problema de las entidades crediticias, pues en el momento de la constitución pueden convenir entre ellas todas las cautelas que estimaren convenientes, como el prorrateo del remate, la intervención de un agente, el ejercicio conjunto de la acción hipotecaria, el vencimiento anticipado de todas las obligaciones, etc. Es decir, que la ejecución parcial dependerá, en todo caso, del tipo de titularidad configurada y de lo pactado por las partes al respecto, que pueden excluirla, concederla indistintamente a todos los acreedores o limitarla a alguno de ellos que se consideren en cierto modo preferentes, y en las condiciones que también se pacten de mayorías, etc.

Por lo que respecta a la afirmación de que la ejecución parcial es poco útil al poder consumir la primera ejecución la mayoría de la responsabilidad hipotecaria, también esa circunstancia es un problema de las entidades acreedoras que, a la hora de la constitución, deben hacer un cálculo sobre el volumen de operaciones que es presumible que se concierten con el deudor en el plazo pactado, el importe probable de todas ellas y el riesgo de impago, a la hora de fijar la responsabilidad hipotecaria conveniente; pudiendo, además, *a posteriori*, si entiende no suficientemente garantizado ese riesgo, negarse a concertar nuevas operaciones.

3.- Supuesto de pluralidad de fincas gravadas. Es indudable que no planteará problema alguno la ejecución parcial de la hipoteca flotante, siendo varias las fincas gravadas, cuando existiendo distribución de la responsabilidad hipotecaria –o pacto para el caso de ejecución- entre las distintas obligaciones garantizadas, a su vez, exista asignación a cada finca de parte de la responsabilidad que da cobertura a cada obligación, quedando subsistente la hipoteca flotante en cada finca respecto de la responsabilidad que garantiza el cumplimiento de las obligaciones no ejecutadas.

Ahora bien, cuando al constituirse la hipoteca se distribuye la responsabilidad total entre las distintas fincas, pero no se realiza asignación específica de cada finca –ni total ni parcial- para la cobertura de cada una de las obligaciones garantizadas por la misma, sean éstas presentes o futuras, el acreedor, en principio, podrá repetir para el cobro de cualquier obligación contra todas las fincas gravadas o separadamente contra cualquiera de ellas, conforme a lo dispuesto en los artículos 122, 123 y 127-5 de la LH.

Por otra parte, puesto que hemos admitido la ejecución parcial de la hipoteca flotante, pero, conforme al artículo 120 de la Ley Hipotecaria, no es posible repetir contra ninguno de los bienes hipotecados sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos, hecho que podría ocurrir con la ejecución para el cobro de las otras obligaciones respecto de la misma finca si no se efectúa una cancelación parcial de la responsabilidad hipotecaria al practicarse la primera o sucesivas ejecuciones, se plantea la cuestión de cómo efectuar dicha cancelación y de la diferencia existente si se repite contra todas o contra una de las fincas.

Si la ejecución afecta a todas las fincas, entiendo que debe reducirse la responsabilidad de cada una en la misma proporción que existe entre el nominal o cantidad reclamada de la obligación ejecutada y el total de la responsabilidad garantizada por cada finca, en línea con lo que hemos sostenido con carácter general; pero ¿qué ocurre si se ejecuta sólo una de las fincas gravadas?

En este sentido, la resolución de la DGRN de 20 de julio de 1999, respecto del mismo supuesto, en caso de hipoteca en garantía de títulos al portador, señala que no es posible imputar toda la cantidad reclamada a la responsabilidad de la finca ejecutada porque ello vulneraría el principio de subsistencia de la hipoteca en garantía de las obligaciones que no han ido a la ejecución en tanto que son cargas preferentes (artículos 155 de la LH y 227 del RH) y sus acreedores, caso de ser distintos, se verían privados de su garantía respecto de esa finca. En consecuencia considera que la posible imputación debe referirse a la cantidad cobrada con la ejecución de la finca en cuestión, dado lo antes expuesto y a que, además, no es posible imponer al acreedor la necesidad, para obtener la completa satisfacción de su crédito, de instar la ejecución de todos los bienes garantizados y obtener de cada uno de ellos la fracción correspondiente.

Pero, en sede de hipoteca flotante, la cuestión consiste en dilucidar si la flotabilidad propia de la misma, podría permitir al acreedor ejecutante obtener el cobro total de su crédito, instando la ejecución de uno solo de los varios bienes gravados ya excedan o no la responsabilidad hipotecaria y el precio del remate del nominal de la obligación. Y la respuesta, considero, que debe ser afirmativa, pues como se viene reiterando es característica esencial de esta hipoteca que el acreedor pueda dirigirse contra el bien -sea único o no-, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas.

No existe en este supuesto, como ya indicaba la referida resolución respecto de los títulos al portador, *“una afección individualizada de cada uno de los bienes respecto de todas y cada una de las obligaciones garantizadas, en la proporción pertinente, sino sólo una vinculación global de aquéllos, en favor de todas ellas en su conjunto, de modo que cualquiera de los obligacionistas podría hacer*

valer íntegramente su derecho sobre cualquiera de los bienes hasta donde alcance su específica responsabilidad, sin que se oponga a ello la igualdad de derechos de todos los obligacionistas y la subsistencia, como preferente, de la hipoteca respecto de las demás obligaciones que garantiza los demás títulos, pues tal exigencia, habida cuenta que la hipoteca es única, queda perfectamente satisfecha siempre que la suma de las responsabilidades hipotecarias vigentes sobre todos los bienes gravados sea, después de cada ejecución individual, igual al nominal de toda la emisión pendiente de pago”.

Ahora bien, la cantidad a descontar no puede ser, como indica la citada resolución, la cantidad cobrada, porque ello va en contra del principio que denominaremos de “certeza del rematante” o de “protección del resultado del proceso ejecutivo” al que venimos haciendo referencia, principio que tras la reforma procesal del año 2000 considero de carácter preeminente y que, además, no se pudo tener en cuenta en la citada resolución por no estar vigente, al menos, con la misma fuerza que tras la reforma.

Por tanto, la cantidad a descontar debe ser la reclamada, en cuanto que es la única que sin exigir una ejecución global de todas las fincas gravadas, se ajusta a la regla general que venimos sosteniendo, y permite al rematante conocer con certeza y al tiempo de la subasta, en qué medida subsistirá la hipoteca correspondiente a los demás obligaciones garantizadas. Si la cantidad reclamada agota la responsabilidad hipotecaria de la finca ejecutada, el resto de las obligaciones sólo estarán garantizadas por la responsabilidad hipotecaria de las demás fincas y, si queda algún remanente de responsabilidad en dicha finca, con el mismo también estarán garantizadas aquéllas.

Por último, en cuanto al posible perjuicio del resto de los acreedores, en provecho del acreedor ejecutante, como ya se ha expuesto anteriormente, se trata de un problema de pactos entre ellos en el momento de la constitución, en la que se puede estipular la necesidad de actuación conjunta de todos los acreedores, el prorrateo del remate, una mayor cobertura en determinadas fincas, etc. Además, también tienen derecho al cobro de la cantidad del sobrante del remate después de pagar al acreedor ejecutante.

VI.- CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE.

a) Cancelación por pago.

En este apartado debe distinguirse nuevamente entre los diferentes supuestos subsumibles dentro del artículo 153 bis de la LH, y así si lo que se garantiza es una única obligación ya determinada o si todos los créditos garantizados son determinados en el momento de la constitución y la responsabilidad hipotecaria cubre el importe total de todos ellos, incluso aunque inicialmente fueren futuros

o de cuantía indeterminada pero se ha señalado una cuantía máxima, al existir una correspondencia entre la responsabilidad hipotecaria y la cuantía de cada crédito, el pago de alguna de ellas extingue parcialmente la hipoteca en el importe correspondiente.

Si, por el contrario, la responsabilidad hipotecaria no cubre el importe total de los crédito determinados garantizados o cuando todas o algunas de las obligaciones garantizadas sólo son determinables, es decir, cuando son “puramente futuras”, esa falta de correlación entre la responsabilidad hipotecaria y la cuantía de cada crédito implica que si bien la extinción de todos los créditos garantizados determina la extinción de la hipoteca, la extinción sólo de alguno o algunos de ellos, salvo en caso de ejecución como ya hemos analizado, no se traslada a la hipoteca, que seguirá garantizando por la total responsabilidad, el resto de las obligaciones garantizadas existentes o “puramente futuras” que coincidan con lo consignado en la cláusula de integración.

No es posible, por tanto, en estos supuestos, salvo la existencia de un pacto expreso, como la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas o la fijación de cuotas para cada obligación o acreedor, liberar parcialmente las fincas gravadas por la hipoteca flotante, ni cualquiera de ellas en su totalidad, en caso de pago de una o varias de las obligaciones garantizadas por el deudor.

Cuando el pago, como hemos indicado al hablar de la ejecución, lo efectúen titulares de derechos o cargas inscritos con posterioridad a la hipoteca, ya lo hagan antes del remate o, también, por analogía, en marco extrajudicial; los mismos quedarán subrogados en la posición del acreedor -artículo 659-3 de la LEC-, en una cuantía equivalente a la cantidad reclamada y satisfecha y, en consecuencia, tendrá lugar *ex lege* una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre el titular posterior y los acreedores de la flotante.

Sin embargo, cuando el pago lo efectúe el tercer poseedor de la finca hipotecada o el hipotecante no deudor, ya lo hagan antes del remate o, también, por analogía, en marco extrajudicial; el efecto será el de liberación del bien -662-3 de la LEC- en una cuantía equivalente a la cantidad reclamada y satisfecha y, en consecuencia, tendrá lugar *ex lege* una extinción total o parcial de la hipoteca; siendo este criterio también aplicable al supuesto de ejecución –total o parcial-, en los términos antes vistos.

La operativa registral de esta extinción por parte del tercer poseedor tendrá lugar, en caso de pago en la fase de ejecución de la hipoteca, mediante la aportación del correspondiente mandamiento judicial y, en caso de pago en la fase de seguridad, mediante la aportación de la correspondiente escritura notarial de subrogación por pago con solicitud de la cancelación por confusión de

derechos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 190 del Reglamento Hipotecario.

b) La caducidad de la inscripción de hipoteca.

Otra forma de cancelación de la hipoteca flotante es por caducidad una vez transcurrido su plazo máximo de duración pues, como ya hemos indicado en un apartado anterior, de ese carácter ha de considerarse el plazo de duración de la hipoteca, de tal manera que, llegado el mismo, el Registrador podrá cancelar la inscripción de hipoteca, sin necesidad de consentimiento del acreedor titular inscrito, bien a instancia de parte, bien de oficio al practicar cualquier asiento sobre la finca o expedir una certificación, en aplicación de los artículos 82-2 de la Ley Hipotecaria y 174-1 y 353-3 de su Reglamento-.

La única excepción, ya referida, es que constare en la finca algún asiento registral revelador de que la hipoteca se encuentra en ejecución como la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas –artículos 688-2 LEC y 143-2 del Reglamento Hipotecario-, pues la misma no sólo paraliza el plazo de prescripción de la acción hipotecaria sino que también sustrae al derecho real de hipoteca de la libre disposición por su titular y, a mi juicio, también todos aquellos hechos que puedan frustrar la efectividad de la ejecución. Por ello dicho artículo 688-2 de la LEC establece que *“en tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución”*.

A este respecto, se podría sostener, aplicando analógicamente las normas de caducidad de las anotaciones de embargo, que la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas a efectos de la ejecución no interrumpe el plazo de caducidad de la hipoteca, pero se debe considerar que las anotaciones preventivas son susceptibles de prórrogas indefinidas para garantizar la efectividad de la traba y las hipotecas flotantes, una vez alcanzada la duración máxima pactada, no admiten prórrogas.

Por eso entiendo que, en caso de existir la citada nota marginal publicitaria de la ejecución, lo aplicable analógicamente es la norma de caducidad del artículo 82-5 de la Ley Hipotecaria para las hipotecas ordinarias y en ese caso, según el criterio de la DGRN –resolución de 17 de febrero de 2010–, la cancelación no sería posible hasta transcurridos 21 años desde la fecha de la nota marginal. De no seguirse este criterio el impago de algún crédito en fecha cercana a la expiración del plazo de la hipoteca o un retraso en el procedimiento, impediría la satisfacción del acreedor por vía ejecutiva. Además, parecido criterio se infiere, también, del artículo 157 de la Ley Hipotecaria que lo recoge para el supuesto de caducidad previsto en el mismo respecto de las hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

c) El posible derecho de denuncia de la hipoteca por parte del deudor.

En cuanto a la cancelación de la hipoteca por renuncia irrevocable del deudor a la concertación de nuevos negocios, en el caso de que no existan obligaciones garantizables contraídas de presente o que éstas ya se encuentren pagadas, considero, como ya se ha indicado anteriormente, que, a falta de pacto expreso en tal sentido, no es posible admitirlo actualmente, sin perjuicio de hacerla valer en los tribunales, que esa renuncia del deudor tenga efecto registral alguno, porque la determinación de la existencia y cuantía de las obligaciones garantizadas tiene lugar por medios extrahipotecarios y no existe obligatoriedad de la constancia registral de su nacimiento ni siquiera para posibilitar la ejecución –resoluciones de la DGRN de 31 de enero de 1925 y de 19 de julio de 2002-, por lo que la posible nota marginal que recoja la renuncia *ex* artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 232 de su Reglamento no impide que puedan existir ya contraídas obligaciones cubiertas por la garantía y ejecutables.

En consecuencia, en estos casos, al no poder acreditarse por el deudor de forma fehaciente el cumplimiento de todas las obligaciones garantizadas ni siquiera la imposibilidad del nacimiento de otras futuras susceptibles la cobertura hipotecaria –ej.: impago por tercero de efectos descontados, subrogación o adquisición de otra forma por el acreedor de créditos contra el deudor, etc.-, para poder cancelar la hipoteca, si se dan esas situaciones, como ocurre también generalmente con el pago respecto de las hipotecas sean del tipo que sean, será necesario el consentimiento del acreedor hipotecario o, en su defecto, sentencia judicial firme que así lo ordene.

Por ello y dada la inmovilización del patrimonio del deudor que tiene lugar con la hipoteca flotante, considero conveniente la regulación de este derecho de cancelación anticipada por parte del deudor, estableciendo un procedimiento ágil que permita su constancia registral, al estilo del previsto para la subrogación del artículo 1211 del CC en la Ley 2/1994, que pasaría por una notificación notarial y un plazo razonable para que el acreedor refleje en el Registro las obligaciones contraídas, transcurrido el cual la inscripción de hipoteca se cancelaría por caducidad.

VII.- CONCLUSIONES.

La reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007 ha supuesto la definitiva introducción en el derecho español de la hipoteca de máximo, en diversas modalidades entre las que destaca la figura de la hipoteca flotante. Sus características principales, a mi juicio, son las siguientes:

1.- Los acreedores susceptibles de ver garantizados sus créditos con la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la LH sólo pueden ser las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario o los acreedores públicos por créditos tributarios o del seguridad social; lo que excluye la posibilidad de garantizar con hipoteca flotante a otros acreedores distintos de los anteriores.

2.- Cabe también asegurar créditos pertenecientes a varios acreedores, ya sean éstos solidarios, parciarios, en mano común o colectivos –por accesoriedad o por pacto-, y ya tenga ello lugar en el momento de la constitución o como consecuencia de una cesión o subrogación parcial de los créditos garantizados. En este caso, no es necesario especificar en la constitución qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza el crédito, préstamo u derecho de cada acreedor, que vendrá determinada en función de su titularidad sobre cada una de las obligaciones aseguradas –accesoriedad-.

En caso de garantizarse obligaciones “puramente futuras”, la imposibilidad de saber *ab initio* cuál será el número y la cuantía de cada futura obligación garantizada, su naturaleza, el número de acreedores firmantes de la escritura de hipoteca que suscriban cada obligación futura y en qué proporción y, de nuevo, la especial naturaleza de la hipoteca de máximo regulada en el artículo 153 bis de la LH, excluyen, salvo voluntad en contrario, la necesidad de fijación de cuotas o máximos de cobertura iniciales para cada acreedor en la titularidad del derecho real de hipoteca, lo que hace inevitable la configuración de la hipoteca como de titularidad colectiva porque no existen, en todo o en parte, obligaciones que puedan transmitirle por accesoriedad su naturaleza, determinándose la concreta titularidad de cada acreedor cuando se incorpore la obligación a la cobertura hipotecaria, y rigiéndose la misma, mientras tanto, por las estipulaciones pactadas por las partes.

3.- Esta hipoteca permite garantizar una sola obligación o una pluralidad de obligaciones distintas, de cualquier clase, ya sean presentes y/o puramente futuras, aunque carezcan de nexo causal entre ellas; si bien en el ámbito de los créditos tributarios es muy discutible que se puedan garantizar con esta hipoteca deudas tributarias futuras que ni siquiera se hayan devengado. La hipoteca será “única” si sólo se garantiza una obligación de presente, “plural” si todas las obligaciones garantizadas son existentes en el momento de la constitución de la hipoteca, y “global” si todas o algunas de esas obligaciones son en dicho momento “puramente futuras”.

4.- Respecto de la determinación de la obligación u obligaciones garantizadas, no es necesaria la constatación circunstanciada de sus elementos identificadores –salvo que ya estén contraídas-, sino que es suficiente que se especifique su denominación técnica y, si fuere preciso, la descripción general de los actos

jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro dichas obligaciones. La inclusión en la garantía de las obligaciones que en el futuro contraiga el deudor dependerá de la posibilidad de incorporación o no dentro del ámbito de las cláusulas o criterios de globalización o integración pactados.

5.- No tiene lugar, salvo pacto en contrario, la novación extintiva de las obligaciones garantizadas, es decir, que no se produce la pérdida de la individualidad de las obligaciones garantizadas en el momento de su inclusión en la cuenta liquidatoria, como ocurre en la hipoteca en garantía de una cuenta corriente novatoria, sino que las obligaciones conservan su carácter independiente, mientras no se produzca su ejecución, y pueden excluirse de la cuenta y llevar vida independiente y ser ejercitadas, al margen de la hipoteca, las acciones que le sean propias.

6.- Es característica de estas hipotecas la variabilidad o indeterminación del importe garantizado por lo que en la escritura de constitución de hipoteca deberá determinarse necesariamente la cantidad máxima de que responda la finca por principal, intereses de demora y costas y gastos. Otros requisitos de la constitución son: a) el plazo de duración máximo de la hipoteca, que será independiente de cada una de las obligaciones garantizadas, y se trata de un plazo de carencia; y b) la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado; pudiendo pactarse, también, que dicho saldo exigible en caso de ejecución sea el resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera, siendo la certificación de dicho saldo, a mi entender, un medio de liquidación no un título ejecutivo.

7.- Es característica esencial de la hipoteca flotante la no necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los varios créditos garantizados, por lo que vencido alguno o algunos de ellos, el acreedor puede, a su libre arbitrio, realizar el bien hasta su total responsabilidad hipotecaria, para la satisfacción de todas, algunas o alguna de las obligaciones garantizadas vencidas, o incluso de sólo una parte de ellas.

Es lo que se ha venido a denominar “*la flotabilidad o indiferenciabilidad*” de la hipoteca flotante, cuya aplicación resulta no tanto de la indeterminación de la existencia de las obligaciones garantizadas, sino de la indeterminación acerca de cuáles de las obligaciones garantizadas y en qué importe van a quedar finalmente incorporadas total o parcialmente a la “cuenta general”.

8.- Si lo que se ha garantizado es una única obligación ya determinada o existente, o si todos los créditos garantizados son existentes en el momento de la constitución y la responsabilidad hipotecaria cubre el importe total de todos ellos, porque los mismos ya se han incorporado a la hipoteca y cada uno tiene por accesoria una porción determinada en la cobertura, aunque no se haya

efectuado formalmente la distribución de la responsabilidad entre los mismos, será posible una auténtica cesión de uno, algunos o todos los créditos, que no necesita del consentimiento del deudor, y que implica la transmisión simultáneamente con el crédito de la hipoteca en esa proporción o titularidad.

9.- Si todas las obligaciones garantizadas son existentes pero la responsabilidad hipotecaria no cubre el importe total de los créditos determinados garantizados, el acreedor hipotecario, puede ceder todos o alguno de estos créditos determinados o contraídos inicialmente o con posterioridad –se haya aplicado o no el artículo 143 de la LH-, y conservar el derecho real de hipoteca íntegro en garantía del resto, sin que se produzca una extinción parcial de la misma, porque es posible que nazcan más obligaciones incluibles en la cobertura a favor del cedente. Para que tenga lugar la simultánea transmisión de la garantía hipotecaria al cesionario es necesario que se pacte expresamente la misma, que el adquirente reúna los requisitos subjetivos del artículo 153 bis de la LH y que se determine adecuadamente el régimen de funcionamiento de la colectividad de acreedores.

10.- Cuando todas o algunas de las obligaciones garantizadas son “puramente futuras”, encuadrables en la cláusula de globalización, lo que de hecho se está transmitiendo es, únicamente, una expectativa de mantener una relación jurídica de crédito continuada con el deudor, lo que no constituye una cesión de créditos sino una cesión total o parcial del contrato con transmisión de la posición jurídica del acreedor y que exige, en consecuencia, el consentimiento del deudor.

11.- No es posible la transmisión autónoma de la hipoteca sin cesión de créditos, es decir, si no va acompañada de una cesión global o parcial del conjunto de créditos asegurados o singular de alguno de los determinados, y la cesión de todos los créditos presentes o/y puramente futuros garantizables, sin la transmisión de la hipoteca, extingue ésta, porque, en el derecho español, ni puede existir una hipoteca sin crédito garantizado, ni es posible sustituir el objeto de la misma sin una causa que enlace los créditos como la novación, la subrogación por pago o la cesión del crédito o del contrato, pues ello constituiría una novación extintiva.

12.- La subrogación de un nuevo acreedor en los créditos hipotecarios por voluntad del deudor *ex* Ley 2/1994, sólo pueda ir referida a los préstamos y créditos presentes en el momento de llevarse a efecto y, además, debe ser una cesión total de todos los que el deudor tenga sobre la finca a favor del mismo acreedor, salvo, claro está, los supuestos de pluralidad de acreedores en que no afectaría al resto de ellos. Esta subrogación legal implica siempre la transmisión de la garantía.

13.- El artículo 153 bis de la LH reconoce expresamente la ejecutividad de la hipoteca flotante mediante el ejercicio de la acción directa hipotecaria, lo que se entiende adecuado por las garantías que para el deudor suministra la LEC, con base en la certificación del saldo final líquido emitido por la entidad bancaria.

14.- Como el saldo final liquidatorio carece de virtualidad novatoria, lo que implica que lo que se ejecuta no es una obligación nueva y autónoma, sino la simple reunión o cuantificación contable de las diversas obligaciones garantizadas que se pretendan cobrar en un momento determinado, deberán acompañarse al mismo los títulos ejecutivos de los que resulten todas y cada una de dichas obligaciones y, si la obligación resultante es ilíquida, los documentos complementarios a que se refieren los artículos 572 y 573 de la LEC, es decir, los saldos de cada uno de los créditos vencidos integrados en el saldo final.

15.- Es posible la ejecución parcial de la hipoteca flotante si se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas o existe un pacto en el que se fijen los criterios objetivos para su distribución para el caso de ejecución; discutiéndose si es posible a falta de dichas estipulaciones, aunque parece que la respuesta más congruente es la afirmativa, siempre que se puede fijar *a priori* cuál será la responsabilidad subsistente, como en el supuesto que todas las obligaciones aseguradas fueran existentes y determinadas.

16.- A falta de esa distribución de la responsabilidad hipotecaria, sólo será posible la ejecución parcial si existen otras obligaciones contraídas en el momento de la ejecución –remate- y en cuanto al importe líquido de las mismas en ese momento, pero con carácter flotante entre ellas si la suma de sus importes es superior a la responsabilidad hipotecaria subsistente. La cantidad a descontar de la responsabilidad hipotecaria será el importe de las sumas reclamadas no de las efectivamente cobradas.

Si en este supuesto se evita la subasta, tendría lugar una extinción total o parcial de la hipoteca en caso de pago por un tercer poseedor, o surgiría una distribución legal de la responsabilidad hipotecaria entre los titulares de cargas posteriores que pagan y los acreedores de la flotante, con la misma reducción de la responsabilidad hipotecaria subsistente que en el supuesto anterior.

17.- Los efectos de la ejecución parcial en relación con las situaciones de pluralidad de acreedores variarán según cual haya sido la configuración de la titularidad de los mismos en el derecho real de hipoteca flotante. Así, si la responsabilidad hipotecaria se hubiera distribuido entre las distintas obligaciones de cada acreedor no habrá problema en la ejecución parcial, subsistiendo la hipoteca en cuanto al resto de la responsabilidad hipotecaria.

Si la titularidad de la hipoteca, por su accesoriedad respecto de las obligaciones o por pacto, se ha configurado como parciaria será posible también la ejecución separada pues la parciariedad, según la doctrina dominante, implica la existencia de una pluralidad de hipotecas –artículo 1138 del Código Civil- con los efectos del artículo 227 del Reglamento Hipotecario de subsistencia de las hipotecas de igual rango no ejecutadas, lo que impide que los acreedores puedan realizar el bien, en caso de vencimiento de un crédito cualquiera, hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria global.

En caso de existencia de titularidad solidaria, “en mano común” o colectiva, sus titulares tendrán la misma situación jurídica, respecto de la ejecución parcial, que la disfrutada por el acreedor único, a salvo de la posibilidad del pacto de vencimientos cruzados u otros semejantes.

18.- En caso de gravamen de una pluralidad de fincas, no existe una afección individualizada de cada una de las fincas respecto de todas y cada una de las obligaciones garantizadas, en la proporción pertinente, sino sólo una vinculación global de aquéllas fincas, en favor de todas esas obligaciones en su conjunto, de modo que cualquiera de los obligacionistas podría hacer valer íntegramente su derecho sobre cualquiera de los bienes hasta donde alcance su específica responsabilidad.

Por ello, a falta de distribución de la responsabilidad hipotecaria de cada finca entre las distintas obligaciones: a) si la ejecución afecta a todas las fincas, debe reducirse la responsabilidad de cada una en la misma proporción que existe entre la cantidad reclamada de la obligación ejecutada y el total de la responsabilidad garantizada por cada finca, y b) si sólo se ejecuta una finca, si la cantidad reclamada agota la responsabilidad hipotecaria de la finca ejecutada, el resto de las obligaciones sólo estarán garantizadas por la responsabilidad hipotecaria de las demás fincas y, si queda algún remanente de responsabilidad en dicha finca, con el mismo también estarán garantizadas aquéllas.

19.- Si todos los créditos garantizados son determinados en el momento de la constitución y la responsabilidad hipotecaria cubre el importe total de todos ellos, incluso aunque inicialmente fueren futuros o de cuantía indeterminada pero se ha señalado una cuantía máximo, al existir una correspondencia entre la responsabilidad hipotecaria y la cuantía de cada crédito, el pago de alguna de ellas extingue parcialmente la hipoteca en el importe correspondiente. Esta misma solución tiene lugar en el caso de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones o en el caso de comunidad proindiviso.

20.- Si, por el contrario, la responsabilidad hipotecaria no cubre el importe total de los créditos determinados garantizados o cuando todas o algunas de las obligaciones garantizadas sólo son determinables, es decir, cuando son

“puramente futuras”, esa falta de correlación entre la responsabilidad hipotecaria y la cuantía de cada crédito, implica que si bien la extinción de todos los créditos garantizados determina la extinción de la hipoteca, la extinción sólo de alguno o algunos de ellos, salvo en caso de ejecución, no se traslada a la hipoteca, que seguirá garantizando, por la total responsabilidad, el resto de las obligaciones garantizadas existentes o “puramente futuras” que coincidan con lo consignado en la cláusula de integración.

21.- El plazo de duración de la hipoteca es un plazo de caducidad, de tal manera que, llegado el mismo, el Registrador podrá cancelar la inscripción de hipoteca, sin necesidad de consentimiento del acreedor titular inscrito, bien a instancia de parte, bien de oficio al practicar cualquier asiento sobre la finca o expedir una certificación, en aplicación de los artículos 82-2 de la Ley Hipotecaria y 174-1 y 353-3 de su Reglamento-. La única excepción es que constare en la finca algún asiento registral revelador de que la hipoteca se encuentra en ejecución como la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas –artículos 688-2 LEC y 143-2 del Reglamento Hipotecario-.

22.- Dada la inmovilización del patrimonio del deudor que tiene lugar con la hipoteca flotante, se considera conveniente la regulación de un derecho de cancelación anticipada por parte del deudor, estableciendo un procedimiento ágil que permita su constancia registral, al estilo del previsto para la subrogación del artículo 1211 del CC en la Ley 2/1994, que pasaría por una notificación notarial y un plazo razonable para que el acreedor refleje en el Registro las obligaciones contraídas, transcurrido el cual la inscripción de hipoteca se cancelaría por caducidad. Pero, en la situación normativa actual, a falta de pacto en tal sentido, no considero que el deudor tenga legalmente esa facultad de renuncia a la hipoteca.

Madrid a 8 de noviembre de 2010

CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2011

ÍNDICE ANALÍTICO.

AFECCIONES FISCALES.

ARRENDAMIENTOS.

CONCURSO.

DACIÓN EN PAGO.

DERECHO DE OPCIÓN.

DERECHO DE RETRACTO.

DOCUMENTOS PÚBLICOS.

FRAUDE FISCAL.

HERENCIAS.

HIPOTECAS.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

RENUNCIA ABDICATIVA.

SOCIEDAD CONYUGAL.

TÍTULO INSCRIBIBLE.

URBANISMO.

AFECCIONES FISCALES.

1.-P: Se pregunta por la naturaleza y efectos de las afecciones fiscales.

R: En relación con esta cuestión, se plantean los siguientes problemas jurídicos:

I.- PRIMERA CUESTIÓN: NATURALEZA JURÍDICA DE LA NOTA DE AFECCIÓN FISCAL. Se plantean básicamente dos posiciones:

Si la nota marginal de afección fiscal, y la consiguiente anotación preventiva de embargo administrativo que se practique en el correspondiente procedimiento administrativo de apremio tienen prioridad sobre las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la nota marginal de afección fiscal como cargas no preferentes.

Si, por el contrario, la nota marginal de afección fiscal tiene como única consecuencia el afectar el inmueble a los posteriores adquirentes del bien de cara a una derivación de la acción tributaria por responsabilidad subsidiaria (cfr.: arts 79 LGT y 67 RGR)

A.- ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PRIMERA POSTURA.

1.- Los que resultan de la Resolución DGRN de 17 de marzo de 1993 resolviendo consulta y que se citan en el siguiente apartado: Las afecciones fiscales deben tener, en los procesos de ejecución, el mismo tratamiento que cualquier otra carga.

2.- JOSE MANUEL GARCÍA GARCÍA (Nota a pie de página del artículo 122 RITPAJD, del Código de Legislación Hipotecaria). Se trata de una afección de la finca al pago de la liquidación definitiva que tiene el carácter de carga del bien inscrito, que se manifiesta en la responsabilidad de la finca, cualquiera que sea su titular, al pago de la cantidad resultante, y también en la preferencia de la anotación de embargo que se practique en el correspondiente procedimiento de apremio, sobre las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la afección. La afección no opera directamente, sino que requiere dicha anotación de embargo, para lo cual la acción administrativa tributaria ha de dirigirse no sólo contra el deudor, sino contra los titulares del bien que consten con posterioridad a la afección y antes de la anotación preventiva, debiendo notificarse a los titulares de derechos reales posteriores a la afección el procedimiento de apremio que se siga, como titulares preferentes. La afección también es preferente en relación con los derechos que consten inscritos en el asiento mismo a cuyo margen se hace constar la nota marginal de afección.

En comentarios en lista libre ha escrito: Si se entendiera que es una afección por ley y que la nota marginal de afección es poco menos que inservible o noticia, entonces inevitablemente resultará que todo adquirente y todo titular posterior, quedará afecto al pago del impuesto porque lo dice la ley, con independencia de si se puso o no nota de afección. Se crea, quiérase o no, una especial de hipoteca legal tácita a favor de la Hacienda por razón de los impuestos de todas las transmisiones y actos jurídicos documentados, donaciones y sucesiones anteriores al préstamo o crédito o acto que se va a realizar. Una afección por ley levantaría todas las alarmas en el tráfico. Naturalmente, que la Hacienda Pública estaría encantada, pero el tráfico no.

