

Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

- LA PRIORIDAD CONTRA EL TRACTO SUCESIVO, por Rafael Calvo González Vallinas.
- HACIA UNA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO REGISTRAL EN EUROPA, por Fernando de la Puente Alfaro.
- 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.
- 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.
- INFORMES Y COMUNICACIONES.

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 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 PRIORIDAD CONTRA EL TRACTO SUCESIVO.**

En una cuestión tan fundamental como la prioridad registral resulta preocupante que, ante las dudas que plantea la Ley y el Reglamento Hipotecario, las soluciones aplicadas puedan ser tan opuestas en el caso de presentación de títulos contradictorios¹. No se trata de una cuestión meramente teórica o académica, sino que el orden de inscripción de los derechos tiene claras consecuencias prácticas de incompatibilidad o preferencia.

Debe huirse, como en cualquier argumentación jurídica, de criterios meramente prácticos o de “justicia material” mal entendida, pues la regla que puede parecer aceptable en un caso, resulta totalmente inaceptable en otros. Tampoco debe prevalecer de forma absoluta el criterio meramente cronológico. La prioridad registral no es mera cronología, sino que es cronología conjugada con la calificación registral.

Deben recordarse los preceptos legales y reglamentarios en liza:

Conforme a los dos primeros párrafos del artículo 20 LH:

-- Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

-- En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

Conforme al artículo 105 RH:

-- No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el caso de que la persona que otorgue el acto o

¹ Entendiendo por títulos contradictorios no sólo aquellos que impiden la inscripción de otros (totalmente contradictorios), sino también aquellos cuyo orden de inscripción determina prioridad-oponibilidad.

contrato alegase en el documento presentado ser causahabiente² del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro³ y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable.

El artículo 140 RH amplía la norma del 105 RH para anotaciones de embargo y, en su último inciso, cualquier otro tipo de anotación. Dispone este precepto, en los párrafos que aquí interesan: *“Se hará anotación preventiva de todo embargo de bienes inmuebles o derechos reales que se decrete en juicio civil o criminal, aunque el embargo sea preventivo o en procedimiento administrativo de apremio, debiendo observarse las reglas siguientes: Si la propiedad de la finca embargada apareciese inscrita a favor de una persona que no sea aquella contra quien se hubiese decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos. Los Registradores conservarán uno de los duplicados del mandamiento judicial y devolverán el otro, con arreglo a lo prevenido en el artículo 133. [...] Estas mismas reglas se aplicarán a las demás anotaciones en cuanto lo permita su respectiva índole.”*

Y, el último, pero no por ello menos trascendental, al regular la doble venta el artículo 1473 Cc dispone que: *“Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.”*

La colisión entre los principios registrales de tracto sucesivo-legitimación y prioridad-oponibilidad parece inevitable cuando se presenta un derecho real limitado o carga contra B -causahabiente del titular registral-, a continuación un derecho real limitado o carga contra A -titular registral- y, en tercer lugar, el título traslativo de A a B. Las soluciones deben dar mayor prevalencia al tracto sucesivo o a la prioridad estricta.

Para el caso expuesto cabe plantear tres hipótesis, dos aparentemente radicales y una última aparentemente conciliadora:

1^a.- Trasvase de prioridad y respeto al tracto. Cabe entender, con la Dirección General, que la carga o derecho real limitado de B gana prioridad para sí y para el título traslativo previo presentado posteriormente, de manera que se inscribiría la venta a favor de B, luego la carga o derecho de B y se denegaría la carga o derecho de A por aplicación de los artículos 20 y 38 de la Ley

² Está superada la discusión tradicional, entendiéndose por causahabiente no sólo adquirente mortis causa, sino, en una acepción amplia, toda adquirente del titular registral (quien traiga causa del titular registral).

³ Resulta del Registro por inscripciones en otras fincas o por la presentación posterior del título de adquisición.

Hipotecaria. Como excepción, en caso de doble venta⁴ debe respetarse siempre a la primera presentada, conforme al artículo 1473 Cc.

2ª.- Primacía absoluta del tracto. La venta no puede anteponerse -ganar prioridad- al título intermedio contradictorio, de manera que la falta de tracto es considerada como defecto insubsanable –aplicación literal del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Se inscribiría en primer lugar la carga o derecho limitado de A y a continuación la adquisición y la carga o derecho limitado de B.

3ª.- Pretendida conciliación, con primacía de la prioridad y vulneración del tracto. Si se entiende que la falta de tracto puede ser defecto subsanable, cabría tomar anotación preventiva por defecto subsanable⁵ de la carga o derecho real de B al amparo del artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria, anotar a continuación la carga o derecho real de A, y practicar después la inscripción de la transmisión a favor de B. Finalmente, se convertiría la anotación por defecto subsanable en inscripción definitiva.

En las dos primeras tesis parece optarse por la primacía de uno u otro principio hipotecario y así:

El resultado de la primera tesis no resulta aceptable si, en lugar de anteponer cargas o derechos limitados, se antepone un título traslativo a otro. Debe prevalecer siempre el artículo 1473 Cc. Es esta la tesis que verdaderamente respeta los principios de prioridad y tracto, entendiendo la prioridad no como mera cronología.

La segunda tesis ignora el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, y el posible carácter subsanable del defecto cuando en la falta de tracto se alega o resulta traer causa del titular registral.

El resultado de la tercera tesis, en apariencia impecable⁶ si el defecto es verdaderamente subsanable, vulnera directamente el principio de tracto sucesivo. No puede aceptarse la inscripción en el vacío de una carga o derecho real limitado de B sin ser titular registral, exigiéndose, conforme al artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria, que “para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado

⁴ Contra esta tesis cabría alegar que varía el resultado dependiendo de la clase de títulos en discordia. Así, si el título presentado primero es una hipoteca otorgada por B -causahabiente del titular registral-, en segundo lugar se presenta la venta de A a C y, por último, la venta de A a B; anteponer la segunda transmisión a la primera sería radicalmente contrario al artículo 1473 Cc. Pero es una consecuencia clara de la interpretación de los artículos 20 LH y 105 RH en relación con el artículo 1473 Cc. Así, habrá que cumplir el trasvase de prioridad que regulan los artículos 105 y 140 RH, siempre que no existan en liza dos compraventas, en cuyo caso debe prevalecer siempre, conforme al artículo 1473, la que primero ingrese en el Registro (cronología pura).

⁵ Siempre a instancia del interesado, con lo que el resultado tabular dependerá de dicha solicitud.

⁶ Y muy atractiva, dado su número creciente de seguidores.

el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos”.

Además, no tiene sentido practicar anotación por defecto subsanable cuando tal defecto está ya subsanado, pues está presentada la compra subsanatoria⁷. Si no estuviera presentada la compra, pero de la constitución del derecho constara que B es causahabiente del titular registral, sí cabría practicar la anotación de suspensión, pero su conversión requeriría la inscripción a favor de B, la inscripción de la carga suspendida por la anotación y, por último, la cancelación de la inscripción del derecho contradictorio presentado entre las dos.

La clave está en la interpretación que se de al artículo 105 del Reglamento Hipotecario, sin olvidar su carácter meramente reglamentario. Debe aplicarse la norma del artículo 105 RH con cautela, de forma restrictiva -nunca debe vulnerar un precepto legal-, pero debe aplicarse. El artículo 105 RH permite calificar como subsanable lo que para el artículo 20 de la Ley Hipotecaria es insubsanable. El precepto reglamentario se circunscribe únicamente a los títulos traslativos o modificativos de dominio o de constitución o modificación de derechos reales, pero nunca a procedimientos seguidos contra el causahabiente del titular registral. La dicción literal del artículo 105 RH permite el trasvase de la prioridad ganada por “documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato” alegue o resulte ser cuasahabiente del titular registral. Ello excluye a los procedimientos ejecutivos o, en general, a cualquier acto no voluntario, es decir, cualquier acto contra el causahabiente del titular registral. No obstante, para suspender embargos dirigidos contra el causahabiente del titular registral, está el artículo 140 RH.

Podría pensarse que muchas dificultades se salvarían si esta excepción reglamentaria⁸ se aplicara postestativamente (“los Registradores podrán”), pero tal tesis resulta poco defendible, por arbitraria. En cuanto a la aplicación potestativa del 105 RH por el Registrador, la Dirección General, en resoluciones como las RRDGRN 06.03.1978 ó 09.05.1988⁹, no se inclina por el carácter voluntario del artículo 105 RH citado, sino por entender, automáticamente, que, al traer causa del titular registral¹⁰, el defecto es subsanable. Además, el artículo

⁷ Lo procedente es inscribir, no suspender ni anotar. Como apunta Antonio Pau en su libro *La prioridad registral, un nuevo enfoque*.

⁸ Entiende García García, en su *Código de Legislación Inmobiliaria*, que al artículo 105 RH no va en contra del 20.2 LH, pues éste se refiere al supuesto en que la finca conste inscrita a nombre de “persona distinta”, y no de persona que procede de la que tiene inscrito el derecho en el Registro, y a la que sucede por acto *inter vivos* o *mortis causa*.

En la misma línea, Antonio Pau, en *La prioridad registral. Un nuevo enfoque*, explica que el artículo 105 RH es precisamente una manera de solucionar problemas de tracto y que no supone una excepción al mismo.

⁹ En ambos casos se trataba de títulos traslativos y segregación, alegando el transmitente ser causahabiente del titular registral.

¹⁰ Lo que debe alegarse o resultar del Registro, lo que incluye a los títulos presentados con posterioridad.

140 RH, que recoge la misma norma para procedimientos contra el causahabiente del titular registral, se refiere a que “se denegará o suspenderá la anotación, según los casos”, con lo que elimina toda idea de aplicación potestativa.

En consecuencia y conclusión, el Registrador está obligado -no facultado- a aplicar los artículos 105 y 140 RH -en cuanto no son contrarios al artículo 20 LH, sino una forma de cumplir el tracto- y suspender la inscripción del derecho o embargo contra el adquirente del titular registral, cuando tal relación le conste del propio título o del Registro o de otros títulos. Y la consecuencia de la suspensión no es otra que retrotraer los efectos, con todas las consecuencias, hasta la presentación del título subsanable una vez subsanado. Así, el derecho o embargo contra B gana prioridad para la compraventa de B, salvo que antes de dicha compraventa esté presentada otra otorgada por el titular registral y a favor de otra persona (artículo 1473 Cc). Y sí, aunque pese, debe denegarse la inscripción del derecho intermedio.

Rafael Calvo González Vallinas

HACIA UNA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO REGISTRAL EN EUROPA

1.- Introducción. Se conoce como mercado interior aquél espacio determinado geográficamente caracterizado porque en él se utilizan un conjunto de normas jurídicas homogéneas. Esta homogeneidad permite la mejor circulación de los bienes y servicios y es considerado académicamente como el estado idóneo para el crecimiento económico puesto que la situación contraria dificulta aquél tráfico si no lo hace imposible.

En la Europa de 1950, los fundadores de la entonces Comunidad Europea consideraron como finalidad esencial de la misma la consecución de ese mercado único como medio ideal para favorecer el crecimiento económico de sus miembros.

Esta finalidad se ha ido manteniendo a medida que la Comunidad ha ido evolucionando pues de hecho constituye el corazón del espíritu comunitario que nació y se ideó como una comunidad esencialmente económica lo que no obsta a que, fruto de esa evolución y conservando los objetivos económicos se hayan incorporado otros de naturaleza política: por eso se denomina hoy Unión Europea y no sólo Comunidad pues esta denominación estaba íntimamente ligada al propósito económico.

Prueba de esta fidelidad al modelo original, la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (TUE) de 30 de marzo de 2010, que recoge las múltiples modificaciones operadas por el tratado de Lisboa, dispone en su artículo 3.4 esta voluntad al establecer lo siguiente: *“La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro”*.

El objetivo es pues la creación de un mercado único dirigido a quinientos millones de habitantes y en el que se asegure la libre circulación de personas, servicios y capitales. La tarea es hercúlea y exige como premisa esencial la creación de un cuerpo jurídico o de reglas de naturaleza uniforme que asegure su consecución. Dicha tarea ya ha consumido más de la mitad de un siglo; en dicho periodo se ha hecho mucho y el mercado único sin ser una realidad está más desarrollado que nunca. Por el contrario existen enormes sectores económicos en los que todavía queda mucho por hacer e incluso, se afirma, hay parcelas del mercado que deben quedar fuera de la Unión.

Estas afirmaciones tienen sentido debido a la peculiar forma de operar de la UE en las que nos vamos a detener siquiera un momento. El principio esencial es

que la Unión ejerce sus competencias por atribución de los Estados miembros quienes renuncian así a su ejercicio total o parcial en beneficio de aquella.

El artículo 5 del TUE así lo dispone al decir: *“La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución”*.

Y el anterior artículo 4 afirma: *“De conformidad con el artículo 5, toda competencia no atribuida a la Unión den los Tratados corresponde a los Estados miembros”*.

Estas competencias que le son atribuidas, la Unión puede ejercitarlas de formas muy distintas mediante una serie variada de mecanismos legislativos y ejecutivos: Directivas, reglamentos, decisiones, acuerdos...

Lo mas importante es dejar constancia de que cada vez que la Unión actúa lo hace en base a que se le ha atribuido competencia para ello. Este ejercicio además esta a su vez matizado por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que vienen recogidos también en el artículo 5 del TUE.

2.- La armonización del Derecho Patrimonial. Si la finalidad es conseguir un mercado único es evidente la repercusión que ha de tener en materia del Derecho de cosas pues mal podría conseguirse si no se aplican normas uniformes. La Unión ha trabajado mucho en este campo y una buena parte del derecho patrimonial está armonizado: contratos internacionales, mercaderías, transporte internacional, funcionamiento de los Registros Mercantiles...

Los títulos competenciales que ha utilizado la Unión para justificar su acción han sido básicamente tres: mercado interior, competencia y protección de los consumidores.

Por lo que a nosotros nos interesa, el ámbito del Derecho Patrimonial Inmobiliario, la actuación de la Unión ha sido nula. ¿Cómo es posible se dirá si es evidente que sólo la definición armónica del derecho de propiedad y demás derechos reales permitirá la creación de un mercado único?

La respuesta es que en materia de inmuebles los Estados miembros han considerado, desde la constitución de la Comunidad en 1950 que es una cuestión absolutamente ligada al territorio y a la idiosincrasia de los pueblos por lo que es una materia excluida de la atribución y de la armonización.

De aquí que exista una previsión explícita al respecto en el artículo 345 del Texto consolidado de contenido idéntico a la inicial del Tratado de Roma de 1950: *“Los tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros”*.

Esta fórmula, de dicción no excesivamente feliz, ha impedido férreamente la actuación de la Unión en el ámbito patrimonial inmobiliario. Ahora bien, la evolución tanto de la actividad legislativa de la Unión como de la idea de unión no sólo económica sino también política así como la incorporación a los tratados del capítulo de libertad, seguridad y justicia, ha permitido que se haya iniciado una discusión sobre cual haya de ser el futuro que afecta a esta materia.

Por un lado existe un gran consenso académico en que no es posible armonizar el derecho de contratos (mediante la competencia de mercado interior) sin que de un modo u otro afectemos a las consecuencias patrimoniales de ellos derivadas. Muchos e influyentes profesores afirman ya que es imposible o al menos inútil la armonización del derecho contractual si dejamos de lado sus consecuencias patrimoniales. ¿Cómo es posible armonizar el contrato de compraventa sin hacer referencia alguna a la transmisión del dominio que es la consecuencia natural de aquél?

Existe igualmente un gran consenso sobre el hecho de que es imposible e igualmente inútil armonizar la normativa sobre protección de los consumidores (mediante el ejercicio de la competencia de igual nombre) sin afectar a la estructura de los derechos reales. ¿Cómo es posible concebir un mercado único si la protección del consumidor, y el particular adquirente de un inmueble lo es, si la protección depende del lugar donde esté sito aquél?

Este movimiento académico es cierto que no ha producido todavía un efecto normativo del legislador comunitario ni de los Estados miembros pero puede afirmarse que está consolidado y que está poniendo las bases de lo que será el futuro.

La propia Comisión Europea encargada de velar por el exacto cumplimiento de los Tratados e impulsar su desarrollo, por medio de la Dirección General de Mercado Interior y servicios, ha tomado la iniciativa mas ambiciosa hasta la fecha elaborando el denominado Libro Blanco sobre la integración de los Mercados Hipotecarios en Europa (2007).

Y aunque es forzoso reconocer que el Libro Blanco ha resultado ser mucho menos ambicioso de lo que se previó en un principio (cuando hasta se hablaba de una Eurohipoteca, concepto que lleva dando coletazos desde 1968), no es menos cierto de que es la expresión de la llamada de los actores económicos y académicos europeos a las mas altas instancias. El mercado inmobiliario europeo es plenamente consciente de que su crecimiento y desarrollo está mermado por falta de armonización en la materia.

Aceptado pues que existe un movimiento académico y del mercado y que este ha sido aceptado en el núcleo de la Unión resta por analizar cual es el escenario más probable en el futuro: ¿Cómo se llevará a cabo la armonización? ¿Sobre qué bases se llevará a cabo la misma?

Creo que no es aventurado afirmar que los Registros de la Propiedad están llamados a ser la punta de lanza de este movimiento porque es en ellos donde es más fácil actuar y donde menor conflicto puede originarse. Efectivamente podemos considerar que actuando sobre la normativa que regula el Registro no violamos la prohibición del 345 del TUE (al no afectar al derecho sustantivo) y por otro que tenemos la cobertura de la competencias sobre mercado interior y protección de los consumidores.

3.- Las bases para la futura armonización. No estamos huérfanos en absoluto de material sobre el que construir un marco conjunto de protección del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles. Desde hace veinte años la comunidad académica europea y mundial lleva trabajando consciente o inconscientemente sobre el tema y ha elaborado un catálogo de buenas prácticas, requisitos o principios que son considerados como básicos para el funcionamiento de un Registro de la Propiedad y que, de adoptarse como principios configuradores de los distintos sistemas europeos, permitirían garantizar la igualdad de protección de los derechos reales inmobiliarios en cualquier lugar de la Unión y la dispensación de servicios homogéneos a los usuarios de cualquier sistema. Estas bases serían las siguientes:

3.1.- El folio real. En el ámbito de la Unión Europea sólo tres estados de veintiocho mantienen, como sistema organizativo de los registros inmobiliarios, el folio personal. El resto utilizan el conocido como folio real en virtud del cual los derechos sujetos a inscripción se referencian, se inscriben, en el folio abierto a cada finca. Ni uno solo de los nuevos Estados surgidos tras la disgregación de la Unión Soviética han adoptado el folio personal; de hecho, ningún Registro inmobiliario nacido en los últimos cincuenta años lo ha hecho, lo que confirma que científicamente está absolutamente superado. Es cierto que no estamos más que ante un principio organizativo del Registro de la Propiedad pero es de tal trascendencia, que infiere directamente en la eficacia del sistema lo que facilita enormemente una eventual armonización. También es cierto que la organización informática de la información desdibuja la tradicional distinción folio personal – folio real en la medida que facilita la búsqueda de datos por muy diversos criterios; pero no lo es menos que recayendo los derechos reales inmobiliarios sobre fincas, y sólo sobre fincas, el objeto directo de un Registro moderno continúa siendo precisamente la finca.

La ECE en su guía para una buena gestión de inmuebles, y su actualización de 2005 (gestión de bienes inmuebles en la región UNECE, tendencias de

desarrollo y principios esenciales) señala como primer requisito en orden a la construcción de un buen sistema de Registro de la Propiedad la necesidad de contener una definición de finca registral. Igual exigencia contiene su guía sobre objetos e identificadores.

3.2.- Accesibilidad. Siendo el objetivo de cualquier Registro inmobiliario proporcionar seguridad jurídica por medio de la publicidad, debe garantizarse la accesibilidad universal por cualquier interesado. Una sociedad democrática exige que la información esté al alcance de todos en virtud del principio de igualdad; todo ciudadano, resida donde resida, ha de tener garantizado el acceso a la información registral. Este acceso, en el ámbito de Europa, para que sea universal tiene que estar al alcance de cualquier ciudadano, no sólo en cuanto al Registro de la Propiedad del Estado del que sea nacional, sino respecto de cualquier otro.

El acceso a la información debe llevarse a cabo, en su caso, con pleno respeto a las eventuales restricciones derivadas de la normativa sobre protección de datos. El libro blanco de la Comisión sobre la reforma del mercado hipotecario europeo recomienda a los Estados miembros que la información sea accesible por Internet y su incorporación al sistema Eulis de información. Dicha iniciativa consiste en la interconexión informática de diversos sistemas registrales de modo que desde el portal de cualquiera de ellos se pueda acceder a los demás. El sistema incluye una aplicación de traducción y un informe sobre los principales caracteres del sistema registral.

Como vemos, la comisión asume como una necesidad que los sistemas registrales sean accesibles informáticamente, pero teniendo en cuenta que su accesibilidad debe ser cualificada, por lo que su recomendación va más allá. A pesar de que esta recomendación puede resultar obvia, lo cierto es que existen sistemas (y de la Europa económicamente más fuerte) que no disponen de un servicio de provisión de información por la red.

3.3.- Publicidad. El acceso o la posibilidad de acceso a la información no es suficiente. La información debe estar depurada pues en bruto carece de valor añadido. Es preciso que esté tratada, de forma que sólo se distribuya aquella que es relevante, completa e inteligible. Implica el tratamiento y manejo de la información en beneficio del usuario del Registro. La ECE en su guía señala la necesidad de que el sistema sea transparente y puesto al día permanentemente. Igualmente señala la necesidad de que el sistema sea simple en su operabilidad. Todos estos requisitos son imposibles de cumplir si el Registro se limita a recoger información y a publicarla sin depuración alguna. Del mismo modo el libro blanco de la Comisión recomienda la necesidad de transparencia en los Registros de la propiedad.

3.4.- Inoponibilidad de lo no inscrito. Es el efecto jurídico básico del Registro de la Propiedad: delimitar el contenido de la información que ha de ser tenida en cuenta. Es un elemento tan básico que sin él difícilmente se puede hablar en absoluto de sistema registral. No debe confundirse con la inscripción constitutiva, se trata de cuestiones distintas; en realidad esta es una cuestión irrelevante a los efectos que tratamos pues lo no inscrito no es, por definición, oponible. La ECE en su guía señala cómo sólo los derechos inscritos deben ser oponibles en lo que denomina el efecto del principio de cortina: lo que queda al otro lado no es oponible.

3.5.- Plenitud de la información. Íntimamente ligado con lo anterior parte de la existencia de limitaciones de derecho público que perjudican a tercero pero que, por no referirse propiamente a fincas (sistema de organización del Registro) sino a territorios, no constan en el Registro de la Propiedad. Tanto la guía de la ECE como el libro blanco de la Comisión ponen mucho énfasis en esta cuestión; específicamente el libro blanco se refiere a ello pues ha sido una constante durante su elaboración la reclamación de las entidades de crédito al respecto.

La solución pasa por sistemas de publicidad que incluyan bases gráficas del territorio que permitan la carga, por capas superpuestas y temáticas, del conjunto de limitaciones que pueden recaer sobre una finca concreta llevando a su plenitud el principio de inoponibilidad. En el ámbito europeo, la directiva Inspire puede proporcionar la herramienta precisa para que las distintas capas de información con relevancia territorial sean puestas de manifiesto consiguiendo así evitar que limitaciones ocultas sean oponibles a los adquirentes.

3.6.- Prioridad. No basta con que los derechos consten en el Registro de la Propiedad o en el sistema de publicidad inmobiliario. Es preciso que el orden por el que acceden al mismo sea respetado. Un mercado no puede funcionar con plena eficacia si existen derechos retrasados que se imponen a los previamente registrados. El titular de estos derechos no puede verse sorprendido por derechos que no ha podido evaluar a la hora de tomar su decisión económica. Lo contrario implica una violación de la inoponibilidad que distorsiona el funcionamiento del Registro y que incide directamente en la eficiencia del mercado. La cuestión es compleja pues por un lado existen cargas ocultas que tienen su razón de ser en privilegios de las administraciones públicas (a los que no están dispuestos a renunciar), a privilegios sociales u otras excepciones que entran en conflicto con la deseada transparencia.

Tanto la ECE en su guía como la Comisión en el libro blanco insisten en la necesidad de mejorar la transparencia de los sistemas registrales para evitar distorsiones del principio de prioridad. El libro blanco liga la necesaria transparencia con la fiabilidad del sistema dando así apoyo a las afirmaciones anteriores.

3.7.- Publicidad positiva o fe pública. El que de buena fe adquiriera un derecho publicado por el Registro debe estar protegido por el ordenamiento haciendo inatacable su posición. Es el máximo efecto jurídico del Registro y es expresión de un nivel de desarrollo de primer nivel. Si lo que publica el Registro constituye la verdad oficial, el que adquiere confiado en dicha verdad ha de recibir la misma consideración y ser protegido contra cualquier acción que ponga en duda su derecho.

La ECE recoge igualmente esta exigencia como necesaria en un sistema registral ideal; y lo hace por un lado afirmando que el sistema debe garantizar la certeza de lo que publica¹¹ y por otro afirmando que el sistema debe evitar la investigación de la cadena de títulos. El informe elaborado por el centro de estudios jurídicos de la Universidad de Bremen para la Dirección General de la Competencia de la Comisión europea denominado estudio legal y económico del servicio de transmisión de inmuebles en la Unión Europea, es tajante al afirmar la necesidad de que los sistemas registrales de la Unión que no dispongan de fe pública deben llevar a cabo las reformas necesarias.

3.8.- Calificación. Lo que no es objeto de control no puede ser protegido. El sistema no puede proporcionar la máxima protección si no revisa que los derechos que pretenden modificar su contenido responden a las exigencias de la Ley. Esta revisión implica el pleno control de la documentación que accede al Registro, sea pública o privada, de modo que únicamente la que cumpla rigurosamente las exigencias legales sea aceptada. Solo en este caso el derecho publicado por el Registro como cierto puede modificarse bien por su transmisión al adquirente o por su modificación en cualquiera de las formas aceptadas por el ordenamiento. La persona encargada de llevar a cabo esta misión es el encargado del Registro como responsable de su llevanza. La actividad calificadora se debe llevar a cabo de forma independiente tanto jurídica como económicamente.

4.- Algunos apuntes sobre América y su posible proceso de homogeneización. Es cierto que la situación en América es muy distinta a la europea comenzando por la total ausencia de órganos supranacionales y de voluntad efectiva de tenerlos a corto o medio plazo.

Sin embargo la comunidad americana, de un tamaño similar a la europea en cuanto al número de personas que la comprenden, tiene a su favor una mayor homogeneidad tanto en lo que se refiere a herencia cultural como jurídica, algo que reviste la mayor de las importancias.

Es cierto que los intentos de aproximación han sido muy limitados y de resultados inciertos. La iniciativa sobre la hipoteca centroamericana es el mejor ejemplo hasta la fecha y puede marcar una senda de cómo debe llevarse a cabo la aproximación en el futuro.

Es también cierto que académicamente la Comunidad americana es muy activa y es en la actualidad más fecunda que nunca. Todos los años se celebran reuniones, congresos, seminarios y encuentros de todo tipo en los que se habla de Registro, se intercambian experiencias y se aprenden técnicas y maneras. Este derroche de conocimiento deberá producir resultados en su día, resultados que irán encaminados a establecer políticas registrales comunes y que faciliten a su vez la comunicación entre sistemas y personas.

En el fondo tanto a un lado como al otro del Atlántico está calando la idea o, si se desea, la conciencia de que hay que actuar generando mecanismos de armonización entre los sistemas jurídicos que permitan la generación o mejora de los mercados existentes sin otro afán que estimular el crecimiento económico aumentando así el bienestar de los pueblos.

Fernando de la Puente de Alfaro

CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

CUARTO TRIMESTRE DEL AÑO 2011

ÍNDICE ANALÍTICO.

AFECCIONES URBANÍSTICAS.

ANOTACIONES.

ANOTACIONES DE EMBARGO.

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

CONCURSO.

DERECHO DE RETRACTO.

DOCUMENTOS JUDICIALES.

HERENCIAS.

HIPOTECAS.

OBRAS NUEVAS.

OPCIÓN DE COMPRA.

OPERACIONES SOCIETARIAS.

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

RENTA VITALICIA.

REPRESENTACIÓN.

SOCIEDAD CIVIL.

URBANISMO.

AFECCIONES URBANÍSTICAS.

1.-P: Presentan un mandamiento de anotación de embargo en vía de apremio sobre varias fincas, el concepto por el que se embargan es por cuotas de urbanización en ejecución de la afección urbanística inscrita en el Registro de la Propiedad, pero ocurre que ya han transcurrido siete años desde que se extendió el asiento en que consta la afección urbanística.

Se trata de departamentos de una propiedad horizontal que vienen gravados por razón de procedencia con afección urbanística procedentes de dos fincas que se agruparon. En el historial registral, las fincas aparecen gravadas por razón de procedencia con dichas afecciones, en uno de los departamentos de la propiedad horizontal, existe anotado un embargo por los conceptos de cuotas de urbanización y licencia de obras, ejercicio 2006 y 2008. Ni en la anotación de embargo, ni en el mandamiento que lo ordenó consta que fuera en ejecución de la afección urbanística, no estando conectada la anotación con la afección, ni constando tampoco de las dos afecciones urbanísticas que la gravan por razón de procedencia de cuál de las dos se trata.

Se pregunta si, con carácter general, en estos casos se puede anotar los embargos pero no en ejecución de la afección urbanística, sino con el rango de la anotación de embargo, y proceder a la cancelación de la misma; y si, en el caso concreto, se puede cancelar la afección urbanística, o si esta anotación de embargo provoca que no caduquen las afecciones urbanísticas.

R¹: En relación con las cuestiones que sobre la afección urbanística y la anotación preventiva de embargo posterior se plantean, se señala por Rafael Arnaiz la falta de previsión del legislador al establecer situaciones que llama de forma genérica y poco precisa, “de afección”, y cuya regulación no resulta, ni de lejos, lo minuciosa que sería necesario para evitar las múltiples dudas que surgen cuando la situación de crisis que se atraviesa convierte lo improbable en cotidiano. Así está ocurriendo con las afecciones fiscales (las CCAA están ejecutando deudas tributarias garantizadas con nota marginal de afección fiscal), las afecciones previstas en materia de subvenciones (se están revocando subvenciones millonarias sobre la base del incumplimiento de la exigencia formal de hacer constar en el Registro la afección de los bienes al cumplimiento de los fines para los que se concedió la subvención, o sobre la base de los efectos de la nota practicada), y las afecciones urbanísticas (donde además de empezarse a ejecutar con mucha mayor frecuencia, el plazo de caducidad previsto en el artículo 21 del RD 1093/97 se muestra insuficiente, pues la falta de financiación retrasa y dificulta la realización de las obras de urbanización).

¹ Caso tomado de lista libre y contestado por Rafael Arnaiz Ramos, aunque también se ha planteado en el seminario.

En cuanto al problema específico planteado, se estima posible empezar por admitir que la afección urbanística produce efectos de garantía real, según prevé expresamente el artículo 16.2 del TRLS (con finalidad aclaratoria no del todo lograda), y ya apuntaban los artículos 126 del Reglamento de Gestión y, sobre todo, del artículo 19 del RD 1093/97. Y según parece establecer ésta última norma, tales efectos se generan, no sólo respecto de todos los titulares de derechos y cargas constituidos con anterioridad a la aprobación del expediente reparcelatorio y, con ello, trasladados a la finca de resultado, sino también sobre aquellos constituidos sobre dicha finca con posterioridad a la constancia registral de la afección (excepción hecha de ciertos créditos tributarios con hipoteca legal tácita o anotados preventivamente con anterioridad a constancia registral de la afección).

Por tanto, la constancia de la afección en el cuerpo de la inscripción de la finca de resultado supone la inscripción de una garantía real a la que de una forma no todo lo clara que sería deseable, se atribuye eficacia tanto respecto de titulares de derechos y cargas intervinientes en el procedimiento reparcelatorio, como respecto de aquellos que adquieren una vez finalizado aquel, estando todavía pendiente el pago de los gastos resultantes de las obras de urbanización. Y de lo establecido en los citados artículos y dados los efectos de “garantía real” que atribuye a la afección el artículo 16.2 del TRLS, no parece que para que la ejecución administrativa por la que se pretenda el cobro de las cuotas pendientes perjudique a tales titulares anteriores o posteriores sea preciso, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las afecciones fiscales, una previa actuación de derivación de la acción administrativa, con declaración de responsabilidad subsidiaria. Al contrario, los titulares de cargas distintas del dominio, anteriores o posteriores a la aprobación de la reparcelación, quedan gravadas por la afección, produciendo la ejecución apoyada en aquella un efecto de purga de sus derechos con el sólo requisito de que se haya citado a sus titulares al procedimiento, a fin de evitar una situación de indefensión.