En cuanto a la preferencia a través de la nota marginal de afección, no se ve ningún inconveniente para que el Recaudador, teniendo en cuenta la existencia de la nota marginal de afección, exprese en el mandamiento de embargo, que ha dirigido la acción tributaria por derivación a todos los que han inscrito con posterioridad a la nota de afección, y que por tanto, la anotación de embargo se practique teniendo en cuenta la conexión con la nota marginal de afección (igual que en los casos de Urbanismo). En cambio, si no hay nota marginal, ¿en qué se podría basar la preferencia de la anotación de embargo?. A un titular anterior no le podría afectar, dado lo dispuesto en el artículo 32 LH.

B.- ARGUMENTOS A FAVOR DE LA SEGUNDA POSTURA. En la reunión del Seminario se siguió mayoritariamente esta segunda postura, aceptando los siguientes argumentos.

1.- Los que resultan de la Resolución de la DGDY EJ Cataluña, Resolución 1.784/2010, de 26 de abril de 2010 (DOGC 8-6-2010) BCNR número 169, pp. 1612: “a) Las notas marginales de afección fiscal tienen como finalidad asegurar la afección general de los bienes y derechos transmitidos, sea cual sea su poseedor, en el pago del impuesto de sucesiones y donaciones, como establece el artículo 9 del Reglamento del impuesto de sucesiones y donaciones, en relación con el artículo 43 de la Ley General Tributaria. La publicidad registral de la afección impide la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral. La nota de afección por la existencia de un beneficio fiscal sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones advierte a los terceros que pueden surgir liquidaciones complementarias si no se cumplen éstas, con afección de los bienes al pago de las cuotas resultantes.

b) Las afecciones fiscales no tienen titular, no atribuyen ningún derecho real. Formarían parte de los supuestos de publicidad noticia, que impiden la buena fe de titulares posteriores. Su finalidad no es la de asentar en los libros del registro un derecho sino la de hacer oponibles a terceros adquirentes un derecho de la Administración Tributaria para reclamar una deuda sobre ciertos bienes, aunque su titular no sea el sujeto pasivo, consecuencia de la responsabilidad subsidiaria

por derivación de responsabilidad que establecen los artículos 43 d) y 79 de la Ley General Tributaria.

c) La consecuencia de todo eso es que la Generalidad de Cataluña no es titular de ningún derecho. Ni presta su consentimiento para practicar la nota marginal de afección, que se practica de oficio por el registrador, ni tampoco para su cancelación, que será producido en los supuestos legalmente establecidos. Por eso, si se ha justificado que la nota de afección se ha extendido erróneamente sobre una finca, el registrador tendrá que rectificar el error mediante la cancelación de la nota marginal indebidamente practicada.”

2.- Los que resultan de la Consulta de la Comisión Nacional de Calificación nº 37 de 8 de marzo de 2005 que se cita en el siguiente apartado. El papel de la afección fiscal como medio de garantía del pago de la deuda se LIMITA A PUBLICAR la posibilidad de una liquidación futura con la finalidad de evitar la aparición de un tercero protegido que impidiera la vía de apremio para el cobro de la deuda tributaria, PERO NO ES NINGUNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO de una deuda líquida y exigible directamente.

3.- Los que ha expuesto el compañero ANTONIO GALLARDO PIQUERAS en comentarios en la lista libre: “A la vista de la regulación contenida en el artículo 79 de la Ley General Tributaria y de las normas que integran el régimen jurídico de la afección de bienes, en general, es realmente difícil concluir en algo distinto a una limitación legal al dominio, que nace por ministerio de la ley.

Esta limitación al dominio que deriva de la existencia, *ope legis*, de la afección de los bienes al pago del impuesto no constituye, en modo alguno, una carga oculta. Por el contrario, se trata de una limitación legal al dominio que respeta de modo pleno la posición del tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral. Una limitación legal, por tanto, que se integra plenamente en la mecánica protectora del Registro, sin alterar sus bases y principios de funcionamiento. ¡Ojalá todas las limitaciones legales al dominio encontrasen su freno, de modo análogo, en la necesaria protección de la confianza de buena fe en la apariencia derivada de los pronunciamientos registrales; en especial, los deberes y cargas urbanísticos, que, lejos de respetar al tercero hipotecario de buena fe, por razón de su confianza en la apariencia derivada del Registro, se imponen forzosamente a cualesquiera subadquirentes, sin limitación, en virtud del llamado principio de subrogación legal!.

Pero es que, junto a ello, las interpretaciones tradicionales, que convierten de una manera u otra la nota de afección en la carga objeto de la ejecución, prescinden por completo de la mecánica legal de reclamación de la responsabilidad subsidiaria, derivada de la propia afección. Porque dicha responsabilidad no nace junto con la deuda principal, bajo sus mismos

presupuestos y con idéntico contenido económico. Por el contrario, la responsabilidad subsidiaria del tercero surge de un acto administrativo expreso y diferenciado, de derivación de la responsabilidad (tras la declaración de fallido del deudor principal), con un contenido propio y distinto (integrado, únicamente, por el importe íntegro de la deuda reclamada en período voluntario, con exclusión de sanciones y recargos), para hacerse efectiva a través de un procedimiento de recaudación separado y autónomo; el cual se iniciará con la apertura de un nuevo período voluntario de pago (desde la notificación del acto de derivación) y, transcurrido el mismo, continuará a través de una, también nueva, fase ejecutiva, con adopción en ella, en su caso, de las medidas cautelares dirigidas al aseguramiento del crédito. Entre otras, por supuesto, un nuevo y separado embargo, sujeto a su propio régimen legal, de validez y eficacia, para hacer efectiva la deuda surgida del acto de derivación.

Contradice, por ello, el régimen legal de reclamación de la responsabilidad subsidiaria, derivada de la afección, cualquier interpretación que conduzca a la ejecución conjunta de la deuda, frente al deudor principal y los responsables subsidiarios, partiendo de una supuesta eficacia ejecutiva de la nota marginal —eficacia que, por cierto, la Ley no reconoce por ningún sitio—. Por el contrario, la ejecución de esa responsabilidad subsidiaria, de carácter forzosamente posterior a la ejecución de la deuda tributaria principal (pues sólo surge tras la declaración de fallido del deudor principal), habrá de ser reclamada a través de su propio procedimiento de recaudación, contra cada uno —o simultáneamente contra todos— los responsables subsidiarios. Reclamación que, por expresa disposición legal, afectará necesariamente a cualesquiera adquirentes de derechos sobre la finca afecta en quienes no concurren los presupuestos de la protección derivada de la fe pública registral; incluidos, por tanto, quienes hayan obrado de mala fe, por conocer la existencia de la afección, a pesar de la falta de extensión o la caducidad de la nota, y los adquirentes de derechos a título gratuito.”

4.- También parece ser de esta opinión JUAN JOSE BERNAL-QUIRÓS CASCIARO que en “Las notas marginales de afección fiscal”. BCNR. Número 60, mayo 2000, pág. 973-990: dice que, no obstante las dudas, más bien parece un medio de hacer legalmente responsable subsidiario de los impuestos de TP y SYD al actual propietario, posterior adquirente de los mismos, con una especie de obligación “propter rem”, permitiendo derivar contra él la acción administrativa si la deuda no se paga por el deudor principal y éste es declarado fallido. Producido el acto de derivación de responsabilidad el tercer adquirente pasa a ser deudor personal de la deuda tributaria originaria, y la Hacienda parece carecer de toda preferencia sobre dicho importe distinta de la que le confiera el embargo que trabe sobre el inmueble en el apremio contra el tercer adquirente.

5.- Como argumento a mayores se comenta por los asistentes que la regulación de estas notas y su desenvolvimiento es escasa y poco clara y que, ante esta situación legal de confusión, no parece muy coherente atribuirles una mayor eficacia que la que les corresponde pues a nadie se le escapa el impacto inmediato que, de defender la primera postura, ocurriría con el crédito territorial.

II.- SEGUNDA CUESTIÓN: TRATAMIENTO DE LAS AFECCIONES FISCALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN. Se plantean también dos posturas en función de la que se adopte acerca de su naturaleza jurídica.

A.- DGRN. En la resolución 17 de marzo 1993 resolviendo consulta de un notario (Anuario DGRN. 1993. Volumen I. Servicio del Notariado. Pág. 944-948), al resolver la consulta dice la DGRN: “1º.- Las afecciones fiscales deben tener, en el procedimiento de ejecución extrajudicial de hipotecas, el mismo tratamiento que cualquier otra carga. La afección fiscal a que da lugar la constitución de hipoteca tiene el mismo rango registral que la hipoteca, y por tanto el tratamiento de carga preferente conforme al artículo 227 RH”.

B.- Esta postura es criticada por la Comisión Nacional de Criterios de Calificación (Consulta número 37 sobre cancelación de nota marginal de afección al pago de determinados impuestos, de 8 de marzo de 2005. Disponible en la intranet): “El papel de la afección fiscal como medio de garantía del pago de la deuda se LIMITA A PUBLICAR la posibilidad de una liquidación futura con la finalidad de evitar la aparición de un tercero protegido que impidiera la vía de apremio para el cobro de la deuda tributaria, PERO NO ES NINGUNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO de una deuda líquida y exigible directamente, pues para poder reclamar el pago al adquirente de la finca o derecho afectado por la anotación hay que derivar la acción de responsabilidad subsidiaria, previa declaración de fallido del deudor tributario y, tras concederle el plazo para pago voluntario, iniciar la vía de apremio si no paga, momento en que ha de procederse a la anotación de embargo (arts. 41, 79.1, 174 y 176 LGT). Como la Hacienda Pública no es titular en el Registro de ningún crédito actual, vencido y líquido, si se le comunicase la existencia del procedimiento de ejecución sobre la finca o derecho no podría ejercitar ninguno de los derechos que se atribuyen al tercer poseedor de los bienes anotados, lo que viene a demostrar la inutilidad de realizarle comunicación alguna en el procedimiento de ejecución de una carga anterior”.

III.- TERCERA CUESTIÓN: EN CONSECUENCIA ¿DEBEN CANCELARSE LAS NOTAS DE AFECCIÓN CON MOTIVO DE LA EJECUCIÓN DE UNA CARGA ANTERIOR, como ocurre con los demás derechos inscritos o anotados?

A.- Si se considera que tienen el mismo tratamiento que cualquier otra carga deberán cancelarse. Lo cual exige, lógicamente, que previamente haya sido debidamente notificado el proceso de ejecución de la carga preferente al titular de la afección. Con los problemas antes vistos de que la Hacienda Autonómica no es titular de ningún crédito actual, vencido y líquido, ¿qué postura podría adoptar, por consiguiente, en el procedimiento?

B.- Si se sigue la segunda postura, no deberá notificarse al titular de la afección fiscal la ejecución de una carga previa y tampoco se cancelarán como consecuencia de la ejecución. El rematante o adjudicatario quedará afectado como cualquier otro adquirente ulterior por el débito fiscal que, en su caso, procediera como consecuencia de transmisiones anteriores.

IV.- QUINTA CUESTIÓN. DURACIÓN DE LA NOTA DE AFECCIÓN FISCAL. La nota de afección fiscal tiene un plazo de caducidad de cinco años, pasados los cuales se cancela de oficio. Pero ¿qué efectos tiene esta caducidad?

A.- Si se considera como cualquier otra carga la caducidad operará de modo similar a la de las demás anotaciones. La caducidad opera “ipso iure”, sin que a partir de ese momento puedan producir efecto alguno. Este criterio sigue la sentencia núm. 5/2006 de 19 de enero, del TSJ Galicia (Sala de lo Contencioso) al afirmar que la cancelación sobrevenida de la nota extingue la afección, aun cuando los titulares registrales posteriores hubieren verificado su adquisición durante la vigencia de aquella.

B.- Si se considera como una limitación legal la afección legal no tendrá plazo. Sí lo tendrá la nota marginal, lo que significa que, pasados los cinco años de vigencia, debe cancelarse por caducidad. La afección legal seguirá produciendo sus efectos salvo que, DESPUÉS DE CANCELADA LA NOTA DE AFECCIÓN, surja un tercero protegido por la fe pública registral, es decir, un adquirente a título oneroso que adquiera e inscriba su adquisición cuando ya no consta vigente la nota de afección fiscal. Si cuando el ulterior adquirente inscribe su adquisición consta vigente la nota de afección, aunque luego caduque por transcurso del plazo de cinco años, habrá producido ya su efecto de enervar la fe pública registral y el tercer adquirente no podrá ser considerado protegido.

Como ya se ha dicho, el Seminario entiende más acorde con la regulación legal la segunda postura de la cual resulta que la nota marginal constituye una limitación legal del dominio de origen legal, que adquiere efectividad por sí misma, sin necesidad de constancia registral alguna. Siguiendo el informe que compartió por correo electrónico Antonio Gallardo Piqueras ello implica:

1º.- Antes de la derivación de responsabilidad la afección sólo produce el efecto de evitar la aparición de terceros protegidos por la fe pública registral.

2º.- Una vez derivada la responsabilidad ha de iniciarse frente al responsable subsidiario (posterior adquirente de los bienes) un nuevo e independiente procedimiento tributario de recaudación. En este procedimiento, si no se paga la deuda en período voluntario, se iniciará contra el responsable subsidiario nuevo procedimiento de apremio AUNQUE LIMITADO A LOS BIENES AFECTOS.

El embargo del bien transmitido provocará la correspondiente anotación preventiva que dará a la Administración la preferencia derivada de su fecha, conforme a las reglas ordinarias.

Si el procedimiento continua hasta el remate de los bienes, o hasta su adjudicación a la Hacienda Pública, las hipotecas y cualesquiera otros derechos reales limitados constituidos con carácter anterior y preferente al embargo administrativo subsistirán sobre la finca.

V.- CUARTA CUESTIÓN. CUÁNDO PROCEDE LA EXTENSIÓN DE LA NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN FISCAL.

Con motivo de estas discusiones se planteó la cuestión relativa a cuándo procede la extensión de la nota de afección fiscal, si sólo en caso de transmisión de algún bien o derecho, como claramente se desprende del tenor de los artículos 79 LGT y 5 TR ITPAJD, o si por inercia se estaba haciendo un uso abusivo y erróneo de la misma extendiendo el asiento en supuestos no amparados por la norma legal. Al respecto existen también dos posturas.

A.- Postura extensiva. Defendida por JOSE MANUAL GARCÍA GARCÍA que entiende que debe extenderse en todos los casos del ITPAJD, sin que puedan excluirse alguno de ellos aunque no impliquen propiamente transmisión, pues el espíritu del precepto y la propia literalidad de los apartados del artículo 122 RITPAJD, es que la nota marginales refiere a todos los casos, a pesar de la expresión que emplea este mismo artículo de “bien o derecho”. Por tanto, también en Actos Jurídicos Documentados y en constituciones o extinciones de derechos reales o en operaciones societarias y demás supuestos hay que extender la nota marginal de afección por autoliquidación.

B.- Postura restrictiva. Defendida por JOSE MENÉNDEZ HERNÁNDEZ (El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, edición 1996, pp. 37 y ss) que llega a la conclusión de que sólo cabe la afección tratándose de “transmisiones” en sentido estricto pues así resulta del artículo 5 del TR ITPAJD, con rango de ley; y en cambio, la afección motivada por los actos liquidables que no son transmisiones, sólo está preconizada en el artículo 122 RITPAJD, por lo que entiende que una norma reglamentaria carece de envergadura jurídica para alterar el estado de la propiedad.

La propia Comisión Nacional de Calificación, en la consulta antes citada, entiende que la extensión de notas de afección al practicar anotaciones preventivas debe ponerse en relación con el tipo de anotación de que se trate, esto es, sólo procede cuando dichas anotaciones son “sucedáneas de una inscripción y reflejan una adquisición (legado, derecho hereditario, etc....). Sin embargo, no procederá, por tanto, en las más frecuentes de origen judicial: embargo, demanda, concurso, etc.

Si el artículo 41-b del TRITPAJD declara que el sujeto pasivo es la persona que solicita la anotación, es lógico sostener que la afección sólo puede recaer sobre el derecho del anotante y no sobre la finca o derecho gravado con la anotación y del que es titular el deudor demandado, quien no está obligado al pago ni como contribuyente ni como responsable subsidiario porque la constancia registral de la afección siempre será, por definición, posterior a la adquisición de su titularidad.

Por su parte JOAQUÍN DELGADO RAMOS (“Notas marginales de afección fiscal y de afección al reintegro de subvenciones” trabajo publicado en notariosyregistradores.com junio 2006) considera que de la regulación transcrita se desprende claramente que sólo existe afección legal de los bienes al pago del impuesto en dos supuestos:

a.- En caso de transmisión de un bien o derecho, tal bien o derecho responde del impuesto ya devengado que grave tal transmisión. Este supuesto es un caso concreto de la afección legal prevista en la Ley General Tributaria -Artículo 79 de Afección de bienes-.

b.- En caso de desmembración del dominio en usufructo y nuda propiedad, responde del impuesto futuro (no devengado todavía) que gravará en su día la extinción del usufructo.

Consecuencias que se extraen de la regulación legal:

1ª.- No es correcta la práctica de poner nota marginal en muchos otros supuestos distintos de los dos citados:

El ITPAJD son en realidad tres impuestos distintos: el de TPO (transmisiones patrimoniales onerosas), que grava determinadas transmisiones onerosas; el de AJD (actos jurídicos documentados), que grava documentos; y el de OS (operaciones societarias), que grava determinadas operaciones societarias. Por tanto, debe distinguirse:

1.- En la modalidad de TPO, sí surge y tiene plena aplicación la afección legal, pues se refiere a bienes o derechos transmitidos, y tal supuesto es precisamente el hecho imponible gravado con este impuesto.

2.- En cuanto a la modalidad de OS podría argumentarse que sí puede operar la afección legal en algún supuesto, cuando exista una transmisión de bienes o derechos tipificada como operación societaria (por ejemplo, la aportación de bienes o derechos a una sociedad con motivo de su constitución, ampliación de capital, para reponer pérdidas, o la adjudicación de bienes a los socios por disolución social o disminución de capital). En cambio, no procedería en otros casos en que no hay tal transmisión, tales como el traslado de domicilio social.

3.- En cambio, es claro que tal afección NO PROCEDE EN AJD (actos jurídicos documentados) (tales como declaraciones de obra nueva, segregaciones, divisiones materiales o horizontales, constitución y cancelación de hipoteca, etc). El impuesto de AJD no grava una transmisión, sino un documento (notarial, mercantil o administrativo).

En concreto, el gravamen gradual de documentos notariales (al 1 %) está gravando el documento mismo, en la medida que contenga determinados actos (inscribibles, valuables y no sujetos a TPO, OS ni ISD) pero no está gravando el acto, sino el documento, como lo prueba el que sólo se devenga si se formaliza y cuando se formalice el documento notarial.

Por tanto, al no ser AJD un impuesto que grave una transmisión, no existe la afección legal, por lo que en ningún caso debe inventarla ni crearla el Registrador de la Propiedad. Cuestión distinta es si se quiere advertir al legislador de la conveniencia de crear una afección legal específica para este impuesto, (que, repetimos, no grava una transmisión, sino un documento), pero lo cierto es que, de momento, no ha sido creada ni, por tanto, existe tal afección.

4.- Tampoco procede en cualquier caso en que se alegue o aplique un beneficio fiscal pendiente de cumplir requisitos futuros, sino sólo cuando se trate de una “transmisión”, pues así lo exige la redacción del art. 5 de la ley, y 5 y 122 de su Reglamento, que hablan de “nota marginal de afección de los bienes transmitidos”.

Tampoco cabe discutir esta conclusión con argumentos sobre la conveniencia de una reforma legal futura.

2ª.- Cuando estemos ante una auténtica transmisión de un bien o derecho, solo queda afectado el bien o derecho transmitido.

Por tanto, en la transmisión de un derecho real distinto del dominio, sólo queda afecto tal derecho, y no el dominio mismo.

Por ejemplo, si se constituye a favor de otra persona (o transmite, que a estos efectos es lo mismo) un derecho de arrendamiento, o de usufructo, o de servidumbre, o de opción de compra, o cualquier otro inscribible en el Registro de la Propiedad, lo correcto es afectar tal derecho real, y no afectar la finca misma, que sería tanto como decir el pleno dominio, pues no es éste el derecho transmitido.

En el caso particular de la desmembración del dominio (ya sea que se transmita la nuda propiedad reservándose el usufructo, o al revés), es claro que queda afecto el derecho que se transmita (pues así lo dispone la primera afección legal que estudiamos, esto es, la relativa a los bienes o derechos transmitidos), pero, además, entra en juego la segunda afección legal que estudiamos (la específica de desmembración del dominio) que, por expresa previsión legal, no habla de la afección de bien o derecho transmitido, sino de la “afección del bien”, esto es, del pleno dominio de la finca objeto de desmembración.

ARRENDAMIENTOS.

1.-P: ¿Es posible la inscripción de un arrendamiento sobre cuotas indivisas de un piso?

R: En principio, el objeto del arrendamiento deben ser “*una edificación habitable cuyo destino principal sea el de vivienda u otro uso distinto*” – artículos 2 y 3 de la LAU-, lo que implica que deba consistir en una unidad arquitectónica o parte de ella susceptible de satisfacer su destino, por lo que, en principio, no puede constituirse el arrendamiento sobre una cuota indivisa de una vivienda.

Cuestión distinta es la de si por acuerdo de los titulares de la mayoría de las cuotas es posible arrendar una vivienda entera por tratarse de un acto de administración o mera explotación –art. 398 Código Civil- como señalan las resoluciones de la DGRN de 7 de abril de 1938 y 22 de abril de 2006, quedando siempre a los condueños disidentes el derecho de acudir a los Tribunales si consideran lesionados sus intereses.

Sin embargo, esta resolución ha sido derogada por la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Alicante –confirmada por sentencia de 14 de enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Alicante-, las cuales siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1990, señalan que el arrendamiento si bien es un acto de administración, se convierte en acto de disposición si se pacta un largo tiempo de duración, unas estipulaciones

especiales o si por la inscripción concede una especie de derecho real al arrendatario y ello hace, por tanto, necesario el consentimiento de todos los conductores.

2.-P: Se presenta una escritura de venta de un piso arrendado en que el notario señala que intentada la notificación personalmente al arrendador, ésta ha sido rechazada por el portero del edificio en que aquél se encontraba. ¿Es suficiente esta notificación?

R: Según resolución de 17 de marzo de 2005, a los efectos previstos en el artículo 25.5 de la LAU, no es imprescindible que las notificaciones hayan llegado a conocimiento efectivo del arrendatario, sino que la venta será inscribible con tal de que la notificación se haya producido con arreglo a las leyes, sin que sea exigible que haya llegado a conocimiento efectivo del arrendatario, dada la multiplicidad de vicisitudes que pueden darse y por las que la llegada de la notificación a su destino puede verse frustrada (ausencia del domicilio en el concreto momento de la personación del notario, inexistencia de vecinos o portero que se haga cargo de la notificación, etc).

Sin embargo, en sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007 se exige que la notificación al arrendatario sea efectiva, es decir, que éste ha de tener un conocimiento real, y no meramente formal o ficticio, de la misma. Y por las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo y 7 de julio de 2008 se derogó del artículo 203 del Reglamento Notarial el inciso que atribuía efectos de notificación a la negativa a recibir la notificación de persona distinta del interesado o su representante, porque *“se aparta del régimen general de las notificaciones establecido en el art.59 de la Ley 30/1992, en materia sujeta a reserva de ley, estableciendo un supuesto de notificación no previsto por la Ley e incompatible con la misma –la citada de 1992- la cual rige en defecto de regulación en la Ley Notarial”* y, además, porque *“dicha previsión va en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que la finalidad propia de la notificación es la llevar a conocimiento de los interesados las decisiones que les afecten para que puedan adoptar las medidas que estimen oportunas, lo que puede justificar el darla por efectuada cuando los interesados o sus representantes son los que hacen inviable la notificación, de cuya existencia, no obstante toman conocimiento; pero resulta altamente cuestionable si ello se produce por la negativa de un tercero”*.

Con base en todo ello se considera válida la notificación efectiva a cualquier persona que se encuentre en el domicilio del interesado e incluso la no efectiva si se ha intentado dos veces, al menos una de ellas por correo con acuse de recibo –artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial-, pero sólo la negativa del interesado o la de su representante a recibirla –no de un tercero-, permite tenerla por efectuada.

3.-P: Se presenta escritura de dación en pago de deuda de 94 elementos independientes de los 95 que integran la división horizontal. Señala el Notario que de ellos 46 están arrendados, algunos son de renta antigua, y que el adquirente se subroga en la condición de arrendador. Se configura como una operación global, sin desglosar los valores asignados a cada finca de manera individual y sin notificar a ninguno de los inquilinos. La deuda está garantizada con hipoteca sobre los elementos independientes y, como consecuencia de la dación, queda extinguida la obligación y se solicita la cancelación de la hipoteca por confusión de derechos.

¿Sería necesario notificar a los inquilinos sometidos a la Ley de 1.964 en aplicación del art. 47 de la misma que incluye expresamente el supuesto de cesión solutoria?

R: La Resolución de la DG de 10 de diciembre de 2007 cuando señala que en la dación en pago de deuda no existe derecho de tanteo y retracto se refiere a la Ley de 1994, pero el artículo 47 de la Ley de 1964 disponía que: *“1. En los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, podrá el inquilino o arrendatario utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o local que ocupare, en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.”* Parece, por tanto, que en la ley anterior sí se preveía la posibilidad de ejercitar los derechos de adquisición preferente en los supuestos de dación en pago.

Por otro lado, tampoco se ve en la ley de 1.964 una previsión similar a la que contiene la ley actual (art. 25-7 LAU) que excluye el derecho de tanteo y retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble. Esta precisión que añade la nueva ley está tomada de la jurisprudencia anterior, por lo que, de acuerdo con ella, no procederá el tanteo y retracto en el caso analizado.

Por tanto, en este caso ¿debe exigir que se notifique a todos los arrendatarios o sólo a los que lo son de renta antigua, dado que la nueva LAU ha restringido el derecho de adquisición preferente al supuesto de “venta de la vivienda arrendada” (cfr. art 25.1 LAU), excluyendo la dación en pago, o cesión solutoria en terminología de la primitiva ley, que sí incluía la Ley de 1964?

En resumen, de acuerdo con estos criterios, el derecho de retracto no procederá respecto de los arrendamientos anteriores a la Ley 1994 porque la jurisprudencia

ya había excluido su aplicación para el caso de venta de todos los elementos de un edificio (por ello se incorporó al texto de la nueva ley); y respecto de los arrendamientos sometidos a la ley vigente por no existir el derecho de adquisición preferente en los casos de dación en pago y, además, por aplicación expresa del apartado 7 del artículo 25 al venderse todos los elementos que tiene el arrendador que formen parte de un mismo inmueble.

Sin embargo, por el compañero que plantea la pregunta se argumenta que no está tan claro que la jurisprudencia referida a la antigua LAU sea tan conforme con la jurisprudencia más reciente. Así sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo y 10 de noviembre de 2010, aun partiendo de la idea básica de que *“existe un criterio jurisprudencial mayoritario conforme al cual no procede el derecho de retracto ni el de tanteo cuando el arrendador enajena una porción de la finca mayor que la que detenta el arrendatario”*, terminan señalando que: *“Negar el derecho de retracto ejercitado al amparo del LAU 1964, por producirse una enajenación, en bloque, de varios pisos o locales de un edificio, supondría, como indica la citada sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2000, así como también la más reciente de 24 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3923) (RC 753/2006), dejar en manos del propietario-arrendador y del nuevo adquirente la facultad de decidir si el arrendatario puede ejercitar o no un derecho que tiene legalmente reconocido”* La STS Número 681/2010 de 10 de noviembre aclara que, aunque la LAU de 1994 opta por una solución distinta para el mismo supuesto de hecho en su artículo 25-7, el conflicto deber resolverse dentro del marco normativo fijado por el TRLAU 1964, conforme al cual procede el derecho de retracto cuando en la escritura de compraventa, pese a que se de un precio global por la adquisición de los pisos o locales, aparece cada uno de estos inmuebles perfectamente individualizado.

Por el contrario algunos opinaron que no se trata del mismo supuesto de hecho ya que en el caso planteado se enajenan TODOS los pisos o locales que el arrendador tiene en el edificio, y no se trata de que se hayan agrupado algunos para evitar fraudulentamente el ejercicio del derecho de adquisición preferente por los arrendatarios. Estas sentencias citadas recogen el sentido de otras muchas que entendían quedaban incluidos en el retracto la venta de una planta (S. 6 de febrero de 1968), de varios pisos por un solo precio (SS. de 29 de marzo de 1958, 12 de noviembre de 1957, 9 de febrero de 1968 y 22 de abril de 1969), de vivienda arrendada y anejo inseparable sin arrendar (R. de 21,22 y 23 de septiembre de 1983). En el caso ahora planteado, estando gravados todos los elementos (excepto uno) con hipoteca favor de una entidad financiera, que los recibe a cambio de extinguir la obligación y que, simultáneamente, solicita la cancelación del derecho real, permite entender que se trata de una operación global, de un negocio cuyo objeto es el conjunto de las viviendas y locales transmitidos como un todo, y no cada uno de ellos en singular, por lo que no habría identidad entre el objeto del negocio y el del eventual derecho de retracto.

Finalmente se acordó que, siendo una cuestión de interpretación tan delicada y en la que pueden entrar en juego factores que escapan de la calificación registral, lo más adecuado sería exigir la notificación a los inquilinos para que, en caso de discrepancia, decidan los tribunales. No estando claro en la ley la exclusión de los derechos de adquisición preferente en el supuesto analizado, y teniendo como único dato la existencia de los arrendamientos, es conveniente exigir la notificación sólo respecto de los arrendamientos sujetos a la ley de 1964.

Respecto de la segunda cuestión, el problema de la existencia del tanteo y retracto en los casos de dación en pago siempre ha planteado discusión precisamente por su similitud con la compraventa. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia más reciente tienden a excluir la aplicación de estos derechos de adquisición preferente en estos supuestos. Así la resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 2007 concluye diciendo que la dación en pago no es causa de nacimiento del derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario, ya que es una forma especial de pago distinta de la compraventa (sin perjuicio de que se puedan aplicar analógicamente algunas normas de ésta) y, por tanto, no está incluida dentro del tenor literal del artículo 25 de la LAU. Y ello con base a los siguientes argumentos:

a) La dación en pago es un contrato por el cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos y que éste voluntariamente acepta como pago de su crédito; se trata, por tanto, de una forma especial de pago por el que el deudor o un tercero, con el consentimiento del acreedor, realiza con finalidad solutoria una prestación distinta de la debida.

b) Las normas que regulan el derecho de adquisición preferente del arrendatario en sede de arrendamientos urbanos han de ser objeto de interpretación estricta, ya que limitan las facultades dispositivas inherentes al dominio de los bienes arrendados. La literalidad del artículo 25-1 de la LAU establece el derecho de adquisición preferente únicamente para el caso de venta de la vivienda arrendada, sin extenderlo a supuestos distintos, como hace, por el contrario, el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por lo que no procede ampliarlo por voluntad del intérprete.

Es cierto que en algunos casos la adjudicación en pago puede constituir un negocio simulado o un negocio indirecto con propósito de aparentar externamente una realidad jurídica distinta a la venta realmente perseguida por las partes, pero dichas circunstancias quedan fuera del ámbito competencial del Registrador en el ejercicio de su función calificadora.

Nótese, además, que en el caso que ahora nos planteamos existe una previa obligación garantizada con la hipoteca sobre todos los elementos transmitidos,

cuya cancelación se solicita como consecuencia de la extinción de la obligación, por lo que no parece que exista tal simulación.

Y, respecto de la jurisprudencia, frente a la clásica que entendía la dación en pago como un negocio jurídico similar a la compraventa y consideraba el crédito como precio del bien dado en pago (STS de 13 de febrero de 1989 y de 8 de febrero de 1996), la doctrina más reciente considera la dación en pago como un negocio atípico y convencional, en el que la intención de las partes no es celebrar un contrato de compraventa generador de obligaciones recíprocas, sino extinguir una obligación previa; es una forma especial de pago que, aunque tiene analogías con la compraventa y con la novación, presenta caracteres propios por su finalidad extintiva de las obligaciones que la diferencian de las dos figuras jurídicas citadas (STS de 27 de septiembre de 2002 y de 21 de octubre de 2005).