No obstante, se opina que la situación de los titulares de derechos y cargas trasladados a la finca de resultado y, por tanto preexistentes a la aprobación de la reparcelación, no es la misma que la de los titulares de derechos y cargas constituidos con posterioridad a aquella, y sobre la finca de resultado. Y no lo es, sobre todo para el caso de que haya transcurrido el plazo de vigencia de la constancia registral de la afección (que no de la afección, pues no parece del todo claro que el RD 1093/97, norma adjetiva de rango reglamentario, pueda establecer el plazo de caducidad que una afección establecida por una norma legal, o que afecte a algo distinto que a la vigencia de un asiento registral.) Así, al determinar los efectos de la constancia registral de la afección respecto de titulares de derechos y cargas inscritos, se hacen las siguientes distinciones:

1.- Titulares de derechos inscritos o anotados con fecha anterior a la constancia registral de la afección y trasladados con el dominio desde la finca de origen a la finca de resultado. Entiendo, a la vista de la redacción del artículo 19 del RD 1093/97, que los titulares de tales cargas trasladadas desde la finca de origen no pueden considerarse titulares de cargas posteriores, strictu sensu, sino más bien titulares de derechos que, junto con el dominio, resultan todos ellos gravados de forma unitaria por la afección. Ésta no grava el dominio, grava todas las titularidades que recaen sobre la finca en el momento de aprobarse la reparcelación y que, como consecuencia de ella, se ven beneficiadas por las plusvalías que aquella genera.

Por ello, no se ve del todo claro que tales titulares no puedan resultar perjudicados por la ejecución seguida para el cobro de las cuotas, aun cuando la constancia registral de la afección haya caducado al tiempo de tomarse anotación preventiva del embargo trabado en el procedimiento administrativo, toda vez que, en la medida en que fueron citados al procedimiento reparcelatorio, tuvieron conocimiento de la cuota que en los gastos de urbanización correspondía a la finca a la que se trasladaban sus derechos y de las cantidades a pagar, con el mismo grado de determinación que el resultante de la posterior constancia registral de la afección. Por tanto, y partiendo de la consideración de que la afección (aunque no resulte del registro) surgió en el momento en que las fincas de origen quedaron incorporadas al procedimiento reparcelatorio, (pues desde ese momento se pueden generar gastos derivados del procedimiento de transformación de suelo y existir transmisiones de fincas), parece razonable que la ejecución seguida contra el adjudicatario perjudique a los titulares de cargas trasladadas, en la medida en que hayan sido notificados en el procedimiento de apremio y aunque la constancia registral de la afección haya caducado a la fecha en que se haya tomado la anotación preventiva del embargo.

2.- Titulares de derechos inscritos o anotados con fecha posterior a la inscripción de la reparcelación y, por tanto, constituidos sobre la finca de resultado a favor de quienes no intervinieron en el procedimiento reparcelatorio. Respecto de tales titulares, entiendo que la constancia registral de la afección genera, durante su vigencia, los mismos efectos que una hipoteca respecto de los titulares de cargas posteriores a la misma, siempre y cuando, según exige el artículo 20.2 del RD 1093/97, y con dicho artículo los principios de proscripción de la indefensión y tutela judicial efectiva, dichos titulares hayan sido citados al procedimiento de apremio. Por tanto, sólo puede entenderse que la anotación preventiva de embargo tomada en el apremio seguido para ejecutar cuotas de urbanización puede perjudicar a titulares de derechos inscritos sobre la finca de resultado con posterioridad a la constancia registral de la afección y con anterioridad a la anotación preventiva de embargo, en aquellos casos en que del mandamiento en que se ordene ésta resulte que tales titulares han sido notificados del procedimiento de apremio, y que éste se sigue para el cobro de cantidades

garantizadas por la afección, circunstancias que deberían hacerse constar en la propia anotación.

Parece claro que tales efectos no se producirán caducada la constancia registral de la afección. Y que tal caducidad se ha de entender producida si la presentación del mandamiento que solicita la anotación preventiva de embargo acordada en el procedimiento de apremio seguido para el cobro de la cantidad garantizada por la afección tiene lugar una vez transcurrido los plazos del artículo 20 RD 1093.

Y si la anotación preventiva se extendió vigente el plazo de vigencia de la afección pero la adjudicación resultante llega al Registro una vez caducado dicho plazo, se entiende que si la actuación del contenido de la garantía real en que consiste la afección se ha producido durante el plazo de su vigencia registral, y como consecuencia de ello se ha tomado anotación preventiva del embargo acordado dentro de dicho plazo, con expresión de que se ejecutan cantidades garantizadas por la afección y citación de los titulares intermedios, se ha de entender que la adjudicación resultante del apremio que se produzca una vez transcurrido el plazo de vigencia genera los efectos de purga propios de la afección, por las razones siguientes:

-- La idea es que es el momento en que el embargo administrativo accede al Registro, aquél en que se determina el alcance con el que la ejecución afectará a las titularidades inscritas sobre el bien trabado. Por tanto, si en dicho momento la afección está vigente, se ha de entender que su contenido queda actuado, con independencia de que la posterior adjudicación se produzca en un momento fuera de su plazo de vigencia. La afección no garantiza la posibilidad de acudir al apremio administrativo, existente en todo caso, y aunque no exista afección, sino la posibilidad de que el embargo del bien gravado por la afección genere, una vez producida la adjudicación, la purga de cargas anteriores. Por tanto, lo relevante es que la anotación preventiva del embargo se tome durante la vigencia de la afección.

-- La aplicación más o menos analógica de lo previsto para otras afecciones distintas pero parecidas, como son las afecciones fiscales, donde la DGT tiene declarado que si la derivación de la acción tributaria se produce dentro del plazo de vigencia de la afección, ésta excluye el juego de la fe pública respecto de los adquirentes posteriores a la nota marginal de afección, aunque la adjudicación resultante del apremio se produzca con posterioridad al transcurso de dicho plazo.

-- Parece que el mismo criterio sería aplicable a la hipoteca sujeta a un plazo de caducidad, para el supuesto de que la nota marginal de expedición de la

certificación resultara del registro en un momento previo al transcurso de dicho plazo, aunque la adjudicación se produjera una vez transcurrido aquel.

2.-P: ¿Es posible el procedimiento de apremio de una afección urbanística existiendo anotado el concurso de la sociedad titular registral?

R: En primer lugar se indica que en virtud de la subrogación real en los mismos, los gastos de urbanización que se generen después del auto del concurso serán créditos contra la masa y no del deudor y, por tanto, se deberán pagar y se podrán anotar y ejecutar independientemente de la existencia del concurso.

Por su parte los gastos de urbanización anteriores al auto del concurso quedan sujetos a las consecuencias del mismo –limitación de ejecución, convenio o liquidación-, sin perjuicio del deber legal de pagar el posible importe insatisfecho dentro del concurso por el tercer adquirente del bien sujeto, salvo que se tratará de un tercero hipotecario en los términos que resultan del caso práctico anterior -afección urbanística y, en su caso, anotación caducadas-, cuestión que es ajena al Registro.

Respecto a la naturaleza de los créditos por urbanización dentro del concurso, no cabe duda que la constancia de la afección urbanística en el cuerpo de la inscripción de la finca de resultado supone la inscripción de una garantía real que goza de la categoría de “con privilegio especial” y que debe tener un tratamiento semejante a las hipotecas legales a favor de la Administración –así José Luis Laso-, siendo aplicable el artículo 56 de la Ley Concursal –aunque su ejecución requiera una ejecución y una providencia de apremio-, y si la afección no se ha practicado por la razón que sea o ha caducado, el artículo aplicable sería el 55 de la misma Ley.

Ciñéndonos al supuesto de existencia de la afección –aunque los efectos son semejantes en el caso del artículo 55 si ya se hubiere tomado la anotación de embargo- que es respecto del que se pregunta, por aplicación del artículo 56 y concordantes de la Ley Concursal –que hablan de garantía real en general aunque en su enumeración no mencionen a las afecciones fiscales o urbanísticas-, una vez declarado el concurso esa garantía o afección real no podrá ser ejecutada –iniciarse la ejecución o continuarse- si los bienes sobre los que recae estuvieran afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, hasta que se apruebe un Convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración del concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación. En consecuencia, para que la ejecución sea posible en cualquier caso es necesario que se aporte testimonio de la resolución del juez del concurso en que se declare que los bienes no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

En el caso propio presentado, las fincas resultantes de los procedimientos de equidistribución -ya sean solares, pisos, etc-, normalmente estarán comprendidas dentro del objeto social y no estarán afectas a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado sino que su venta es la razón de ser de esa continuidad, por la cual lo lógico es que el juez del concurso dicte resolución en tal sentido y que la ejecución pueda iniciarse o seguirse.

ANOTACIONES.

1.-P: Anotación de prohibición de disponer. Constando una finca inscrita con carácter ganancial se presenta un mandamiento de prohibición de disponer dictado en causa criminal seguida sólo contra el marido, ¿es necesaria la notificación de la anotación al cónyuge?

R: El compañero que plantea la cuestión comenta que una primera y rápida contestación parece conducir a la necesidad de dicha notificación por aplicación analógica de lo que ocurre con la anotación de embargo y por aplicación de los principios de legitimación y tracto. Pero realmente los derechos del cónyuge sobre la finca no se alteran con dicha anotación. Puede seguir disfrutando de la finca, y ésta no va a ser objeto de ejecución en el procedimiento de referencia y, por lo tanto, no puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales por esta razón (artículo 1.373 CC), e incluso puede disponer de la finca, si bien entonces el preceptivo consentimiento de su cónyuge tendrá que ser sustituido por la autorización del juez (artículo 1.377 CC), argumentos estos que le llevan a concluir que no es necesaria la notificación.

Esta cuestión ya se ha planteado en otras reuniones (vid número 26 de estos Cuadernos, apartado anotaciones preventivas) concluyéndose entonces, y ratificándose ahora por los asistentes, en el mismo sentido expuesto. Se decía entonces que la prohibición de disponer es una medida de aseguramiento que impide que una persona pueda distraer bienes de su patrimonio y burlar así una eventual responsabilidad pecuniaria que pudiera hacerse efectiva sobre el mismo, y que implica una limitación de una facultad que, de ordinario, corresponde a la persona. Supone una limitación de la facultad general de obrar de la persona, como cualidad de la misma, pero no afecta al bien en cuanto tal, no es una carga sobre el bien. Por ello se entendió que no era necesario la notificación al cónyuge, aún tratándose de bien ganancial, como tampoco sería exigible tal notificación en el supuesto de que se inscribiera, sobre finca ganancial, una sentencia de incapacidad de uno sólo de los cónyuges.

Es cierto que tal prohibición de disponer impuesta a uno sólo de los cónyuges va a impedir, de hecho, la disposición del bien ganancial dada la regla general de codisposición o disposición conjunta de los bienes gananciales (cfr. artículo

1.375 CC), pero tal situación se producirá también en el supuesto de incapacitación de uno sólo de los cónyuges, en cuyo caso sólo si el otro fuera nombrado tutor o representante legal de su consorte se le transferiría por ministerio de la ley la facultad de disposición (artículo 1.387 CC); y, además, siempre podrá salvarse tal dificultad con la pertinente autorización judicial, artículo 1.377 CC.

2.-P: Se presentó en el Registro mandamiento por el que se ordena extender anotación preventiva para dar publicidad a la existencia de procedimiento penal sobre la enajenación presuntamente fraudulenta de una finca, y se puso nota de calificación pues el imputado no es el titular registral y porque la mera existencia de un proceso penal, sin expresar el *petitum*, no puede ser objeto de anotación preventiva.

Ahora Se presenta un documento complementario que aclara: a) que el titular registral es en realidad la parte perjudicada o querellante, pues la venta "fraudulenta", aunque otorgada, no ha accedido aun al Registro; y b) que lo que se pretende con la anotación preventiva es precisamente que no tenga acceso la venta presuntamente fraudulenta, ni las posibles ventas posteriores.

¿Puede acceder al Registro una anotación de "existencia de proceso penal por enajenación presuntamente fraudulenta" al amparo del Art.727-6 Ley Enjuiciamiento Civil, sin haber ingresado esa venta en el Registro? y, en caso afirmativo, si después se presenta la venta "fraudulenta" ¿se denegaría el acceso de la misma, o funcionaría como una anotación de demanda?

R: Se señala que ya existen resoluciones -ver las de 5 de noviembre de 2001, 7 de junio de 2005, 14 de febrero de 2006 y 24 de enero y 15 de abril de 2001- que se pronuncian en sentido afirmativo dada la existencia de grupos mafiosos que suplantán la personalidad de los titulares registrales u otros supuestos semejantes de despojo, porque de no admitirse, se produciría la indefensión del demandante; y así ocurre cuando existe un título de transmisión o gravamen referente a la finca objeto de la demanda que aún no ha sido inscrito, pero cuya inscripción podría tener como consecuencia la adquisición de la finca por un tercero protegido, y precisamente lo que solicita en la demanda es la ineficacia de dicho título.

Respecto a los efectos de estas anotaciones, se considera que impedirían la inscripción de la venta posterior pues deben ser equiparadas por su finalidad a las anotaciones preventivas de prohibición de disponer mas que a las de demanda de propiedad y, por tanto, conforme al artículo 145 del Reglamento Hipotecario y la doctrina de la DGRN –ver resoluciones de 7 y 27 de abril de 2005 y 28 de noviembre de 2008- producen el cierre registral de la finca respecto de los actos posteriores a la misma a fin del aseguramiento de la

efectividad de la resolución que se dicte. Respecto a sus efectos en relación con las enajenaciones de fecha anterior, no obstante los términos del artículo citado y la doctrina reciente de la DGRN –ver resoluciones de 8 de julio de 2010 y 3 de agosto de 2011-, que permiten su inscripción pero sin cancelar la anotación, dadas las especiales características de este supuesto en que no es que el titular registral intente defraudar a sus acreedores sino que los actos son realizados por quien no es titular registral, los asistentes mayoritariamente se inclinaron por no admitir su inscripción.

La inscripción de una venta efectuada por el verdadero dueño o querellante, en su caso, exigiría la previa cancelación de la anotación o una resolución del juez señalando no estar afectada por la misma.

ANOTACIONES DE EMBARGO.

1.-P: En su día se tomó en el Registro anotación preventiva de embargo a favor de una Comunidad de Propietarios por deudas de la comunidad –anotación letra A-.

La situación registral de la finca es la siguiente:

- Inscripción a favor de A.
- Embargo letra A a favor de la Comunidad de Propietarios, con su nota de certificación de cargas, que es la que motiva la adjudicación actual
- Embargo letra B a favor de Hacienda, con su nota de certificación de cargas
- Venta de la finca de A a B (tercer poseedor, después de haberse expedido la certificación de cargas del embargo A)
- Hipoteca

Ahora se presenta testimonio del auto de adjudicación derivado de la primera anotación letra A en la que se adjudica la finca a la Comunidad de Propietarios, en unión de mandamiento para la cancelación de la anotación y de las cargas posteriores. Se suspende el testimonio del auto por carecer la Comunidad de Propietarios de personalidad jurídica. Pero como la anotación está próxima a caducar y se perderá la prioridad por ella obtenida se plantean si se podría despachar el mandamiento de cancelación de cargas.

Si el mandamiento de cancelación de cargas se presenta en el Registro estando vigente la anotación letra A, ¿debe entenderse que la anotación no caducará mientras esté vigente este asiento de presentación, aun cuando los cuatro años de la fecha de la propia anotación se cumplan antes? Posibles soluciones al caso.

R: Algunos compañeros consideraron que sí es posible la inscripción a favor de la Comunidad de Propietarios como una comunidad perfectamente articulado en

su funcionamiento, con titulares perfectamente determinados por la titularidad registral de los elementos independientes y de carácter transitorio hasta la venta.

No obstante, mayoritariamente se consideró que ello sólo es posible si simultáneamente –en distintas o en la misma escritura- se inscribe la venta de la vivienda adjudicada por esa carencia de personalidad jurídica, por imposición del artículo 9-4 de la Ley Hipotecaria y 11 de su Reglamento, criterio que ha sido confirmado por la DGRN en resoluciones como las de 1 de septiembre de 1981 y de 13 de abril de 2000.

Lo que sí se podría es inscribir la finca como elemento procomunal –así una resolución de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de Cataluña-, como titularidad *ob rem* a favor de todos y cada una de las personas que en cada momento sean propietarios de los distintos elementos independientes del edificio, lo que exigiría un acuerdo de la Junta de Propietarios de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Por otra parte, se estima que la anotación no se puede cancelar, también como viene reiterando la DGRN, por tratarse –testimonio y mandamiento- de un título único que se complementa recíprocamente y porque de hacerse así, es posible que en el futuro pueda llegar a no ser posible la inscripción de la adjudicación al perderse la eficacia prioritaria y cancelatoria de la anotación, y existir el riesgo de que una vez libre de cargas la finca, aparezca un tercero protegido por el artículo 34 LH.

Por último, se entiende que la anotación de embargo seguirá vigente durante la vigencia del asiento de presentación y sus prórrogas, pues según el artículo 24 de la Ley Hipotecaria se considerará como fecha de la inscripción a todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación.

2.-P: Se encuentra inscrita una adjudicación como consecuencia de un procedimiento de ejecución derivada de un embargo, y ahora se presenta un mandamiento que contiene resolución judicial decretando la nulidad de las actuaciones por falta de notificación al titular registral. ¿Es posible practicar la cancelación?

R: Según el artículo 228 de la LEC se podrá tramitar incidente de nulidad de actuaciones por quienes hubieran debido ser parte en el procedimiento por causa de indefensión, incluso recaída la resolución que ponga fin al proceso, previo traslado del escrito en que se pida la nulidad a las demás partes.

De conformidad con esta norma –párrafo 2º- se estima que sí es posible practicar la cancelación de la inscripción de adjudicación si el titular registral adjudicatario ha sido parte en dicho incidente, sin que el registrador pueda entrar

a valorar que en los procedimientos ejecutivos ordinarios la falta de notificación a los titulares registrales posteriores al embargo no deba producir la nulidad de actuaciones; y siendo el efecto procesal la reposición de las actuaciones al estado anterior al defecto de notificación, repitiendo la subasta.

3.-P: Según se observa, en la práctica de los Juzgados, están dejando de reseñar las cargas posteriores que deben ser canceladas conforme al art. 233 del RH, basándose en que ya no es necesario porque el artículo 134 de la LH se refiere a todas las cargas posteriores sin excepción. ¿Qué opináis?

R: Algunos compañeros entendieron que el art. 233 del RH no es una norma reglamentaria contra ley sino que simplemente desarrolla la norma legal y que, por tanto, el mismo debe ser aplicado lo que implica que *“en el auto de adjudicación ... deben determinarse las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor. Se exceptúan las practicadas con posterioridad a la extensión de la nota ... (de certificación de cargas) ...para cuya cancelación bastará la referida expresión genérica”*

Sin embargo, mayoritariamente se entendió que la reforma del procedimiento de ejecución hipotecario operado por la LEC implica una derogación tácita del artículo 233 del Reglamento Hipotecario que exige más requisitos, y, en consecuencia, basta que el mandamiento de cancelación determine genéricamente que se cancelen todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca del actor, sin que deban determinarse las concretas inscripciones y anotaciones posteriores, y las anteriores pospuestas al crédito del actor, que hayan de cancelarse.

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

1.-P: Se presenta un documento administrativo de “concesión de gestión de servicio” de un Colegio concertado, ¿es inscribible?

R: En principio se entiende que las concesiones de gestión de servicio público en cuanto a tales no son inscribibles sino únicamente las denominadas concesiones demaniales o que recaigan sobre bienes inmuebles –ver art. 31 y 62 y ss del RH-, pero se observa que en la calificación de las concesiones debe atenderse fundamentalmente al fondo concreto del tipo de concesión, examinando si el conjunto de las condiciones de la concesión tienen trascendencia real.

Así, si como en el caso presente –algo similar ocurrió con las concesiones de ITV-, la empresa gestora es titular de la finca, se compromete a efectuar la obra nueva del edificio destinado al uso concreto –ej. hospital, colegio-, a gestionar el servicio durante un tiempo determinado recibiendo unos emolumentos determinados en el pliego de condiciones y trasmitiéndose al final del plazo de la concesión la obra y el solar a la Administración; no cabe duda que existe una trascendencia real que interesa saber a los futuros adquirentes del inmueble y que, por tanto, debe ser objeto de inscripción.

Similar efecto debe atribuirse en los casos en que siendo el solar de la Administración, la gestión del servicio lleva aparejada un derecho de superficie a favor del concesionario con obligación de efectuar la obra nueva y de gestionar el servicio y con derecho de reversión a favor de la Administración.

CONCURSO.

1.-P: El historial de una finca es el siguiente:

Anotación de embargo letra A, de 2005.

Anotación de embargo letra B, de 2005.

Anotación de concurso de acreedores letra C, de 2008.

Prórrogas de los embargos A y B de 2009, decretados por los mismos juzgados que los ordenaron.

Inscripción del convenio del concurso, de 2011.

Ahora se presenta mandamiento de cancelación de los embargos anteriores al concurso ordenados por el Juez del concurso, como consecuencia de la aprobación del convenio. ¿Es posible la cancelación? ¿Debe notificarse a los Juzgados que ordenaron los embargos?

R: Se considera que para llegar a una solución adecuada debe partirse del principio recogido en el artículo 24 de la Constitución de la tutela judicial efectiva, lo que exigiría si en el mandamiento no consta que los acreedores titulares de las anotaciones de embargo forman parte de la masa del concurso, que se aclare el mismo en ese sentido o, en caso contrario, exigir una notificación a los mismos del contenido del convenio en que se pacta –y luego se aprueba judicialmente-, la cancelación de los embargos.

Así se argumenta que el juez del concurso puede ordenar la cancelación de los embargos porque sobre esta materia tiene competencia exclusiva y excluyente, por lo que puede o seguir él mismo con la ejecución de los embargos o cancelarlos, previa reclamación de los autos ejecutivos al amparo del artículo 55 de la Ley Concursal. Lo único que se entiende que puede seguir haciendo el juzgado ante el que siga el procedimiento de ejecución, mientras el del concurso no reclame la competencia para sí, es solicitar la prórroga de la anotación del

concurso, por tratarse de una cuestión de mero trámite destinada a mantener los efectos dimanantes de la anotación.

Pero, respecto de la necesidad de exigir una notificación previa se alega que conforme al artículo 135 de la Ley Hipotecaria, es el registrador el que debe notificar al juzgado o tribunal ante quien se siga un procedimiento ejecutivo, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución, como pueden ser la declaración del concurso, el convenio, o la cancelación de las anotaciones; lo que haría superfluo esa previa notificación judicial. Sin embargo, se contraargumenta que esa notificación a *posteriori* no tiene la misma eficacia jurídica de la efectuada previamente a la cancelación.

2.-P: Si en un mandamiento de declaración de concurso se señalan sólo algunas fincas de las que la sociedad tiene inscritas, ¿debe practicarse en las demás o no?

R: La mayoría de los compañeros, frente al criterio de Comisión, entendieron que debe practicarse la anotación o la inscripción en todas las fincas, salvo manifestación expresa del juez del concurso en el mandamiento de que sólo se quiere en cuanto a las señaladas por la razón que sea, pero si el mandamiento se limita a señalar unas fincas, el asiento registral debe hacerse en todas las que el concursado tenga inscritas.

Los argumentos que se dieron coincidieron básicamente con los expuestos por Pedro Fandos en "lista libre" que se reproducen: "no se entiende como, a pesar de lo dispuesto en el artículo 24.7 LC que dispone *"Reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes de concurso."*, de lo que se desprende del artículo 24 LC de constancia en todos los bienes, y de la consideración del concurso como procedimiento universal; se sigue el en nuevo informe el criterio del antiguo informe de la "Comisión de Calificación" de 21-IX.2009, acerca de que solo hay que practicar el asiento de declaración de concurso respecto de las fincas que consten en el mandamiento judicial y si el Registrador tiene conocimiento de que existen otras fincas, ha de advertirlo en la nota de despacho, pero sin practicar asiento alguno sobre las mismas, so pretexto de que no existe principio de rogación sobre las mismas y ello, *"aunque existen poderosas razones –sobre todo de seguridad jurídica- para defender la extensión de los asientos en todos los bienes o derechos del deudor"* a pesar de lo cual, se afirma que parece prudente no practicar el asiento y hacer constar la existencia de otros bienes en la nota de despacho.

Lo que "parece prudente", se afirma, a la vista de las "poderosas razones de seguridad jurídica", es practicar la anotación sobre todas las fincas del concursado, pues todos los bienes han de estar integrados en la masa activa y la

alteración en las facultades de administración y disposición afectan al titular registral concursado de la finca, esté o no el bien en cuestión integrado en la masa activa, cuestión que se decide en un momento posterior a la inicial declaración de concurso, momento procesal en el que se intervienen las facultades del concursado, respecto de todo su patrimonio.

Si se lee la Ley Concursal, la actuación del Registrador no puede ser otra que la de practicar el asiento relativo a la declaración de concurso sobre todos los bienes del concursado inscritos en su Registro, pues así se desprende de:

1.- El artículo 6 dispone que en la solicitud de Concurso el deudor deberá acompañar inventario de bienes y derechos, con sus datos de identificación, si el concurso lo insta el acreedor no ha de identificar los bienes del concursado. Declarado el concurso la alteración de las facultades de administración y disposición del deudor recae sobre todo su patrimonio, aunque no se sepa todavía la composición de la masa activa, pues aún no se ha formado esta.

2.- El artículo 17 LC regula las medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso tienen por objeto "asegurar la integridad del patrimonio del deudor".

3.- El artículo 21 regula los pronunciamientos que ha de contener el auto de declaración de concurso, sin que se contenga ninguno relativo a los bienes.

4.- El artículo 24.3 LC dispone que si el deudor tuviere bienes y derechos inscritos en registros públicos, se anotará preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención y en su caso la suspensión de sus facultades de administración y disposición, refiriéndose a todos ellos, pues esta alteración afecta a todo su patrimonio, máxime en un momento procesal en el que todavía no se ha formado la masa activa.

5.- El 40 LC que dispone que desde la fecha de declaración del concurso se intervienen o suspenden, según los casos, las facultades de administración y disposición del deudor.

6.- Ello ha de extenderse a todos los bienes del concursado, dado el principio de universalidad del artículo 76.

7.- Conforme a los artículos 71 y siguientes, declarado el concurso, no sólo quedan afectos al mismo todos los bienes del patrimonio del deudor, sino también es posible rescindir los actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no existiese intención fraudulenta; por tanto si los bienes que han salido de la masa antes de la declaración de concurso pueden estar afectos a la declaración, más aún los que no han salido de la misma, declarado el concurso.

8.- La determinación definitiva de la masa activa del concurso se ha de hacer en el informe de la Administración concursal, que ha de realizarse dentro de los dos meses siguientes a contar desde la aceptación de dos de ellos (art. 74), el cual ha de contener el inventario de la masa activa (art. 75), bajo el principio de universalidad sobre todo el patrimonio del deudor (art. 76).

9.- Si conforme al artículo 323 RRM la remisión que el Registro Mercantil de la certificación conteniendo la resolución judicial que declare el concurso ha de practicarse de oficio, parece lógico pensar que si el Registrador de la Propiedad descubre nuevos bienes inscritos, practique de oficio el asiento en el folio registral de la finca correspondiente y lo comunique al Juzgado para la más exacta formación de la masa activa y ello.

Además, de facto, aunque el asiento no se practique en la finca, el Registrador de la Propiedad actúa como si ese asiento se hubiere practicado, pues normalmente, al tener conocimiento de la declaración del estado de concurso por el Libro de incapacitados o por Registro público concursal, solicitará la autorización de la operación por la administración concursal, por lo que, además por razones de uniformidad, parece lógico pensar que la garantía que supone la práctica de ese asiento registral ha de constar en todos los bienes que integran el patrimonio del concursado y no solo en algunos de ello, por el solo hecho de no constar en el mandamiento judicial, y así se pronuncia la resolución de la DGRN de 23 de septiembre de 2011”.

Se añade que, además, la anotación de la declaración de concurso tiene otros efectos a añadir a la limitación de las facultades dispositivas del concursado, como son el cierre registral a determinados actos –embargos, ejecuciones judiciales, etc-, la posibilidad de cancelar cargas anteriores de la finca, etc; lo que conlleva la necesidad de esa constancia en todas las fincas del afectado.

Un grupo reducido de compañeros consideraron, sin embargo, siguiendo los dos informes de la Comisión de Calificación, que el artículo 73 y concordantes de la Ley Hipotecaria, en materia de resoluciones sobre incapacitación, deja al Juez la iniciativa para ordenar la anotación en bienes concretos, en todos los bienes e, incluso, en los bienes futuros. La Ley Concursal, dicen, se dirige siempre al juez y, a través de éste, al registrador; es el juez, inicialmente, y la administración concursal, en su caso, después, los que debe procurar que la anotación/inscripción del concurso se practique en todos los bienes del deudor. Esa es la opinión de la comisión de calificación, del grupo de trabajo de ahora y de JM García García en su Código.

Por último, se alude al Auto de 24 de julio de 2008 del Juzgado Mercantil Nº 1 de Coruña, que entiende que en relación a aquellos bienes que resultan integrados en el giro o tráfico ordinario del concursado, no debe procederse a la

anotación preventiva, sino que debe limitarse a los bienes integrados en el inmovilizado, incluido los bienes afectos a la actividad empresarial o profesional, toda vez que respecto de los primeros no tiene sentido la citada anotación preventiva, pues no quedan afectos por el art 43.2 sino por el art 44, continuación de la actividad empresarial.

Frente a este auto se afirma que la misma olvida que sin perjuicio de la cláusula general del art 44.2 LC en caso de intervención esa limitación de las facultades de administración opera igualmente respecto de aquellos bienes y derechos cuyo objeto es el propio de la actividad empresarial y, por tanto, la necesidad de constancia registral resulta patente, es más sólo desde esa perspectiva puede tener sentido el art 40.7 LC y en segundo lugar la propia consecuencia anudada a la anotación registral sólo es posible a partir de la propia anotación y respecto de cualquier bien.

3.-P: Una finca se encuentra inscrita a favor de los padres A y B, la heredera – hija de los titulares registrales- comparece representada por su marido y compareciendo también el administrador concursal de la herencia del concurso de dicha heredera lo que se expone en la partición. Posteriormente se presenta el mandamiento de declaración de concurso de la heredera, y se pregunta cuál debe ser el orden de despacho.

R: Efectivamente se trata de un supuesto de aquellos que se dice de que “la pescadilla se muerde la cola”, pues, en principio, no se puede inscribir la declaración de concurso si la finca no está inscrita a favor del concursado y tampoco se puede expresar la situación del concurso en la partición si éste no se ha hecho constar en el registro.

Se manifiesta que este supuesto debe relacionarse con la posibilidad, analizada en el supuesto anterior, de que se tenga en cuenta en la calificación la existencia del concurso si la misma no resulta del historial de la finca concreta, pero si de otros medios de calificación como el libro de incapacitados o el registro público concursal. Con base en ello, se considera de una solución es despachar la escritura de partición de la herencia y el mandamiento declarando el concurso como una unidad como documentos complementarios, practicando una sola inscripción.

Pero se consideró como procedimiento más adecuado el practicar la inscripción del concurso en el libro de incapacitados y suspender en la fincas de los causantes del heredero, practicar la herencia en la que se podría tener en cuenta lo que consta el libro de incapacitados y finalmente, como todavía se encuentra el mandamiento en el registro, inscribir la declaración del concurso en las fincas correspondientes.

4.-P: El 18 de Diciembre de 2008 se toma anotación de suspensión de la anotación de concurso, (por tratarse de un bien ganancial y no constar la notificación al cónyuge), tanto en el folio de la finca como en el Libro de Incapacitados. El 4 de Mayo de 2009 se cancela sobre el folio de la finca la anotación de suspensión por el artículo 96, al anotarse un embargo, pero no se cancela en el Libro de Incapacitados.

Ahora se presenta un auto de adjudicación de un procedimiento de ejecución de una hipoteca anterior al concurso y posteriormente una sentencia de divorcio en que adjudican el derecho de uso a la mujer y los hijos. ¿Es inscribible el auto? ¿Debe cancelarse la anotación de suspensión de la anotación de concurso en el Libro de Incapacitados?