4.-P: Sobre una finca matriz consta inscrito un arrendamiento en los siguientes términos: *“dan en arrendamiento el único local que destinado a tienda existe en la planta baja de la casa descrita, dedicándose actualmente a establecimiento de ferretería, a la sociedad mercantil regular colectiva X, el plazo de duración del contrato se fija en 10 años... que han empezado a correr y contarse desde el día 15 de julio del referido año 1943. El plazo de duración que ahora se fija podrá prorrogarse por períodos consecutivos de 10 años por la sola voluntad de la sociedad arrendataria, bastando para ello que la citada sociedad lo comuniqué por escrito con anticipación por lo menos de 6 meses a los arrendadores... También establecen ambas partes, por tenerlo así expresamente acordado, que si los señores X vendieran en su totalidad o en participaciones la casa descrita durante la vigencia del presente contrato y de su prórroga o prórrogas, tendrán necesariamente que imponer al comprador o compradores y por éstos ser aceptada la obligación de respetar íntegramente todas las condiciones fijadas en la escritura que se inscribe, a cuyo cumplimiento quedarán sometidos en forma expresa y terminante.”* En el acta de inscripción se inscribe “el derecho de arrendamiento del local de esta finca expresado al principio”.

La inscripción se practicó el día 4 de junio de 1.945, con fecha 21 de mayo de 1.985 se vendió la casa a la Empresa Municipal de la Vivienda SA y con fecha 8 de septiembre de 1.990 se procedió a su división horizontal en 11 fincas (1 local comercial sito en la planta baja y 10 viviendas) y en todas se arrastra como carga el arrendamiento.

Ahora llega la venta de una vivienda, ¿puede cancelarse de oficio el arrendamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Reglamento Hipotecario? o ¿me limito a arrastrarlo como carga sin más?

R: En primer lugar se entiende que existe un error en el arrastre de cargas y que el arrendamiento sólo debió arrastrarse en el nuevo local al ser éste único y no existir, en consecuencia, duda alguna que era el objeto arrendado en virtud de la aplicación del principio de subrogación real.

Por tanto, podrá cancelarse esa mención o arrastre en los pisos de oficio por el registrador pues el arrastre de cargas no da fe pública de las mismas, sino que esa la da el asiento en que se encuentren inscritas y, por tanto, dicho arrastre ni está bajo la salvaguarda de los tribunales, ni vincula a los registradores que en los asientos futuros deben adaptarse al real contenido de las asientos registrales (resolución de la DGRN de).

Por lo que se refiere a la cancelación por caducidad del arrendamiento en el propio local, en este caso innecesaria como se ha indicado, se debe aplicar el artículo 7 del RD 297/1996 que señala que siendo el arrendamiento de más de 5 años de duración se cancelará de oficio una vez que haya transcurrido el plazo pactado y no conste en el Registro la prórroga del contrato.

Ahora bien, esta norma sólo es aplicable a los arrendamientos posteriores al 1 de enero de 1995, respecto de los anteriores habrá de estarse a lo señalado en la disposición transitoria de la LAU 29/1994, según la cual los arrendamientos de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 a favor de personas jurídicas y destinados a actividades comerciales, como es el caso, que a la entrada en vigor de la ley se encontraran en situación de prórroga legal, se extinguirán –y podrá cancelarse su asiento registral- a los 20 años de la publicación –no entrada en vigor- en el BOE de la Ley, es decir, el día 24 de noviembre de 2014. En consecuencia, a menos que se acredite que no han existido prórrogas antes de la entrada en vigor de la LAU, no se podrá cancelar la inscripción del arrendamiento sobre el local hasta que llegue la fecha señalada.

CONCURSO.

1.-P: Se trata de la enajenación de una finca hipotecada de una sociedad concursada. Se plantean las siguientes cuestiones:

1) Comparecen sólo dos de los administradores concursados diciendo que el tercero nunca aceptó. ¿Es posible? Art. 29 y 35.3 Ley Concursal.

2) Es necesaria la autorización judicial aunque los administradores dicen que es un acto inherente a la continuación de la actividad empresarial. Hay que tener en cuenta que la finca está hipotecada y se vende con subrogación en la hipoteca, sin consentimiento del acreedor, y por precio igual al importe pendiente del

préstamo. (Parece que la compradora es sociedad patrimonial del Banco titular de la hipoteca). Arts. 43, 44.2, 58 y 155 Ley Concursal.

R: Respecto de la primera cuestión ya se ha comentado en casos anteriores de este Seminario que según el artículo 35 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma colegiada. Por lo tanto, la comparecencia y aprobación del acto por dos de los tres administradores, prescindiendo del tercero, no es válida, salvo que, por cualquier circunstancia, sólo estuvieran en el ejercicio del cargo temporalmente dos administradores, lo cual deberá acreditarse. Por lo tanto, en este caso se entendió que era necesario acreditar por el Juzgado de lo Mercantil la circunstancia de hallarse sólo dos de los administradores concursales en el ejercicio del cargo, en cuyo caso la actuación habrá de ser mancomunada, salvo para el ejercicio de las competencias que el Juez les atribuya individualizadamente (artículo 35.3 Ley Concursal), no bastando la simple manifestación de los otros dos administradores de la no aceptación del cargo del tercero.

Y con relación a la segunda cuestión, más de fondo, se dijo que en principio es posible la realización de actos de enajenación inherentes a la actividad empresarial o profesional del deudor, y que tal determinación corresponde a la administración concursal. Si sólo fuera este el problema no sería necesaria la autorización judicial, sino únicamente la intervención de los administradores prestando aceptación o conformidad, con la salvedad antes expresada en cuanto a su modo de actuación. Sin embargo, en el caso planteado entra en juego también el tema del crédito privilegiado que tiene un trato especial y que parece que requiere siempre autorización judicial.

En efecto, hay que tener en cuenta, por un lado, que los acreedores con garantía real sobre los bienes del concursado afectos a su actividad empresarial, no pueden iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56 LC) y, en cualquier caso, que los convenios de realización de bienes hipotecados exigen siempre aprobación judicial (art. 610 LEC). Y, por otro lado, que el art. 155 LC, relativo al pago de créditos con privilegio especial, les dedica un tratamiento especial por la singularidad que éstos presentan., estableciendo su apartado 3 que “cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a crédito con privilegio especial, el Juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al

pago de crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos”.

Parece por consiguiente que se requiere, en todo caso, la autorización judicial por tratarse de la enajenación de bienes afectos a crédito con privilegio especial, con independencia del hecho de que se trate de una enajenación inherente o no al giro o tráfico de la empresa.

DACIÓN EN PAGO.

1.-P: Escritura de dación en pago de deuda otorgada por una mercantil a favor de un socio. Una mercantil se encuentra representada por un administrador solidario A con cargo inscrito y adjudica en pago de unas deudas 10 fincas a una persona física B que es socio de la sociedad, además de ser el otro administrador solidario.

Se incorpora certificación expedida por el administrador solidario B, a su vez adjudicatario de las fincas, cuya firma legitima el notario, de la que resulta que se adoptan por unanimidad los siguientes acuerdos:

1º. Compensar en parte, las aportaciones económicas realizadas por los socios de esta sociedad que a continuación se indican, las cuales se efectuaron para sufragar las dificultades económicas habidas en el desarrollo de la actividad, y que según consta en los libros de contabilidad, a la fecha de la presente Junta General, suman los siguientes importes: el socio B 1.900.000 euros. Aportados mediante distintas entregas efectuadas entre el día 17 de julio de 2007 y el 8 de octubre de 2010.

Y en el otorgamiento la mercantil, en pago de parte de la deuda reconocida a favor de B, cede y transmite a éste las 10 fincas descritas. Una vez efectuada la presente dación en pago de la deuda a favor de B queda reducida en 1.300.000 euros.

Se pregunta sobre el posible defecto por no identificarse los medios de pago de las aportaciones del socio B a la sociedad.

R: De los hechos planteados resulta que se documenta una cesión de bienes en pago de parte de deuda reconociéndose en el propio título que tal deuda deriva de previas aportaciones realizadas por el socio mediante distintas entregas efectuadas entre el 17 de julio de 2007 y 8 de octubre de 2010, sin que se indique de manera alguna la identificación de los medios de pago utilizados para las aportaciones referidas.

La Ley 36/2006 de 29 de noviembre de medidas para la prevención del fraude fiscal, que publicó el BOE del día 30 del mismo mes y año y entró en vigor al día siguiente, es decir, el día uno de diciembre de 2006, ha introducido nuevos requisitos en los documentos que acceden al Registro dirigidos a luchar contra el fraude en el sector inmobiliario, en el que las novedades se dirigen fundamentalmente, como señala la propia exposición de motivos, a la obtención de información que permita un mejor seguimiento de las transmisiones y del empleo efectivo que se haga de los inmuebles. Para lograr ese objetivo, se establece la obligatoriedad de la consignación del Numero de Identificación Fiscal de los comparecientes e intervinientes en los documentos públicos relativos a actos y contratos sobre bienes inmuebles, así como de la constatación de los MEDIOS DE PAGO empleados y de la consignación de la referencia catastral de los inmuebles, todo ello para posibilitar una correcta e indubitada identificación de las fincas afectadas, las personas relacionadas con el negocio y el dinero movilizado en el mismo.

Para conseguir tal finalidad se modificaron, además de la Ley del Notariado, determinados artículos de la Ley Hipotecaria, en lo que aquí nos interesa, se introdujo en el artículo 21 el apartado número 2, “*2. Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el párrafo anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.*”; y el apartado 3 en el artículo 254, “*3. No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, si el fedatario público hubiere hecho constar en la Escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados.*”

La DGRN, en su resolución de 18 de mayo de 2007 afirmó expresamente “*la competencia del Registrador en esta materia, de forma que, más allá de los supuestos en que el Notario ha hecho constar la negativa a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados, aquél deberá comprobar que el documento contiene una identificación completa de los medios de pago empleados, en los términos exigidos por el artículo 24 de la Ley del Notariado y su desarrollo reglamentario, debiendo examinar y, en su caso, suspender la inscripción cuando en dicha identificación se haya incurrido en alguna omisión.* El argumento consiste en que si el apartado 2 del artículo 21

de la Ley Hipotecaria (añadido por la Ley 26/1996 de fraude fiscal) ha impuesto como obligatorio la expresión en los documentos inscribibles, además de las circunstancias previstas en el número anterior, de la identificación de los medio de pago empleados por las partes en los términos del artículo 24 de la Ley del Notariado, la consecuencia de omitir cualquiera de estas circunstancias es la del que el título ha de considerarse incompleto y, como tal, no susceptible de inscripción. Posteriormente, en sendas resoluciones de 2 de junio de 2009, el centro directivo señala que la Ley ha querido que la efectividad de sus prescripciones quede garantizada al fijarse como requisito necesario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de tales escrituras (cfr. E.M. de la Ley 36/2006). De manera similar ocurre con el cierre registral por falta de acreditación del pago de los impuestos. Este fin se compadece mal con interpretaciones que reduzcan las facultades de control que en este ámbito desarrollan los registradores. Por ello, frente a una interpretación literal del artículo 254.3 de la L.H. que entiende que se cierra el Registro únicamente cuando el notario ha hecho constar en la escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los medios de pago, señala que la actuación del Registrador no se limita sólo a los casos en que medie tal negativa. Así se señala que *Si no fuera así existiría una contradicción entre el artículo 254.3 L.H. y los artículos 21 y 22 L.H. Y tal contradicción no existe porque el artículo 254.3 no restringe las consecuencias de suspensión de la inscripción que resultan de los artículos 21 y 22, sino que se refiere de forma distinta a los mismos supuestos de hecho, o si se quiere existen dos supuestos distintos de cierre registral, el del artículo 21 -identificación incompleta- y el del 254-3 -negativa a la identificación-. Se dice, además, en estas resoluciones que “En caso de que el notario por error o inadvertencia no haya hecho constar expresamente tal advertencia en la escritura, tal omisión no debe impedir la actuación calificadoria del Registrador, pues ello produciría el absurdo de extender las consecuencias de dicho error al ámbito registral.*

Pues bien, dentro de este contexto, documentándose en la escritura una dación en pago de deuda derivada de aportaciones efectuadas mediante distintas entregas entre el día 17 de julio de 2007 y 8 de octubre de 2010 debe identificarse los medios por los que tales aportaciones se realizaron con las exigencias de identificación que resultan del artículo 24 Ley del Notariado y 177 del Reglamento Notarial, según redacción que resulta del Real Decreto 1/2010, en vigor desde el 20 de enero. Esto es, para que se entiendan suficientemente identificados los medios de pago debe constar en la escritura por soporte documental o por manifestación los elementos esenciales que son:

Si el medio de pago fuera CHEQUE será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe.

Si es TRANSFERENCIA se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria.

En caso de pagos en METÁLICO, deberán constar en la escritura por manifestación los importes recibidos.

Es cierto que tales aportaciones previas no son objeto de inscripción en el Registro, y que, en principio, pueden considerarse ajenas al contrato de dación en pago que es lo que, en su caso, se inscribiría en el Registro, por lo que quedaría al margen de la calificación registral. No obstante, dado su carácter de causa directa e inmediata con el negocio documentado y su constancia en el propio título aportado como antecedente necesario del mismo, hace que no pueda el Registrador prescindir en absoluto de su examen, so pena de desvirtuar su propia función y dar acogida a un documento en contra de las previsiones de la Ley 36/2006. Piénsese en lo fácil que quedaría burlado el texto y el espíritu de la ley si cualquier contrato traslativo de la propiedad en que mediara precio se sustituyera por una dación en pago, precedida de una entrega de metálico cuya obligación de devolución quedara inmediatamente extinguida a continuación como consecuencia de aquélla. Así lo ha señalado también la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 28 de enero de 1999 (B.O.E. 3-3-99), *“en aquellos supuestos, como el presente, en que la transmisión previa de créditos consta en el mismo título en que se formaliza la cesión de bienes en pago, no puede el Registrador prescindir en absoluto de su examen, so pena de desvirtuar su propia función, dando acogida en los libros del Registro a actos que a su juicio están viciados, dejando bajo la salvaguardia de los Tribunales los asientos practicados y amparados por la presunción legal de existencia validez de los derechos inscritos (cfr. Artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria).”*

Esta interpretación, respetuosa con el espíritu y finalidad de la ley, viene avalada, además, por la Resolución DGRN de 9 de julio de 2009 (B.O.E. número 213, de 3 de septiembre de 2009) que extiende la identificación de los medios de pago al IVA, aún cuando propiamente no formen parte del precio mismo, sobre la base que tal solución *“viene a ratificar la propia finalidad preventiva del fraude fiscal a que responde la Ley 36/2006, finalidad que quedará más ampliamente cubierta con esta solución que con su contraria, debiendo, pues, ratificarse en cuanto a este extremo la calificación del Registrador.”*

Por todos estos argumentos se entendió por los presentes que debía procederse a suspender la inscripción por no identificarse los medios de pago en los términos

previstos en los artículos 21 Ley Notariado y 177 del Reglamento Notarial, en relación con los artículos 21, 22 y 254.3 de la Ley Hipotecaria.

Pero es que, además, como ha escrito Ángel Valero Fernández-Reyes en otro número de estos Cuadernos *"De la dicción de estos preceptos se desprende que la constancia de los medios de pago es exigible en los actos o contratos de trascendencia real relativos a bienes inmuebles, de carácter oneroso y en que, además, la contraprestación consistiere en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente. En definitiva, será aplicable, como regla general, a todos aquellos supuestos inscribibles en que se documente un tráfico de dinero. Respecto de la expresión "precio" del inciso segundo del artículo 24 de la Ley del Notariado y del artículo 177 del Reglamento Notarial, no debe la misma entenderse en sentido estricto, sino como toda contraprestación en dinero, pues esa es la dicción literal de la Ley Hipotecaria, que es la que nosotros debemos aplicar, y porque con un pago dinerario que no sea precio en sentido técnico, también puede cometerse fraude fiscal o lograr un blanqueo de dinero. Lo contrario sería restringir la noción de contraprestación a un mero intercambio entre bienes o derechos y dinero, en el sentido de buscar la equivalencia entre el pago y el valor del bien o derecho adquirido, lo que limitaría su ámbito al fraude en los impuestos indirectos (IVA o ITP), cuando la finalidad de la Ley es la lucha contra el fraude fiscal en todas sus facetas. Por último indicar, que aunque el IVA no forma parte del precio o contraprestación del negocio, entiendo que deberá identificarse también el medio de pago utilizado para su satisfacción, si en la escritura se declara el pago de la cuota por el adquirente al transmitente, dado que dicho pago supone un desplazamiento dinerario. La ley, en definitiva, exige la constancia no sólo del precio en sentido estricto, sino de cualquier contraprestación dineraria que traiga su origen y se refleje en el negocio que se inscribe. Respecto de los impuestos de transmisiones y sucesiones, dado que su pago no se refleja en la escritura, tampoco será necesario que se identifique el medio de pago. La expresión legal, como requisito de sujeción, de que "la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero", nos lleva a entender incluidos en la necesidad de identificar los medios de pago a los siguientes actos y contratos: 1.- La permuta con entrega de parte del valor en dinero y la dación en pago de deuda si existe diferencia en metálico, pues reúnen todos los requisitos legales antes expuestos de transmisión del dominio, onerosidad y pago de precio."*

DERECHO DE OPCIÓN.

1.-P: Existe inscrito un derecho de opción sobre un edificio entero con un plazo que vencía en octubre de 2010. Luego se inscribió la constitución del régimen de propiedad horizontal.

Luego, según manifiestan se otorgó un documento privado de ampliación del plazo de ejercicio de la opción y de su transformación en un derecho individual sobre cada piso.

Ahora, como consecuencia de unas ventas de determinados pisos, quieren:

1º- no elevar a público ni inscribir la modificación del derecho de opción y

2º- cancelar, por haber transcurrido el plazo de ejercicio, el derecho de opción, con consentimiento del optante, pero sólo de los pisos que se vayan vendiendo. ¿Es posible?

R: Se estima que no porque el objeto inscrito del derecho de opción es el edificio en su conjunto y, por tanto, reconocido por su titular la extinción del mismo por su no ejercicio, lo que procede es la cancelación de todo el derecho de opción y no de parte.

Es como si constituida una hipoteca sobre una finca, luego ésta se dividiera en varias sin distribuir la responsabilidad hipotecaria, supuesto permitido por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, y luego se pretendiere cancelar la hipoteca respecto de una de ellas por pago parcial –artículo 124 LH- sin inscribir previamente la distribución.

Así se deduce *a sensu contrario* de la resolución de la DGRN de 11 de marzo de 1993 que indica que el derecho de opción sólo puede ejercitarse sobre la parte de la finca que específicamente constituyo su objeto, no sobre otras partes de la misma.

2.-P: Se presenta un acta notarial de cancelación de opción de compra por el transcurso del plazo de ejercicio, a los seis meses de su finalización. Comparecen en el acta representantes de una Caja, titular registral de la finca, diciendo que han citado mediante burofax a determinada entidad, titular de la opción, para que otorgue una escritura de cancelación, y el notario incorpora fotocopia del burofax.

En dicha fotocopia aparece como remitente la Caja y firmada la carta del burofax por determinada persona en su nombre y como destinatario la sociedad titular de la opción. Al no comparecer en la notaría en la fecha que se le indicó la sociedad, la Caja otorga la cancelación por sí sola. ¿Es fehaciente el burofax y en su contenido? ¿Debe acreditarse la representación de la Caja del firmante?

R: Empezando por la segunda cuestión, por supuesto que debe acreditarse la representación de la Caja, conforme a las reglas generales del recogidas en el

artículo 98 de la Ley 24/2001 en su redacción de la Ley 24/2005, sin perjuicio que se pueda suplir su falta, en la medida que sea posible, con la consulta al Flei.

Respecto de la primera pregunta, el burofax no tiene el carácter de notificación fehaciente, por lo que la misma debe tenerse por no efectuada. Ahora bien, aunque la notificación hubiere sido fehaciente, tampoco se podría haber practicado la cancelación del derecho de opción porque:

a) Si se solicita por caducidad pura, es necesario que hayan transcurrido cinco años desde su vencimiento, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado o entablada reclamación judicial, como establece el artículo 177 del Reglamento Hipotecario.

b) Y si se solicita sólo por el no ejercicio, salvo pacto de cancelación unilateral por el titular del dominio por el simple transcurso del plazo, que no existe en este caso, será necesario consentimiento expreso del titular de la opción –que la puede haber ejercitado extrarregistralmente- o decisión judicial en procedimiento entablado contra el mismo, como resulta de la doctrina de la DGRN recogida entre otras en las resoluciones de 27 de marzo de 2000 y 23 de abril de 2003.

DERECHO DE RETRACTO.

1.-P: ¿Es posible pactar un retracto convencional en una disolución de gananciales a favor del cónyuge no adjudicatario?

R: Se considera que sí, siguiendo el criterio de una resolución de la DGRN de 1966, al estimarse que existe justa causa, si bien sujeto a la limitación de 10 años del artículo 1508 del Código civil.

DOCUMENTOS PÚBLICOS.

1.-P: Consulta sobre la corrección de las copias electrónicas que envían los notarios en que al imprimirlas sólo se indica que es copia electrónica, pero ni se imprime el nombre del notario firmante ni un localizador ni un código de barras, como ocurre con nuestra firma electrónica y que al parecer exige la legislación general sobre la materia.

R: Los documentos públicos deben, como regla general, reunir unos requisitos de autenticidad para su admisión por el Registro de la Propiedad, que vienen impuestos por 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 112 de la Ley 24/2001).

Por su parte la Ley de Administración Electrónica 11/2007, en su artículo 30 señala que “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.”.

Pero sólo la firma electrónica reconocida, es decir, la basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel (artículo 3 apartados 4 y 5 de la Ley de Firma Electrónica de 19 de diciembre de 2003).

Como la impresión de las copias electrónicas de escrituras notariales remitidas telemáticamente no incorporan ese “código seguro de verificación” ni otro tipo de código –salvo una mera indicación literal- que pruebe que ha sido firmado electrónicamente, pudiera pensarse, en principio, que no son válidas para la inscripción.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el carácter secreto del protocolo notarial que, en principio impediría ese contraste del documento electrónico con la matriz y, en segundo término, que la firma electrónica es más que un código seguro de verificación, pues debe incorporar un sellado de tiempo, del que carece éste código, que permita comprobar también que, en el momento de la expedición del documento electrónico, el funcionario correspondiente tenía vigente el cargo y, además, para actuar en el lugar de la expedición.

Por ello se ha hecho necesario para la presentación telemática notarial, como deberá hacerse con la administración y los juzgados, establecer un canal de acceso telemático que permita la interconexión telemática a través de las redes o plataformas corporativas colegiales de validación (ex artículo 107 Ley 24/2001), que efectúen automáticamente esas comprobaciones de validez y vigencia de la firma electrónica, lo que excluye la necesidad de la comprobación por parte del Registrador.

Dichos documentos se deberán incorporar -o redactarse íntegramente-, como es sabido, a un formulario en formato XML, en el que se incluirán los datos necesarios para permitir la recepción de dichos documentos fuera de las horas de oficina de los registros y su vinculación, a efectos de la publicidad registral, a la finca o fincas afectadas e, igualmente, incorporará en una de las etiquetas del referido formulario, un Código Seguro de Verificación y/o un Código Hash que permita la comprobación automatizada de la integridad del documento presentado.

Además, debe de tenerse en cuenta que la finalidad legal de la copia electrónica notarial es únicamente producir la presentación y, en su caso, inscripción en el Registro de la Propiedad, no la circulación del mismo, por lo que desde este punto de vista, tampoco puede exigirse el código seguro de verificación, que lo tendría, en todo caso, el certificado del Registrador del contenido de los documentos, electrónicos o no, archivados en su oficina.

Por tanto, sólo en el supuesto de que el documento que se acompañe al formulario XML sea un simple PDF que contenga un escaneo con fotocopia de la matriz o copia autorizada en papel de la misma, es decir, que en su parte final contenga la expresión “es primera copia autorizada“ o la firma manuscrita del notario, y sin perjuicio de las posibles diligencias de incorporación a efectos fiscales, debe ser rechazada de la presentación y despacho.

2.-P: Se presenta una declaración, manifestación o constancia de obra nueva en acta. Reúne todos los requisitos que se pedirían a una escritura con el mismo objeto (comparecencia de arquitecto, existencia de licencia, conformidad entre licencia y realidad...). El documento está autoliquidado exento, pero ello no puede ser el motivo de la elección del tipo de documento porque en el impuesto de actos jurídicos documentados no hay diferencia a estos efectos entre escritura y acta. ¿Es inscribible?

R: Según Alfonso Ventoso, una “declaración” de obra nueva no puede hacerse por acta notarial. Las actas, dice, pueden recoger datos físicos, pero ello no es cauce para “declarar” una obra nueva porque ese acto jurídico implica enjuiciar por el notario la conformidad con licencia y el cumplimiento de los demás requisitos legales, que es posible efectuar en un acta.

Además, la declaración de obra nueva es algo más que una mera constatación fáctica, es un instrumento público donde se recogen manifestaciones de voluntad, aparte del cumplimiento de otros deberes urbanísticos, y eso es una escritura no un acta (artículo 144 del Reglamento Notarial). Si el artículo 47 del RD 1093/1997 se refiere expresamente al acta notarial para la constatación de los finales de obra, hemos de entender que la declaración de obra nueva exige un instrumento público de mayor valor.

Otra cosa, se dice, es que en un caso concreto, aunque el notario denomine al documento como de acta, en la realidad, se trate de una escritura pública por reunir todos los requisitos de ésta, y el registrador, apreciando dicha circunstancia, subsane el error de calificación del notario y proceda a inscribir.

FRAUDE FISCAL.

1.-P: Cuando comparece un cónyuge casado y compra para su sociedad de gananciales, ¿es necesario que conste el N.I.F. del cónyuge no compareciente?

R: La lógica de la legislación reguladora de la materia parecería exigir dicha constancia, pues el cónyuge no compareciente es parte en la adquisición, puede considerarse en cierto modo representado –supuesto en que expresamente se exige la constancia del NIF del representado- y puede precisamente estar ocultando su intervención haciendo comparecer al cónyuge.

Sin embargo, la DGRN parece inclinarse, como regla general, en la no necesidad de dicha constancia cuando no se trata estrictamente de una de las personas expresamente mencionadas por la Legislación especial, es decir, comparecientes e intervinientes.

Por otra parte, el artículo 51-9 del Reglamento Hipotecario sólo exige en dichos casos la constancia del nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge y el artículo 159 del Reglamento Notarial el nombre, apellidos y régimen económico matrimonial, lo que parece excluir la necesidad de expresar el NIF.

Ahora bien, podría interpretarse que con la expresión nombre y apellidos –copia de redacciones antiguas- se quiere indicar la necesidad de la identificación personal del cónyuge y esa, hoy en día, viene constituida fundamental por el NIF, no obstante lo cual, mayoritariamente se considera que ni por una ni por otra razón debe exigirse el mismo.

HERENCIAS.

1.-P: ¿Es inscribible una donación de los hijos a la madre de “los derechos hereditarios que cada uno le corresponden por valor de X euros”, valor distinto para cada hijo, y simultaneada la donación con adjudicaciones a los hijos de bienes de la herencia?

R: Sí, porque aun cuando no es posible la renuncia parcial de la herencia, consenten todos los posibles perjudicados y porque, en realidad, dicha renuncia a finca concreta y a favor de persona determinada, implica una aceptación de la

herencia de conformidad con el artículo 999 pº 3 y 1000 nº 1º y posterior donación y como tales tienen que considerarse a todos los efectos.

2.-P: Se presenta una escritura de partición de herencia realizada por la viuda por sí y en representación de sus dos hijos menores, existiendo testamento con “*cautela socini*”. En la partición, la viuda se adjudica la mitad de los bienes por gananciales y el usufructo de la otra mitad, la nuda propiedad de la cual se adjudica por mitades a los dos hijos. ¿Es inscribible?

R: Se trata de una cuestión planteada ya varias veces en este seminario y cuyo resultado ha sido siempre negativo a la inscripción por existir un conflicto de intereses, que hace necesaria la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1060 del Código Civil.

Igualmente ese es el criterio de la DGRN –ver por todas la resolución de 15 de mayo de 2002- que estima que cuando existe una *cautela socini* (fórmula testamentaria por la que los legitimarios reciben más de lo que por legítima les corresponde, pero con un gravamen que suele ser el usufructo del viudo), ello trae consigo una alternativa por la que los legitimarios tienen que optar, y el hecho de que por ellos ejercite esa opción su madre acarrea la contraposición de intereses, ya que la representante se ve directamente afectada por el resultado de la opción.

3.-P: A) inscribe, por herencia intestada de B, su hija, una participación de finca que ésta, a su vez, había adquirido por herencia de C (el otro cónyuge) y D (una hermana).

Es un supuesto claro del artículo 811 del CC, pero en el registro no consta el carácter de reservable del bien. Está inscrita por título de herencia sin más. Ahora traen la escritura de herencia de A a favor de sus hermanas, lógicamente sin hacer referencia a la reserva.

Se pregunta: ¿Se puede valorar la circunstancia de operar el 811? ¿se suspende por no intervenir los reservatarios o no acreditarse su inexistencia? ¿o dado que no consta nada en el registro se inscribe la herencia sin más?, ¿se puede suplir los registradores el incumplimiento de los reservistas de hacer constar el carácter de reservable del bien?.

R: La legislación hipotecaria (fundamentalmente el art. 184 L.H. y art. 265 R.H) ofrece diferentes posibilidades para seguridad a favor de los reservatarios, entre las que destaca el que los obligados a reservar hagan constar nominal y expresamente en el Registro de la Propiedad el carácter reservable de los bienes, consignándose esta circunstancia en el fondo de la inscripción correspondiente.

De estas palabras se desprende que la calidad de reservables de los bienes ha de ser afirmada o reconocida por los “*reservistas*”.

Siguiendo este criterio el Reglamento Hipotecario introdujo acertadas innovaciones, entre las que destaca la de *suprimir* que los Registradores por meras conjeturas o deducciones basadas en la procedencia de los bienes (sobre todo en la reserva lineal del art. 811 Código Civil) pudieran de oficio, por sí, hacer constar la cualidad de reservables en el Registro de la Propiedad.

Por tanto, en tanto los *reservistas* no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores *se abstendrán* de asignarles ese carácter al practicar los correspondientes asientos; y a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos o indicaciones que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones. Con posterioridad a la inscripción la cualidad de reservable de los bienes, cuando proceda, se hará constar por *nota marginal*.

Lo indicado anteriormente ya había sido vislumbrado y afirmado por la D.G.R.N. en las Resoluciones de 5 de marzo de 1910 y 29 de diciembre 1931.

a) Resolución de 5 de marzo de 1910: según el Centro Directivo, la oficiosa indicación hecha por el Registrador al inscribir un documento de efectuar la inscripción sin perjuicio de los derechos que por virtud del art. 811 C.C. puedan pertenecer a parientes de la línea que corresponda, *NO DEBE* estimarse como una verdadera y explícita reserva.

b) Resolución de 29 de diciembre 1931: “No es admisible que el Registrador, por conjeturas más o menos verosímiles, establezca la presunción de ser reservables determinados bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos, porque aquella cualidad no depende exclusivamente de la procedencia inmediata de los bienes en el patrimonio del descendiente, ni el título adquisitivo por parte del ascendiente que se supone reservista, sino también de la existencia de parientes de tercer grado en la línea de procedencia y aun de otras circunstancias cuya apreciación no corresponde al Registrador, y en consecuencia, aquella cualidad sólo puede establecerse eficazmente a los fines hipotecarios *por declaración del reservista*, por acuerdo de los interesados o providencia judicial en uso de las facultades privativas de los Tribunales de Justicia”.

Como resumen de lo expuesto, puede decirse, a los efectos de la cuestión planteada en el Seminario, que la cualidad de reservables de los bienes sólo puede hacerse eficazmente a los fines hipotecarios por declaración del reservista,...., sin que sea admisible que el Registrador, como se ha indicado, por meras conjeturas más o menos verosímiles, establezca la presunción de ser

reservables determinados bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.

Por ello, el Registrador, en el supuesto planteado, debe proceder, sin más, a inscribir en su Registro la escritura de herencia presentada, sin hacer constar en el asiento practicado el carácter reservable de los bienes.

HIPOTECAS.

1.-P: Examen de la hipoteca flotante constituida en garantía de 3 contratos de cobertura del tipo de interés, derivados del préstamo adquisición concedido para la compra de los locales de una conocida entidad de crédito y que afecta a muchos Registro de la Comunidad.

R: Se observan los siguientes defectos que impiden la inscripción:

1.- No consta la legitimación de las firmas de las personas que suscriben el certificado complementario de las facultades de los representantes de una de las entidades acreedoras, que acredite indubitadamente la identidad de las personas firmantes del mismo

Así resulta de la Resolución de la DGRN de fecha 14 de Febrero de 2.007, que establece la necesidad de la legitimación de las firmas de los certificados o documentos complementarios de la representación, la cual debe efectuarse en los términos de los artículos 256 y siguientes del Reglamento Notarial que otorgan competencia al Notario para acreditar que una concreta firma pertenece a una persona determinada, ya por haberse firmado en su presencia, ya por juzgarlo así por otros procedimiento.

2.- El poder del representante de otra entidad acreedora extranjera se trata de un poder especial sin que conste claramente que el poder del subpoderdante se concedió en escritura pública ni que ésta se encuentre inscrita en el Registro Mercantil correspondiente.

Sobre esta cuestión del poder especial se puede ver más extensamente lo recogido en el número anterior de esta revista en el apartado representación. Baste decir aquí que la resolución de la DGRN de 11 de junio de 2004 que señala en relación con la figura del subpoderdante que *"de suerte que no puede considerarse suficiente una indicación como la ahora debatida que ni siquiera contiene el nombre del Notario autorizante y fecha de la escritura originaria del poder,....., y el Notario debe recoger, tomándolos de la escritura de sustitución, los particulares del poder originario relativos a la justificación documental de la existencia de la representación"*.

Y en lo relativo a la inscripción en el Registro Mercantil del poder o cargo del subpoderdante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 2006, declara expresamente la presunción de exactitud y legitimadora de los asientos del Registro Mercantil, los cuales deben prevalecer sobre el juicio notarial o las manifestaciones de la partes sobre la vigencia del cargo social o sobre sus facultades, si se cumplen los requisitos establecidos legalmente para afectar a terceros.

En este contexto debe tenerse en cuenta que el artículo 3 párrafo 209 de los Principios de Derecho Contractual Europeo, señala que la representación subsiste hasta que el tercero tenga noticia o “hubiera debido saber” de su extinción, y añade que “se entiende que el tercero tiene noticia de la extinción de la representación cuando se comunicó o hizo público por las mismas vías por las que se comunicó o hizo público su otorgamiento”, siendo el Registro Mercantil el sistema legalmente establecido para facilitar el general conocimiento de su existencia y vicisitudes posteriores.

3.- Que los instrumentos de cobertura asegurados son del tipo de interés variable “modalidad collar”, es decir, aquella operación que incorpora a la vez un Cap y un Floor, de tal modo que si el tipo de referencia excediese el tipo Cap fijado por las partes, una de ellas –en este caso los acreedores- deberá pagar una cantidad a la otra –en este caso el deudor- una cantidad Cap calculada sobre un importe nominal, y si el tipo de referencia cayese por debajo del tipo floor, la parte que recibió la cantidad Cap –el deudor- deberá ahora pagar una cantidad floor, calculada sobre el mismo importe nominal, a la otra parte –los acreedores-. Si el tipo de referencia oscilara siempre entre el tipo Cap y el tipo Floor, ninguna de las partes hará pago alguno a la otra.

La obligación garantizada será, en consecuencia, la diferencia que pueda surgir, como consecuencia de esa operación, a favor de las entidades de crédito con motivo de la fluctuación del índice de referencia del interés aplicable al préstamo de adquisición que consta garantizado en el número anterior de protocolo del mismo notario.

Sin embargo en la estipulación 2ª de la escritura, al definirse la obligación garantizada, la misma no queda correctamente perfilada, por lo que debe modificarse en los términos expuestos, sin más que añadir los tipos Cap y floor aplicables en cada período de tiempo y la posibilidad de compensación.

4.- Existe, en la misma estipulación 2ª, un error en la determinación del tipo floor desde el día 16 de noviembre de 2013, que se señala en el 2,80%, cuando en los tres contratos de cobertura garantizados figura el 3,18%.

5.- En “la confirmación” de uno de los acreedores faltan folios, lo que impide la perfecta identificación de todas las obligaciones garantizadas dado que faltan datos necesarios para ello en dichos folios, y en la “confirmación” de otro se indica, en un epígrafe, que se trata de una operación acordada entre ¿Bancaja? – no el deudor- y la citada entidad acreedora, lo que no se entiende dado las partes que firman la escritura y el contrato.

Como fundamentos de derecho comunes a estos tres últimos defectos se puede aludir a los artículos 12 y 153 bis de la LH y al principio de determinación hipotecaria que exigen la perfecta y correcta determinación de la obligación asegurada en todos sus términos si ésta existe ya en el momento de constitución de la hipoteca, sin que puedan existir dudas de la obligación realmente garantizada.

6.- Existe una incongruencia entre las estipulaciones 3.2 y 10.4 por un lado y el 5.1 y 5.2 por otro, pues las primeras señalan que la responsabilidad garantizada cubre, entre otros conceptos, los intereses de demora sin discriminación y las costas y gastos judiciales y extrajudiciales derivados de la efectividad o ejecución de la hipoteca; y las segundas establecen una cantidad única de garantía hipotecaria total o por finca.

Además, no consta en la escritura el número de la cuenta de crédito operativa cuyo saldo se garantiza, ni se indica si la que consta en los respectivos contratos de cobertura es esa cuenta operativa, o como parece una cuenta de cargo de diversos conceptos en contra del hipotecante.

Pues bien, dado que lo garantizado con las hipotecas del artículo 153 bis de la LH es el saldo al cierre de la cuenta operativa, las obligaciones posteriores de abonar intereses de demora a partir del cierre de la cuenta y la de abonar las costas y gastos devengados por la ejecución deben contar con una garantía propia y distinta de la que asegura el pago del saldo final de la cuenta y, por tanto, deben tener sus propias cifras de responsabilidad hipotecaria.

Por tanto, o bien se excluyen los citados conceptos de intereses moratorios y costas y gastos de ejecución de la cobertura hipotecaria o bien se determina en la responsabilidad hipotecaria total y en la distribución una cifra independiente para cada una de ellas.

Y ello es así porque de los artículos 153 y 153 bis de la LH en relación con el artículo 12 de la misma y la doctrina reiterada de la DGRN, resulta, por un lado, que en las hipotecas a que se refieren los dos primeros artículos, una, lo que se garantiza, es el saldo de la cuenta determinada, por lo que la misma debe identificarse por cuanto de ella resultará la obligación garantizada, y, por otro, que se exige la fijación de una cantidad independiente de garantía para cada uno

de los conceptos asegurados de distinta naturaleza, por exigencias del principio de especialidad.

7.- No se determina el plazo de duración de la hipoteca que exige expresamente el artículo 153 bis de la LH sino el del vencimiento de las obligaciones garantizadas, que es distinto pues, en estas hipotecas por su especial naturaleza, al garantizar una pluralidad de obligaciones, el plazo de cada una puede ser distinto, y aun siendo el mismo, el requisitos debe mantenerse pues el artículo no distingue y, además, debe tenerse en cuenta que el citado plazo es de caducidad, por lo que si se fija el mismo que el de las obligaciones puede verse frustrada su ejecución si se impaga uno de los últimos vencimientos periódicos.

8.- Otras cuestiones: Por lo demás se entiende, en cuanto a la diferencia de 3 euros de menos en la distribución de la responsabilidad hipotecaria respecto de la cifra global, que es despreciable por insignificante y no constituye defecto.

Y respecto de la redacción en inglés de la confirmación de uno de los acreedores y la falta de traducción oficial, tampoco se considera defecto en cuanto que compañeros afectados conocen el idioma y lo van a traducir, poniendo el modelo a disposición de todos –artículo 37 pº 3º del RH-.

2.-P: ¿Es posible constituir una hipoteca en garantía del pago de un derecho de opción en que el precio de la misma se pagó al contado y el precio de compra debe, en principio, pagarse totalmente con su ejercicio?

R: No porque no existe, en realidad, obligación garantizable, así el precio del derecho de opción ya se ha pagado antes de su constitución y el futuro precio de la compra o ejercicio de la opción se pacta que debe pagarse totalmente con su ejercicio, por lo que, al depender la compra de la voluntad del optante, éste nunca deberá cantidad alguna al dueño del piso.

Sólo si se pacta la posibilidad del aplazamiento del precio de compra a voluntad del optante, sería posible constituir una hipoteca en su garantía previamente, sujeta a la condición suspensiva de que el optante elija esa forma de pago.

3.-P: Estudio de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha de 17 de diciembre de 2010, que limita la responsabilidad de deudor, en caso de hipoteca, al importe del valor de la finca gravada, representado por el valor de tasación.

R: Esta sentencia es criticada duramente porque aunque la defensa de los consumidores haga conveniente *de lege ferenda* esa limitación legal de la responsabilidad del deudor por virtud del préstamo hipotecario al importe de los bienes hipotecados, eliminando la responsabilidad patrimonial universal del

deudor, lo cierto es que el régimen legal actual es el contrario y los tribunales están también sujetos al imperio de la Ley.

Los argumentos de la sentencia de “abuso del derecho”, “principio de aceptación de la tasación de la escritura de hipoteca por el banco” o “rechazo moral y culpabilidad de la situación económica nacional del acreedor”, decaen ante la contundencia y claridad del régimen legal recogido en los artículos 1911 del Código Civil, 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 681 y siguientes de la LEC, singularmente los artículos 105 y 140 LH y 579 LEC.

Pero la realidad es que esta actuación de los acreedores debe encuadrarse dentro del contexto del cumplimiento general de las obligaciones y pactos, no sólo por parte los acreedores sino también por los deudores, de la normativa de los procedimientos de ejecución vigentes y del hecho de que el valor real de las fincas es el que esté dispuesto a pagar en un momento determinado la demanda de la sociedad y que, en consecuencia, si no existen postores, no debe obligarse al acreedor a adjudicarse la finca en pago.

Es por ello que los procedimientos de ejecución, tanto los hipotecarios como los ordinarios, prevén la adjudicación de la finca al acreedor, a falta de postores, en un porcentaje del precio de tasación y precisamente ese falta de ajuste del valor de adjudicación a la tasación con que se inicia el procedimiento es menos justificable, en este contexto de crisis, en la ejecución ordinaria, en que la tasación se fija al iniciarse la misma, que en la ejecución directa hipotecaria en que la tasación se hizo varios años antes o en época de bonanza económica y, por tanto, su desajuste al valor real puede ser superior.

Como consecuencia de lo expuesto, si no se quiere discriminar al acreedor hipotecario respecto del ordinario, con el consiguiente peligro para el crédito territorial, o que aquél utilice la hipoteca como un mero instrumento para ganar rango registral y acuda luego, para obtener el cobro, al procedimiento de ejecución ordinaria en que obtendría una tasación actualizada, deberían, en primer lugar, modificarse también este procedimiento de ejecución.

Además, no puede hablarse de enriquecimiento injusto ni de abuso del derecho o rechazo moral pues, como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de mayo de 1996, de 21 de octubre de 2005 y de 25 de septiembre de 2008, entre otras, esos conceptos no son aplicables cuando el acreedor se ha limitado a aplicar las normas vigentes.

Se considera, por último, que la posibilidad de una reforma legal debe ser analizada con mucha cautela pues, con ello, se puede comprometer la fluidez del crédito colectivo al poder implicar un aumento notable en el tipo de interés y una reducción considerable de las cantidades prestadas para prever las posibles

disminuciones del valor de las fincas hipotecadas, así como dificultar la captación de capitales en los mercados internacionales por nuestro sistema financiero, al disminuir su *rating* y eliminar la posibilidad de constituir hipotecas en garantía parcial de obligaciones, es decir, cuando el valor de las fincas sea inferior al importe de la deuda.

4.-P: En el registro constan hipotecadas cuarenta y dos fincas por la sociedad X a favor de un Banco extranjero sucursal en España. A continuación en todas las fincas consta practicada anotación preventiva de concurso voluntario de dicha sociedad X del Juzgado Mercantil a) de Madrid autos 396/08. En la misma fecha de la anotación consta en todas las fincas nota marginal de expedición de certificación del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por procedimiento de ejecución hipotecaria 1433/08 del juzgado b) de Madrid.

Ahora se presenta mandamiento del juzgado mercantil a) de Madrid de ejecución hipotecaria concursal 308/2010 que dice que por resolución de fecha del mandamiento, ha acordado proseguir la ejecución hipotecaria remitida por el juzgado b) de Madrid (ejecución hipotecaria 1343/08) y pide certificación de dominio y cargas. ¿Se puede expedir constando expedida la del juzgado b)? ¿en ese caso se extendería una nueva nota?, ¿se entiende la disparidad de números de autos del concurso y de la ejecución del juzgado a) de lo mercantil?

R: En primer lugar, indicar que en el Concurso de acreedores existe una bis atractiva de la ejecución hipotecaria a favor del Juzgado Mercantil –artículo 57 de la Ley Concursal de 2003-, por lo que el que la ejecución la vaya a efectuar éste juzgado no es más que una continuación del procedimiento anterior y, en consecuencia, ni debe expedirse nueva certificación ni es necesaria la cancelación de la antigua nota de certificación de cargas.

En cuanto a la no coincidencia del número de identificación del procedimiento, parece que se trata de un simple error mecanográfico respecto del cual se puede pedir la subsanación si se estima oportuno.

Por último, en cuanto a las operaciones a efectuar serían, primero la remisión de un duplicado de la antigua certificación con indicación expresa de esta circunstancia y de sus efectos y la extensión de una nota marginal de referencia, no de la expedición de la certificación de cargas, sino del juzgado que va a llevar a cabo la ejecución.

5.-P: ¿Es posible formalizar una hipoteca sobre una finca pendiente de inmatricular, pactándose que en caso de que la finca no llegue a inmatricularse por calificación negativa del Registrador, la hipoteca no se constituya sobre dicha finca sino sobre otra radicante en otro Registro?

Se dejará claro que si la hipoteca se inscribe sobre la primera finca no tendrá ningún efecto sobre la segunda y al contrario, si la finca primera no se inmatricula, y la hipoteca se inscribe sobre la segunda, deja de tener efecto sobre la primera.

R: Un grupo de compañeros considero que no es posible esa condición suspensiva de la hipoteca y que la misma debe constituirse sobre una u otra finca y, en su caso, cuando se inmatricule la que todavía no lo está, cambiar el objeto de la hipoteca.

Sin embargo otro grupo consideró que sí es posible, con base en la doctrina de la DGRN que admite en las hipotecas todo tipo de condiciones suspensivas salvo la del impago, siempre que se señale un plazo máximo para esa inmatriculación y se pacte la acreditación, en su caso, de la no inscripción de la primera finca mediante la nota de calificación negativa en el título inmatriculador.

6.-P: Un cónyuge es dueño con carácter privativo de una vivienda gravada con hipoteca. Ahora se presenta escritura por la que otro banco se subroga en el préstamo hipotecario que grava la finca y comparece el cónyuge propietario sin manifestar que no se trata de la vivienda habitual. ¿La subrogación es un acto de disposición que exija la manifestación sobre la vivienda habitual?

R: Unánimemente se consideró que no hace falta dicha manifestación, como tampoco haría falta el consentimiento del cónyuge en caso de que sí fuera la vivienda habitual, pues, aunque el consentimiento se exige en el artículo 1.320 CC para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual e indudablemente la constitución de hipoteca es un acto dispositivo, no puede tener el mismo tratamiento una subrogación puesto que no se constituye un nuevo derecho real sino que sus efectos se limitan a producir una sustitución de la persona del acreedor para, se supone, mejorar las condiciones financieras del préstamo. Si cuando se formalizó la escritura de préstamo hipotecario se cumplió con las manifestaciones o consentimientos que el citado artículo 1.320 del Código Civil exige, no hace falta reiterarlos para este supuesto novatorio aunque haya cambiado el estado civil del propietario o su domicilio.

Sí haría falta tal manifestación y, en su caso, el consentimiento del cónyuge no propietario para una ampliación de responsabilidad hipotecaria, pero tampoco para una novación que afectara exclusivamente al plazo o a las condiciones del tipo de interés. Nótese que estas modificaciones, por sí solas, no implican alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, a diferencia del incremento de responsabilidad hipotecaria (artículo 4 de la Ley 2/1994).

7.-P: Se presenta una escritura de subrogación de una entidad financiera en la posición jurídica del acreedor hipotecario. Según resulta de la escritura de

subrogación queda por pagar un único plazo de importe de 800 euros. El documento reúne todos los requisitos y, entre ellos, la justificación del pago a la entidad agredida. ¿Se puede inscribir?

R: Aunque llame la atención que un deudor inste el procedimiento de subrogación activa cuando sólo le faltan dos cuotas por pagar, y sólo la última en el momento del otorgamiento, nada impide la inscripción del documento siempre que se cumplan todos los requisitos, fundamentalmente notificaciones y plazos y la incorporación del resguardo de la operación bancaria realizada con la finalidad solutoria. Los motivos o intereses que han llevado a diseñar así la operación pueden ser muy variados, por ejemplo ahorrar costes de cancelación y constitución de una nueva hipoteca, pero en todo caso quedan al margen de la calificación registral.

No sería posible inscribir la subrogación si el préstamo estuviere ya extinguido, no sólo porque en tales casos faltaría el objeto al contrato, sino también porque el préstamo no se concedería al deudor para pagar una deuda anterior; sería para otra finalidad y nunca se podría acreditar el pago realizado a la primitiva entidad, es decir, porque la subrogación exige una conexión causal con la antigua obligación, lo que no se daría si ésta se hubiere extinguido.

8.-P: Hipoteca unilateral a favor de AEAT para que se le conceda la suspensión de los plazos de ingreso en tanto se resuelven los recursos presentados. En la hipoteca se garantiza un importe por principal, una cantidad por intereses ordinarios, otra por intereses de demora y otra para costas y gastos de acuerdo con el artículo 41 Reglamento de Gestión. ¿Es inscribible?

R: Extraña que en una hipoteca a favor de la AEAT para garantizar una suspensión de la obligación de ingresar mientras se sustancian los recursos interpuestos, se hable de intereses ordinarios, puesto que estos son ajenos a la materia fiscal donde se habla de intereses de demora y de interés legal del dinero. Estos intereses de demora tampoco coinciden exactamente con el concepto civil o mercantil en el sentido de que se generan cuando ha existido un retraso en el pago, puesto que las obligaciones tributarias los generan muchas veces sin que exista tal mora, siendo una remuneración por el tiempo en que aquellas han estado sin ingresar en el Tesoro Público como ocurre, por ejemplo, liquidaciones complementarias por ITPAJD.

Extraña también que, según parece, no se incorpore a la escritura ninguna resolución administrativa sobre la prestación de la garantía puesto que la hipoteca que se constituye no es de las garantías previstas en el artículo 43 del RD 520/2005 Reglamento General de Revisión en vía administrativa. Según este artículo 43 las garantías necesarias para obtener la suspensión automática son exclusivamente las siguientes: depósito de dinero o valores públicos; aval o

fianza de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución; fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para débitos que no excedan de 1.500 euros. Cuando el interesado no pueda aportar las garantías necesarias citadas para obtener la suspensión, podrá aportar otras garantías alternativas que exigirán siempre la oportuna resolución dictada por el órgano de recaudación otorgando la suspensión y en la que se detallará la garantía que ha de constituirse y el plazo en el que deba prestarse.

Es fundamental que en estas hipotecas unilaterales a favor de AEAT se incorpore a la escritura la resolución dictada por este organismo puesto que las cláusulas de la escritura suelen ser escasas y, a menudo, se cometen muchas impresiones en cuanto a los importes garantizados que se pueden resolver teniendo aquella a la vista, o bien se omiten datos importantes como el plazo de los aplazamientos o fraccionamientos cuando éste es el supuesto, o el número de expediente.

Lo que sí es evidente es que si la obligación garantizada no genera intereses ordinarios no los podrá garantizar nunca la hipoteca. A estos efectos el artículo 41 del Reglamento citado establece que las garantías quedarán, a los efectos de su eventual ejecución, a disposición del órgano competente para la recaudación del acto objeto de la reclamación y deberán cubrir el importe de la obligación a que se refiere el acto impugnado, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que pudieran proceder en el momento de la solicitud de suspensión. En ningún caso habla de intereses ordinarios cuya inclusión en la escritura será debido, probablemente, por utilizarse un modelo general del despacho notarial.

En definitiva, la indicación de responsabilidad por intereses ordinarios debe desaparecer de la escritura o denegar su inscripción con consentimiento para la inscripción parcial, y se insiste que lo más apropiado en estos supuestos, para evitar perjuicios y demoras innecesarios al contribuyente, es que se inserte la resolución del órgano competente para la recaudación que detallará la garantía que ha de constituirse y el plazo en el que deba prestarse, que será el de dos meses siguientes al día de la notificación del acuerdo de concesión de la suspensión.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

1.-P: Examen de la resolución de 12 de noviembre de 2010 en materia de prioridad, según la cual un título presentado en el Registro reserva rango en favor de todos los que le sean favorables, y con postergación de los que le perjudiquen.

R: Cuestión la planteada en esta resolución harto difícil, respecto de la cual se manifiestan dos posturas:

1ª.- La favorable. Que destaca los siguientes argumentos de la resolución:

a) El interesante argumento LEGAL y no reglamentaria, del artículo 629 LEC, que señala la suspensión del embargo si del Registro o del documento se infiere que el demandado ha adquirido del titular registral.

b) La literalidad de los artículos 105 y 140-1 del RH, según el cual, se permite la suspensión del título primeramente presentado, sin imponer su denegación, y pudiendo tomar la anotación preventiva por defecto subsanable, si falta el título previo, lo que permite el despacho del primer y tercer documento, aunque se haya metido por medio otro título contradictorio.

c) El principio de inoponibilidad, según la tesis dualista del tercero, es claro también que en materia de prioridad, a diferencia de los supuestos de nulidad y resolución del artículo 34 LH, el tercero del artículo 32 LH no necesita reunir el requisito de la previa inscripción (entendida en el sentido del artículo 34 LH al estilo de la jurisprudencia), sino que el tercero del artículo 32 LH no necesita de la previa inscripción para estar protegido, a diferencia del 34. Por tanto, el acreedor hipotecario que llega primero es tercero del artículo 32 aunque no cuente en ese momento con la previa inscripción.

2ª.- La contraria. Esta postura considera que el artículo 20 de la LH establece que si falta tracto, hay que denegar, no suspender; y que el artículo 105 del RH es *contra legem*.

Así se señala que la DGRN, al convertir en el nervio fundamental, y casi exclusivo, de su fallo, un precepto reglamentario, el 105 RH, se está saltando la Ley pues el artículo 20-2 de la LH habla de forma contundente de denegación y no se suspensión; lo que se intenta salvar con la argumentación de la consagración legal de ese carácter suspensivo del defecto de falta de título, en el ámbito procesal, a través del 629, párrafo segundo de la LEC.

Pero se dice que el último párrafo en el propio artículo 20 de la LH -introducido por la ley Orgánica 15/2003 y, por tanto, posterior a la LEC-, excluye la posibilidad de suspensión y de anotación preventiva, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la que se ha dirigido el procedimiento y, por tanto, habría derogado el artículo 629-2 de la LEC.

Frente a esta argumentación se indica que, en realidad, el párrafo último del artículo 20 de la LH está contemplando una excepción especial dentro del supuesto de denegación y no pretende derogar la regla de cuando se puede

suspender el título. No se está refiriendo ese párrafo a un supuesto de falta de presentación del título previo, sino de inscripción de las finca a favor de persona interpuesta, cuando el demandado es el verdadero dueño.

2.-P: ¿El plazo en qué se entiende recibida la notificación de los defectos al notario, en caso de presentación telemática, es el mismo día de remisión o a los 10 días de la misma, en caso que éste no comunique la recepción?

R: El tema de cuál es el día en que se entiende practicada la notificación de defectos al funcionario autorizante cuando ésta se realiza por vía electrónica, así como la validez de las notificaciones efectuadas por telefax, ha sido tratado en diversas ocasiones por este Seminario, dando lugar a dos circulares número 13/2009 y 1/2010. Refundiendo ambas y a la vista de las últimas resoluciones se ha llegado a las siguientes conclusiones.

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La calificación negativa de un documento, o de concretas cláusulas del mismo, debe 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, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 -que regula el tiempo y contenido mínimo de la notificación- y 59 -que regula el medio de notificación-, ambos de la LRJAP (artículo 322 de la Ley Hipotecaria).

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y de orden social, añadió al citado artículo 59 LRJAP un nuevo apartado 3 del siguiente tenor literal: *Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado - con el efecto de tenerse por efectuado el trámite de la notificación-, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.*

Este apartado ha estado en vigente hasta el 24 de junio de 2007, fecha en la que entra en vigor la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE), que lo deroga expresamente,

pasando a regularse las comunicaciones y las notificaciones electrónicas, con idéntico contenido, en los artículos 27 y 28 de esta ley especial.

Por lo tanto, la remisión que el artículo 322 de la Ley Hipotecaria hace al artículo 59 LPAJ -medio de la notificación- debe entenderse completada, cuando se trate de notificaciones electrónicas, con la regulación de los artículos 27 y 28 LAE *Práctica de la notificación por medios electrónicos*.

Del artículo 28 LAE se deduce que el sistema de notificación electrónica requiere:

- a) Que el interesado haya señalado ese medio como preferente o haya consentido su utilización, salvo que sea obligatorio. (Como se dice más adelante esta obligación está legalmente impuesta a notarios y registradores desde la Ley 24/2001, según su artículo 107.1)
- b) Que el sistema permita acreditar *la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado* del acto objeto de la notificación.
- c) Que el sistema permita acreditar *la fecha y hora de acceso a su contenido*. A partir de este momento se entiende practicada la notificación a todos los efectos legales.

Si existe constancia de la puesta a disposición y transcurren DIEZ DÍAS NATURALES sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 LPAJ (básicamente que se tiene por efectuado el trámite de notificación siguiéndose el procedimiento).

Durante la tramitación del procedimiento el interesado podrá requerir a la Administración que las notificaciones sucesivas no se practiquen por medios electrónicos, utilizándose los demás medios admitidos en el artículo 59 LRJAP.

Es decir, la LAE distingue, en materia de notificaciones electrónicas, dos momentos:

- 1º.- Fecha y hora de la puesta a disposición del interesado del acto objeto de la notificación.
- 2º.- Fecha y hora de acceso a su contenido. Esta fecha determina la práctica de la notificación y tiene importancia decisiva a la hora de determinar la prórroga del asiento de presentación.

El sistema de notificaciones del programa colegial Experior nos proporciona información sobre la entrega de la notificación telemática al destinatario y, en su caso, de la respuesta fehaciente (de carácter voluntario) del notario, en ningún caso de la apertura o no del mensaje.

En materia de notificaciones electrónicas y en el actual sistema informático colegial Experior podemos distinguir cuatro pasos:

- 1.- Firma de la notificación por el Registrador con su firma electrónica.
- 2.- Fecha y hora de recepción de la notificación en el ordenador de la notaria (puesta a disposición del interesado de que habla la ley). De estos datos queda constancia en el programa, en la pantalla de Entradas telemáticas.
- 3.- La apertura del correo electrónico por el receptor, (que sería el acceso al contenido), y del que no tenemos constancia en el programa informático actual.
- 4.- La fecha y hora en que el notario firma, con su firma electrónica avanzada, una especie de acuse de recibo de la notificación recibida. Es decir, el notario puede abrir el correo y acceder a su contenido sin que nos quede constancia, y sólo si voluntariamente firma el acuse de recibo tendremos acreditada la recepción. En caso de que así sea, tal fecha queda incorporada al programa, en la pantalla de Entradas telemáticas.

La experiencia demuestra que son pocos los notarios que cumplen con su obligación de firmar y enviar el acuse de recibo por lo que se plantea el problema de determinar, en caso de calificación negativa total o parcial, el *dies a quo* para la prórroga del asiento de presentación.

II.- POSIBLES SOLUCIONES:

1.- En un principio, el Colegio en diversas comunicaciones remitidas sobre el procedimiento de presentación telemática, ha optado por considerar como fecha de la notificación la de la firma y envío por el notario del acuse de recibo de la misma. Esta fecha y hora queda grabada en el sistema, y en el programa colegial Experior determina que automáticamente cambie la prórroga empezando a contar desde la recepción de la comunicación de la respuesta fehaciente del notario. No obstante, cuando el notario no es presentante, tendremos que tener en cuenta también la fecha de la notificación a éste último, pues es la última de las notificaciones efectuadas la que determina el inicio de la prórroga del asiento de presentación.

Pasados DIEZ DIAS NATURALES sin que se haya recibido tal acuse de recibo se entiende que la notificación ha sido rechazada y se tiene por cumplido el

trámite (Naturalmente siempre que tengamos constancia de la recepción de nuestra notificación). En este caso no queda más remedio que hacer un seguimiento manual de los vencimientos.

2.- Entender que la notificación al notario se produce cuando queda acreditado la recepción de nuestra notificación en el sistema informático de aquél, con independencia de que ésta haya accedido o no a su contenido, y por supuesto, de su voluntad de firmar o no el acuse de recibo. Se basa en los siguientes argumentos:

a.- El notario no es interesado. Con relación a él no es necesario que declare el medio electrónico como preferente o que haya consentido su utilización. Para él tal sistema es obligatorio, y no sólo evidentemente en el procedimiento de presentación telemática, sino también en los demás (El artículo 27 LAE en su apartado 7 establece la utilización preferente de los medios electrónicos en las comunicaciones entre Administraciones Públicas, y los notarios tienen obligación legal de disponer de los medios tecnológicos precisos para recibir y enviar comunicaciones electrónicas).

b.- La relación entre el Registro, el Notario, la Autoridad Judicial o el Funcionario expedidor del documento con acceso al Registro, se enmarca en el ámbito de colaboración entre las diversas instituciones (arts. 3.2, 4.1, 19.2, 38.4, 45.1 de la Ley 30/92, de los que resulta, respecto de la relación entre "administraciones", el principio de colaboración y cooperación, el principio de lealtad institucional, y el de comunicación entre órganos administrativos por cualquier medio que asegure la constancia de la recepción, etc). En la relación concreta entre Registradores y Notarios cobra especial relevancia el contenido del artículo 107 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, en el que se dice literalmente: *"1.- Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles dispondrán obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información"*. Argumentos de la Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 19/12/2007, a propósito de la presentación por fax.

Este deber de colaboración y cooperación entre las distintas instituciones se compagina mal con que se pueda entender rechazada la notificación por el funcionario destinatario, y así recurrir a la ficción de tener por cumplido el trámite. Y no puede quedar a voluntad de quien obligatoriamente tiene garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos, fijar cuestiones tan importantes como la prórroga del asiento de presentación que es de orden público.

c.- Así resulta igualmente de las últimas resoluciones DGRN a propósito de la notificación por fax, según las cuales *"el artículo 322 de la Ley Hipotecaria*

debe ser interpretado atendiendo no sólo a sus palabras sino también a su espíritu, al marco normativo resultante de reformas recientes y a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores, en un ámbito en el que (ya desde lo establecido en los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre, y 2537/1994, de 29 de diciembre), se ha venido impulsando el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias como funcionarios públicos (cfr. los artículos 107 y 108 de la Ley 24/2001, con las modificaciones introducidas por de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, y, en otro ámbito, los artículos 45.1 de la Ley 30/1992; 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).”