R: La respuesta debe empezar por la segunda cuestión y es que la anotación de concurso obrante en el Libro de Incapacitados debe cancelarse de oficio por el registrador por la simple presentación del título de adjudicación, como trámite previo a la práctica del asiento solicitado y en aplicación del artículo 353-3 del Reglamento Hipotecario.

Una vez efectuada dicha cancelación y si, además, el Registro Concursal no da aviso alguno, el concurso deja de existir para el Registro, independiente de su situación extrarregistral que puede seguir, estar en estado de convenio o haberse levantado; por lo que ningún inconveniente existe para la inscripción de auto de adjudicación derivada de la ejecución de la hipoteca, que no está sujeta, en consecuencia, a regla o limitación alguna derivada del concurso.

Por último, la inscripción de la sentencia de divorcio del concursado, como documento posterior a la ejecución y, en aplicación el principio de prioridad, debe ser denegada.

DERECHO DE RETRACTO.

1.-P: Retracto convencional: En el registro figura inscrita una parcela A sujeta a derecho de tanteo y retracto convencional para el caso de enajenarse a un tercero antes de X años. Después dicha parcela se ha agrupado con otra formando la Parcela B (agrupada).

Ahora se vende la Parcela B (agrupada) por su precio único, sin desglosar la parte que de dicho precio correspondería a la parcela A sujeta a los derechos de tanteo y retracto. Teniendo en cuenta que no se puede obligar al vendedor de la parcela A a acudir al retracto de todo o Parcela B (agrupada), y que en la escritura de venta no se sabe cuál es precio pagado que correspondería a la parcela A, siendo éste un dato esencial para que el vendedor pueda decidir si acude o no al tanteo/retracto y a efectos de ejercitar los derechos de tanteo y

retracto, y por tanto de las notificaciones a realizar y calificar por el Registrador se plantea las siguientes dudas:

A) Qué es lo que hay que notificar: 1º.- Basta con que se acredite la notificación al vendedor de la venta de la Parcela B (agrupada) por su precio único y sin desglose, para que éste pueda ejercitar el tanteo o el retracto de la parcela A, quedando en la relación interna entre vendedor y nuevo comprador la fijación del precio que el primero habrá de pagar al segundo por el tanteo o retroventa de dicha parcela A ?

2º.- O es necesario que la notificación sea con expresión del precio que correspondería sólo a la parcela A?. En este caso, esto es, si se considera que es necesario que la notificación especifique el precio concreto, ¿qué efectos produciría la notificación que no cumpla tal requisito? ¿Se entiende que no vale el trámite para el tanteo por defectuoso y, por tanto, tras la venta lo que procede es el retracto? y, en este último caso, ¿quién tendría que desglosar el precio para notificar para el retracto?

La cláusula dice literalmente que la notificación fehaciente para el tanteo ha de especificar “*detalladamente el precio y demás condiciones en que se pretenda la enajenación*”, claro que no estaba pensando en una posterior agrupación de la finca.

3º.- Son estos extremos calificables por el Registrador, o éste sólo debe comprobar que se notificó la propuesta de venta en caso de tanteo, o la venta ya formalizada en caso de retracto, sin entrar en más consideraciones?

B) Interpretación de cláusula: ¿Si en la cláusula no se contempla expresamente la posibilidad de ejercitarlo en sucesivas transmisiones, se interpreta restrictivamente sólo a la primera?

C) Sobre el objeto a retraer: Por último, en caso de ejercitarse el tanteo o el retracto ¿es obligatorio su ejercicio sobre el mismo objeto sobre el recayó o Parcela A?, o ¿Pueden de común acuerdo entre vendedor y nuevo comprador establecer que la retroventa se transforme en una comunidad por cuotas sobre la Parcela B (agrupada), con el fin de evitar la desagrupación de la finca?

R: Mayoritariamente se considera, frente al criterio que defiende el compañero que expone el caso, que en materia de tanteo y retracto, la regla general en derecho español es que la falta de acreditación de la notificación al titular del derecho –se encuentre éste inscrito o no- ni impide la inscripción de la transmisión ni está sujeta a calificación registral sino sólo cuando una Ley o norma expresamente así lo disponga y de ahí la diferencia de régimen, por ejemplo, entre el retracto arrendaticio y el de comuneros o colindantes.

Igualmente se considera que los pactos entre las partes, como reitera la DGRN con carácter general, no pueden imponer una conducta al Registrador como parece ocurrir en este retracto convencional en que se pacta la necesidad de notificación al vendedor para una posible transmisión posterior y para la inscripción de la misma.

Frente a este criterio, el compañero que presentó el caso, aludió a una resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 1974 que al parecer concluye que una vez inscritos los derechos de tanteo y retracto convencionales, sus efectos son cerrar el Registro a una enajenación posterior en la que no se acredite haber hecho la notificación preceptiva al titular del derecho de adquisición preferente; lo que se consideró mayoritariamente incorrecto y superado doctrinalmente. Además, se indica que la citada resolución parece indicar que las estipulaciones relativas a las notificaciones tienen carácter personal y no debieron ser inscritas, pero que mientras no se cancelen en aplicación de los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 353-3 de su Reglamento, deben ser tenidas en cuenta por el registrador.

No obstante todo lo cual, en el presente supuesto, al tratarse de una venta de un Ayuntamiento, se estima que si la finca vendida estuviera ubicada en una zona en que se hubiera delimitado un área o zona de tanteo y retracto urbanístico, sí sería obligatoria dicha notificación para inscribir, al amparo de los artículos 84 y 85 del RD 1093/1997. Incluso algún compañero abogo por la extensión analógica de esa normativa, cualquiera que fuera la situación del terreno vendido, en aras a la salvaguarda de los derechos públicos.

En todo, contestando las otras preguntas, se estima mayoritariamente lo siguiente:

a) Que el registrador, en caso de que deba exigir la notificación para inscribir, sólo debería calificar que la misma se ha efectuado, dejando para las partes la cuestión de ponerse de acuerdo en el desglose del precio entre las fincas primitivas –art. 1518 del CC *in fine*–, igual que con carácter general ocurre respecto de la veracidad de las condiciones de la transmisión notificadas y su coincidencia con la realidad.

b) Que el derecho de retracto sólo afectará a la primera venta que se efectúe salvo el establecimiento expreso de condición resolutoria en caso de incumplimiento del vendedor de determinadas obligaciones asociadas a la venta como, por ejemplo, la construcción de viviendas de protección pública o que, en la venta, el comprador expresamente se subrogue en todas las obligaciones y posición jurídica del vendedor.

Esta consecuencia tiene lugar a pesar de lo dispuesto en el artículo 1510 del Código Civil –ejercicio de la acción contra todo poseedor que traiga causa del comprador- pues, por un lado, se excluye lo dispuesto respecto de terceros en la Ley Hipotecaria y, por tanto, si no consta que el retracto se extiende a las sucesivas ventas, no puede afectar a los sucesivos compradores que no han sido parte en el contrato; y, por otro lado, dicho artículo se está refiriendo al ejercicio de un pacto de retroventa o recuperación de la vendido y no de un derecho de retracto en una primera o sucesivas ventas.

c) Respecto al objeto del derecho de retracto, indudablemente sólo lo es la finca sobre la que recae el mismo, pero no se ve ningún inconveniente, salvo la existencia de otros derechos inscritos contradictorios, a que por acuerdo entre el primer vendedor y el nuevo comprador se establezca que la retroventa se transforme en una comunidad por cuotas sobre la Parcela B (agrupada) para evitar la desagrupación de la finca que quizás sea necesaria para el fin urbanístico o dotacional perseguido; así como cualquier otro acuerdo legal que quieran adoptar.

Ahora bien, dado que el titular del derecho es un Ayuntamiento, dicha transformación exigiría de la expresión de una causa adecuada –como puede ser la mencionada- y del acuerdo del mismo órgano que decidió la venta y que cualquier acuerdo que se adopte no implique la necesidad legal de un concurso o una subasta, pues se estaría creando un derecho de retracto de condominio que podría frustrar éstas.

DOCUMENTOS JUDICIALES.

1.-P: ¿Es inscribible un testimonio de homologación judicial de un acuerdo de conciliación?

R: En primer lugar debe señalarse que los acuerdos alcanzados en acto de conciliación, frente a la transacción judicial, tienen naturaleza exclusivamente contractual, el fundamento único de su eficacia es la común voluntad de los contratantes. La intervención judicial es puramente externa, se limita a organizar el encuentro entre los interesados y a estimularles a la consecución del acuerdo, pero no se interfiere en la negociación, no revisa sus resultados ni los aprueba. El hecho de que dichos acuerdos puedan ejecutarse judicialmente no altera esta consideración como se desprende inequívocamente de los arts 460 y ss LEC de 1881, vigentes por imperativo de la DD 1 LEC 2000.

En consecuencia, en el ámbito registral el tratamiento de lo acordado en el acto de conciliación es idéntico al que correspondería a cualquier otro negocio voluntario inscribible; así en punto a la extensión del calificación, que incluirá la validez y eficacia, como a las exigencias de los principios de especialidad y

tracto. La única particularidad radica en materia de forma, siendo suficiente al efecto, a juicio mayoritario, el testimonio judicial expedido por el secretario judicial relativo al acta de conciliación extendida en el libro del artículo 472 LEC precedente.

La transacción, por el contrario, una vez que ha sido homologada judicialmente, esto es, una vez verificado por el juez que no conculca ninguna norma legal prohibitiva o restrictiva (art. 19 LEC), confiere la autoridad de cosa juzgada entre los otorgantes, y puede ser ejecutado en vía de apremio (cfr art 1817 Cc), y este control judicial de la legalidad de la transacción necesariamente repercutirá en el ámbito de la calificación registral: no podrá ser calificado con la extensión que procedería respecto a cualquier otro contrato, pese a que sigue siéndolo y a que deriva su eficacia exclusivamente de la común voluntad de los otorgantes; no podrá el registrador revisar ya su legalidad, debiendo limitarse a los solos obstáculos registrales.

2.-P: Se presenta una sentencia declarativa del dominio de una finca, previa segregación de una mayor, a favor de un matrimonio Z que son los demandantes. Como documentos complementarios se aporta la escritura de compraventa de la que resulta que Don A, que manifiesta que le pertenece dicha finca por herencia de su tío Y, vende al matrimonio Z.

La finca matriz consta inscrita a favor de la sociedad X, que es la demandada en el procedimiento, y de quien se supone que compró en documento privado el tío Y del ahora vendedor. ¿Sería inscribible la sentencia sin más, sin demandar a posibles titulares intermedios?

R: Como es sabido la DGRN viene reiterando –ver resoluciones de 7 y 8 de abril de 2003, 5 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2010 y 2 de septiembre de 2011– que para que las sentencias declarativas del dominio sean inscribibles es necesario demandar no sólo al titular registral y a la persona de quien se adquirió la finca –que en este caso falta- sino también a todos los adquirentes intermedios cuya titularidad no ha accedido al registro, lo que en el presente supuesto exigiría demandar Don A y a todos los herederos del tío Y, salvo que se acreditara por aportación del testamento o declaración de herederos que Don A era el único heredero. Es decir, dado que lo que existe en estos casos es una interrupción del tracto, lo que ha de hacerse es acudir al expediente de dominio, trámite adecuado para la correcta protección de todos los intereses en juego.

Por otra parte, como también tiene reiterado la DGRN –ver resoluciones de 14 de octubre de 2005, 8 de enero de 2010 y 9 de diciembre de 2010– para que se pueda practicar dicha inscripción de segregación es necesario que en autos conste o se aporte a *posteriori* la correspondiente licencia urbanística de

segregación (art. 78 del RD 1093/97) sin que la sentencia judicial pueda suplir dicha falta.

HERENCIAS.

1.- Se pregunta por la posibilidad de inscribir un testimonio judicial de una liquidación de sociedad de gananciales, en los que no consta oposición, o si debe exigirse que acompañen acta de protocolización del acta judicial comprensiva del acuerdo de liquidación, cuando, además el propio auto que aprueba el acuerdo de liquidación lo hace “sin perjuicio de lo dictado en el art. 788.1 y 2” de la LEC (cfr. artículos 787.2, 788, 809, 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

R: Se expone, en primer lugar, por algún compañero que la resolución de la DGRN de 9 de diciembre de 2010, en un supuesto de partición realizada por contador partidor aprobada judicialmente, sostuvo que la protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 LEC, y se dice que este criterio, además, es compartido por la casi unanimidad de la doctrina, para la que la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 LH se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. Así el artículo 787.2 LEC determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante auto y con la entrada en vigor de la Ley 13/2009, mediante decreto del secretario judicial, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas.

Igualmente se indica que la Resolución de 13 de abril de 2000 mantuvo la posibilidad de inscripción de la partición judicial sin necesidad de protocolización, aunque hubiera finalizado sin oposición, pero porque en ese caso el propio juez aprobó las operaciones particionales y dispuso en el auto la inscribibilidad directa del testimonio del mismo, subordinando tan sólo la protocolización notarial a la previa petición del interesado.

Y, en consecuencia, se concluye por estos compañeros que dado que el artículo 810.4 LEC se remite al 788 de la misma ley, en los autos de liquidación de sociedad de gananciales, en los que no consta oposición, debe exigirse que acompañen acta de protocolización del acta judicial comprensiva del acuerdo de liquidación.

Pero mayoritariamente se considera, con numerosas resoluciones de la DGRN, que los testimonios judiciales de la aprobación de Convenios reguladores en que se liquida una sociedad de gananciales –en la mayoría de los casos son voluntarios-, en cuanto se limiten a actos propios de dicha liquidación, son inscribibles directamente en cuanto documento público y al amparo del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Y respecto de la partición hereditaria en concreto, se indica que el proyecto elaborado por los contadores nombrados al efecto, es lo cierto que se trata de actuaciones estrictamente judiciales, que corresponde por tanto al Secretario judicial en exclusiva dar fe de las mismas «con plenitud de efectos», de modo que el testimonio del auto aprobatorio de dicha partición expedido por el Secretario judicial es documento público (artículos 1.216 del Código Civil) que acredita plenamente no sólo la realidad del acto particional, sino además, su eficacia en tanto que, aprobado judicialmente, puede exigirse su cumplimiento.

Además, la protocolización notarial no tiene por objeto documentar una nueva prestación del consentimiento por los coherederos e interesados en la partición realizada, por lo que no añadiría al testimonio judicial del auto aprobatorio de la partición incluido en la documentación protocolizada, un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo. Ahora bien, otra cosa es que, aún no siendo necesario, el fallo judicial ordene la protocolización notarial, en cuyo caso a ello debe estarse.

2.-P: Constando en una escritura de partición de herencia que tal partición es “parcial” porque sólo se ciñe a algunos de los bienes (de la escritura resulta claramente que existen más, que no han sido incluidos en el inventario, avalúo, liquidación, división ni adjudicación), puede admitirse tal operación, teniendo en cuenta, además, que el fallecido estaba casado en gananciales y que los bienes gananciales no se incluyen en la partición, que se ciñe a una sola finca que pertenecía al fallecido con carácter privativo.

Esa finca se adjudica a una hija “a cuenta de su haber”, y “sin defecto o exceso de adjudicación alguno”, puesto que según aseveran los comparecientes bajo su exclusiva responsabilidad, “cuando se formalice la liquidación y partición íntegras, quedarán bienes suficientes para compensar a cada interesada a razón de lo que respectivamente le corresponde”.

R: Se manifiesta que dicha posibilidad fue admitida por la resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2005 y esta resolución, a su vez, se apoyaba sobre todo en siete sentencias del Tribunal Supremo que, en opinión de algunos, no se referían a ese supuesto sino que sostienen que la omisión accidental o involuntaria de bienes no provocan la rescisión automática, ni hacen que la partición sea nula de pleno derecho, sino que es subsanable por vía de adición. Las sentencias en cuestión que cita son las de 17 de febrero de 1992, 20 de noviembre de 1993, 21 de septiembre de 1994, 7 de noviembre de 1997, 21 y 23 de diciembre de 1998 y 30 de junio de 2003.

No obstante las posibles dudas, se consideró casi unánimemente con base en dicha resolución, que si comparecen todos los interesados incluido el cónyuge

legitimarios a otorgar la escritura de partición parcial, la inscripción es posible y que, en todo caso, el Registrador de la Propiedad podría notificar esa partición parcial a la Oficina liquidadora competente a efectos de la oportuna investigación del impuesto.