Incluso en la RDGRN de fecha de 21 de octubre de 2009 que se cita en los vistos de las siguientes, va más allá y entiende con rotundidad que el notario no puede ser un agente pasivo y que su condición le impone el deber de atender todas las notificaciones que reciba. Su condición de funcionario se compagina mal con el hecho de que haya que recurrir a la ficción de dar por rechazada la notificación para entender realizado el trámite. Dice la DGRN: *Todo ello en razón del principio de agilización y de economía procedimental que inspira la regulación de la actuación de Notarios y Registradores, entre quienes existe (ya desde la entrada en vigor de los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre, y 2537/1994, de 29 de diciembre, antes citados) una obligación de colaboración para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que comprende el deber instrumental de mantener un sistema de comunicación telemático, incluyendo la utilización del telefax, que impone a aquellos un deber activo de atención a la recepción de los documentos que por tal vía reciban que, en consecuencia, no podrán ignorar ni dar por no recibidos -salvo en los excepcionales supuestos en que se pruebe la imposibilidad técnica o material de acceso al contenido del documento (vid. artículo 28 n.º3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio).*

Todos estos argumentos utilizados para la notificación por telefax valdrán para las notificaciones electrónicas con mayor motivo, pues existe mayor certeza del hecho de la recepción de la notificación, de su fecha y del contenido de la misma. A igual conclusión llegó la DGRN en resolución de 2 de febrero de 2008 que concluyó, por lo que atañe a la regularidad de la notificación de la calificación negativa que es irrelevante que el Notario no hubiera aceptado dicha forma de notificación de la calificación registral; y, consiguientemente, señala que *no cabe sino declarar extemporáneo el recurso interpuesto por haber transcurrido el plazo de un mes computado desde la fecha de la notificación de la referida calificación* (artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

d.- Por algunos se ha argumentado que si el deber de atención activa del notario se habla, a éste le podría ser de aplicación la normativa general de procedimiento administrativo -art.58.2 de la LRJAP y PAC-, y tendría, en consecuencia, 10 días hábiles para abrir la notificación y contestar (igual que el registrador para remitir la práctica del asiento de presentación, la inscripción o la nota de calificación negativa), por lo que el resultado, aunque por otro artículo (el citado 58.2 frente al 59.3 de la LRJAP), sería el mismo a efectos de la fecha de la notificación, es decir, 10 días desde la recepción. Sin embargo no se considera aplicable este argumento porque se trata de supuestos diferentes (como lo demuestra el hecho de que en un precepto se hable de días naturales y en otro de días hábiles): la contestación notarial de la recepción de la notificación negativa no es un acto o resolución administrativa y las razones que justifican la validez de la notificación por telefax desde el momento de la recepción, se dan con muchas más garantías en las notificaciones electrónicas.

e.- La misma solución es la que se ha adoptado al modificarse el artículo 1.262 CC por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que atiende al momento de la manifestación de la aceptación para el perfeccionamiento del contrato, y no al momento en que el se tiene conocimiento de la misma: “En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”

III.- CONCLUSIONES:

1.- La relación entre el Registro, el Notario, la Autoridad Judicial o el Funcionario expedidor del documento con acceso al Registro, se enmarca en el ámbito de colaboración entre las diversas instituciones (arts. 3.2, 4.1, 19.2, 38.4, 45.1 de la Ley 30/92, de los que resulta, respecto de la relación entre "administraciones" el principio de colaboración y cooperación, el principio de lealtad institucional, y el de comunicación entre órganos administrativos por cualquier medio que asegure la constancia de la recepción).

2.- El notario no es interesado y, por consiguiente, le será de aplicación el artículo 27 LAE del que resulta que con él se utilizará preferentemente medios electrónicos en las comunicaciones (Cfr. Su apartado 7) y que tales comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas (Cfr. Su apartado 3).

3.- La fecha de la práctica de la notificación, esencial para determinar la prórroga del asiento de presentación, plazos de recursos, etc. será aquella en que tengamos acreditada la recepción, independientemente de que el notario haya

accedido o no a su contenido, pues el principio de agilización y de economía de procedimiento, impone a los notarios un deber activo de atención a la recepción de los documentos que por tal vía reciban que, en consecuencia, no podrán ignorar ni dar por no recibidos –salvo en los excepcionales supuestos en que se pruebe la imposibilidad técnica o material de acceso al contenido del documento (vid. artículo 28 n.º3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio). Bastará, por tanto, que quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegra de la comunicación y del momento en que se hicieron (cfr. Artículo 162 LEC).

4.- A los demás interesados en el procedimiento registral le será de aplicación íntegra el artículo 28 LAE por lo que: i) Se requerirá que el interesado haya señalado el medio electrónico como preferente o haya consentido su utilización; ii) Deberá quedar constancia de la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales; iii) Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con el efecto de tener por efectuado el trámite, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso; iv) Durante la tramitación del procedimiento el interesado podrá requerir al órgano correspondiente que las notificaciones sucesivas no se practiquen por medios electrónicos, utilizándose los demás medios admitidos en el artículo 59 LPA.

5.- Y teniendo en cuenta siempre que el inicio del plazo de prórroga de 60 días hábiles, por calificación negativa del documento, comienza el día en que se produce la última de las notificaciones previstas.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

1.-P: Se encuentran inscritos en el Registro unos ¿estatutos? de una urbanización privada, formada por sucesivas segregaciones de parcelas y con un resto. Ahora presentan unos estatutos aprobados sólo por mayoría indicando que, en realidad, no existe una propiedad horizontal. ¿Se pueden inscribir?

R: En primer lugar se aclara que del Registro no consta si el ente constituido es realmente una “Comunidad horizontal”, una “Asociación de propietarios” o una “Entidad urbanística de conservación”, pues todas estas formas pueden adoptar las entidades que se dedican a la gestión de esas antiguas urbanizaciones privadas. Sería conveniente, en consecuencia, pedir aclaración acerca de la naturaleza social del ente a través de la que resulte de su NIF, pues según cual sea ésta, la modificación de las normas sería inscribible o no.

No obstante, en segundo lugar, como se señala que lo que se dice en la escritura que se efectúa no es una modificación de los estatutos sino “una adaptación obligatoria de las normas de la entidad a la Ley de Propiedad Horizontal y el establecimiento de los órganos de administración que ésta exige para los complejos urbanísticos”, a declaración de parte deberemos entender, en principio, que se trata de una entidad de este tipo y, por tanto, debería exigirse la unanimidad dispuesta por los artículos 17-1 y 24-3 de la LPH y, si no se logra, acudir a los tribunales para conseguir la aprobación, conforme resulta, con carácter general, del último párrafo del indicado artículo 17 y de la disposición transitoria primera de la LPH.

Además, esta conclusión se refuerza por la aplicación del artículo 24-4 de la LPH que establece que a los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas legalmente previstas, les serán aplicables supletoriamente, “respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios” las normas de la LPH y ello, sin perjuicio de que conforme a la legislación urbanística, los interesados que lo estimen conveniente, puedan acudir al Ayuntamiento respectivo para solicitar la imposición de la constitución en “Entidad urbanística de conservación” si así lo establecen el Plan General correspondiente.

El hecho de que las normas inscritas establezcan para la adopción de acuerdos el régimen de las mayorías no tiene, a juicio mayoritario, efecto jurídico alguno pues la citada disposición transitoria primera de la LPH dispone, con carácter general, y la disposición transitoria única de la Ley 8/1999, respecto de los complejos inmobiliarios, que quedan sin efecto las cláusulas contenidas en los estatutos de la comunidades de propietarios que resulten contrarias o incompatibles con la LPH.

2.-P: Se pregunta si sigue siendo posible configurar la permuta a cambio de piso futuro con carácter real y, en consecuencia, adjudicar directamente, al constituir la propiedad horizontal de un edificio en construcción, ese piso al anterior dueño del suelo, a pesar de la derogación por el Tribunal Supremo por sentencia de 31 de enero de 2001 del artículo 13 del Reglamento Hipotecario que le servía de cobertura.

R: Unánimemente se considera que sí porque las resoluciones de la DGRN de 24 de junio de 2009 y de 7 de mayo de 2009, han confirmado el criterio de las antiguas de 5 de enero de 1999 y 16 de mayo de 1996, en el sentido de que la permuta de solar a cambio de piso futuro puede tener carácter o eficacia real y no meramente obligacional, respecto de ambos objetos, si se constituye expresamente con tal carácter real. La derogación del artículo reglamentario fue debida a que se entendió que un derecho real –el dominio- no puede recaer sobre un objeto inexistente –el piso-, pero nada impide que, aplicando artículos legales de carácter general o relativos a figuras afines, se pueda llegar a esa admisión

sobre la base de hacer recaer el derecho real, en realidad, sobre un objeto existente cual es el solar en los términos que veremos.

Esa constitución como real de la permuta en su conjunto, que supone la transmisión actual de los pisos, implica, al entender de la DGRN, que debe pactarse expresamente “la traditio instrumental” pues el piso todavía no puede entregarse al no estar terminado el edificio, debe crearse expresamente una comunidad de propietarios presente sobre el solar –a modo de cuota con derecho a uso de partes determinadas- y, por último, debe constituirse la propiedad horizontal del edificio en construcción y simultáneamente adjudicar el piso al primitivo dueño del suelo.

De esta manera, desde el momento de la constitución de la propiedad horizontal, todos los pisos permutados quedarán inscritos a favor del antiguo titular registral del solar, y sólo la entrega efectiva de la posesión material quedará pospuesta a la terminación de la obra nueva. Lo demás, prohibición de hipotecar los pisos permutados u apoderamiento al adquirente del solar para poder hacerlo, régimen de las rectificaciones de la propiedad horizontal si fueren necesarias, etc, queda a la libertad de contratación de los interesados.

3.-P: Varios pisos de un edificio se han sacado a folio independiente por segregación de la matriz, sin división horizontal. El resto de departamentos permanece en el folio de dicha matriz. Se pretende constituir ahora una propiedad horizontal sobre todo el edificio. ¿Qué requisitos serían necesarios?

R: Estamos en presencia de una “propiedad horizontal de hecho”, sin título constitutivo, al que le son plenamente aplicables las normas de la Ley de Propiedad Horizontal de 1964. El artículo 2 apartado b) LPH dispone la aplicabilidad de la ley a las comunidades que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil y no hubieran otorgado título constitutivo de la propiedad horizontal, en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros.

No se especifica si cada departamento tiene atribuida una cuota de participación inscrita en el Registro pero es evidente que alguna deben de tener en la práctica para poder funcionar ya que, de otro modo, sería inviable la vida en el edificio pues siempre habrá gastos comunes y reparaciones que atender. Sin embargo, para otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal será necesario siempre el consentimiento de todos los copropietarios del edificio, calificándose, además, en el caso de que éste llegue a otorgarse, no sólo la validez del mismo título constitutivo y sus estatutos, sino, también, el cumplimiento del tracto sucesivo con los titulares de todos los departamentos (arts. 20 y 38 LH). Así resulta imperativamente del artículo 5 LPH, que para fijar la cuota de

participación que corresponde a cada piso o local, exige su determinación por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial.

Se exigirá siempre la comparecencia de todos los interesados en el otorgamiento del título constitutivo por afectar “*uti singuli*” al derecho de propiedad de cada uno de ellos, sin que sea posible aplicar el régimen de la unanimidad “presunta” prevista en el artículo 17 LPH que queda reservada para aquellos casos que se refieren a actos colectivos que se imputan a la comunidad en cuanto a tal.

Según la reiterada doctrina de la DGRN, en materia de propiedad horizontal se distingue entre los acuerdos que tienen carácter de actos colectivos, y que no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la junta, como órgano comunitario, y aquellos otros que, por afectar al contenido esencial del dominio, requieren el consentimiento individualizado de cada propietario “*uti singuli*”, aunque no se haya conseguido establecer unas pautas claras para apreciar cuándo estamos antes u otro supuesto. Algún compañero comentó que estos casos, precisamente por la necesidad de unanimidad en el otorgamiento del título constitutivo, suelen acabar en el Juzgado, demandándose judicialmente para obtener el título correspondiente a través de una sentencia o de ejecución de la misma.

4.-P: MANCOMUNIDAD Y PROPIEDAD HORIZONTAL: Se declaran en construcción doce bloques sobre una parcela y se constituye en propiedad horizontal sobre cada bloque y en mancomunidad sobre el conjunto. Se transcriben párrafos de los estatutos que me suscitan dudas:

1º.- El promotor se reserva facultades amplias de modificación de estatutos, cuotas, descripciones... “hasta que se constituya la Comunidad de Propietarios y comience a regirse por la Ley de Propiedad Horizontal”, ¿es suficiente la primera compra que conste en el Registro para cancelar esa reserva?

2º.- “La Comunidad representa a todos los propietarios de cada bloque y sus decisiones, válidamente adoptadas dentro de su competencia, obligan al ausente y al disidente”, ¿basta que añada en la inscripción en los términos establecidos por la ley?

3º.- “La Mancomunidad de propietarios estará constituida por la totalidad de los titulares de todas y cada una de las propiedades...El Presidente de cada una de las Comunidades o de la Mancomunidad ostenta la representación...Las votaciones que realice el Presidente de cada una de las Comunidades respecto de los acuerdos que se adopten en la Junta General de la Mancomunidad vinculará a su Comunidades”. ¿Es contradictorio?

4°.- Se establece una serie de derechos de adquisición preferente a favor de las personas que cumplan determinadas condiciones para ser beneficiarios de las adjudicaciones sin sancionar su incumplimiento con la no inscripción. ¿Qué requisitos deben cumplir para su inscripción?

R: Tras la reforma de la LPH por la Ley 8/1999, con la adición del nuevo artículo 24, se admite expresamente la figura del COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO en nuestro ordenamiento, si bien, ya antes era aceptada, con las variantes con que se presenta en la vida práctica, al amparo de la doctrina del *numerus apertus* de los derechos reales. La jurisprudencia aplicaba las reglas de la propiedad horizontal, pero no por vía directa, sino por la vía analógica (artículo 4.1° CC).

En la actualidad el artículo 24 de la LPH declara directamente aplicables a esta figura el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil, sin que ello signifique que les otorgue la misma naturaleza jurídica. Es más, según Manuel Peña y Bernardo de Quirós, “la diferencia de naturaleza entre ambas instituciones exige que deba darse una interpretación restrictiva a los preceptos que señalan los casos en que, conforme a la nueva Ley, procede la aplicabilidad íntegra, a los complejos urbanos, de las disposiciones de la propiedad horizontal.” Y sigue diciendo que, en estos casos de complejos inmobiliarios privados, por su propia naturaleza de recaer los derechos separados sobre fincas independientes, hay siempre un juego de la autonomía de la voluntad mayor que en el régimen de la propiedad horizontal. De la misma ley resulta que el complejo se rige: 1° Por los pactos que establezcan entre sí los propietarios; 2° Supletoriamente por las disposiciones legales.

En cuanto a la primera cuestión planteada, se entendió por los presentes que el precepto estatutario que reserva al promotor amplias facultades de modificación de estatutos en tanto no se constituya la Comunidad de Propietarios, parece que es innecesario ya que, mientras no se produzca la enajenación de alguno de los elementos, aquél conservará todas sus facultades para otorgar por sí sólo el título constitutivo y modificarlo como tenga por conveniente. Exista o no tal regla estatutaria mientras el propietario sea único podrá por otorgar cuantas modificaciones estime pertinentes, y en cuanto surja un tercero titular de algún derecho se requerirá su consentimiento para cualquier modificación de la organización de la mancomunidad por el principio de unanimidad previsto en la LPH y los hipotecarios de tracto sucesivo y legitimación registral (arts. 20 y 38 LH).

La segunda y tercera cuestión depende del modo en que se haya organizado el complejo inmobiliario. Según el artículo 24 LPH estos complejos inmobiliarios privados podrán:

a) Constituirse en una sola comunidad de propietarios a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el artículo 5.2º LPH. En estos casos le será de aplicación íntegra –con las salvedades antes dichas- las disposiciones de la LPH.

b) Constituirse en una agrupación de comunidad de propietarios. Esta forma jurídica exigirá que el título constitutivo sea otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar la agrupación.

c) Si no se adopta ninguna de estas formas jurídicas se aplicarán en primer lugar los pactos que establezcan entre sí los propietarios, y supletoriamente las disposiciones del régimen de propiedad horizontal. (art. 24.4 LPH). Sería, en este último caso, una situación similar a la propiedad horizontal de hecho.

Según parece desprenderse del supuesto de hecho estaríamos en presencia de una agrupación o mancomunidad (según se le denomina en los estatutos) de diferentes propiedades horizontales constituidas sobre cada bloque. Dentro de cada bloque, constituido en régimen de propiedad horizontal, es de aplicación íntegra la LPH y, por supuesto, las normas del artículo 17 LPH relativo a la forma de adoptar acuerdos y los requisitos para que los mismos vinculen a los propietarios ausentes de la reunión, precepto de carácter imperativo inderogable por norma contraria estatutaria, por lo que el párrafo cuestionado debe entenderse siempre sujeto a las prescripciones de la ley.

En cuanto a la mancomunidad de bloques su competencia se extenderá únicamente a los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones y servicios comunes del complejo. En este caso se aplicarán en lo posible las normas de LPH con las siguientes especialidades:

a) La Junta de propietarios estará compuesta, salvo acuerdo en contrario, por los presidentes de las comunidades integradas en la agrupación, los cuales ostentarán la representación del conjunto de los propietarios de cada comunidad.

b) La adopción de acuerdos para los que la ley requiera mayoría cualificada exigirá, en todo caso, la previa obtención de la mayoría de que se trate en cada una de las Juntas de propietarios de las comunidades que integran la agrupación.

c) Salvo acuerdo en contrario de la Junta no será aplicable a la comunidad agrupada la obligación de mantener un fondo de reserva.

d) La competencia de los órganos de gobierno de la comunidad agrupada únicamente se extiende a los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones y

servicios comunes. Sus acuerdos no podrán menoscabar en ningún caso las facultades que corresponden a los órganos de gobierno de las comunidades de propietarios integradas en la agrupación de comunidades

Por ello, y en relación con la tercera cuestión planteada, la mayoría de los presentes entendió que no es contradictorio el párrafo cuestionado puesto que todos los propietarios integran, además de su comunidad particular, la mancomunidad de propietarios; el Presidente de cada uno de los bloques representará a su comunidad particular y el de la Mancomunidad a ésta; la Junta de la Mancomunidad estará integrada por los presidentes de las comunidades particulares y sus acuerdos vincularán a las comunidades, pero siempre que se refiere a los asuntos propios de su competencia y limitado a las zonas o elementos comunes; y finalmente quedan a salvo las decisiones que correspondan a la competencia de los órganos de gobiernos de las comunidades integradas.

En cuanto a la última cuestión planteada, respecto de los derechos de adquisición preferente, se dijo que lo normal es que tales derechos se pactaran en la primera transmisión de las fincas, con ocasión del otorgamiento de la escritura pública y no en los estatutos; y que, en todo caso, siendo un derecho de origen convencional debe cumplirse con los requisitos que ya señaló la famosa resolución DGRN de 20 de septiembre de 1966 cuando admitió la figura en base a la teoría del “*numerus apertus*”, siempre que aparezcan perfectamente delimitados los contornos de ese derecho y que los mismos permitan calificarlo como real.

Tales requisitos son los siguientes:

- a) que se conceda ese derecho “*erga omnes*” y no simplemente como un derecho obligacional.
- b) Que se determine el plazo de duración del derecho que no deberá exceder de diez años, por aplicación analógica del artículo 1.510 CC. También deberá determinarse a partir de cuándo comenzará a contarse dicho plazo.
- c) Que se determine un plazo breve para su ejercicio computado desde la notificación fehaciente de la transmisión. Puede ser el habitual de 30 días.
- d) Que se limite el ejercicio del derecho a un número determinado de transmisiones, por ejemplo a la primer transmisión,
- e) Que se especifique el tipo de transmisiones que darán lugar al nacimiento del derecho. Por ejemplo si incluye también las transmisiones gratuitas o sólo las onerosas. Y en caso de que en la transmisión no se exista precio cuál es el sistema previsto para su fijación que deberá ser objetivo.

Inscrito el derecho de adquisición preferente se cerrará el Registro a enajenaciones posteriores en tanto no se acredite haber hecho la notificación

preceptiva al titular del derecho de adquisición preferente (RDGRN de 19 de septiembre de 1974)

RENUNCIA ABDICATIVA.

1.-P: En caso de renuncia abdicativa de un condueño de un local a su cuota, ¿A quién debe inscribirse la porción vacante?

R: La validez e inscribibilidad de la renuncia abdicativa –unilateral, irrevocable y gratuita-, es decir, la que no se efectúa a favor de persona determinada, ha sido reconocida por la DGRN en resoluciones de 19 de enero de 1994, 10 de enero y 18 de febrero de 2003, por estar incluida dentro de los supuestos de los artículos 1 de la LH y 7 del RH, como acto relativo al dominio que implica su pérdida, y permitirle el artículo 6-2 del Código Civil.

Esta renuncia abdicativa plantea el problema de a favor de quién debe inscribirse el derecho renunciado, pues el tránsito o recepción a otros patrimonios ajenos al renunciante no procede de esta renuncia como ocurre en la traslativa, es decir, que la adquisición por un tercero responde a otra causa distinta. Así las citadas resoluciones se plantean que debería inscribirse la finca a favor del Estado, como bien vacante por aplicación de los artículos 19-1 y 21 de la antigua LPE, pero no establecen los requisitos para ello, aunque dan a entender que es necesaria alguna actividad por parte del Estado para que ello sea posible.

Ahora bien, ese criterio deriva, en los supuestos concretos que se contemplan en esas resoluciones, en que las inscripciones que contienen la titularidad renunciada son de inmatriculación, por lo que no puede simplemente cancelarse la inscripción pues implicaría que el historial de la finca, cuya persistencia tiene un carácter de orden público, desaparecería por desinscripción. Pero en este caso al tratarse de la renuncia de una cuota indivisa y, además, de una finca con historial largo no es aplicable esa fundamentación.

Respecto a la inscripción a practicar, en este caso, frente al criterio sostenido por algunos de que la cuota debe inscribirse a favor de los condueños a los que acrecería por aplicación del artículo 395 del Código Civil, se estima mayoritariamente que es necesario su consentimiento en escritura pública y que, a falta de éste, el asiento correcto es el de cancelación de la inscripción de la cuota y, por tanto, la revitalización de la titularidad anterior.

SOCIEDAD CONYUGAL.

1.-P: Existe una inscripción practicada al amparo del artículo 1.324 del Código Civil a favor de la esposa por confesión de su marido. Éste fallece y la esposa quiere inscribir a su favor sin restricciones, por lo que ante la negativa de

los herederos del marido (descendencia común), acude a los tribunales y obtiene una declaración judicial (primera instancia y apelación conformes) de que la financiación era privativa de la esposa porque utilizó el dinero de la venta de una finca privativa que realizó el día anterior a la compra.

Presentada en el registro la sentencia se deniega la inscripción por haberse olvidado demandar a una de las herederas, lo que no se hizo "porque no se hablan con ella". El abogado de la interesada propone acreditar el carácter con acta de notoriedad. ¿Es admisible?

R: Unánimemente se considera que no, porque el acta notarial dado el carácter fungible del dinero, según reiteradísima doctrina de la DGRN, no sirve para acreditar la procedencia del dinero utilizado en una compra, salvo que delante del Notario haya pasado de unas manos a otras.

La nueva demanda a la otra heredera se hace, por tanto, imprescindible a la luz del artículo 4º-d de la Ley Hipotecaria que exige para rectificar los asientos registrales el consentimiento del titular registral o, en su caso, de sus herederos – todos- o resolución judicial con demanda a los mismos. Además, el artículo 1324 del Código Civil concede unos derechos a los herederos del cónyuge confesante que no pueden ser sorteados sin haberle dado la posibilidad de defensa.

TÍTULO INSCRIBIBLE.

1.-P: Se pregunta por el título formal necesario o suficiente a efectos de inscribir los inmuebles –no créditos hipotecarios- de una sociedad a otra resultante de una fusión.

R: El criterio mayoritario manifestado fue el siguiente:

Primero, se señala que dado que se trata de operaciones societarias sujetas a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, su inscripción en el Registro de la Propiedad exige acreditar la previa inscripción en aquél, de conformidad con lo previsto en el artículo 383 del Reglamento del Registro Mercantil.

Justificado tal extremo, y en relación con la titulación formal a través de la cual obtener la inscripción en los Registros de la Propiedad, se estima que resultarían admisibles los siguientes títulos:

a) La presentación en el Registro de la Propiedad de las copias autorizadas e inscritas de las escrituras de fusión, con cambio o no de denominación, formalizadas, como documento inscribible típico recogido en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. En caso de que la identificación de las fincas registrales en

cuyos folios deba realizarse la inscripción no resulte de tales escrituras o de la documentación a ellas incorporada deberá acompañarse instancia en que tal identificación se realice, que deberá estar firmada por apoderado de la entidad con facultades suficientes con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el Registrador.

b) El testimonio notarial de la copia autorizada inscrita de la escritura de fusión pues, aunque técnicamente no se trata de una escritura pública, ya ha sido admitido por la DGRN y con los mismos complementos que en el caso anterior. A este supuesto debe añadirse la incorporación del testimonio o su transcripción por exhibición en una escritura pública en que la sociedad resultante efectúe cualquier negocio jurídico –ej.: venta, hipoteca, etc.-, pero no debe admitirse, salvo en el caso de transmisión de créditos, su mero reflejo o reseña notarial en la escritura correspondiente por simple manifestación del interesado.

c) La presentación en los Registros de la Propiedad de instancia en que se recoja la identificación de las fincas afectadas, indicación de las escrituras en que se han llevado a cabo las operaciones de segregación, fusión y cambio de denominación, datos de su inscripción en el Registro Mercantil, y solicitud de que se proceda a la práctica de los asientos que procedan en el folio de las fincas afectadas, supuesto en el cual la inscripción se realizará sobre la base de la aportación de un certificado del Registro Mercantil correspondiente o de la consulta realizada por el propio Registrador de la Propiedad al Registro Mercantil –vía FLEI- en el cual se hayan inscrito las referidas operaciones. En todo caso, la instancia a través de la cual se produzca la rogación deberá estar firmada por apoderado con facultades suficientes, con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el Registrador. Respecto de la posibilidad de acceso al FLEI y certificación por el Registrador consultante del contenido obtenido, nos remitimos a lo expuesto en otros números de esta revista.

URBANISMO.

1.-P: Se pregunta sobre la posibilidad de pagar los costes de urbanización ya vencidos y no pagados correspondientes a 8 fincas resultantes de una reparcelación inscrita, con aportación o cesión al Ayuntamiento de otra finca de los mismos propietarios perteneciente al mismo sector, amparándose en el artículo 62 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Se indica que se solicitará una tasación de las parcelas objeto del pago en especie y los propietarios muestran su aceptación del precio propuesta en la tasación.

El Ayuntamiento al aceptar este mecanismo de pago acepta asumir las cuotas urbanísticas futuras que se transmiten con la parcela. ¿Es posible?

R: El artículo 62 del RGU mencionado dispone que "*si existe acuerdo entre la Administración y los propietarios afectados, el pago de todos o parte de los gastos señalados en los tres artículos precedentes podrá realizarse cediendo estos a aquella, gratuitamente, terrenos edificables en la proporción que se estime suficiente para compensar tales gastos, cuyo importe quedará determinado en el propio acuerdo*".

A la luz de dicho artículo y siempre que se cumplan los requisitos formales preceptivos –tasación, notificaciones, etc.–, no se ve inconveniente en la indicada cesión que sería, en realidad, una dación en pago; pues si el ayuntamiento puede expropiar fincas por impago de las cuotas de urbanización, también debe poder aceptar daciones en pago, lo cual tiene la ventaja de evitar la compleja tramitación de la expropiación.

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

PRIMER TRIMESTRE DE 2011

ÍNDICE

-- Ley 1/2011, de 14 de enero, por la que se adapta la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, al Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm 47.**

-- Ley 2/2011, de 15 de marzo, de la Cañada Real Galiana (Se inserta resumen del texto).

CAÑADA REAL GALIANA. DESAFECTADA A SU PASO POR LOS TÉRMINOS MUNICIPALES DE COSLADA, MADRID Y RIVAS-VACIAMADRID.

El Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 74 del 29 de marzo de 2001 publica la **LEY 2/2011, de 15 de marzo, de la Cañada Real Galiana.**

Por esta Ley, que entra en vigor al día siguiente de su publicación, 16 de marzo de 2011, SE DESAFECTA ÍNTEGRAMENTE determinado tramo de la Cañada Real Galiana en una longitud aproximada de 14,2 kilómetros que discurre por los términos municipales de COSLADA, RIVAS-VACIAMADRID Y MADRID, en sus distritos de Vicálvaro y Vallecas.

La desafectación se realiza dentro del marco legal de la normativa básica del Estado, contenida en la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, y motivada porque las transformaciones experimentadas en la Cañada Real Galiana (tránsito ganadero nulo, ocupación con edificaciones de todo tipo y por un vial por el que circulan vehículos a motor) hacen que no sea adecuada al tránsito ganadero ni susceptible de usos compatibles y complementarios. Además se dice en la Exposición de Motivos que tal desafectación no supondrá ningún corte en el tránsito ganadero pues la amplísima red de vías pecuarias de que disfruta la Comunidad de Madrid asegura itinerarios alternativos.

I.- OBJETO DE LA DESAFECTACIÓN

Se desafecta el tramo de la Cañada Real Galiana a su paso por los municipios de COSLADA, RIVAS-VACIAMADRID, el distrito de VALLECAS del municipio de Madrid, y el distrito de VICÁLVARO del municipio de Madrid.

El tramo desafectado es el definido por las Órdenes del Ministerio de Agricultura de 31 de enero de 1958, para el tramo del municipio de Madrid en el distrito de Vallecas; de 24 de junio de 1964, para el tramo de Coslada; y de 11 de junio de 1968, para el tramo del municipio de Madrid en el distrito de Vicálvaro y del municipio de Rivas-Vaciamadrid. No obstante, como Anexo de la Ley se ajunta cartografía del tramo desafectado, que en caso de conflicto prevalecerá sobre la descripción contenida en estas órdenes ministeriales de clasificación.

II.- CONSECUENCIAS DE LA DESAFECTACIÓN. Régimen jurídico de los terrenos desafectados.

1.- Los terrenos del tramo desafectado **pasan a tener la condición de BIENES PATRIMONIALES** de la Comunidad de Madrid, y se registrarán por lo dispuesto

en la Ley 2/2011 de la Cañada Real Galiana, y supletoriamente por la Ley 3/2001, de 2 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

2.- Se establece **un plazo de dos años para que, con carácter previo a las posibles enajenaciones, cesiones o permutas**, se alcance un acuerdo social entre los implicados y que los Ayuntamientos adapten su planteamiento. Debido a la diversidad de circunstancias que se dan en los terrenos desafectados las Administraciones con competencia en la materia deben alcanzar con carácter previo un acuerdo marco para resolver todas las cuestiones derivadas de la ocupación, desafectación y destino de los terrenos desafectados, dando participación a los afectados (D.A. 1ª). El artículo 3.3 de la Ley fija en DOS AÑOS el plazo máximo para que se llegue a este acuerdo marco y para que, después los Ayuntamientos adapten la clasificación del suelo en el ejercicio de sus competencias urbanísticas.

3.- **Transcurrido el plazo de dos años la Comunidad de Madrid podrá enajenar**, ceder, permutar o celebrar cualquier otro negocio jurídico permitido por la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

4.- Esta enajenación se hará **PREFERENTEMENTE a los Ayuntamientos**. Caso de no ejercer los ayuntamientos esa opción preferente, la Comunidad de Madrid podrá enajenarla a terceros.

Siendo esta opción preferente una imposición legal y trámite esencial del procedimiento de enajenación, parece que deberá acreditarse la previa oferta a los Ayuntamientos para poder inscribir la enajenación o el negocio de disposición.

III.- ENAJENACIÓN DE LOS TERRENOS DESAFECTADOS.

La ley establece las bases de un procedimiento acelerado y simplificado respecto del común previsto en la Ley 8/1998 de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid y en la Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, para proceder a la enajenación tanto de los terrenos que desafecta como de aquellos otros que lo fueron en su día al amparo de la legislación entonces vigente. Y así, **en el artículo 4 establece que la enajenación se llevará a cabo con arreglo a la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, sin que sea necesario informe del Patronato de la Red de Vías Pecuarias, autorización del Consejo de Gobierno, ni comunicación a la Asamblea de Madrid.**

El uso y destino de los terrenos enajenados se ajustará a las normas y planes que aprueben los Ayuntamientos en el ejercicio de sus potestades urbanísticas, sin que la enajenación suponga en ningún caso la legalización de las construcciones o actividades desarrolladas en los mismos.