Además, se recuerda que la resolución de la DGRN de 12 de marzo de 2010 señala que en nuestro Derecho nada impide que pueda existir una disolución parcial de comunidad, sin perjuicio de que sea complementada posteriormente respecto de los bienes no incluidos en ella, adicionando los bienes omitidos (cfr. artículo 1079 del Código Civil) y ni tampoco se puede impedir la disolución de una comunidad respecto de determinados bienes exigiendo que se incluyan los procedentes por herencia.

3.-P: Se plantea la posibilidad de practicar anotación preventiva a favor del legatario de cosa inmueble determinada en virtud de instancia del mismo sin el concurso del heredero.

R: Se manifiesta, en primer lugar, que de la literalidad de los preceptos legales aplicables (artículos 47 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 147 y siguientes de su Reglamento), parece resultar la necesidad para practicar la anotación preventiva de que la solicitud la hagan ambos herederos y legatario o resolución judicial –art. 56 LH-; pues esa es la regla general para las anotaciones a favor de legatarios, y la referencia expresa a favor del legatario de bienes inmuebles determinados, lo es sólo para diferenciar que ese legatario puede solicitar la anotación en cualquier tiempo y no como el legatario de género o cantidad que sólo la puede solicitar hasta los 180 días del fallecimiento del testador.

No obstante la mayoría de los asistentes, siguiendo el criterio de José Manuel García, entendieron que en sede de legados de bienes inmuebles determinados, si tiene algún sentido la distinción entre "inscripción a favor del legatario" y "anotación de inmueble a favor del legatario", es porque la primera, al ser definitiva, requiere entrega del heredero, y en cambio, la anotación preventiva, no parece que sea necesaria la entrega ni la intervención del heredero, pues es un derecho que resulta directamente del testamento a favor del legatario, que sólo puede practicarse sobre los mismos inmuebles objeto del legado y lo único que falta para su eficacia registral definitiva es la entrega. Así si se exigiera la intervención del heredero para la anotación preventiva, no tendría ningún sentido prever una anotación preventiva distinta del asiento de inscripción, pues para ese caso ya está la inscripción. No puede considerarse este legado como un derecho abstracto sino que se trata de un derecho concreto sobre el inmueble legado, pero que se consigna por anotación preventiva, ante la eventualidad de que haya deudas de la herencia y pueda reducirse o quedar ineficaz el legado, pendiente de la entrega.

La anotación podría practicarse por solicitud del legatario en instancia con firma legitimada o ratificada ante el Registrador acompañando el testamento y demás certificados complementarios, pues el título público propiamente dicho es el testamento.

Otros compañeros, sin embargo, consideraron, siguiendo a Pedro Ávila, que es necesario la solicitud de herederos y legatarios y que la única medida de garantía para el legatario es solicitar la anotación preventiva por defecto subsanable, aunque sólo dura sesenta días y luego la posible prórroga.

4.-P: Se presenta escritura de partición de un causante en cuyo testamento, además de nombrar contador partidor, dejó al cónyuge sobreviviente el tercio de libre disposición en pleno dominio y el usufructo del tercio dedicado a mejora; a su hijo la legítima estricta; y a un nieto, hijo del anterior y que es nombrado heredero, la nuda propiedad del tercio destinado a mejora. La escritura se otorga por el contador partidor y comparecen la viuda y el hijo mayor de edad. Y se pregunta por el posible conflicto de intereses con el menor de edad.

R: Como se ha comentado en varias ocasiones en el Seminario, en caso de contador-partidor designado por el testador, éste debe realizar personal y unilateralmente la partición sin intervención de otra persona. De concurrir en la partición los interesados en la herencia, con amalgama de las declaraciones individuales del contador-partidor con los acuerdos contractuales de los interesados, la partición deja de ser practicada por contador-partidor y más bien ha de entenderse efectuada por los interesados, por cuya razón quedará sometida a las normas que rigen la partición hecha por los propios herederos. Así lo tienen declarado numerosas sentencias del TS.

La distinción es importante pues la partición realizada por contador-partidor ha de equipararse a la realizada por el propio testador y no sería necesaria el nombramiento de defensor judicial en este caso de concurrencia de menor de edad con conflicto de intereses, con la salvedad de lo que ordena el último párrafo del artículo 1.057 CC, según doctrina del TS seguida por DGRN (el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores).

Ahora bien, aunque se trate de una partición efectuada por los herederos, como tiene reiterado la DGRN –ver por todas la resolución de 15 de septiembre de 2003-, no hay contradicción de intereses en la partición efectuada por el cónyuge viudo, por sí y en representación de sus hijos menores, si de los títulos de adquisición resulta que todos los bienes son gananciales y éstos se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre liquidación de la sociedad ganancial y sobre partición de herencia y, en su caso, al testamento. Y no existe conflicto de interés, como podría ser en caso de dudas en el carácter ganancial o

privativo de un bien o en el ejercicio de la cautela socini –sea porque se estableció expresamente o porque se concedió el usufructo universal, pues en ambos casos se grava la legítima estricta-, no es necesario nombrar defensor judicial y la partición es inscribible.

HIPOTECAS.

1.-P: Incidencia de los procesos de fusión de Cajas de Ahorros en los procesos de ejecución ordinaria o hipotecaria ya iniciados o pendientes de iniciar.

R: A.- Respecto de los procedimientos EJECUTIVOS ORDINARIOS se concluyó lo siguiente:

En caso de que la anotación de embargo figure a nombre de la primitiva Caja, dada la naturaleza del embargo como afección del bien a resultas de determinado procedimiento, y que dentro del procedimiento corresponde al Juez apreciar la sucesión procesal (vid. art. 540 LEC), no debe haber obstáculo ni para la expedición de la certificación de dominio y cargas del art. 656 LEC solicitada por Bankia, ni para la inscripción del resultado del procedimiento aunque éste sea la adjudicación a la propia Bankia, sin necesidad de inscripción, anotación o nota marginal alguna previa a favor de esta entidad, como una especie de tracto abreviado.

Aunque no se estima necesario dado el conocimiento general de estas operaciones de sucesión a título universal, el que lo estime oportuno podría pedir del Juzgado aclaración de las razones por las que se ha estimado acreditada la sucesión procesal, y en los supuestos dudosos de pertenecer el crédito al BFA, la correspondiente instancia aclaratoria a los representantes de Bankia.

B.- Respecto de los procedimientos de EJECUCIÓN HIPOTECARIA se concluyó lo siguiente:

En el supuesto de que la hipoteca figure inscrita a nombre de la primitiva Caja, dada la naturaleza de derecho real de la hipoteca y el juego de los principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo, a priori lo lógico es que Bankia procediera a la previa inscripción de las hipotecas a su favor, para luego ejercer las correspondientes acciones asociadas a la hipoteca y ello porque aunque la inscripción de la cesión de los créditos hipotecarios no tenga, según el criterio mayoritario, carácter constitutivo, sí constituye, con carácter general, un requisito para la operatividad de los efectos y el ejercicio de las acciones derivadas del asiento registral.

Es cierto que el art. 688-1 LEC exige 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*”, que el artículo 6 de la 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, que el art 130 LH señala que la ejecución sólo podrá llevarse a cabo sobre la base del contenido del título que haya sido recogido en el asiento respectivo, y que el art. 149 LH exige para la transmisión de la titularidad de la hipoteca que garantice un préstamo o crédito su inscripción en el Registro

Pero ninguno de esos artículos proclama realmente el carácter constitutivo de la cesión, y también debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que del análisis conjunto de dicho art. 688-1 y 2 en relación con el art. 656 LEC, al que aquél se remite, el Registrador debe expedir siempre la certificación de dominio y cargas expresando “*la titularidad del dominio y demás derechos reales y cargas del bien o derecho gravado*” e indicando, en su caso, “*la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro*” y practicar siempre la correspondiente nota al margen de la hipoteca. Y, en segundo lugar, que en caso de que la hipoteca se encuentre cancelada o no figure inscrita a favor de la entidad que insta la ejecución y a cuya solicitud el juez ordena la expedición de la referida certificación, el artículo no señala que el Registrador no expedirá la certificación sino que en su número 3º deja al juez la decisión de poner fin a la ejecución a la vista de la certificación y, por aplicación del art. 540-2 LEC de los documentos fehacientes presentados para acreditar la sucesión.

Por esta razón si se solicita la expedición de certificación de cargas prevista en el artículo 688 LEC y del mandamiento presentado resulte que el procedimiento ha sido iniciado por Bankia, se entiende que tampoco debe haber obstáculo para expedir la certificación, practicar la nota marginal de su expedición y hacer las oportunas notificaciones, puesto que, como queda explicado, es competencia judicial apreciar la sucesión del ejecutante a efectos procesales.

Y si la ejecución continúa y la finca se adjudica a Bankia, por haber apreciado el Tribunal la sucesión, no se ve inconveniente jurídico para la inscripción a favor de dicha entidad siempre que previamente se reanude el tracto interrumpido inscribiendo la hipoteca a favor de Bankia al mismo tiempo de la inscripción del testimonio del remate bien por el reflejo de los documentos fehacientes de la sucesión en el mismo, o bien por la presentación simultánea de las correspondientes escrituras.

Además, como se trata de una sucesión universal de conocimiento público, cuyas operaciones ya constan en otras inscripciones de la mayoría de los

Registros, se estima posible la inscripción de la sucesión en la hipoteca a favor de Bankia, con la simple instancia de solicitud expresa de la misma con relación de los documentos en que se funda, quedando a juicio del registrador la comprobación de los mismos en el Registro Mercantil a través del FLEI o la simple remisión a las inscripciones de su Registro en que ya constare. Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos dudosos de pertenecer el crédito al BFA, se solicite también la correspondiente instancia aclaratoria a los representantes de Bankia.

No debe olvidarse a este respecto en materia que la falta de inscripción de la cesión no priva al cesionario de legitimación para instar el procedimiento ejecutivo (STS 29 de junio de 1989, y de 4 de junio de 2007 RJ/2007/3426). Esta última señala que *“la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios habiéndose declarado en cumplimiento de tales aseveraciones, que el hecho de que el demandante actúen en un procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandada, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior”*.

2.-P: Incidencia del procedimiento de ejecución extrajudicial en los casos de hipotecas en garantías de los “créditos abiertos” de determinadas entidades de créditos.

R: Tres son las cuestiones que se plantean en estos supuestos:

1.- Respecto de la inscribibilidad del pacto de venta extrajudicial en los créditos abiertos, se entiende que la misma está resuelta en sentido afirmativo por la doctrina de la DGRN, al menos desde la resoluciones de 8 y 9 de febrero de 2001, que la admiten expresamente respecto de las cuentas corrientes, pues como dicen las mismas, nada impide que el acreedor pueda, en su día, obtener un título que concrete la deuda y permita la utilización de este procedimiento.

2.- En cuanto la procedimiento para esa concreción de la deuda, algunos compañeros entendieron que, en realidad, el crédito abierto guarda más similitudes con un préstamo de amortización que con una verdadera cuenta de crédito, y al préstamo de amortización se "declara" aplicable el extrajudicial porque la cantidad está inicialmente determinada, y porque debería entenderse por “cuantía inicialmente determinada” aquélla en que conste la entrega del dinero, y, por tanto, en los créditos abiertos únicamente puede reclamarse esa cantidad dispuesta inicialmente o menos, y es este menos el que se podía acreditar con la "certificación bancaria" aplicando analógicamente lo dispuesto para los préstamos.

Así se indica que en el crédito abierto nunca hay recarga, puesto que ya consta la

cifra inicial que se obliga a entregar el acreedor y la hipoteca cubra desde el principio hasta dicha cifra. Cuestión distinta es que al principio se haya dispuesto la totalidad de tal cifra o no. Por su parte, la apertura del crédito se refiere más bien a la posibilidad de solicitar una nueva disposición respecto de cantidades de una disposición anterior ya devueltas.

Pero mayoritariamente se consideró esa tesis como demasiado arriesgada porque sin perjuicio de esas posibles similitudes o carácter mixto de los créditos abiertos, lo cierto es que la hipoteca que garantiza los mismos se configura como una hipoteca de máximo en garantía de un saldo lo que la acerca más a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito. En consecuencia, sólo se entiende admisible, como procedimiento para la concreción de la deuda, el acuerdo entre el acreedor y el deudor por aplicación de los artículos 143 LH y 238 del RH, siempre que su importe esté dentro del límite máximo de la cobertura hipotecaria, y bastando, en consecuencia, con que en el acta del 218 del RN se incluyera una diligencia que recoja una manifestación de conformidad del deudor.

Siguiendo este criterio, es indiferente que la deuda resultante proceda de la primera disposición formalizada en la escritura de constitución de la hipoteca, o bien la deuda proceda de disposiciones posteriores no documentadas; nunca podrá usarse la certificación bancaria para determinar el saldo líquido si que quiere acudir al procedimiento extrajudicial.

3.- Respecto de la eficacia del pacto de concreción de la deuda en relación con los de titulares de asientos posteriores, existe el problema de la dicción del artículo 142 de la LH, que algunos compañeros consideraron aplicable, pero la doctrina dominante y también alguna resolución como *obiter dicta* no lo considera aplicable al *quantum* de las hipotecas de máximo y por ahí se entiende que debe ir la argumentación para admitir el procedimiento extrajudicial en estos casos, más que por la asimilación de los créditos abiertos a los préstamos ordinarios.

Además, el régimen jurídico de estos préstamos ordinarios tras la reforma de la Ley 2/1994 del *quantum* dentro del mantenimiento de la responsabilidad hipotecaria pactada, refuerza la tesis anterior, pues más razón habrá en las hipotecas de máximo para que las alteraciones del mismo dentro de las hipotecas de máximo afecten a los terceros.

Por último, en cuanto a la posibilidad de que también afectará a los terceros titulares de cargas posteriores el pacto posterior de utilización procedimiento extrajudicial que no constaba en la escritura de constitución de la hipoteca, hubo un rechazo unánime a su admisión con efectos purgantes.

Se alude como posible antecedente a la resolución de 20 de octubre de 1999 que excluyó la posibilidad de que se hiciera constar la tasación para subasta de una finca que se había omitido en la hipoteca, una vez que la finca hipotecada había pasado a poder de tercer adquirente. La resolución razona el posible perjuicio que este tercero podría sufrir por las diferencias que existen en la cuestión del avalúo entre el ejecutivo y el judicial sumario (de entonces), pero también parece apuntar una razón objetiva: es una modificación del derecho real de hipoteca que no puede ya inscribirse con arreglo al principio de tracto sucesivo si la finca ha pasado a tercero.

Siguiendo este mismo criterio, en el supuesto de existir cargas posteriores, se entiende que esa modificación del derecho real de garantía se produce por la extensión objetiva o la eficacia ejecutiva de la misma, y en este ámbito es donde hay que situar la pugna entre el rango de los derechos a la que es plenamente aplicable los artículos 32 y 142 de la LH que declaran inoponibles tales pactos a otros terceros registrales, frente a las modificaciones de la obligación garantizada que sí se podrían inscribir y afectar a los terceros dentro de los límites del artículo 4 de la Ley 2/1994.

3.-P: Se presenta una escritura de transmisión de una finca de un banco, que la adquirió por adjudicación en subasta desierta, a favor de un fondo de titulación de activos, en que se señala como causa el error judicial en la adjudicación, ¿es inscribible?

R: Unánimemente se considera que sí, dado la posibilidad actual de inscribir bienes a favor de dichas entidades, tras el Real Decreto-ley 6/2010 de 9 de abril, que hayan sido adjudicados por procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o por la enajenación inmuebles dados en pago, siempre que se acredite adecuadamente –ej. certificado del banco o de la sociedad gestora- que la subasta deriva de un crédito hipotecario titulado a favor de dicho fondo.

4.-P: Existe inscrita una hipoteca y luego una ampliación de la misma. Ahora se presenta la cancelación de la hipoteca primitiva sin tener en cuenta la ampliación, ¿se puede practicar la cancelación sólo de esa hipoteca primitiva?

R: Se estima que si estamos ante una hipoteca constituida antes de la reforma del régimen jurídico de la hipoteca operado por el artículo 4 de la Ley 2/1994 reformado por la Ley 41/2007, si consideramos, siguiendo el criterio reiterado por la DGRN en numerosas resoluciones de que las ampliaciones de hipoteca constituyen, en realidad, una nueva hipoteca; tal cancelación sí sería posible.