También se prevé en el **artículo 5 la CESIÓN de todo o parte de los TERRENOS DESAFECTADOS a los Ayuntamientos** respectivos. Estos procederán a ejercitar sus competencias urbanísticas y de todo tipo sobre los terrenos cedidos, pudiendo enajenarlos a favor de los ocupantes, de acuerdo con los términos de la cesión.

IV.-SITUACIONES PREEXISTENTES

1.- Se respetan los derechos legítimamente adquiridos por los ocupantes en virtud de enajenaciones válidamente realizadas en su día por el Ministerio de Agricultura, conforme a la normativa entonces vigente o de prescripción adquisitiva de los terrenos que en su día fueron desafectados al amparo de las normas civiles (Decreto de 23 de diciembre de 1944 o Ley 22/1974, de 27 de junio). Estos titulares podrán hacer valer sus derechos tanto ante la Comunidad de Madrid como ante los Ayuntamientos afectados (D.A. 2ª).

2.- Si se trata de ocupaciones ilegales, se establece un régimen transitorio en relación con la prescripción de las infracciones urbanísticas y la potestad de recuperación posesoria. Según la DT 1ª en el plazo de SEIS meses desde la entrada en vigor, los Ayuntamientos afectados elaborarán un censo de fincas y ocupantes de la Cañada Real Galiana en los tramos comprendidos dentro de sus términos municipales.

En tanto no se elabore este censo y los Ayuntamientos no hayan procedido a la nueva clasificación del suelo resultante de la desafectación de la vía pecuaria en el ejercicio de sus competencias urbanísticas, no se entenderá producida la usurpación a los efectos del cómputo del plazo de prescripción de las infracciones administrativas derivadas de la ocupación ilegal del ejercicio de la potestad de recuperación posesoria.

**BREVE RESUMEN DE LAS
SENTENCIAS MÁS
DESTACABLES DE LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE
MADRID**

ACCIÓN DECLARATIVA DEL DOMINIO. USUCAPIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 10.ª) DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2010.]

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Ruiz Marín.

Antecedentes.- En 1974 se adquirió mediante escritura pública de compraventa una finca, inscribiéndose a nombre del comprador en 2004. En la inscripción constaba que la parcela era destinada a zona deportiva privada. La finca formaba parte de una extensión de terreno más amplia reservada en el expediente de legalización del plan de ordenación a zona verde pública, que incluía cuatro parcelas destinadas a zona deportiva, capilla, locales comerciales y transformador de energía eléctrica, respectivamente, y era objeto de explotación por la Entidad Urbanística Colaboradora «La Ermita» que pagaba regularmente el impuesto sobre bienes inmuebles a cuyo nombre éste era emitido. En 1980 se ejercitó sin éxito un interdicto frente a la poseedora del inmueble. El origen del litigio tuvo lugar cuando dicha entidad ejercitó acciones para que se declarase su dominio sobre el inmueble y se ordenase la inscripción a nombre de la demandante y la cancelación de los asientos contradictorios. Alega la parte demandada, por una parte, que había consentido la posesión de la demandante en virtud de algún tipo de acuerdo entre ellas y, de otra parte, que la parte demandante había obrado de mala fe, ya que –a su juicio- si no interpuso la demanda hasta transcurridos cuatro años desde la inscripción fue a fin de consolidar su adquisición como usucapiente. Siendo así, la parte demandada interpreta que se trata de un enriquecimiento sin causa de la demandante y manifiesta su disposición a venderle el inmueble a cambio de su precio. En ambas instancias se estimó la demanda, apreciándose la prescripción adquisitiva extraordinaria a favor de la demandante.

Doctrina.- No es el usucapiente sino el propietario quien debe ejercitar algún tipo de acción para preservar su derecho mientras está en curso el período de prescripción adquisitiva, máxime cuando conoce que el poseedor está poseyendo en concepto de dueño.

Al no existir constancia de ningún acto de dominio de la parte demandada durante el período de la usucapión, al no quedar probado que existiera ningún tipo de pacto de uso con la demandante, y al conocer la parte demandada la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y continuada de la parte demandante, no existe obstáculo para admitir la usucapión extraordinaria a favor de esta última.

CARMEN JEREZ DELGADO

DOBLE INMATRICULACIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 9ª) DE 14 DE OCTUBRE DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ángel Moreno García.

Antecedentes.- De una misma finca matriz se segregaron dos fincas cuya superficie coinciden parcialmente. La primera de ellas dio lugar a una inscripción en el Registro de la propiedad en 1951 y desde entonces ha sido transmitida varias veces, quedando siempre constancia registral de ello. La segunda segregación se realizó e inscribió en 1964 y, tras varias transmisiones de la propiedad, desde 1981 constaba inscrita por cesión a favor del Ayuntamiento de Madrid. El titular registral de la finca primeramente segregada interpuso demanda declarativa del dominio frente al Ayuntamiento de Madrid. En ambas instancias se estimó la demanda, ordenándose la cancelación de la inscripción a favor del Ayuntamiento.

Doctrina.- Es doctrina jurisprudencial la que afirma que en los casos de doble inmatriculación «no se pueden dar fórmulas genéricas». Las normas de Derecho civil priman en este caso sobre las normas de Derecho hipotecario y deben estudiarse los títulos de la atribución patrimonial (artículo 609 CC) a fin de determinar la «preferencia con arreglo a la norma de derecho civil».

Los principios registrales son, en este caso, de aplicación sólo subsidiaria, ya que «la coexistencia de dos asientos incompatibles de igual rango y naturaleza origina la quiebra de los principios rectores del sistema tabular».

Destaca entre las normas aplicables la regla *prior tempore, potior est iure*, que da prioridad a la primera adquisición válida, respecto de la posterior de un mismo transmitente, ya que, si se entregó válidamente la cosa al primer adquirente, se pierde el poder de disponer para entregar la cosa válidamente al segundo.

El principio de la fe pública registral no tiene «carácter absoluto e ilimitado»: en particular, no afecta «a los datos y circunstancias de mero hecho (cabida, condiciones físicas, límites y existencia real de la finca)», y la presunción *iuris tantum* prevista en el artículo 38 LH puede desvirtuarse al presentar «prueba en contrario que acredite la inexactitud del asiento registral».

Con arreglo a las normas de Derecho civil, debe resolverse a favor del actor cuando queda acreditado que la doble inmatriculación se debió a «un error en la descripción de los linderos y cabida de la finca de la parte demandada».

No se puede comparar la fecha de la inscripción de la propiedad por las partes en el litigio sino la fecha de la primera inscripción de las fincas en el Registro de la Propiedad. Con independencia de que ambas partes reunieran la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH, «ninguna incidencia puede tener tal cualidad a los efectos de la resolución del litigio».

CARMEN JEREZ DELGADO

OPCIÓN DE COMPRA: DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 10ª) DE 20 DE OCTUBRE DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez.

Antecedentes.- Los concedentes de una opción de compra apoderaron de modo irrevindicable a la entidad titular del mismo para el otorgamiento de escritura pública de compraventa en ejercicio de la opción de compra y para el pago de las cantidades garantizadas con las cargas vigentes. La entidad citada ejecutó unilateralmente el derecho de opción de compra otorgando escritura pública con deducción de ciertas cantidades y solicitó la inscripción de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, adjuntando un acta de requerimiento o notificación de la escritura de ejecución unilateral de la opción de compra.

Denegada la inscripción del ejercicio unilateral de la opción de compra, se interpuso recurso contra la calificación del Registrador ante el Juez de Primera Instancia, solicitando la revocación de dicha calificación negativa. La sentencia fue desestimatoria. La Audiencia Provincial de Madrid volvió a confirmar la decisión del Registrador de la Propiedad.

Doctrina.- No puede inscribirse la escritura unilateral de ejecución del derecho de opción de compra cuando falta el consentimiento de los concedentes del derecho. La notificación del otorgamiento de escritura a los optatarios no supone que éstos aceptasen los pagos hechos por la demandante en concepto de precio, ni es posible presumir un consentimiento tácito. Tampoco es posible colegir el consentimiento tácito de los optatarios del hecho de que hubieran otorgado poder para el ejercicio unilateral del derecho de opción ya que la retención reflejada en la escritura de ejercicio del derecho requería una actuación previa de los optatarios, conforme a lo estipulado, «consistente en permitirles la acreditación del pago de las deudas que figuraban en el Registro de la Propiedad y que ha sido omitida, por lo que ha de ser subsanada a posteriori en la forma indicada en la calificación negativa que se recurre». «No es sólo que el Derecho Registral sea reacio a dotar de trascendencia jurídica a los consentimientos tácitos, sino que se trata de otorgar una intervención que se encuentra explícita en la propia escritura de opción, e insita en las obligaciones dimanantes de cualquier contrato».

CARMEN JEREZ DELGADO

SERVIDUMBRE CONTINUA Y APARENTE: OPONIBLE A LOS TERCEROS AUNQUE NO CONSTE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 13ª) DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Cezón González.

Antecedentes.- En abril de 2001, la entidad mercantil *S.* suscribió con la *Entidad Pública Empresarial del Suelo (Sepes)* un contrato de compraventa referido a la parcela 70B, de superficie aproximada de 10.376 metros cuadrados, sita en el polígono industrial Henares II de Marchamalo (Guadalajara), para la construcción en el terreno de unas instalaciones industriales destinadas a la fabricación de tanques para la depuración de aguas.

Por el límite norte de la finca adquirida por la empresa *S.*, en la linde con las parcelas 71, 72 y 73, existe una línea aérea eléctrica de alta tensión, propiedad de *Iberdrola Distribución Eléctrica*. Por este motivo la entidad mercantil *S.* interpone una demanda contra la vendedora, la entidad *Sepes*, solicitando se declare que la entidad *Sepes* vendió a la demandante la parcela 70B con una servidumbre consistente en un cable de alta tensión, sin que la parte compradora tuviera conocimiento de su existencia, pues no constaba ni en el Registro de la Propiedad ni en el contrato de compraventa; que se condene a la demandada a retirar el cable de alta tensión que sobrevuela la parcela adquirida por la demandante; que se abone por la demandada mensualmente a la actora una renta de 6.000 euros hasta la retirada de la línea; que se abone por la demandada a la actora la cantidad de 180.000 euros por gastos ocasionados desde la compraventa hasta la fecha de la demanda, a causa de la existencia de la línea; y, subsidiariamente, si no se acordase que *Sepes* retire los cables de alta tensión existentes en la parcela, que la demandada indemnice a la compradora, la entidad *S.* en la cantidad de 600.000 euros.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, confirmando la sentencia de primera instancia.

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia que la existencia de la línea de alta tensión es una servidumbre continua y aparente y que, aunque no se hiciera mención a ella ni en el contrato ni en el Registro de la Propiedad, el adquirente de la finca gravada con la mencionada servidumbre está obligado a soportarla y le resulta oponible. En relación con esta cuestión existe una reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que declara que el tercero no puede pretender ser protegido por el Registro de la Propiedad alegando que es de buena fe, porque no puede admitirse esa buena fe

cuando dicho sujeto conoce la existencia de las cargas o gravámenes (aunque no consten en el Registro de la Propiedad ni en la escritura pública de compraventa); a estos efectos puede afirmarse que “tal conocimiento existe cuando los signos de una servidumbre sean ostensibles y, por ende, indubitados”.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

DOBLE INMATRICULACIÓN EN UN PROCESO DE REPARCELACIÓN DERIVADO DE UN PROYECTO DE COMPENSACIÓN URBANÍSTICO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 14ª) DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2010]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Uceda Ojeda.

Antecedentes.- La empresa *UD, S. L.*, interpone una demanda contra el *IVIMA* y la entidad financiera *CTM, S. A.*, ejercitando una acción declarativa de dominio e interesando la rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad por la existencia de una doble inmatriculación que se había producido con la adjudicación de las fincas que correspondían a las partes litigantes tras la reparcelación llevada a cabo en el Proyecto de Compensación de la Unidad de Ejecución 6 del Plan Parcial del Ensanche de Vallecas. En concreto el conflicto se originó del siguiente modo:

La finca registral núm. 13422, hoy núm. 12658 del Registro de la Propiedad núm. 20, propiedad del *IVIMA*, se aporta al Proyecto de Compensación de la U.E. de Vallecas como finca 6032 D-2 con 13695 metros cuadrados.

La finca registral núm. 4123, hoy núm. 14639, del Registro de la Propiedad núm. 20, propiedad de *UD, S. L.*, se aporta al Proyecto de Compensación de la U.E. 6 de Vallecas también como finca aportada 6032 D-1 en 13695 metros cuadrados y como finca aportada 6056 D-1 en 3854,50 metros cuadrados.

La finca registral núm. 4599, hoy núm. 14636, del Registro de la Propiedad núm. 20, propiedad de *Parcesol* (hoy *CTM, S.A.*), se aporta al Proyecto de compensación de la U.E. 6 de Vallecas como finca aportada 6033 en 13417,50 metros cuadrados y como finca aportada 6056 D-2 con 3854,50 metros cuadrados.

Existe, por tanto, a juicio de la demandante, en el Proyecto una doble inmatriculación entre la totalidad de la finca registral núm. 13422, propiedad del *IVIMA*, y 13695 metros cuadrados de la finca registral núm. 4123, propiedad de *UD, S.L.*, así como una doble inmatriculación parcial de 3854,50 metros cuadrados entre la referida finca registral núm. 4123 y la finca registral núm. 4599, propiedad de *CTM, S.A.*

La parte demandante afirma que la finca que ha aportado al Proyecto de Compensación, finca núm. 14639 (antes núm. 4123), se corresponde con la parcela 12 del Polígono 8 del Catastro de 1990 (acompaña su escrito para acreditar sus alegaciones de un informe pericial en el que se hace una revisión de la evolución topográfica, registral y catastral de las parcelas, desde las hojas

kilométricas del año 1865, pasando por el avance catastral del año 1910, que incurrió en determinados errores que han motivado en parte este litigio, y finalizando con los Catastros de los años 1950 y 1990). El *IVIMA* ha pretendido situar la finca aportada al Proyecto en la misma parcela del polígono, cuando en realidad la suya era la parcela 13 del mismo Polígono 8, dándose la circunstancia de que así ingresó su título en el Registro de la Propiedad el día 5 de febrero de 1998, aunque posteriormente, mediante una escritura de subsanación que lleva fecha de 28 de julio de 1999, se rectificó la ubicación catastral de la finca situándola en la parcela 12. Por su parte, la entidad *CTM, S.A.* ha cometido el error de situar su finca en una parcela que no le corresponde, la 13 del Polígono 8, en vez de en la parcela 15 del mismo Polígono, y con más metros de los que le corresponde; por este motivo ha invadido, en parte, la propiedad de la demandante, lo que se ha manifestado al distribuirse las fincas tras la nueva división; esto es, al realizarse la reparcelación.

Los demandados se oponen a la demanda y formulan demanda reconvenzional.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Madrid estima la demanda interpuesta por la entidad *UD, S. L.*, y desestima la demanda reconvenzional interpuesta por la entidad financiera *CTM, S.A.* La Audiencia Provincial de Madrid desestima los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas, confirmando la sentencia de primera instancia.

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid recuerda en esta sentencia que el *Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística*, en su artículo 10 establece que “cuando la finca incluida en el proyecto de equidistribución hubiere sido objeto de doble inmatriculación, resultare ser de titular desconocido o registralmente constare que su titularidad es controvertida, se aplicarán las siguientes reglas: 1.º Si la finca constare doblemente inmatriculada, por haberse practicado la nota correspondiente con anterioridad a la iniciación del procedimiento de equidistribución, o dicha doble inmatriculación resultare probada como consecuencia de las operaciones del propio proyecto, deberán considerarse interesados en el proceso los titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada, según cada inscripción, lo que supondrá el mantenimiento de dicha situación en la adjudicación de las fincas de resultado y en su inscripción registral, la cual se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el orden jurisdiccional civil. Todo ello, sin perjuicio del convenio entre los titulares afectados formalizado en escritura pública. En la inscripción de las fincas de resultado se harán constar las circunstancias correspondientes a las fincas de origen que hubieren sido objeto de doble inmatriculación”.

Como conclusión la Audiencia Provincial de Madrid afirma que se trata de un tema de propiedad civil, ajeno al Derecho administrativo y que no puede quedar zanjado por la aprobación del Proyecto de Compensación que ha cometido irregularidades a la hora de determinar la propiedad de las fincas resultantes tras las reparcelaciones, al asignar unas mismas fincas a distintas personas.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

EXPEDIENTE DE DOMINIO: EXCESO DE CABIDA [AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 12ª) DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2010]

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Margarita Orejas Valdés.

Antecedentes.- La sociedad promotora del expediente de dominio mantiene que la finca rústica de la que es propietario en Getafe, que está inscrita en el Registro de la Propiedad de Getafe núm. 15, como finca registral núm. 0, antes finca registral núm. 1, y con una cabida de 33 áreas y 56 centiáreas, tiene una superficie real de 7200 metros cuadrados. Alega que ello es de acuerdo con la hoja kilométrica 9, letra G, parcela núm. 2. Afirma que dicha parcela es actualmente la núm. 3, polígono 4 de Getafe, según el plano parcelario de polígono del término municipal de Getafe editado por el Ministerio de Economía y Hacienda. Aporta certificación catastral actual de la situación del inmueble cuya cabida pretende subsanar y manifiesta también que el Ayuntamiento presentó proyecto de expropiación para el titular por 3356 metros cuadrados.

El Ayuntamiento, como único colindante, alega que el estudio topográfico presentado no prueba que la parcela núm. 2 se corresponda con la finca registral propiedad de la actora. Que en la primera inscripción de la finca registral núm. 1 que se realiza en el año 1868, es decir, tres años después de finalizar la topografía catastral de la provincia de Madrid, la finca aparece con los 3356 metros cuadrados que registralmente tiene en la actualidad y esa misma superficie aparece en el expediente de reanudación del tracto sucesivo de 9 de enero de 2006, sin que tampoco en dicha inscripción se haga la más mínima referencia a la mayor cabida que ahora se pretende. Ello demuestra que las parcelas núm. 2 de la hoja kilométrica número 9, letra G, del plano topográfico catastral correspondiente al partido judicial de Getafe no se correspondían con una sola finca sino probablemente con dos, no sabemos si del mismo o distinto propietario pero lo cierto es que se inscribió la finca con 3356 metros cuadrados.

El Juzgado de Instancia núm. 3 de Getafe declara que no ha quedado justificada en el expediente de dominio la mayor cabida pretendida por la demandante, la sociedad *Cuesta Veguilla S.A.*, ya que de las pruebas practicadas no se han justificado los extremos alegados por la representación de la sociedad demandante sin que se haya acreditado la supuesta identificación entre la parcelas objeto del litigio.

La sociedad demandante interpone un recurso de apelación alegando la infracción de las reglas 2ª y 4ª del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, pues la parcela ha quedado suficientemente identificada y ha sido debidamente

descrita con el soporte documental que exige dichas reglas. La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, confirmando la sentencia de primera instancia.

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia, siguiendo la jurisprudencia de otras Audiencias Provinciales, que no toda oposición en el expediente de dominio lo convierte en contencioso y obliga a acudir al declarativo, sino solo cuando la oposición duda sobre la propiedad o la extensión de la finca objeto del expediente. El artículo 201 LH admite la participación de los posibles afectados en el propio expediente de dominio, pudiendo proponer pruebas (lo que no tendría sentido si toda oposición conllevase su transformación en un expediente contencioso). Cuando el motivo de oposición consiste en negar que se haya justificado la adquisición del dominio, el expediente se convertirá en contencioso y se resuelve en el mismo la oposición, y sólo cuando ésta consiste, no ya en la justificación del promotor de haber adquirido el dominio, sino en la pretensión reivindicatoria del contradictor, que pretende ser él el propietario, debe acordarse el sobreseimiento del expediente de dominio remitiendo a las partes a un proceso declarativo. Lo mismo sucede cuando lo que se discute es la identidad de la finca, sus linderos o su cabida exacta, para evitar que por la vía meramente rectificadora del expediente de exceso de cabida se pueda producir una invasión de los colindantes.

Por otra parte, afirma la Audiencia Provincial de Madrid, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 12 de marzo de 1948) que para declarar justificado el exceso de cabida, las fincas deben de estar determinadas por su naturaleza y el enclavamiento geográfico que señalan sus linderos; asimismo es preciso que el exceso de cabida quede acreditado con arreglo a los procedimientos establecidos y no se dude de la identidad de la misma.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

PRIMER TRIMESTRE DE 2011

I.- PROPIEDAD

RESOLUCIÓN DE 28-10-2010 (BOE: 10-01-2011). Cancelación basada en una anotación caducada.

Registro: San Sebastián nº 5.

Se presenta un mandamiento ordenando la cancelación de las cargas posteriores a una anotación preventiva de embargo.

El Registrador deniega la cancelación porque la anotación había caducado y no puede producir efecto alguno.

La DGRN confirma el criterio del Registrador señalando que la caducidad supone la pérdida del rango obtenido frente a asientos posteriores.

RESOLUCIÓN DE 08-11-2010 (BOE: 01-01-2011). Anotación preventiva sobre finca no inmatriculada.

Registro: Navalcarnero nº 1.

Se presenta un mandamiento en cuya virtud se pretende que se tome anotación preventiva sobre cuatro fincas a las que se refiere la Sentencia que se acompaña y respecto de las cuales se declara la existencia de un contrato privado de compraventa y se condena a la demandada a elevarlo a público.

El Registrador deniega la práctica de la anotación porque:

1º) No se trata de una anotación de las previstas en el art 42 LH y no se ordena la rectificación del los asientos registrales contradictorios.

2º) Porque tres de las fincas afectadas no están inmatriculadas.

Tras el oportuno recurso el Registrador rectifica esa calificación y admite la anotación preventiva de la Sentencia al amparo del art. 42.3 LH respecto de la finca inmatriculada aún cuando duda de si coincide con otra inscrita.

La DGRN considera que respecto de la finca ya inmatriculada no existe ya causa para el recurso y en cuanto a las demás confirma el defecto señalado porque que las fincas no estén inmatriculadas constituye efectivamente un defecto subsanable en base al art 20 LH.

RESOLUCIÓN DE 12-11-2010 (BOE: 01-01-2011). Combinación de los principios de prioridad y tracto sucesivo.

Registro: León nº 2.

Constando inscrita en los libros registrales una finca con carácter ganancial se presenta una escritura de donación de un cónyuge a otro de su mitad indivisa. Posteriormente se presenta un mandamiento de embargo dirigido contra el esposo y debidamente notificado a la esposa. Y finalmente, se presenta una escritura pública de capitulaciones matrimoniales inscrita en el Registro Civil en cuya virtud se adjudica la finca en copropiedad ordinaria por mitad.

El registrador aún considerando que este último documento presentado podría permitir la inscripción de la donación ya presentada suspende la inscripción pretendida por falta de tracto sucesivo a la vista del resto de los documentos presentados posteriormente, considerando que no cabe subsanar dicha falta de tracto mediante el despacho previo de la escritura de liquidación de gananciales por impedirlo el principio de prioridad al estar presentado con anterioridad un título contradictorio.

La DGRN en una línea novedosa revoca la calificación y estima el recurso y ello pese a entender que se plantea una contradicción entre los principios de Prioridad y el de Tracto Sucesivo. De modo que la donación no podría inscribirse conforme al principio de tracto sucesivo, ya que no está todavía inscrita la mitad indivisa donada a favor del donante, y respecto al mandamiento, tampoco podría anotarse respecto a la mitad indivisa donada al cónyuge no deudor por presentado antes un título incompatible. Esto nos llevaría a una situación de círculo vicioso, pues se bloquea el despacho de todos los títulos interrelacionados, en parte por contradictorios y en parte complementarios.

Y considera como alternativa más lógica y congruente con una aplicación ponderada de todos los principios e intereses en juego, entender que el documento presentado en el Diario en primer lugar (la donación) gana prioridad no sólo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad

cuando éstos sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio que se presentó antes, pero después del subsanado.

Asimismo señala que entender que no se puede despachar el título subsanador por impedirlo el intermedio contradictorio supone vaciar de contenido el art. 105 RH, puesto que entonces sólo sería útil en los supuesto en que carecería de toda utilidad y, además, este precepto aunque es reglamentario tiene su equivalente “legal” en relación con las anotaciones preventivas en el art. 629.2 LEC. En resumen, en los casos en que la finca aparezca inscrita a favor de persona distinta del disponente, o del ejecutado en el caso de los embargos, pero de la que traiga causa el derecho de éste, constando tal cualidad de causahabiente en el propio Registro (en otras fincas registrales) o alegándose tal cualidad en el propio título presentado, ha de entenderse que se ha configurado legalmente una suerte de reserva de rango a través del asiento de presentación del título con defecto formal de tracto a favor del título que falta para completar o reconstruir el tracto, a cuyo favor se produce un trasvase de la prioridad del título al que subsana.

Comentario: Importante doctrina que va a suponer un cambio el los tradicionales criterios de calificación, ya que hasta ahora cabía considerar que la postura mantenida por el Registrador en este recurso era más adecuada para evitar supuestos de responsabilidad.

RESOLUCIÓN DE 03-12-2010 (BOE: 03-01-2011). Alcance de la publicidad registral : Ley de Protección de Datos.

Registro: Valladolid nº 6.

Se solicita el el Registro una certificación literal por fotocopia de todas las inscripciones de todas las fincas registrales de determinada persona, alegando como interés legítimo la liquidación de su sociedad de gananciales.

El Registrador considera que la peticionaria carece de interés legítimo por lo que procede a la expedición de la certificación, señalando como causas de esa negativa: que se indica de forma genérica el pretendido interés legítimo; que la titularidad a que se refiere la solicitud no está vigente en la actualidad, ni tampoco las fincas a que se refiere; y que no aparece referencia alguna de la solicitante ni su anterior cónyuge en ninguna de las fincas, siendo muy amplia la petición por lo que podría ser contraria a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

La DGRN confirma el criterio del Registrador para esta denegación y aprovecha para sentar las bases de la publicidad registral tras la Ley de Protección de Datos Personales. Así señala:

-- Que el Registrador, en esta materia, ha de calificar, no sólo si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada y valorando el interés legítimo (y en su caso el encargo), sino también qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.

-- Que la publicidad ha de ser para finalidades de la institución registral como 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, y no cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos.

-- Que con respecto a los asientos cancelados, no cabe la nota simple informativa y la certificación literal sólo comprenderá los asientos vigentes, sin incluir los cancelados, salvo solicitud expresa del Juez o Tribunal o de los interesados.

-- Que en cuanto a las fotocopias de los historiales registrales, La DG mantiene un criterio restrictivo, pues la Instrucción de 17 de febrero de 1998 dispuso que los Registradores de la Propiedad cuando realicen la manifestación mediante exhibición de los libros, previo control profesional de su contenido y por concurrir circunstancias excepcionales que así lo aconsejen, deberán hacerlo por medio de fotocopia de los asientos, la cual no podrá retirarse por el interesado ... sin que le sea permitido al particular copiar los asientos.

RESOLUCIÓN DE 04-12-2010 (BOE: 10-01-2011). Acta de requerimiento para inscribir una resolución de contrato.

Registro: Tárrega.

Hallándose inscrita una compraventa sujeta a precio aplazado y a una condición resolutoria expresa por impago de dicho precio, y posteriormente un embargo contra el comprador de la finca, se presenta ahora un acta notarial de requerimiento de resolución de contrato conforme a lo pactado sin contestación por el requerido.

El registrador de la propiedad suspende la inscripción porque no se ha consignado en un establecimiento bancario o caja oficial la parte del precio entregado, conforme al artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario y, además, no se ha notificado ni obtenido el consentimiento del acreedor posterior, titular del embargo.

La DGRN confirma los defectos señalados, en cuanto al primero, porque considera necesaria la consignación ya que aunque se haya pactado la pérdida de lo entregado en caso de incumplimiento, ese pacto es una cláusula penal que está siempre sujeta a la moderación judicial y, por tanto, siempre hay que consignar la totalidad de lo entregado.

Y en cuanto al segundo porque, sin lugar a dudas, el acreedor embargante se vera afectado plenamente por la resolución pretendida.

RESOLUCIÓN DE 07-12-2010 (BOE: 10-01-2011). Acta de requerimiento para inscribir una resiliación de contrato.

Registro: Tárrega.

Su doctrina es similar a la señalada en la anterior de 5 de diciembre de 2011 (N° 2011/08).

RESOLUCIÓN DE 09-12-2010 (BOE: 26-01-2011). Partición judicial: protocolización.

Registro: Madrid n.º 31.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 31, por la que suspende la inscripción del testimonio de un auto judicial de división de herencia.

Se debate en el presente recurso si para la inscripción de una partición judicial, acordada sin oposición, es suficiente el testimonio del auto expedido por el secretario judicial, o si, por el contrario, se precisa además su protocolización notarial.

La DG confirma la nota ya que la protocolización notarial viene impuesta como regla general por la ley y además el propio juez, en su auto así lo ordena. Indica, además, que este criterio es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. El artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante Auto y con la entrada en vigor de

la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, mediante decreto del secretario judicial, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas. Reconoce, sin embargo, que en otra ocasión (R. 13 abril 2000) admitió la inscripción del documento judicial, pero considera que era un supuesto distinto, pues en tal caso el juez dispuso en el auto dictado, la inscribibilidad directa del testimonio del mismo, subordinando tan sólo la protocolización notarial a la previa petición del interesado.

RESOLUCIÓN DE 09-12-2010 (BOE: 26-01-2011). Anotación de embargo sin designación de cuotas.

Registro: Madrid nº 27.

Se presenta un mandamiento en cuya virtud se pretende que se tome anotación preventiva sobre una finca a favor de dos acreedores con carácter solidario.

La Registradora deniega la anotación porque debe indicarse la cuota perteneciente a cada uno de los acreedores en base al art 54 LH y porque de conformidad con el art. 72 LH a las anotaciones les son aplicables las exigencias de las inscripciones.

La DGRN, sin embargo, considera que debe tomarse la anotación porque la naturaleza del embargo es la de una afección real en virtud de la cual el bien trabado queda vinculado «erga omnes» al proceso en el que se decreta. Por ello si consideramos que el embargo no tiene naturaleza de derecho real hemos de concluir que las exigencias del art. 54 RH no son aplicables a las anotaciones preventivas de embargo, sobre todo si se trata de un embargo a instancia de varios acreedores solidarios, en el que cualquiera de ellos puede ejercitar el crédito por la totalidad.

RESOLUCIÓN DE 09-12-2010 (BOE: 26-01-2011). Reanudación del tracto; sentencia declarativa.

Registro: Navalcarnero nº 2.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Navalcarnero nº 2, por la que se deniega la inscripción de testimonio de sentencia para la reanudación de tracto sucesivo.

Se debate en este recurso la inscribibilidad de una sentencia firme dictada en procedimiento ordinario sobre una finca por la que se ordena que sea inscrita a favor del demandante como nueva e independiente y se dé nueva descripción a la finca. En el procedimiento no se han demandado a los titulares registrales, ni a los transmitentes intermedios.

El registrador deniega la inscripción por entender que el procedimiento no es el adecuado, debiendo haberse acudido al expediente de dominio o acta de notoriedad para reanudar el tracto y por no aportar la oportuna licencia o la justificación de innecesariedad para la segregación al tratarse de parte de finca.

Dice la Dirección que a través del juicio declarativo puede realizarse cualquier modificación de los asientos del Registro, siempre que haya sido seguido contra el titular registral (arts. 38, 40 y 82 LH). Reconoce incluso que se inmatriculen fincas o se practiquen excesos de cabida citando la R. 10.11.2009 pero para ello es preciso que, de un lado, sean demandados no sólo los titulares registrales, sino quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante; y de otro, que se pida la declaración de la realidad, validez y eficacia de todos esos títulos traslativos intermedios remitiéndose a la R. 07.04.2003. Incluso dice la DG que “cabe afirmar que el juicio declarativo es la única forma posible para rectificar los asientos cuando el adquirente es directamente causahabiente del titular registral”.