Ahora bien, si estamos ante una hipoteca constituida después de la citada reforma del 2007, al constituir la ampliación del capital, salvo que suponga un aumento de la responsabilidad hipotecaria, una mera modificación de la hipoteca

que sigue siendo única tras la ampliación y sin indicación de la responsabilidad hipotecaria por el capital ampliado; no sería posible dicha cancelación, salvo que se articulara expresamente como una cancelación parcial con indicación de la responsabilidad hipoteca subsistente.

5.-P: ¿Es posible constituir hipoteca en garantía de pagarés emitidos por una sociedad anónima?

R: Existen resoluciones de la DGRN –ej. 28 de enero y 9 de febrero de 2000- que rechazan la constitución de hipotecas en garantía de obligaciones al portador emitidas por particulares y otras que rechazan la cancelación de hipotecas constituidas en garantías de pagarés por exhibición de los mismos al notario porque se tratan de documentos privados –ej. 12 de febrero de 1999 y 4 de junio de 2009-; pero ello no impide su constitución en garantía de pagarés si éstos son emitidos por una sociedad anónima sino que únicamente, en todo caso, ello afectaría al procedimiento a seguir en su cancelación.

6.-P: Se presenta escritura de hipoteca a favor de la AEAT de "los derechos que correspondan al hipotecante dimanantes de la expropiación de la finca X" y efectivamente, dicha finca fue expropiada y al margen de la misma se hizo constar que el justiprecio sería satisfecho con el aprovechamiento urbanístico que correspondiera en el Plan General del municipio.

Por otra nota al margen de la finca se hizo constar la cesión de dichos derechos por el expropiado a la entidad ahora hipotecante. También consta por nota al margen la expedición de certificación al iniciarse el proyecto de compensación. ¿Es posible esta hipoteca?

R: A primera vista parece que si se han podido transmitir por cesión los derechos de aprovechamiento, se pueden también hipotecar, pero la actual indeterminación del real objeto o finca registral gravada parece excluir esa posibilidad.

Pues bien de los artículos 38 y 39-2 del RD 1093/1997 se infiere que en los casos de expropiación forzosa en que el justiprecio consista en la atribución posterior de fincas futuras pendientes de formación, ese justiprecio se articulará a través de aprovechamientos urbanísticos que deberán ser objeto de inscripción especial disgregada del suelo mediante la apertura de folio independiente, que deberá expresar el número de unidades que representan y en qué unidad de ejecución se materializarán, debiendo estar aprobado al menos el correspondiente plan parcial.

Como en el presente supuesto no se ha inscrito como finca independiente el aprovechamiento transmitido con su correspondiente concreción, no puede ser

objeto de tráfico jurídico y, por tanto, no puede ser hipotecado, sin perjuicio de la existencia de la nota marginal que tendrá la simple consideración de mención. Además, la expresión como objeto de la hipoteca de los “derechos que correspondan” tampoco cumple con el principio de especialidad y se ajustan a derecho real alguno inscrito.

Por tanto, para poder inscribir la hipoteca será necesario presentar el título previo que sería el propio expediente de expropiación debidamente complementado con el correspondiente certificado municipal que determine el justiprecio, es decir, que señala el número de unidades de aprovechamiento en que se traduce y la unidad de ejecución en que se aplica.

6.-P: Ejecución hipotecaria. Se presenta un decreto de adjudicación de una finca como consecuencia de un procedimiento de ejecución directa hipotecaria. Cuando traen el mandamiento para la cancelación de la hipoteca y cargas posteriores se dice que se “reclama por la cantidad de XXX por principal, XXX por intereses ordinarios, XXX por intereses de demora y XXX por intereses y costas de la ejecución”. Todas las cantidades reclamadas respetan los límites de cobertura hipotecaria, pero en el caso de “intereses y costas de la ejecución” reclaman 40.300 euros, cuando en el Registro consta 12.600 para costas y gastos judiciales y 25.200 para costas y gastos extrajudiciales, que sumados dan 37.800. El remate es por el 50% del valor de subasta, es decir, el acreedor no va a cobrar ni lo que se le debe por principal, pero ello no obsta a que se pasen de cantidades por otros conceptos. Los interesados dicen que en estos casos nunca se hace liquidación final de intereses y costas pues es inútil, y el secretario judicial dice que no subsana nada porque es evidente que al acreedor se le ha pagado menos de lo que debía y no hay sobrante. ¿Se puede inscribir y cancelar sin más?

R: El artículo 132 LH extiende la calificación del registrador en los procesos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, a la comprobación de que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

Si no existen acreedores posteriores no se plantea problema alguno y el documento es inscribible puesto que en estos casos, siempre que el propietario del bien sea el propio deudor, todo el precio del remate se destinará al pago de la totalidad de lo que se le deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de ejecución, aunque exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (cfr artículo 692.1 LEC).

Y a la misma solución debe llegarse si lo reclamado por principal y costas supera el 50% del valor de tasación. Si con la adjudicación no se ha cubierto el

principal reclamado no hay problema para practicar los asientos solicitados, haya o no titulares de asientos posteriores.

Otra cosa es cuando, existiendo terceros, se reclama por principal más de la cobertura hipotecaria, por admitirse por los juzgados la capitalización de intereses al no distinguir la ejecución hipotecaria de la ordinaria, o la liquidación de costas o intereses adeudados es superior a la respectiva cobertura, y luego se llega a cobrar más de la responsabilidad correspondiente, en cuyo caso no podría inscribirse la cancelación de las cargas posteriores hasta que no se acreditara el depósito del sobrante.

7.-P: En el año 2010 se practica en el Registro la cancelación de una hipoteca. En mayo de 2011 se otorga unilateralmente por el acreedor hipotecario una escritura de subsanación por la que manifiesta que otorgaron erróneamente la escritura cancelatoria y que, advertido el error, dejan sin efecto la cancelación de hipoteca, quedando plenamente vigente la hipoteca.

Presentada esta escritura de subsanación se le pone nota de calificación negativa por ser preciso el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial (artículo 40 letra d) LH). A la vista de la calificación el titular registral otorga escritura de ratificación, consintiendo y aprobando en su totalidad la de subsanación. Además se da la circunstancia de que existen titulares de cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca que se pretende “rehabilitar” por este procedimiento de rectificación. Se plantea el dilema de si es posible su inscripción y si será exigible el consentimiento de los titulares de estas cargas posteriores.

R: Este caso ha sido resuelto en alguna ocasión por la DGRN. En una RDGRN de 11 de junio de 1991, tras estimar difícilmente admisible la existencia de un error de concepto, señala que, aun admitiéndolo así, su rectificación precisaría el consentimiento de los demás interesados (titulares de cargas posteriores a la hipoteca, pero anteriores a la pretendida rectificación) y del Registrador, y que de no ser así la cuestión ha de resolverse en juicio ordinario (conforme a los arts. 40 d, 217 y 218 LH y 326 RH).

Sin embargo, en otra resolución posterior de 16 de octubre de 2006 admite expresamente la inscripción ya que, si bien conforme al art. 82 LH la expresión de la causa es exigible para todo acto inscribible (sea éste ya un acto traslativo, ya cancelatorio), dicho requisito se cumplía en el caso debatido.

Y esta última postura favorable a la inscripción del documento fue sostenida por todos los asistentes, pero bien entendido que no puede afectar a los titulares de cargas posteriores y que la hipoteca tendrá el rango que le corresponda cuando se inscriba la escritura de rectificación y no el original que ya perdió, puesto que

en ningún caso la rectificación del Registro puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto (vid. artículo 40 LH) y, según el artículo 220 LH, la rectificación no surte efecto sino desde la fecha de la rectificación.

Así lo ha entendido también la DGRN en resolución de 16 de febrero de 2005 cuando, constando inscrita una venta y posteriormente una hipoteca, se presenta escritura de complemento de aquélla en la que las partes pactan una condición resolutoria en garantía del precio que se aplazó. Estima la Dirección General que no es necesario el consentimiento del acreedor hipotecario, que el registrador exigía, puesto que, inscrita la condición resolutoria después de la hipoteca y siendo ambos derechos compatibles, ésta siempre será preferente a aquélla (art. 17 LH).

Por todo ello, como en este caso en la escritura se solicita expresamente que se deje sin efecto la inscripción 9ª sobre la finca, y que quede plenamente vigente la hipoteca inscrita en su día en la inscripción 2ª así como su novación inscrita por la 3ª y no sólo a la nueva inscripción de la hipoteca, y como al mantenimiento del rango no se puede acceder sin contar con el consentimiento de todos los titulares de asientos posteriores que van a ver perjudicado su rango, debe explicarse al presentante las consecuencias jurídicas de la inscripción que se puede practicar y pedirle el consentimiento para la inscripción en los términos expuestos.

8.-P: Ejecución hipotecaria. En una inscripción de hipoteca consta por nota al margen que en el año 2008 se expidió certificación de dominio y cargas para un proceso de ejecución de títulos no judiciales a instancias del acreedor hipotecario.

Ahora se presenta otro mandamiento para procedimiento de ejecución hipotecaria del mismo acreedor solicitando se expida certificación de dominio y cargas.

R: Aunque el planteamiento del caso llevó a una confusión inicial donde se hablaba mandamiento de distinto juzgado e incluso de que en uno se había ejercitado la acción real y en otro la personal pero que el juzgado era el mismo, luego se aclaró el enunciado y resultó que el número del procedimiento en ambos casos era el mismo y la acción ejercitada era la directa hipotecaria.

En consecuencia, la cuestión se centró así en resolver si habiéndose expedido ya una certificación de cargas para un proceso de ejecución, se podría expedir otra para el mismo procedimiento, lo que parece que ocurre en alguna ocasión, principalmente por extravío de la primera. La respuesta fue negativa, y no por el hecho de expedir una certificación que en sí mismo no plantearía problemas,

sino por los efectos jurídicos que tal expedición produce en relación con las notificaciones a los titulares de asientos posteriores. Lo que se estimó procedente en estos casos es contestar al Juzgado diciendo que no se expide ahora la certificación porque ya se expidió en su día para el mismo procedimiento en virtud de otro mandamiento, y adjuntarle un certificado del contenido de la certificación que se facilitó en su día, que servirá a modo de duplicado.

Se planteó a continuación cuál sería la solución si la segunda certificación se hubiera solicitado por otro Juzgado para otro procedimiento de ejecución diferente, esto es, si, constando ya en el Registro la nota de expedición de cargas para un procedimiento de ejecución hipotecaria, era posible expedir otra certificación y extender otra nota para otro posterior y distinto, ¿puede haber dos notas marginales de expedición en la misma hipoteca?

Un grupo de compañeros se inclinó por la respuesta afirmativa pues argumentaban que no hay motivo para denegar la expedición de una certificación solicitada por el juez, y que el expedir la certificación va a permitir al juez del segundo procedimiento conocer que la finca está siendo ya ejecutada en otro y, a su vez, al notificar al juez de la primera ejecución, tendrá esta noticia de la segunda; correspondiéndoles a ellos tomar la correspondiente decisión a la vista de las circunstancias.

Sin embargo otros compañeros entendieron que esta práctica puede resultar muy perturbadora al permitirse, al menos formalmente, la coexistencia de dos procedimientos con dos subastas con las peligrosas consecuencias que ello supone. Cuando se ejercita la acción real se está desarrollando el derecho real de hipoteca que, como tal, implica un poder inmediato sobre la cosa, por lo que no parece factible que se pueda ejecutar la misma acción en dos juzgados diferentes. Además la interpretación contraria chocaría de frente con el artículo 688.2 LEC que impide taxativamente cancelar una hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, mientras no se cancela la nota marginal por mandamiento judicial. Este precepto que está pensado precisamente para que, una vez iniciada la ejecución de la hipoteca, quede el desenvolvimiento de ésta en sede judicial y evitar novaciones, cancelaciones, etc., al margen del proceso, debe tener plena aplicación en este supuesto para evitar una doble ejecución y evitar conflictos ulteriores.

9.-P: Ejecución hipotecaria. En una inscripción de hipoteca consta por nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas para la ejecución de la misma. Ahora se presenta otro mandamiento en que se solicita la ampliación de la cantidad reclamada en la ejecución. ¿Se puede hacer constar en el registro y, en su caso, por qué tipo de asiento?

R: Unánimemente se considera que no porque la LEC en su artículo 688 al regular la certificación de dominio y cargas señala expresamente que el registrador sólo hará constar por nota marginal de la inscripción de hipoteca que *“se ha expedido la certificación de dominio y cargas , expresando su fecha y la existencia del procedimiento al que se refiere”*, por lo que aunque la cantidad reclamada conste en el correspondiente mandamiento, el registrador, como así ocurre generalmente, no la hará constar en la nota marginal y, en consecuencia, es absurdo practicar una nota que amplía un contenido inexistente.

La cantidad que importa respecto de la hipoteca que se ejecuta es la responsabilidad hipotecaria de la propia finca, la cifra del capital debido que consta en el registro sólo tiene trascendencia jurídica a efectos de ejecuciones posteriores –arts 613-3 y 657-2 de la LEC- al no afectar al rematante, pero su introducción en un procedimiento ajeno al correspondiente no es obligatoria y sólo puede inducir a confusión.

10.-P: Se encuentra inscrita una hipoteca en que una sociedad en liquidación que es el deudor y uno de los socios el hipotecante en garantía de deuda ajena, y luego existen inscritas otras dos hipotecas a favor de distintos acreedores.

Ahora se presenta una ampliación del préstamo hipotecario otorgada por el liquidador y se pregunta si es posible su inscripción.

R: Mayoritariamente se considera que no puesto que las sociedades en liquidación ven alterado su objeto que queda limitado a los actos propios para facilitar la liquidación de la sociedad, entre los que no se encuentra desde luego la asunción de nuevas deudas, no teniendo en consecuencia facultades para ello tampoco el liquidador.

Ahora bien si se justificará convenientemente que la ampliación del préstamo sí tiene como finalidad facilitar la liquidación social, como por ejemplo sería si los acreedores posteriores quieren proceder a la ejecución de sus hipotecas y el de primer rango pretende dar el préstamo para pagarles y, además, facilita el pago de su crédito otorgando un período de carencia o ampliación del plazo.

Es decir, sería inscribible la ampliación del préstamo hipotecario si el mismo es aprobado o ratificado por la Junta general que es el órgano que tendría competencia para asumir ese tipo de decisiones estratégicas y, además, esa causa justificativa se indica expresamente en la escritura señalando en una estipulación que el nuevo efectivo será indisponible por el prestatario y se destinará directamente por el banco pagar a los acreedores hipotecarios posteriores u otros extrarregistrales que hubiere.

OBRAS NUEVAS.

1.-P: Otra vuelta a la nueva redacción del artículo 20.4 Ley del Suelo sobre los requisitos para la declaración de obra nueva y antigua.

R: Aunque existió, otra vez discusión, se llegó a conclusiones similares a las que constan en el número 31 de esta revista, que parten del criterio de que debe estarse fundamentalmente a lo dispuesto en la correspondiente legislación autonómica y que resumimos aquí:

1.- Terminación de obras nuevas. El reciente RD Ley 8/2011 al reformar el artículo 20-1 del TRLS, exige para la inscripción de las escrituras de terminación de obras nuevas ordinarias, además, de la licencia municipal, la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, el seguro decenal, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

- *El cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios.*

- *El otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente”.*

- *La notificación a la Comunidad Autónoma competente de la inscripción de las obras nuevas, parcelaciones, reparcelaciones, propiedades horizontales y conjuntos inmobiliarios; que se indicara por nota marginal de la inscripción (art. 51-2 Ley del Suelo).*

a) En cuanto a los requisitos exigidos para la entrega de la edificación a los usuarios, el artículo se está refiriendo al depósito del libro del edificio, respecto a cuya necesidad o no nos remitimos al informe recogido en el número 15 de esta revista y a lo que se dirá luego que son las de no exigibilidad en la Comunidad de Madrid.

En todo caso, al ser un requisito previo y necesario en casi todas las Comunidades Autónomas para la obtención de la licencia de ocupación, si se considerase ésta necesaria para la inscripción de la obra nueva, la acreditación de la entrega del libro del edificio sería ociosa y sobraría.

b) Respecto de la interpretación del requisito de las *autorizaciones necesarias para garantizar el destino del edificio al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable*, se señala que en la exposición de motivos se habla de que

se exigirá la licencia de primera ocupación, y en este sentido se manifiestan algunos compañeros como de obligatoria exigencia.