En cuanto al defecto relativo a la falta de licencia administrativa para la segregación o declaración de no necesidad, se confirma la nota de calificación. Reitera el Centro Directivo su postura de anteriores resoluciones (17.02.1999 y 8.01.2010). Repite el argumento de la eficacia relativa de la cosa juzgada, diciendo que, no puede concluirse sin más que una sentencia permita obviar exigencias legales añadidas que debieron observar en su día esos contratantes (la licencia de segregación), cuando sobre dichas exigencias ni se discute en el procedimiento seguido ni hay pronunciamiento alguno en la propia sentencia.

RESOLUCIÓN DE 10-12-2010 (BOE: 03-01-2011). Ejercicio de condición resolutoria de un contrato.

Registro: Huelva nº 2.

Se presenta en el Registro un documento acompañado de un acta notarial de requerimiento en cuya virtud se solicita la reinscripción de una finca a favor del vendedor ya que en su día se pactó en escritura una permuta de solar a cambio de obra futura sujeta a la condición resolutoria de obtener la licencia en un determinado plazo que, en caso de resolución, el adquirente del solar renuncia a obtener la devolución de la cantidad entregada y se pactó como forma de reinscripción a favor del cedente el acta notarial de requerimiento.

El Registrador suspende la inscripción porque falta el depósito de la cantidad entregada.

La DGRN aún reconociendo la plena aplicabilidad del artículo 1504 del Código Civil a la permuta con condición resolutoria, confirma la negativa del registrador a inscribir la resolución en este caso, pues falta el depósito de la cantidad entregada en un establecimiento bancario o caja oficial, ya que el pacto de no devolución de la cantidad entregada, al tratarse de una pena, está sujeto a moderación judicial.

RESOLUCIÓN DE 11-12-2010 (BOE: 26-01-2011). Prórroga anotación preventiva.

Registro: Torrijos.

Recurso interpuesto por una Sociedad, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Torrijos, por la que se deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo.

Se debate en este recurso si es posible prorrogar una anotación preventiva en virtud de un mandamiento judicial expedido y, por tanto presentado, una vez transcurridos cuatro años desde la fecha de la anotación, aunque fue dictado como consecuencia de una solicitud que se aportó al Juzgado antes de caducar la anotación.

La Dirección General como ha declarado reiteradamente y como se deriva del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, no permite prórroga alguna, “habiéndose presentado, incluso expedido, el mandamiento ordenando la prórroga transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido su caducidad.”.

RESOLUCIÓN DE 11-12-2010 (BOE: 16-02-2011). Bienes de carácter público: el ayuntamiento puede declarar la resolución de un contrato administrativo por incumplimiento de condiciones.

Registro: Zafra.

Se presenta certificación administrativa de un acuerdo del Ayuntamiento por el que se resuelve una venta por incumplimiento de la condición resolutoria establecida en el pliego de condiciones económico-administrativas. Se acompaña sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo por la que se afirma la naturaleza administrativa del contrato resuelto y se ratifica el acuerdo impugnado.

El Registrador suspende la inscripción porque, encontrándose la finca inscrita a favor de los compradores y habiéndose practicado la inscripción en virtud de escritura pública, no es posible practicar la reinscripción a favor del

Ayuntamiento sobre la base del hipotético cumplimiento de una supuesta condición resolutoria que no consta en el Registro a menos que medie otra escritura pública o sentencia firme en la que se decrete la resolución y se ordene la cancelación o reinscripción.

La DG revoca la nota de calificación y estima el recurso, señalando que, en este caso, por sentencia judicial firme emanada de procedimiento instado, precisamente, por el titular registral de la finca, el contrato resuelto ha sido calificado de administrativo y el acuerdo municipal de resolución, cancelación y reversión ha sido ratificado judicialmente en sus términos.

Según doctrina del Centro Directivo (vid. Resolución de 24 de febrero de 2009), es suficiente para obtener la reinscripción la certificación administrativa del acto firme no sólo en vía administrativa sino, como en este caso, también judicial sin necesidad de obtener otra sentencia diferente o escritura pública.

Por otra parte, el hecho de que no conste en el Registro el pliego de condiciones y, por tanto, la condición resolutoria administrativa, no supone ningún obstáculo para proceder a la reinscripción ya que como señaló la resolución del Centro Directivo de 17 de septiembre de 2001, no habiendo pasado la finca a poder de terceros, la persona contra quien se ejercita queda afectada por la resolución como parte contractual.

RESOLUCIÓN DE 11-12-2011 (BOE: 29-01-2011). Exceso de cabida: expediente de dominio.

Registro: Talavera de la Reina nº 3.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Talavera de la Reina nº 3, por la que se suspende la inscripción de un expediente de dominio para inscripción de exceso de cabida.

Se trata de un Auto recaído en expediente de dominio para la inscripción de exceso de cabida por el que, junto con el exceso de cabida en sentido estricto, se fija una nueva descripción de la finca registral en cuanto a su naturaleza –que pasa de rústica a urbana– y sus linderos.

La Registradora suspende la inscripción invocando la existencia de dudas en cuanto a la identidad de la finca por tratarse de un exceso de más del doble de la superficie inscrita y por haberse producido una modificación de su naturaleza y configuración, lo que hace suponer que debió producirse un cambio en la calificación urbanística del suelo que debió ser acreditado con los oportunos documentos administrativos.

La DG revoca la nota, diciendo que: “las dudas sobre la identidad de la finca pueden ser alegadas por el Registrador en los casos de inmatriculación o inscripción de excesos de cabida por título público o por certificación administrativa (art 208, 300 y 306 Rh) pero no en los supuestos de expediente de dominio (R. 28.04.2005), pues en este último caso se trata de un juicio que corresponde exclusivamente al Juez.” (R 9.12.2004 y 7.07.2006).

Por otra parte indica que el hecho de que sean distintos los linderos de la finca no obsta para la inscripción de un expediente de dominio para declaración de exceso de cabida, ya que en el procedimiento se ha entendido que la finca, con su nueva descripción, es la misma que la que figura inscrita y cuya verdadera superficie se declara. Esto debe predicarse también respecto de la variación producida en la naturaleza de la finca, que ha pasado de ser rústica a urbana, debiéndose tener en cuenta a este respecto que en el expediente han sido citados tanto el Ayuntamiento como la entidad menor donde se encuentra la finca.

RESOLUCIÓN DE 13-12-2010 (BOE: 26-01-2011). Recurso gubernativo.

Registro: Mijas nº 3.

Recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Mijas nº 3, a la inscripción de un acta de adjudicación directa de un bien embargado por el Ayuntamiento de Mijas.

La nota de calificación formulada por el Registrador, estima que el defecto consiste en no estar la adjudicación de una finca, hecha como consecuencia del procedimiento de apremio de un Ayuntamiento, formalizada en escritura pública. Sin embargo, en el informe correspondiente, el Registrador señala que el defecto consiste en presentarse un acta de adjudicación y no certificación del acta, por tanto modifica el defecto.

La DG estima el recurso, ya que por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones relacionadas con la calificación del Registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la calificación supondría indefensión para el recurrente.

Indica, además, la DG que el Registrador admite tácitamente los argumentos alegados por el recurrente, al modificar en su informe el defecto por otro no expresado en la nota de calificación.

RESOLUCIÓN DE 13-12-2010 (BOE: 27-01-2011). Herencia; no se aporta el NIF de los legatarios de bienes no inmuebles.

Registro: Torrox.

Recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Torrox, a la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

El problema que se plantea en este recurso radica en dilucidar si la falta del número de identificación Fiscal (N.I.F. o del N.I.E. cuando se trate de extranjeros) de tres personas, legatarias de bienes no inmuebles (y además, en este caso, de escaso valor), es motivo que impide la inscripción del único bien inmueble inventariado, cuyo adjudicatario sí ha aportado el N.I.E. correspondiente, a tenor del art. 23 de Ley del Notariado y del actual art. 254 LH.

La Dirección General, interpretando que la finalidad de dicho precepto de la Ley Hipotecaria es evitar el fraude que pueda afectar a los bienes inmuebles y a sus rentas, controlando el verdadero titular de los mismos, considera desproporcionado que la falta del N.I.E. por parte de extranjeros que no residen en España, y que son legatarios de bienes muebles en una herencia que ha satisfecho el correspondiente impuesto sucesorio, impida el derecho del único legatario de bien inmueble, que sí ha cumplido tal obligación, a inscribir el bien adquirido por legado.

RESOLUCIÓN DE 14-12-2010 (BOE: 27-01-2011). Herencia: sustitución vulgar. Obra nueva antigua.

Registro: Navahermosa.

Recurso interpuesto la notaria de Los Navalmorales, contra la negativa del registrador de la propiedad interino de Navahermosa, a la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Se trata de dos cónyuges con idénticos testamentos donde instituyen herederos por partes iguales a sus tres hijos sustituidos vulgarmente en caso de premoriencia o incapacidad por sus respectivos descendientes, habiendo uno de los hijos falleció antes que sus padres, dejando tres hijos.

Se presenta escritura de partición otorgada por los dos hijos y los tres nietos, todos mayores de edad.

El Registrador en su nota de calificación estima los siguientes defectos:

1) No acompañarse el certificado de defunción, últimas voluntades y testamento de la hija premuerta o, en su defecto, acta de notoriedad.

2) No acreditarse la superficie construida de una casa por cualquiera de las formas establecidas en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En cuanto a la primera cuestión, indica la DG que acreditada la muerte de una heredera mediante el certificado de defunción (la premoriencia), que aparece unido a la escritura de partición, y que ocurrió con anterioridad a la de sus padres, pero con posterioridad al otorgamiento del testamento, no hace falta ninguna declaración de herederos del hijo premuerto, pues entran directamente, por obra de la sustitución, a ser llamados a la herencia los sustitutos vulgares, que son sus descendientes, y, señalados los mismos, no procede averiguación ulterior sobre otros posibles sustitutos.

El segundo de los defectos es igualmente revocado. Siendo la construcción del inmueble anterior a la Ley 8/1990, e incorporada a la escritura calificada certificación catastral en la que figura la superficie construida de la edificación, se cumple con la aportación de uno de los medios señalados en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997.

RESOLUCIÓN DE 14-12-2010 (BOE: 27-01-2011). Descripción de la finca; cambio número de la calle.

Registro: Parla nº 1.

Recurso interpuesto por una inmobiliaria contra la negativa de la registradora de la propiedad de Parla nº 1, a modificar la descripción de una finca.

Se presenta instancia privada en el Registro de la Propiedad, solicitando la modificación de la descripción de una finca registral, a fin de dejar constancia de la nueva numeración, acreditándose lo anterior mediante acta notarial de presencia, no se accede a ello por la Registradora de la Propiedad, por estimar que era necesario el consentimiento del titular de otra finca con igual numeración o, en su defecto, de resolución judicial, porque ya existe otra finca registral con los mismos números.

Se revoca la nota y dice la Dirección que “es perfectamente posible que por error o por alteraciones sobrevenidas, el número de policía de una finca urbana corresponda, en realidad, a otra; exigir en estos casos al titular registral el consentimiento de todos los titulares de la otra finca o tener que entablar una acción judicial contra ellos resulta desproporcionadamente gravoso.” El art. 437 RH no lo requiere, y permite a los interesados, entendiéndose por tales los titulares de la finca en la que se pretenda la modificación, hacer constar la calle y numeración correcta siempre que se presente la documentación municipal correspondiente.

El hecho que no pueda hacerse constar en el Registro la referencia catastral que ya figura previamente en otra finca sin consentimiento de los titulares de la misma o resolución judicial, se basa en la exigencia de ciertos requisitos para reflejar la referencia como dato descriptivo de las fincas (artículos 45 y 48.2 RDLeg. 1/2004 Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), señalando la Dirección, la diferencia entre el dato identificativo del número de la calle y la referencia catastral.

RESOLUCIÓN DE 14-12-2010 (BOE: 07-02-2011). Calificación registral: no puede practicarse una inscripción parcial si las cláusulas omitidas trascienden al total negocio celebrado. Opción de compra: no puede cancelarse por el solo transcurso del plazo de la opción.

Registro: El Rosario.

Inscrita una finca de reemplazo con carácter provisional a nombre de los dos titulares de las parcelas de procedencia en tanto se acredite su mejor derecho, se presenta y se inscribe un acuerdo transaccional homologado judicialmente en el que se reconoce el dominio a favor de uno de los titulares, concediéndose al otro una opción de compra por plazo de 20 días. Además, figura presentada una hipoteca sobre la finca de procedencia del optante.

Ahora se solicita por el titular del dominio, mediante instancia, que se cancele la opción así como cualquier otra carga que recaiga sobre la finca, alegando que nunca se solicitó su inscripción y que, además, ya caducó el plazo para su ejercicio.

El Registrador suspende la cancelación de la opción por tres motivos, confirmados todos por la DG señalando esta última que la inscripción del testimonio del auto que homologaba el acuerdo entre las partes fue practicada correctamente, puesto que no puede desconocerse la unidad negocial tal y como aparece configurada por las partes en su acuerdo transaccional, de modo que si han querido establecer como contraprestación del reconocimiento del dominio un derecho de opción de compra no podrá inscribirse aquél y denegar el acceso registral a la opción de compra, por cuanto que ello implicaría la alteración del equilibrio resultante del acuerdo, atribuyendo a éste efectos distintos de los requeridos por los interesados.

Inscrita correctamente la opción de compra, el mero transcurso del plazo previsto para ejercitar la opción no permite por sí solo cancelar el asiento en que consta. Únicamente en el caso en que exista pacto de caducidad de la opción y tal pacto esté redactado con indudable claridad (lo que no sucede en el caso ahora planteado) será posible la cancelación registral llegado el término.

RESOLUCIÓN DE 15-12-2010 (BOE: 27-01-2011). Ejecución de sentencia: no testimonio de la sentencia.

Registro: n.º 20 de Madrid.

Recurso interpuesto frente a la negativa del registrador de la propiedad n.º 20 de Madrid, a inscribir un mandamiento de la Secretaria del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Madrid.

Se trata de un mandamiento judicial en el que, como consecuencia de la ejecución de una sentencia, cuyo testimonio no se acompaña, se declara la adquisición de un local comercial, que ese local tiene una superficie superior a la inscrita, y que fue dividido en dos fincas independiente.

El Registrador suspende la inscripción por los siguientes motivos:

- 1) No acompañarse la sentencia, donde se ordenan las operaciones registrales.
- 2) No demandarse al titular registral, pues el local objeto del pleito aparece inscrito a favor de persona distinta.
- 3) No cumplirse los requisitos de modificación del título constitutivo en régimen de propiedad horizontal.

La Dirección desestima el recurso, confirmando el primer defecto, considerando necesario la sentencia, pues “el mandamiento es un acto de comunicación procesal dirigido a determinadas personas de cuya actuación depende la ejecución de resoluciones judiciales; pero el mandamiento no es título formal en el sentido recogido por el art. 3 LH, y así lo confirma el art. 257.1 LH, pues no contiene por sí mismo el título material del art. 2 LH susceptible de modificar el contenido del Registro”. Sólo cuando el mandamiento incluye un testimonio literal de la resolución que contiene el título material susceptible de modificar el contenido del Registro se confunden ambos aspectos.

El segundo defecto es también confirmado, insistiendo en la necesidad de calificar el tracto sucesivo, pues “Es un principio esencial de nuestro sistema hipotecario que ningún asiento puede ser practicado en el Registro sin consentimiento del titular registral o sin que haya tenido lugar el oportuno procedimiento judicial en el que aquél haya podido disfrutar de la posición prevista en el ordenamiento.”; manifestación del principio de tutela judicial efectiva consagrado en nuestra constitución.

En cuanto al exceso de cabida y a la división de fincas, la Dirección no entra, al no haberse acompañado la sentencia.

RESOLUCIÓN DE 16-12-2010 (BOE: 10-01-2011). Inmatriculación y certificación catastral.

Registro: Motilla del Palancar.

Se presenta una escritura con la que se pretende inmatricular una finca acompañada de una certificación catastral cuya descripción no es coincidente totalmente con la finca.

El Registrador suspende la inmatriculación con base en esa falta de coincidencia.

La DGRN confirma la calificación, de acuerdo con los arts. 53 de la Ley 13/96 y 298 RH que exigen para la inmatriculación de fincas certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción de éstas en el título; y sin que quepa ni siquiera admitir que se da esa coincidencia cuando, existen diferencias de superficie inferiores al diez por ciento, ya que los artículos 41 a 49 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario se refieren a un supuesto distinto que es el de la constatación registral de la referencia catastral, y no a la inmatriculación de la finca, por lo que no cabe su aplicación analógica.

RESOLUCIÓN DE 20-12-2010 (BOE: 21-02-2011). Ejecución: no puede inscribirse sin que se haya expedido certificación de cargas.

Registro: Las Rozas nº 1.

Se presenta auto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados seguido contra persona distinta del titular registral –en concreto contra un causahabiente no inscrito del titular registral–, y en el que no se expidió la certificación de dominio y cargas establecida por el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Registrador deniega la inscripción y cancelación solicitada por la falta de llamada al procedimiento del titular registral y la ausencia de expedición de certificaciones de cargas.

La DG confirma la nota de calificación puesto que la omisión del defecto de emplazamiento del titular registral está dentro del ámbito de la calificación registral determinado por el artículo 132 de la Ley Hipotecaria. Añade que el Registrador puede y debe denegar la inscripción de aquellos autos de adjudicación en los cuales no conste que se ha seguido el procedimiento contra el titular registral (cfr. artículo 132.1 y.2 antes citado), pues de lo contrario se

contravendría su derecho a la tutela judicial efectiva, manifestada en el ámbito registral en el principio de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, el Registrador debe calificar que no se ha producido una situación de indefensión.

Y en cuanto a la omisión de la expedición de certificación de cargas, señala la DG que siendo dicha intervención del titular registral uno de los aspectos que pueden y deben ser calificados por el Registrador, y existiendo un mecanismo previsto en la Ley para llevar a cabo tal intervención (artículos 656, 659, 688, 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la omisión de la certificación de cargas en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados constituye un defecto que impide la inscripción.

RESOLUCIÓN DE 22-12-2010 (BOE: 21-02-2011). Separación y divorcio: las adjudicaciones de bienes no matrimoniales deben hacerse en escritura pública.

Registro: Palencia nº 2.

Dentro de un procedimiento judicial de divorcio de dos cónyuges casados en separación de bienes se aprueba un convenio regulador con adjudicaciones de bienes privativos de un sólo cónyuge en favor del otro.

El registrador exige el otorgamiento de escritura pública porque los actos jurídicos contenidos en el convenio regulador son complejos, tienen una entidad propia y exceden del ámbito de un convenio regulador de divorcio, conforme a la doctrina de la DGRN.

La DG confirma la nota de calificación indicando que el convenio regulador no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia.

Añade que resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes pues, aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, del hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble (cfr. las Resoluciones de 21 de enero de 2006 y 29 de octubre de 2008).

En este caso, sin embargo, no existe liquidación de sociedad conyugal propiamente dicha, ni siquiera de un proindiviso producido durante el matrimonio en régimen de separación, dado que los bienes transmitidos se adquirieron en su totalidad como privativos en exclusiva del cónyuge transmitente.

No estamos, por tanto, ante un negocio complejo inserto dentro del procedimiento de liquidación de bienes y deudas, derivada de la extinción del régimen económico matrimonial de gananciales o del de separación de bienes, sino ante un negocio independiente, con significación propia y distinta de la del convenio regulador, aunque formalmente inserto en él.

En definitiva la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

RESOLUCIÓN DE 21-12-2011 (BOE: 14-02-2011). Hipoteca: constitución.

Registro: Vera.

Constitución de Hipoteca: Alcance la calificación registral de cláusulas financieras.

Hipoteca inversa: Carácter de entidad financiera de una entidad extranjera.

Hipoteca inversa: Es inscribible aun antes del desarrollo reglamentario de la previsión legal.

Hipoteca inversa: La responsabilidad por intereses puede sumarse a la del capital.

Hipoteca por cuenta corriente: La responsabilidad por intereses puede sumarse a la del capital.

Hipoteca inversa: No le afecta el tope de intereses, aun cuando no se hubiera pactado expresamente.

Hipoteca inversa: No pueden inscribirse las prohibiciones de disponer.

Hipoteca inversa: No pueden inscribirse las prohibiciones de arrendamientos sujetos a purga.

Hipoteca inversa: Han de inscribirse las cláusulas sobre comisiones, gastos e impuestos y primas de seguro.

Constitución de Hipoteca: No puede pactarse la extensión a las nuevas construcciones sin excluir las realizadas por tercer poseedor.

Se presenta escritura mediante la cual se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa.

El Registrador deniega la inscripción porque considera que no nos encontramos ante una verdadera relación de cuenta corriente, pues no existe la obligación de mantener la disponibilidad.

La DG estima parcialmente el recurso.

En primer lugar, entiende que ambas modalidades contractuales (crédito o préstamo) pueden ser utilizadas como instrumento financiero en el caso de las hipotecas inversas por preverlo así expresamente la referida disposición adicional primera de la Ley 41/2007, al definir esta figura su apartado primero como «el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» y siempre que cumplan los requisitos que establece el mismo apartado primero. Por lo que no existe contradicción con el régimen jurídico de la hipoteca en garantía de cuenta corriente, pues existe disponibilidad a favor del deudor, lo que ocurre es que se ha agotado, en virtud de la disponibilidad inicial, la totalidad del límite disponible por razón de capital, siendo el resto hasta el límite de la cifra de responsabilidad hipotecaria la parte del saldo garantizado correspondiente a las partidas de cargo de los intereses, comisiones y demás gastos garantizados.

Y en segundo lugar, en cuanto al ámbito y alcance general de la calificación registral en materia de hipotecas la DG reitera sobre las materias indicadas la doctrina de las R. 01.10.2010 y R. 04.11.2010.

Además, se reitera también la doctrina de la R. 19.01.1996, en el sentido de que «vulneran el art. 112 LH los pactos por los que se extiende la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada cualquier que sea el titular que realice tales construcciones y, por tanto, sin excluir de dicha extensión el supuesto en que éstas son realizadas por un tercer poseedor».

RESOLUCIÓN DE 23-12-2010 (BOE: 22-02-2011). Inmatriculación: el auto debe contener las circunstancias personales de los promotores del expediente.

Registro: Sanlúcar de Barrameda.

Se presenta en el Registro testimonio de auto firme recaído en un expediente de dominio para la inmatriculación de dos fincas.

La Registradora suspende la inscripción, por los defectos de no constar si los promotores del expediente son cónyuges y en su caso el carácter de la

adquisición y el estado civil y, en relación a una de las fincas, por no coincidir la superficie de la misma según el documento y la certificación catastral descriptiva y gráfica.

La DG confirma la nota de calificación con base en el artículo 51.9 RH en cuanto al primer defecto, y en el art. 53.7 de la Ley 13/96 de 30 de diciembre en cuanto al segundo. Respecto de este último añade que se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral. Como afirmara la citada Resolución de 5 de octubre de 2004, la norma no deja resquicios a excepciones: con independencia de cual sea la finca que se pretende inmatricular y, por tanto, su titular, el título o el medio de los previstos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria al que se acuda.

No obstante, el defecto es subsanable (véase Resolución de 5 de enero de 2005) por la vía de la declaración de los titulares catastrales por la que se manifieste ante el Catastro -ex artículo 13 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y 28 de su Reglamento- la modificación de la descripción del inmueble respecto de la superficie conforme al auto del expediente de dominio. Pero, además, habría que esperar a la resolución estimatoria por parte de la gerencia catastral, pues lo que las normas aplicables exigen es una total coincidencia entre Catastro y descripción de la finca en el momento de la inmatriculación.

RESOLUCIÓN DE 27-12-2010 (BOE: 22-02-2011). Propiedad horizontal: puede constituirse un elemento privativo formado por varios departamentos.

Registro: Cáceres nº 2.

Se presenta en el Registro una escritura de agrupación de elementos privativos de una propiedad horizontal.

En un edificio en propiedad horizontal el propietario de 9 elementos privativos los agrupa, formando el elemento número tres, y al describirlo se dice que es un conjunto de 18 apartamentos, que se describen físicamente con sus linderos. Cuenta con autorización estatutaria para la agrupación y con licencia municipal, pues se han realizado obras de reforma interior, compareciendo también el arquitecto para certificar su adecuación al proyecto y a la licencia. No se modifica la superficie construida ni la volumetría, ni la estructura del edificio.

Después de esta agrupación el edificio tiene dos locales independientes en la planta baja, y además el elemento agrupado que se va a destinar a una explotación hotelera, integrado por las plantas primera a cuarta en su totalidad, más un vestíbulo y escalera interior privativa que lo comunican con la calle.

La registradora suspende la inscripción pues considera que hay que modificar la obra nueva del edificio (al haber 18 apartamentos) y también entiende que no se puede practicar la agrupación pues en realidad habría que hacer una división material formando las 18 fincas correspondientes a los 18 apartamentos. Considera que la descripción de la finca agrupada no es unitaria, como un solo elemento independiente, ya que alude a la existencia de 18 apartamentos dentro de la misma, que se describen, y a una especie de división material implícita que no se realiza en la práctica.

Resuelve la DGRN revocando la calificación por entender que en el presente supuesto, se prevé una simple agrupación, pues se ha configurado un solo elemento privativo compuesto por 18 apartamentos, y el hecho de que éstos sean susceptibles de aprovechamiento independiente no trae como consecuencia necesaria que hayan de constituirse 18 elementos privativos pues, en el presente caso se pretende que sea un solo elemento de esta clase, que se va a aprovechar de forma conjunta por una sociedad hotelera, aunque físicamente se trate de 18 apartamentos. Agrupación de elementos privativos diversos que, por lo demás, ampara expresamente el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal.

RESOLUCIÓN DE 11-01-2011 (BOE: 14-02-2011). Hipoteca: constitución.

Registro: Estepona nº 2.

Hipoteca: Alcance la calificación registral de cláusulas financieras.

Hipoteca inversa: Carácter de entidad financiera de una entidad extranjera.

Hipoteca inversa: Es inscribible aun antes del desarrollo reglamentario de la previsión legal.

Hipoteca inversa: La responsabilidad por intereses puede sumarse a la del capital.

Hipoteca por cuenta corriente: La responsabilidad por intereses puede sumarse a la del capital.

Hipoteca inversa: No le afecta el tope de intereses, aun cuando no se hubiera pactado expresamente.

Hipoteca inversa: No pueden inscribirse las prohibiciones de disponer

Hipoteca inversa: No pueden inscribirse las prohibiciones de arrendamientos sujetos a purga

Hipoteca inversa: Han de inscribirse las cláusulas sobre comisiones, gastos e impuestos y primas de seguro.

Se presenta escritura mediante la cual se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa.

El Registrador deniega la inscripción porque considera que no nos encontramos ante una verdadera relación de cuenta corriente, pues no existe la obligación de mantener la disponibilidad.

La DG estima parcialmente el recurso.

En primer lugar, entiende que ambas modalidades contractuales (crédito o préstamo) pueden ser utilizadas como instrumento financiero en el caso de las hipotecas inversas por preverlo así expresamente la referida disposición adicional primera de la Ley 41/2007, al definir esta figura su apartado primero como «el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» y siempre que cumplan los requisitos que establece el mismo apartado primero. Por lo que no existe contradicción con el régimen jurídico de la hipoteca en garantía de cuenta corriente, pues existe disponibilidad a favor del deudor, lo que ocurre es que se ha agotado, en virtud de la disponibilidad inicial, la totalidad del límite disponible por razón de capital, siendo el resto hasta el límite de la cifra de responsabilidad hipotecaria la parte del saldo garantizado correspondiente a las partidas de cargo de los intereses, comisiones y demás gastos garantizados.

En segundo lugar, deben tenerse en cuenta las especiales características de la hipoteca inversa, señaladamente por lo que se refiere al devengo de los intereses ordinarios pactados, ya que, por la propia naturaleza y operatividad de la figura, sobre tales intereses gravita el riesgo que para la entidad concedente se deriva de la aleatoriedad en lo relativo al vencimiento del crédito, ya que conforme a la letra c) del apartado primero de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 «la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios». Por ello, es especialmente útil en muchos casos, para el desenvolvimiento del producto en el mercado financiero, el mecanismo de la cuenta corriente, pues permitirá englobar las diversas partidas que configurarán el saldo final –o deuda– exigible al tiempo del vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca inversa constituida.

Por ello es lógico que, dado que los intereses devengados no son pagaderos hasta el fallecimiento del acreditado, puedan acumularse al capital, pues el interés ya devengado hasta entonces no puede ser reclamado –ni garantizarse por tanto– por separado.

Y en cuanto a los límites de la actuación del pacto de anatocismo en el ámbito hipotecario, como ya advirtiera la resolución de 19 de marzo de 2008, los límites del artículo 114 de la Ley Hipotecaria en cuanto a los intereses que se pueden pactar en perjuicio de terceros, tiene precisamente en el ámbito de la hipoteca inversa la excepción prevista actualmente en el apartado 6 de la disposición

adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. A ello hay que añadir otra especialidad sobre esta materia en relación con las hipotecas en garantía de crédito en cuenta corriente, en cuanto a su ámbito objetivo en relación con los intereses, pues, como ha señalado la doctrina más autorizada, en rigor tras cada vencimiento no hay intereses exigibles con independencia sino que, de acuerdo con lo pactado, sólo son objeto de anotación como una partida de cargo más de la cuenta corriente. Por ello, la hipoteca no garantiza de forma separada e independiente cada vencimiento de intereses, sino sólo el saldo final de la cuenta. Por ello, en rigor en estas hipotecas no puede hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos, ni resulta aplicable en puridad la regla del artículo 317 del Código de Comercio conforme a la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, por cuanto que respecto de estos intereses no procede exigir su pago, sino sólo su cargo en la cuenta, sin que pueda hablarse con propiedad de intereses impagados respecto de los todavía no exigibles.

Y en tercer lugar, en cuanto al ámbito y alcance general de la calificación registral en materia de hipotecas la DG reitera sobre las materias indicadas la doctrina de las R. 01.10.2010 y R. 04.11.2010.

II.- MERCANTIL

RESOLUCIÓN DE 25-11-2010 (BOE: 01-01-2011). Denominaciones no idénticas.

Registro: Registro Mercantil Central.

Se solicita en el Registro Mercantil Central una reserva de denominación a favor de Argostalia y se concede por plazo de quince meses pasados lo cuales caduca. Trás esta caducidad vuelve a presentarse reserva de la misma denominación.

El Registrador la suspende porque ya consta ahora inscrita una denominación como Argosalia.

La DGRN estima el recurso presentado considerando que ambas denominaciones no son idénticas y tienen entre sí suficientes elementos diferenciadores.

RESOLUCIÓN DE 18-12-2010 (BOE: 07-02-2011). Sociedad limitada: aumento de capital no puede hacerse con cargo a reservas que deben enjugar pérdidas.

Registro Mercantil Madrid IV.

Se presenta una escritura de aumento de capital, parte en metálico y parte por transformación de reservas, efectuado respecto de estas últimas, sobre la base de un balance aprobado por la Junta en el que si bien existen dichas reservas en cuantía suficiente, las mismas aparecen disminuidas como consecuencia de pérdidas no compensadas, siendo el patrimonio neto de la sociedad negativo.

La registradora, en su acuerdo, considera que no es posible dicho aumento dada la existencia de pérdidas en el balance que agotan completamente las reservas. Cita las RDGRN de 24-9-99, 18-10-2002 y 9-4-05.

La DG confirma el criterio de la Registradora señalando que en aras del principio de realidad del capital social, no cabe crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Por tanto, un requisito esencial para la capitalización de las reservas o beneficios no es sólo que tengan la consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición, dado que la capitalización es una de las formas a través de las que la sociedad ejerce su facultad de libre disposición sobre ellas.

Por disponibilidad de las reservas ha de entenderse, por tanto, la libertad para aplicarlas a cualquier fin, entre ellos el de reparto entre los socios. Y esa aplicación de las reservas tan sólo es posible en tanto no existan pérdidas que hayan de enjugarse previamente.

En definitiva, la libre disponibilidad de las reservas viene limitada por la función que están llamadas a desempeñar: la cobertura de pérdidas contabilizadas. Y si no son plenamente disponibles no reúnen los requisitos legalmente exigidos por el artículo 74.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para su capitalización.

Comentario: Se trata de una resolución confirmatoria del criterio de otras anteriores, siendo lo verdaderamente importante de todas ellas, el reiterar las facultades calificadoras del registrador mercantil sobre el balance de la sociedad tenido en cuenta para un acuerdo de ampliación del capital social.

Dado que la resolución se dicta bajo el imperio de la Ley 2/1995, la DG no entra en el discutido y espinoso tema de si es necesario que el balance de la sociedad limitada que aumenta el capital social por reservas esté o no auditado como en la actualidad exige el art. 303.2 de la LSC.

RESOLUCIÓN DE 21-12-2010 (BOE: 19-02-2011). Registro Mercantil: ante la existencia de acuerdos contradictorios debe suspenderse la inscripción. Calificación registral: la calificación negativa debe ser suficiente y motivada.

Registro Mercantil Madrid XII.

Se presentan tres escrituras de elevación a público de acuerdos de la Junta General de accionistas relativos a reducción de capital, transformación de acciones al portador en nominativas y nombramiento de administrador, entre otros, contradictorios entre sí y también contradictorios respecto de otros acuerdos de Junta General, previamente inscritos en fechas recientes, o que resultan de títulos presentados con posterioridad, que evidencian una situación de conflicto entre dos grupos que se atribuyen la titularidad de las acciones. Unos proceden de Juntas Universales adoptados por quienes se consideran socios en cuanto legatarios de cosa específica de las acciones; y otros acuerdos proceden de Juntas Universales de otras personas que se consideran accionistas como herederos de las acciones, sin que conste la entrega del legado por los herederos.

Los Registradores -hay una acumulación de recursos por tratarse de presentaciones sucesivas- deniegan la inscripción de los acuerdos por cuatro defectos –tomados en conjunto:

1.- Porque los acuerdos cuya inscripción se pretende han sido declarados nulos en virtud de otra Junta Universal y en consecuencia el administrador único que los eleva a públicos carece de legitimación registral para ello.

La DG confirma este primer defecto ya que, por lo que resulta del historial registral de la sociedad (donde constan sucesivos nombramientos contradictorios de administrador único e interposición de sucesivas querellas por falsedad de las certificaciones de los acuerdos sociales), así como de los títulos presentados y de las propias alegaciones de los recurrentes, que se trata de una situación de conflicto entre dos grupos que pretenden ostentar los derechos políticos de las acciones. En el presente caso y atendiendo a las circunstancias concurrentes, que se deducen de las inscripciones anteriores de la hoja de la sociedad (inscripciones 13, 14, 15 y 16), de las notas de calificación, de los títulos presentados y de las alegaciones de los recurrentes, se advierte que se está haciendo un uso impropio del Registro Mercantil, institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas y no a la resolución de las diferencias entre los eventuales titulares de las acciones, siendo los Tribunales de Justicia quienes deben resolver esos conflictos.

2.- Porque no se reúnen los requisitos exigibles para la reducción de capital, aunque no se especifican.

La DG revoca este defecto, puesto que deben exigirse al Registrador, en orden al cumplimiento de su deber de motivar la calificación, la denominada

tempestividad (esto es, que sea oportuna en tiempo) y la suficiencia de la motivación ofrecida.

En el presente caso, debe reconocerse la falta de concreción de los defectos apreciados, toda vez que la simple remisión a los artículos 164, 165 y 166 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 170 del Reglamento del Registro Mercantil, es insuficiente, dados los múltiples requisitos que establecen dichos preceptos para la inscripción de un acuerdo de reducción de capital social. El Registrador debería haber precisado los concretos requisitos que imponen dichos preceptos y que no han sido debidamente cumplidos, de modo que permitiese, al interesado, alegar cuanto le conviniese en su defensa.

3.- Porque no pueden inscribirse acuerdos de modificación estatutaria mientras no esté inscrita la reducción de capital, en cuanto afecta a la determinación de las mayorías exigibles.

4.- Y porque no se puede inscribir el nombramiento de administrador del grupo “legatarios” por ser incompatible con los títulos presentados con anterioridad.

La DG no entra en estos dos últimos defectos, dada la estimación de primero.

INFORMES DE LA COMISIÓN GENERAL DE CALIFICACIÓN

PRIMER TRIMESTRE DE 2011

INFORME QUE EMITE LA COMISIÓN GENERAL DE CALIFICACIÓN, SECCIÓN HIPOTECAS, A LA CONSULTA PLANTEADA POR EL REGISTRADOR DE CARAVACA DE LA CRUZ EN RELACIÓN CON LA EFICACIA EN RELACIÓN CON LA EFICACIA DE LA NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN FISCAL.

Cuestión que se plantea.

Se pide que se emita informe relativo a la eficacia de las notas marginales de afección fiscal y, de forma específica, al modo en que la extensión de la referida nota afectará a la prioridad de las anotaciones preventivas de embargo a través de las cuales accedan al Registro los procedimientos administrativos de apremio seguidos para el cobro de las deudas tributarias garantizadas con las notas de afección.

En concreto, se pide a esta Comisión que se pronuncie en relación con la cuestión de si la nota marginal a través de la cual accede al Registro la afección prevista en el artículo 79 de la Ley General Tributaria, atribuye la prioridad resultante de la fecha de su extensión a la anotación preventiva de embargo posterior acordada en el apremio seguido contra el deudor principal, de modo que la enajenación forzosa resultante del embargo haya de provocar la purga de los derechos y cargas inscritos con fecha posterior a la nota marginal y anteriores a la anotación de embargo, o si, por el contrario, la nota marginal de afección se limita a enervar la fe pública y a posibilitar la declaración de responsabilidad subsidiaria de los titulares registrales de derecho inscritos con posterioridad a la nota, siendo la prioridad de la anotación preventiva de embargo la que resulte de su fecha, de forma que sus efectos cancelatorios sólo alcancen a asientos de fecha posterior a la de la anotación.

1. La afección de bienes como garantía de la deuda tributaria.

La contestación a la consulta planteada exige partir de lo previsto en el artículo 79 de la Ley 58/2003 General Tributaria, cuyo epígrafe es el de “Afección de Bienes”, y conforme a cuyos números 1 y 2,

1. Los adquirentes de bienes afectos por Ley al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga.

2. Los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven tales transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título, en establecimiento mercantil o industrial, en el caso de bienes muebles no inscribibles.

El precepto referido queda incluido por la LGT dentro de la Sección V del Capítulo IV, relativa a las Garantías de la deuda tributaria. Su número primero establece la responsabilidad subsidiaria del pago de la deuda tributaria de los adquirentes de bienes afectos por ley a dicho pago. El número segundo completa el primero determinando qué bienes y derechos deber ser considerados “afectos por ley” a la responsabilidad del pago de la deuda tributaria.

Del tenor literal del precepto resulta que la garantía que regula queda establecida únicamente respecto de aquellos tributos que graven las transmisiones, adquisiciones o importaciones de bienes y derechos. Es cuestión en la que el presente no va a entrar, por no ser objeto de la consulta, la de si la afección de bienes y derechos al pago del impuesto y la nota marginal a través de la cual aquella accederá al registro procede sólo en caso de transmisiones de bienes, como expresa la dicción literal de los artículos 79 LGT y 5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o sí, por el contrario, se ha de entender que procede también con ocasión del otorgamiento de actos y documentos sujetos a las modalidades de Operaciones Societarias y Actos Jurídicos Documentados, según se desprende de lo previsto en el artículo 122 del Reglamento del mismo impuesto.

En todo caso, de los números 1 y 2 del artículo 79 transcrito, y en lo que se refiere a bienes inmuebles, resulta un doble contenido:

- Por un lado, se establece la posibilidad de que la Hacienda Pública derive la acción tributaria contra el adquirente de bienes afectos, y declare que responden subsidiariamente y “con ellos” (los bienes), del pago de la deuda tributaria.

- Por otro, se determina sobre qué bienes y derechos se extiende la afección al pago del impuesto, considerando como tales los bienes y derechos transmitidos, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral. Se fija, así, la extensión tanto objetiva como subjetiva de la afección:

-- Desde un punto de vista objetivo, la afección se extiende “al bien o derecho transmitido”, lo que debe llevar a entender que en aquellos casos en que el hecho imponible del impuesto resulte de la transmisión o constitución de derechos reales distintos del dominio, sólo a ellos se extenderá la afección.

-- Desde un punto de vista subjetivo, la afección no permitirá declarar la responsabilidad subsidiaria de quienes cumplan los requisitos previstos por la legislación hipotecaria para quedar protegidos por la fe pública registral, de lo cual resulta que la finalidad fundamental de la nota marginal a través de la cual acceda al Registro la afección será la de excluir el juego de la fe pública registral frente a adquirentes posteriores, dando eficacia a la garantía de la deuda en el ámbito registral, según posteriormente se estudiará.

La conexión legal entre la garantía de la afección y la responsabilidad subsidiaria del adquirente de los bienes afectos resulta igualmente de lo previsto en el artículo 67 del Real Decreto 939/2005, por que se aprueba el RGR, el cual, dentro del Capítulo relativo a las Garantías de la Deuda, y bajo el epígrafe “Afección y retención de bienes”, establece que *“para el ejercicio del derecho de afección se requerirá la declaración de responsabilidad subsidiaria en los términos establecidos en los artículos 174 y 176 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.”*

Por su parte, el artículo 41.5 de la LGT, establece que *“salvo que una norma con rango de Ley disponga otra cosa, la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables requerirá un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión, de conformidad con lo previsto en los artículos 174 a 176 de esta Ley. Con anterioridad a esta declaración, la Administración competente podrá adoptar medidas cautelares del artículo 81 de esta Ley y realizar actuaciones de investigación con las facultades previstas en los artículos 142 y 162 de esta Ley.”*

A su vez, de los artículos 174 y 176 LGT, resultan los siguientes requisitos procedimentales para llevar a cabo la declaración de responsabilidad subsidiaria:

Que el acto de declaración de responsabilidad subsidiaria sólo podrá dictarse una vez declarado fallido el deudor principal y, en su caso, los responsables solidarios.

Que con carácter previo a la notificación del acto de declaración de responsabilidad, deberá darse audiencia al responsable,

Que el acto de declaración de responsabilidad deberá ser notificado al responsable, con expresión del contenido previsto en el artículo 174.4 LGT

Que contra el acto notificado el responsable podrá interponer los recursos y reclamaciones que procedan

Que el responsable, una vez notificado, podrá proceder al pago de la deuda reclamada en período voluntario. Si no lo hiciera, la deuda le será exigida en procedimiento de apremio.

De todo lo anterior resulta, a juicio de esta Comisión, que la afección de bienes y derechos al pago de la deuda tributaria tiene como efecto el de sujetar los bienes afectos a la posible declaración de responsabilidad subsidiaria de sus adquirentes posteriores, de tal forma que, una vez declarada tal responsabilidad y para el caso de que el responsable no realice el pago de forma voluntaria, pueda la Administración proceder de forma ejecutiva contra él, a fin de obtener el importe adeudado sobre el valor realizado en cambio de los bienes o derechos afectos.

Finalmente, señalar que el artículo 32 de la Ley 1/98 de Derechos y Garantías del Contribuyente, hoy derogado, ya recogía tales exigencias al establecer que “La derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria al responsable requerirá la notificación al mismo del acto en el que, previa audiencia al interesado, se declare su responsabilidad y se determine el alcance de ésta.”

Así, de la regulación expuesta resulta que la afección prevista en el artículo 79 LGT no atribuye a la Hacienda Pública una facultad de realización directa e inmediata del valor del bien afecto, ejercitable para el caso de que el deudor no pague en período voluntario, y con un efecto de purga sobre los derechos adquiridos y las cargas constituidas con posterioridad a su existencia. Dicho de otra forma: los adquirentes de los bienes y derechos afectos sólo podrán quedar perjudicados por la ejecución seguida por la Hacienda Pública para obtener el pago de la deuda tributaria en aquellos casos en los que tal ejecución se siga contra ellos mismos, en su condición de responsables subsidiarios. Faltando tal declaración de responsabilidad, no podrán verse perjudicados por la ejecución seguida contra los bienes y derechos afectos.

La conclusión expuesta viene impuesta por las reformas que, en la materia estudiada, introdujo la vigente redacción del Reglamento General de

Recaudación, permitiendo entender superadas las discusiones generadas por los artículos 37.2 y 128.3 del RGR de 1990, de los que resultaba la posibilidad de que, en el procedimiento de apremio seguido contra el deudor principal, se requiriese de pago al adquirente posterior y, en caso de que éste no pagara de forma voluntaria el importe de la deuda, sufriera la ejecución sobre el bien en el importe necesario para cubrir la deuda inicial, el recargo de apremio, los intereses y las costas, y ello sin exigencia expresa de previa derivación de la acción tributaria ni declaración de su responsabilidad subsidiaria.

En efecto, tales artículos, y su relación con los artículos 41 y 74 de la LGT de 1963, dividieron a la doctrina, entre la que cabía encontrar dos posturas:

-- aquella, sostenida por resolución del TEAC de 9 de julio de 1999, que entendía que sólo era exigible para dirigirse contra el tercer poseedor que el deudor principal no pagara en período voluntario, sin que fuera necesaria la declaración de fallido, ya que se trataba de la ejecución de una garantía real.

-- aquella, recogida en la STS de 14 de noviembre de 1996, que considera que la afeción de bienes y derechos al pago de la deuda constituye “una garantía subsidiaria, lo cual quiere decir que sólo puede ejercitarse sobre los bienes de un tercero, cuando la Hacienda no ha podido cobrar los débitos tributarios de los sujetos pasivos...”, y considera requisito legal para poder proceder contra los adquirentes “el acto administrativo de derivación de la responsabilidad”, previa declaración de fallido del deudor, en los términos previstos por los artículos 41.2 LGT de 1963 y 11.2 del RGR de 1968.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de fecha 2 de febrero de 1999, anterior por tanto al vigente RGR, y en un supuesto de hipoteca legal tácita, recogía ya la imposibilidad de proceder ejecutivamente contra el adquirente del bien afecto sin previa derivación de la acción tributaria. Así, en un supuesto en que se interesaba la extensión de anotación preventiva de embargo en procedimiento seguido contra el transmitente-deudor, y en el cual se había requerido de pago al adquirente del bien afecto, se establece que, “para hacer valer esa afeción cuando los bienes no pertenecen ya al sujeto pasivo de esa deuda tributaria es preciso una previa derivación de la acción tributaria, contra el propio actual, lo que, a su vez, requiere el consiguiente acto administrativo de derivación de la acción, reglamentariamente notificado y concediendo al destinatario la posibilidad de pagar, dejar que prosiga la acción, reclamar contra la liquidación o contra la procedencia de dicha derivación (cfr. artículos 37.4 y 41.2 de la Ley General Tributaria), conciliándose así las exigencias fiscales con aquéllas señaladas anteriormente relativas al tracto registral y a la salvaguardia judicial de los derechos. En consecuencia, ha de concluirse en la procedencia del defecto impugnado dada la imposibilidad de

asimilar a este acto de derivación de la acción tributaria el mero requerimiento de pago efectuado en el caso debatido al titular registral actual.”

La discusión doctrinal planteada entiende la Comisión que queda resuelta por la nueva redacción del Reglamento General de Recaudación a favor del último de los criterios expuestos toda vez que:

-- En la nueva redacción, no sólo desaparecen las normas contenidas en los antiguos artículos 37.2 y 128.3 RGR 1990, sino que el legislador se esfuerza por dejar claro que la declaración de responsabilidad subsidiaria es presupuesto para que el adquirente pueda verse perjudicado por la actuación del contenido de la garantía en que consiste la afección. Sólo así puede entenderse que el artículo 67 RGR establezca en su número primero la exigencia de previa declaración de responsabilidad subsidiaria, con cumplimiento de los requisitos que la ley impone, para que pueda ejercitarse el derecho de afección.

-- El Preámbulo del RGR ratifica tal idea al establecer que *“la principal novedad radica en que se establece expresamente que el ejercicio del derecho de afección se realizará de acuerdo con las normas del procedimiento para declarar la responsabilidad subsidiaria, al haber configurado la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, al adquirente del bien afecto como responsable subsidiario.”* Supone tal declaración una interpretación auténtica de los números 1 y 2 del artículo 79 de la LGT vigente, la cual, frente a la anterior de 1963, recoge en un mismo precepto, y en sede de garantías de la deuda, la declaración legal de la responsabilidad subsidiaria de los adquirentes de bienes afectos (número primero), y la extensión y alcance de dicha afección (número segundo), resultando de ello que la situación del adquirente de bienes afectos no es distinta de la del responsable subsidiario de la deuda tributaria, salvo, se ha de entender, en la concreción de la responsabilidad al valor de los bienes afectos.

Por tanto, a partir de todo lo expuesto resulta que la afección de bienes al pago de la deuda tributaria constituye una garantía real, en la medida en que concreta sobre el valor realizable en cambio de los bienes afectos la responsabilidad por el pago de la deuda tributaria, pero que no será ejercitable frente a los adquirentes posteriores de tales bienes sin que, con carácter previo, se haya derivado la acción tributaria y declarado su responsabilidad, con todos los requisitos de audiencia previa, motivación, notificación y recursos que establece la Ley.

2. La constancia registral de la afección de bienes: la nota marginal de afección fiscal.

A diferencia de la hipoteca legal tácita regulada en el artículo 78 de la LGT, la afección de bienes al pago de la deuda tributaria es una garantía real de origen legal pero sujeta al juego que, respecto de la eficacia de los derechos reales inmobiliarios, resulta de los principios hipotecarios. Así resulta del hecho de que, según expresamente establece el artículo 79.2 LGT, no pueda entenderse que se extiende a los bienes y derechos transmitidos cuando su poseedor sea un tercero protegido por la fe pública. Completando tal previsión legal, el último inciso del artículo 5 del TRLITPAJD establece que no se considerará protegido por la fe pública registral el tercero cuando en el registro conste expresamente la afección.

La constancia expresa de la afección en el registro de la propiedad se producirá a través de nota extendida al margen de la inscripción a través de la cual se produzca el acceso al registro del negocio jurídico que constituya el hecho imponible del impuesto. La extensión de dicha nota está prevista en el artículo 79 LGT, si bien sólo para aquellos casos en los que la ley conceda un beneficio fiscal cuya definitiva efectividad dependa del ulterior cumplimiento por el obligado tributario de cualquier requisito por aquélla exigido. El artículo 67 RGR prevé la extensión de la nota marginal con carácter general y para todo caso en que proceda la afección, y establece que será solicitada expresamente y de oficio por el órgano competente, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al registro; en tal caso, la nota de afección se extenderá directamente por este último sin necesidad de solicitud al efecto.

Al igual que la LGT, el TRLITPAJD, en su artículo 5, sólo regula la extensión de la nota marginal para el caso de que se concedan exenciones o reducciones cuyo carácter definitivo se halle pendiente del cumplimiento de ulteriores requisitos, así como para aquellos casos de desmembración del dominio. Sin embargo, el artículo 122.3 del Reglamento del Impuesto prevé la extensión de la nota marginal con carácter general, para todo caso en que proceda practicar una liquidación complementaria.

Por su parte, y en relación con el ISD, es el artículo 100.3 de su Reglamento Regulator el que prevé la extensión de la nota marginal, para todo caso en que se halle pendiente liquidación provisional o definitiva o en los casos de autoliquidación.

Señalar finalmente que son los artículos 100.4 RISD y 122.4 del RITPAJD los que establecen que la nota quedará sin efecto, debiendo procederse a su cancelación de oficio por el registrador una vez transcurridos cinco años desde su fecha.

Entrando ya en la materia específica a que se refiere la consulta que motiva el presente, procede referirse a los efectos que la nota marginal de afección haya de

producir, habiéndose de entender como tales, a la vista de lo hasta aquí expuesto los siguientes:

1. Determina la eficacia de la afección de bienes frente a aquellos titulares registrales adquirentes de los bienes y derechos afectos, al excluir el juego protector de la fe pública registral. Ello supone posibilitar que la derivación de la acción tributaria pueda tener lugar respecto de tales adquirentes, siendo declarada su responsabilidad subsidiaria. Cabe así entender que la nota marginal tiene efectos constitutivos de la eficacia de la afección frente a aquellos adquirentes de los bienes y derechos transmitidos que hayan adquirido con los requisitos del artículo 34 LH, por lo que, a juicio de esta Comisión, no cabe considerarla como una nota con eficacia de publicidad noticia pura, pues ello supondría privarla de todo efecto material y reconocerle un simple alcance informativo, en ningún caso modificador de la situación jurídica del adquirente posterior frente a la eficacia de la afección.

2. En relación con la cuestión, esencial en la consulta planteada, relativa a si la nota marginal genera, además de un efecto excluyente de la fe pública en los términos referidos, una prioridad registral determinada, que atribuya al apremio administrativo seguido contra el deudor principal efectos de purga respecto de los asientos posteriores a la fecha de la nota, entiende la Comisión que se ha de partir de un principio básico: la nota marginal no genera, respecto de la afección de bienes y derechos al pago de la deuda tributaria, efectos distintos de los que la legislación tributaria prevé para dicha afección. Quiere ello decir que en la medida en que el ejercicio del derecho de afección exige la previa declaración de responsabilidad subsidiaria del adquirente de los bienes afectos, se ha de entender que los titulares registrales posteriores al deudor principal no pueden quedar afectados por la ejecución seguida para el cobro de la deuda tributaria sin que, con carácter previo, haya sido declarada su responsabilidad subsidiaria.

Y dado que, según lo previsto en el artículo 176 LGT, tal responsabilidad subsidiaria no puede ser declarada mientras no haya sido declarado fallido el deudor principal, no puede entenderse posible que el procedimiento de apremio seguido contra éste pueda perjudicar a adquirentes posteriores a la nota marginal y anteriores a la anotación preventiva del embargo en dicho procedimiento acordada. Dicho de otra forma: entender que la nota marginal atribuye la prioridad de su fecha a la anotación preventiva de embargo posterior a través de la cual accede al registro el apremio seguido contra el deudor principal, resulta contrario a lo previsto en los artículos 79 LGT y 67 RGR, pues, de hacerlo, la afección perjudicaría a tales adquirentes, provocando la extinción por purga de sus derechos, sin que todavía haya sido declarado fallido el deudor principal y sin que, por ello, haya podido ser declarada su responsabilidad subsidiaria.

De ello es consecuencia que el efecto de purga de derechos de terceros resultante del procedimiento de apremio seguido contra el deudor principal sólo podrá alcanzar a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la fecha de la anotación preventiva de embargo acordada en dicho procedimiento. Por tanto, ésta tendrá la prioridad registral que resulte de su fecha, y no de la fecha de la nota marginal de afección.

A partir de lo anterior se ha de distinguir:

a. Situación, frente al procedimiento de apremio seguido contra el deudor principal, de los titulares registrales adquirentes de bienes y derechos afectos cuyos asientos sean de fecha anterior a la anotación preventiva de embargo tomada en aquel procedimiento. Tales titulares no podrán verse perjudicados por la ejecución seguida contra el deudor principal, pues es presupuesto para que se declare su responsabilidad la previa declaración de fallido de aquel.

Por tanto, la enajenación forzosa derivada del apremio fiscal no provocará la cancelación de sus asientos. Y desde luego no provoca la cancelación de la nota marginal de afección, de modo que una vez finalizada la ejecución contra el deudor principal, si no se ha obtenido el importe de la deuda, podrá la Hacienda declarar a aquel fallido, derivar la acción y declarar la responsabilidad subsidiaria del adquirente posterior, contra el cual, en caso de falta de pago voluntario, podrá iniciarse apremio en que se trabase embargo sobre el derecho por él adquirido.

En caso de que fueran varios los adquirentes del bien o derecho transmitidos, (por haberse producido la transmisión de cuotas indivisas o de derechos desmembrados del dominio, o limitativos del dominio ajeno) cabe pensar en la posibilidad de que se siga un apremio contra todos ellos, en el cual se interese la extensión una anotación preventiva de embargo que grave la totalidad de los derechos inscritos a favor de los responsables apremiados.

b. Situación, frente al procedimiento de apremio seguido contra el deudor principal, de los titulares registrales adquirentes de bienes y derechos afectos cuyos asientos sean de fecha posterior a la anotación preventiva de embargo tomada en aquel procedimiento. La nota marginal de afección no provoca, respecto de tales titulares, alteración alguna en el funcionamiento de la anotación preventiva, que queda sujeta a las reglas generales. Así, todos ellos deberán ser notificados por la Hacienda Pública, y sus inscripciones se cancelarán como consecuencia de la adjudicación resultante del apremio seguido, salvo que, con carácter previo liberen dichos bienes mediante el pago del importe reclamado. Todo lo cual resulta de lo previsto en los artículos 170.2 LGT y 110.2 del RGR que remite, en cuanto a la eficacia cancelatoria del apremio seguido, a lo previsto en el artículo 175.2 RH.

De lo expuesto resulta que los asientos practicados a favor de adquirentes de los bienes y derechos afectos, distintos del deudor principal, y que hayan inscrito con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva de embargo acordada en el apremio seguido contra dicho deudor, sólo podrán ser cancelados en procedimiento de apremio seguido contra su titular, previa declaración de su responsabilidad subsidiaria, con cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 174 y 176 de la LGT.

Por tanto, en caso de que se haya producido la transmisión del dominio a un adquirente posterior al deudor principal, no podrá tomarse anotación preventiva de embargo ejecutivo acordado en procedimiento de apremio fiscal seguido para el cobro del impuesto sin que del mandamiento resulte, como trámite esencial del procedimiento, sujeto a calificación conforme al artículo 99 RH, que se ha declarado la responsabilidad subsidiaria del titular registral del dominio, y que contra él, en tal concepto, se sigue el apremio.

Igualmente, si sólo se hubiera producido la transmisión de un derecho real limitativo del dominio ajeno, el embargo acordado en el procedimiento de apremio seguido contra el deudor principal y titular del dominio podrá anotarse, pero únicamente sobre el dominio gravado que subsista inscrito a nombre del deudor, sin que pueda provocar, según lo expuesto, un efecto de purga respecto de los adquirentes posteriores de derechos limitados.

Lo hasta aquí dicho no excluye la posibilidad de que con carácter previo a la derivación de la acción tributaria contra el responsable subsidiario, y de conformidad con lo previsto en los artículos 41.5 y 81 de la LGT, se acuerden medidas cautelares, entre ellas el embargo preventivo de los bienes y derechos transmitidos y afectos, y su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. La RDGRN de 1 de octubre de 2005 así lo admite, sin necesidad, incluso, de notificación al titular registral.

Es criterio de esta comisión el de que lo previsto en el artículo 77 de la LGT, bajo el epígrafe “Derecho de Prelación”, no altera las conclusiones alcanzadas, toda vez que la prelación que el precepto reconoce a la Hacienda Pública para el cobro de sus créditos no puede entenderse que opere ipso iure, sino que deberá hacerse efectiva a través de la interposición de la correspondiente tercería de mejor derecho. Así resulta de lo establecido en los artículos 170.2 LGT y 64 del RGR, de cuyo contenido, puesto en relación con lo previsto en el artículo 67 del mismo texto reglamentario y con la doctrina de la DGRN (entre otras RDGRN 3 de abril de 1998), relativa a la necesidad de distinguir entre las preferencias crediticias y el principio de prioridad registral, resulta que la posición de los créditos hipotecarios y de los anotados preventivamente con posterioridad a la

nota de afección y anterioridad a la anotación preventiva de embargo causada en el apremio fiscal será la siguiente:

a. Créditos hipotecarios: El titular registral de un crédito hipotecario ha de ser considerado no sólo como titular de un derecho de crédito cuyo cobro pueda entrar en colisión con el de la Hacienda Pública, sino como titular de un derecho real que, desde su inscripción, queda desmembrado del dominio al que grava. Así lo pone de manifiesto de forma reiterada la doctrina de la DGRN, entre otras en citada Resolución de 3 de abril de 1998.

Por tanto, el acreedor hipotecario ha de ser considerado adquirente de un derecho real limitativo del dominio ajeno, al que la reclamación de la deuda tributaria podrá afectar en los términos siguientes:

-- Una vez sea declarado fallido el deudor principal, y terminado por tanto el apremio administrativo seguido contra el dominio gravado, en caso de que se derive la acción tributaria y se declare su responsabilidad subsidiaria, supuesto en el que podrá ejecutarse el crédito hipotecario a su favor inscrito.

-- Durante la tramitación del procedimiento de apremio seguido contra el deudor principal, y para el caso de que el crédito hipotecario se encuentre en ejecución, en el caso de la Hacienda Pública entienda que tiene un mejor derecho al cobro por razón de la prelación prevista en el artículo 77, deberá hacer valer tal preferencia a través de la tercería de mejor derecho.

b. Créditos anotados preventivamente: Frente a los anotantes posteriores a la nota de afección y anteriores a la anotación preventiva de embargo acordada en el apremio fiscal la Hacienda Pública podrá ejercitar la prelación que le reconoce el artículo 77 LGT, si bien, para ello, será necesaria la interposición de la correspondiente tercería de mejor derecho, según de forma expresa prevén los artículos 170.2 LGT y 64.1 RGR, pues a falta de la tercería, y según prevé el primero de los artículos citados, “prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo”.

A juicio de la Comisión, no cabe entender que la necesidad de interponer tercería de mejor derecho, prevista en los artículos citados, sea sólo de aplicación a aquellos casos en que no exista una nota marginal de afección, mas no en aquellos en que tal nota se hubiera extendido, de forma que ésta genere, por sí misma, un efecto de purga o cancelación de todos los embargos posteriores a ella. Conforme con tal criterio es el hecho de que ni la LGT, ni el RGR, exijan que se notifique el apremio a los anotantes posteriores a la nota de afección y anteriores a la anotación preventiva de embargo causada en aquel. Al contrario: el artículo 170.2 LGT, sólo prevé la notificación a los titulares de cargas posteriores a la anotación preventiva de embargo y anteriores a la nota de

expedición de certificación interesada en el procedimiento de apremio. No está prevista, por tanto, una notificación que sería inevitable en caso de admitirse que la nota de afección atribuye la prioridad de su fecha a la anotación, pues así lo impondría la necesidad de que acreedores anotantes tuvieran conocimiento, no sólo de la existencia de la afección, sino del inicio del apremio y de la cuantía exacta reclamada, de conformidad las exigencias impuestas por los principios de tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión.

3. Se plantea en tercer lugar la cuestión de si la duración de la nota marginal determina el plazo durante el cual podrá la Hacienda Pública derivar la acción tributaria contra los adquirentes de bienes afectos, de tal forma que caducada aquella no pueda iniciarse el procedimiento para declarar la responsabilidad subsidiaria del adquirente que inscribió vigente la nota o si, por el contrario, la derivación podrá tener lugar, una vez caducada la nota, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción frente a los responsables tributarios, plazo que, de acuerdo con el artículo 67 LGT, se contará desde la notificación de la última actuación recaudatoria realizada frente al deudor o al responsable subsidiario.

En este punto la Comisión recoge el criterio sentado por la Dirección General de Tributos, en Resolución a Consulta Vinculante 2146/2006 de 25 de octubre, en que se atribuye a la nota marginal eficacia determinante del plazo para exigir el pago de la deuda tributaria a los adquirentes de bienes afectos, al establecer que *“ si en el momento de inscribir la adquisición consta expresamente la afección del bien mediante la nota correspondiente, como es el caso que se plantea en la consulta, el adquirente no resultará protegido por la fe pública registral, quedando el bien afecto al pago de las deudas tributarias derivadas tanto de su adquisición como de transmisiones anteriores a su adquisición y la Administración puede exigir el pago de dichas deudas, salvo que haya transcurrido el plazo de caducidad de la referida nota, pues la finalidad de la misma es, además de proteger a los terceros adquirentes que adquieren confiados en el contenido del Registro, determinar el plazo para exigir el pago de la deuda tributaria derivada de la transmisión anterior a la adquisición.”*

Por tanto, del criterio sentado por la DGT, resulta que la nota marginal de afección no sólo tiene una eficacia negativa, en la medida en que excluye el juego de la fe pública registral, sino positiva, en cuanto es su vigencia la que hace posible que la Administración pueda derivar la acción de responsabilidad y declarar la responsabilidad subsidiaria del adquirente de bienes afectos.

Madrid, a 18 de Marzo de 2011