Sin embargo, mayoritariamente se entiende que la legislación de Madrid no exige expresamente para la escrituración de la terminación de las obras nuevas la licencia de ocupación, por lo que la misma no debe exigirse. De seguirse este criterio se considera conveniente acompañar a la notificación al Ayuntamiento de la inscripción de la obra nueva, una nota simple de cómo se queda inscrita la finca sin la aportación de la licencia y una indicación de que tiene la opción de certificar de la concesión de la licencia o de ejercer la acción de infracción de la legalidad urbanística y solicitar la correspondiente anotación preventiva.

Por contra, el artículo 23-6 del Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la CAM de 27 de enero de 2005 impone como requisito para *la escrituración, entrega y ocupación de estas viviendas* la obtención de la correspondiente Calificación Definitiva; por lo que en estos casos especiales sí deberá exigirse dicha calificación para la inscripción de las declaraciones de obras nuevas terminadas.

c) En relación con los "*requisitos de eficiencia energética*" se pone de manifiesto la existencia del RD 47/2007 de 19 enero por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción, de aplicación obligatoria desde el 1 de noviembre de 2007, que prevé la expedición por los arquitectos directores de la obra de un certificado de eficiencia energética de edificio terminado (ver sobre todo art. 7 y 13), y para cuyo desarrollo habrá que estar a lo que disponga cada CCAA (en Madrid, no se ha encontrado ninguna disposición de desarrollo), por lo que, entre tanto, se estima que bastará con exigir dicho certificado expedido por los arquitectos a acompañar al certificado de fin de obra, aunque algunos compañeros consideraron que no es necesario precisamente por esa falta de normativa autonómica.

2.- Inscripción de obras nuevas antiguas. El reciente RD Ley 8/2011 en su modificación del artículo 20-4 del TRLS dice que la constancia registral de las escrituras de declaración de obra nueva terminada, respecto de las que no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, exigirá, además, de la certificación expedida por técnico competente, ayuntamiento, catastro o acta notarial acreditativas de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto y del título, y la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística, los documentos administrativos que acrediten los siguientes extremos:

- *Que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.*
- *La situación de fuera de ordenación en que queda en todo o parte de la construcción o edificación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable.*

a) En cuanto a la primera novedad, se entiende casi unánimemente que el registrador debe comprobar si la edificación no se halla situada sobre suelo de carácter demanial o afectado por servidumbres de uso público o general, es decir, que si en el Registro constan tales circunstancias, debe denegar la inscripción de obra nueva, pero sin que se deba exigir para la practica del asiento certificación administrativa alguna, procediendo después de la inscripción a realizar la oportuna comunicación al Ayuntamiento.

b) Respecto de la constatación de carácter de los edificios fuera de ordenación, tratados en extenso en el número 31 de esta revista, se concluyó mayoritariamente que la inscripción ha de practicarse en todo caso mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado a) del artículo 20, número 4, de la Ley sin que sea necesaria la aportación de la declaración municipal de “*fuera de ordenación*” del edificio, toda vez que es perfectamente posible que tal edificación se ajuste a la ordenación vigente en el momento en que se declare la obra.

Se hará constar en el asiento de obra nueva la calificación de la edificación como “*fuera de ordenación*”, cuando la fecha de terminación de la obra se acredite mediante certificación municipal en la que se contenga la declaración a que se refiere el apartado b) del mismo número; calificación que también se podría hacer constar a solicitud expresa de la Administración o del titular registral de la finca mediante la aportación del correspondiente certificado del Ayuntamiento. Corresponde al respectivo Ayuntamiento, cuando reciba la notificación del Registro de la Propiedad, la iniciativa de solicitar la constancia registral, en su caso, de que la edificación inscrita se encuentra en situación de “*fuera de ordenación*”.

Por último, se recomienda que en la inscripción de la obra nueva y en la publicidad registral se expresa que la inscripción se ha practicado de conformidad con lo previsto en el artículo 20-4 del TRLS no constando si el edificio se encuentra fuera de ordenación, y, además, siempre con carácter obligatorio debe hacerse constar que se ha efectuado la notificación al Ayuntamiento a fin de que éste declare si se halla en situación conforme con la ordenación o en situación de fuera de ordenación y a la Comunidad Autónoma (arts 20-4-c y 51-2 de la Ley del Suelo).

2.-P: Se pregunta si es necesario en la declaración del fin de obra de un edificio el seguro decenal si ya han pasado 10 años desde la terminación.

R: Unánimemente se considera que no, siempre que se acredite fehacientemente la fecha de la terminación –ej., acta notarial, certificado municipal, certificado de fin de obra del arquitecto sellado en su día, etc-, pues el seguro obligatorio en ningún caso operaría pasados esos diez años.

OPCIÓN DE COMPRA.

1.-P: Se presenta una escritura que recoge una opción de compra sobre un local comercial y, aparte de su confusa redacción sobre determinados extremos, el problema principal que se plantea es el siguiente: Al regular el ejercicio del derecho de opción de compra se dice que este derecho se concede por plazo de cuatro años, contado pasados seis meses desde la fecha del presente documento.

Por otro lado, luego se señala, literalmente que “la escritura de compraventa no se podrá otorgar antes de pasados cinco meses (en vez de los seis que estipulan antes) de la firma de la presente y hasta los cuatro años de la validez de la opción, salvo que la parte optante demuestre que la parte cedente ha incumplido sus obligaciones de pago de impuestos, hipotecas, seguros, cuotas de comunidad de propietarios y gravámenes que giran sobre la finca optada”.

¿Son posibles esos pactos?

R: En primer lugar se indica que a través de este mecanismo se burla la regulación del artículo 14 del Reglamento Hipotecario que establece que el plazo de la opción, salvo que vaya asociado a un arrendamiento, no podrá exceder de cuatro años, aunque algún compañero planteó la posibilidad de la inscripción pero indicando que sólo por cuatro años que empezarían a contar desde la fecha de la escritura.

Por otro lado, se dice, parece que se trata de una opción en garantía de un préstamo no garantizado con carácter real especialmente y, por tanto, pacto comisorio prohibido por el ordenamiento jurídico. Se rechaza pues su inscripción salvo que se acredite la existencia de una justa causa que se ajuste a la legalidad.

OPERACIONES SOCIETARIAS.

1.-P: Se presenta "escritura de compraventa de acciones" en virtud de la cual, la sociedad A vende a la sociedad B las acciones que tiene en B y en contraprestación B entrega a A varios pagarés y varios inmuebles. Al final de la escritura hacen constar que "se formaliza en ejecución de un acuerdo de

reducción de capital adoptado por la Junta General de la Compañía conforme a lo previsto en los artículos 144a) y 342 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Dicho acuerdo ni se incorpora a la escritura ni, por supuesto, se dice que se haya inscrito en el Registro Mercantil, dudándose de si se deben/pueden exigir tales extremos.

R: En primer lugar se señala que de los citados artículos de la Ley de Sociedades de Capital resulta que el supuesto de referencia –adquisición de acciones propias por una sociedad con simultánea reducción del capital-, es válido e inscribible, porque si en pago de la enajenación de un inmueble una SA recibe acciones propias tendrá que decir por qué adquiere esas acciones, pero eso no afecta a la validez y eficacia de la enajenación del inmueble, sin necesidad de comprobar si el motivo alegado por la SA es cierto o no.

Los actuales artículos 144, 145, y 146 del TR Ley de Sociedades de capital regulan la adquisición de acciones propias por SA y el artículo 147 al final dice que si se adquieren con infracción de lo dispuesto se aplica el artículo 139, y este artículo no establece la nulidad del negocio en caso de falta de reducción del capital social sino que lo único que establece es la necesidad de enajenar esas acciones en unas condiciones determinadas.

Respecto de si es necesaria la previa inscripción de la reducción de capital en el Registro Mercantil por aplicación analógica del artículo 383 del Reglamento Hipotecario, que lo exige para los casos de aportación de inmuebles en actos de constitución social o aumento de capital, o exige la DGRN en los casos de adjudicación de escisión o liquidación social; mayoritariamente se considera que no porque, en este caso, la entrega de los inmuebles no forma parte *strictu sensu* del acto social y es previa a la reducción social, por lo que no debe alterarse el orden de los negocios exigiendo la inscripción previa de un acto posterior que como se ha dicho, además, no afecta a su validez.

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.-P: Una finca resultante de un proyecto de equidistribución se encuentra inscrita por cuotas indivisas a favor de un ayuntamiento y de otras dos personas. Se pregunta si es posible su enajenación directa a favor de los conductores.

R: La respuesta es afirmativa pues, por un lado, el artículo 137 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas, señala como supuesto de posible enajenación directa: g) cuando la titularidad del bien o derecho corresponda a dos o más propietarios y la venta se efectúe a favor de uno o más copropietarios.

Y, por otro lado, el artículo 178 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2000 respecto de los bienes tanto de los "patrimonios públicos del suelo", como de los "restantes bienes patrimoniales que el planeamiento urbanístico califique de suelo urbano o urbanizable", cuyo carácter tiene el de este supuesto, aunque no recoge expresamente esta excepción permite la enajenación directa en algunos supuestos con los que se podría asimilar.

Esta excepción a la necesidad de concurso o subasta es lógica, como en siempre que exista un derecho de adquisición preferente, pues el condueño de la finca siempre podría ejercitar el derecho de retracto del artículo 1522 del Código Civil, por lo que esos procedimientos de concurso o subasta resultarían en la práctica inoperantes en estos casos, lo que sirve para rebatir la argumentación en contrario de que la norma de la LPAP no es aplicable a las entidades locales menores.

Por último, si los dos copropietarios quisieran la adquisición de la cuota de la Administración, se estima que se debe aplicar analógicamente el artículo 1522 párrafo 2º del Código Civil y atribuir la misma entre ellos a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

2.-P: Un Ayuntamiento vende de forma directa una parcela sobrante al único propietario colindante, condicionada a "su incorporación a la finca lindera". Resulta que la parcela sobrante está físicamente enclavada entre varias fincas distintas del citado colindante, pero éste, en lugar de agruparlas todas juntas en unión de la parcela sobrante, lo que ha hecho es agrupar la parcela sobrante solo a una de ellas, y luego ir agrupando de dos en dos las otras, cada agrupación en escritura separada.

La pregunta es si para entender cumplido el requisito exigido por el Ayuntamiento, ¿basta con que agrupe la parcela sobrante solo a una de sus fincas, o es necesario que haga una agrupación global de todas, dado que la parcela sobrante está enclavada entre todas ellas pues queda físicamente en el centro?

R: Se señala que, en principio, si de la condición de la venta no se infiere una suerte de obligación de agrupación general a todas las parcelas colindantes por dar un servicio a todas ellas, acceso como calle privada, como parece ser, bastaría con que se agrupe a una sola de las fincas pues el registrador solo puede calificar con lo que resulte del título y del registro.

Ahora bien, no obstante lo anterior, se recomienda una previa consulta al Ayuntamiento acerca de los términos de la condición por si no hubieren sido bien trascritos en la escritura o si se uso una formula genérica sin adaptar al caso concreto.

También se indica que podría solicitarse la cédula urbanística de las fincas afectadas, pues no es lo mismo que todas esas fincas sean susceptibles de uso independiente al ser todas edificables, lo que implicaría que la agrupación de la parcela sobrante dejaría a las mismas sin acceso a vía pública –a salvo la constitución de servidumbre-, que si no lo fueran, en cuyo caso la agrupación a una sola no tendría repercusión alguna.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

1.-P: Consta inscrito el pleno dominio de una finca a favor de un señor, por título de herencia. El padre de este señor y anterior titular registral constituyó en escritura pública una hipoteca a favor de un particular, en garantía de un reconocimiento de deuda, que desde antes de su fallecimiento viene siendo presentada al Registro y retirada en el mismo instante de su presentación, observándose que nunca se ha llegado a realizar la autoliquidación del impuesto. El actual titular registral inquiriere qué se puede hacer para evitar lo que él considera un uso abusivo de la presentación recurrente de la escritura de hipoteca, que pesa como una amenaza sobre la finca impidiendo su venta en condiciones normales.

- ¿Cabría denegar el asiento de presentación? ¿Con qué fundamento?
- ¿Cabría calificar de forma parcial e incompleta el documento cuando sea otra vez presentado, suspendiendo su inscripción por falta de tracto y por falta de liquidación del impuesto, a pesar de no encontrarse físicamente en la oficina, en base a los datos que de él constan en el asiento de presentación?
- ¿Qué otras alternativas caben?

R: Se considera que la primera pregunta puede ser objeto de contestación positiva y la segunda negativa, por las siguientes razones:

a) Es posible denegar el asiento de presentación porque el procedimiento registral y la posibilidad de presentaciones sucesivas de un documento no pueden ser utilizados de forma fraudulenta con la pretensión de perjudicar con ello a terceras personas y sin auténtica intención de inscribir, de conformidad con el artículo 7-1 del Código Civil que exigen la buena fe en el ejercicio de los derechos.

b) No es posible la calificación sólo con el asiento de presentación, salvo en la presentación telemática en que toda la escritura consta archivada en el Registro, porque el asiento de presentación ordinario no reúne el contenido necesario para poder efectuar una auténtica calificación.

c) el Registrador puede retener el título para la presentación hasta el día siguiente –ej. por acumulación de presentación, etc- y en el ínterin proceder a la calificación, pues el plazo de 15 días de la misma es un plazo máximo, pero nada impide efectuarla inmediatamente después de la presentación.

Cumulativamente puede efectuarse una denuncia a la Comunidad Autónoma de la falta de liquidación del impuesto para que ésta efectúe la correspondiente investigación del impuesto.

2.-P: Se pone una nota negativa y se recurre ante la DGRN, luego transcurre el plazo de dictar la resolución sin que ésta se dicte, por lo que se entiende desestimado el recurso y el asiento de presentación fue prorrogado hasta el plazo de un año.

Ha transcurrido el año y se ha cancelado el asiento de presentación. Ahora se presenta resolución expresa estimatoria dictada fuera de plazo, ¿qué hacer con esta resolución?

R: Según el artículo 327 párrafo 11 de la Ley Hipotecaria, en caso de desestimación presunta por silencio administrativo de un recurso gubernativo, la prórroga del asiento de presentación vencerá cuando haya transcurrido un año y un día hábil desde la fecha de la interposición del recurso, salvo que conste la presentación del recurso judicial.

A partir de esa cancelación del asiento de presentación no se puede practicar la inscripción de la escritura original por haber sido recovado por la DGRN la nota negativa del registrador, primero porque conforme al Tribunal Supremo las resoluciones extemporáneas son nulas, no siendo aplicable el artículo 42-1 de la LRJAPyPAC, ya que los intereses en juego no son los mismos e interfieren sobre la materia el concreto interés de los terceros, y, más genéricamente, la seguridad del tráfico inmobiliario, objetivo básico de la institución registral – STS de 3 de enero de 2011-; y segundo porque podría haber surgido un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Los argumentos de la sentencia del TS son los siguientes: a) No puede admitirse la aplicación automática de las normas administrativas ordinarias para llenar las lagunas del procedimiento registral, dadas sus peculiares características -así, la revisión de la calificación registral y de las resoluciones de la DGRN no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil-. b) Por otra parte, el sistema registral está encaminado a la protección de derechos de carácter privado, que no son los propios del interés general a cuyas consecuencias va dirigida la actividad administrativa, por lo que en el ámbito registral, no opera la protección del administrado sino que predomina la protección de los derechos de

los terceros que hayan obtenido una inscripción a su favor y puedan resultar afectados por el acceso al Registro del acto denegado y permitido por la resolución extemporánea. c) Además, el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, al referirse la silencio de la DGRN no se remite al régimen administrativo, como hace en otros aspectos del procedimiento registral o del recurso, sino que establece un régimen específico que no sólo se refiere al carácter negativo del mismo sino también al carácter de firme de dicho silencio y a la caducidad automática del asiento de presentación trascurrido un año y un día desde la interposición del recurso, lo que tendría poco sentido si la DGRN estuviera obligada a dictar resolución, que siendo posterior, pudiera tener sentido contrario, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica.

Por tanto, debe denegarse la inscripción del documento por ser nula la resolución extemporánea y por haber caducado el asiento de presentación y, además, en su caso, por constar inscrita la finca a nombre de un tercero no interviniente en la escritura.

3.-P: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre del 2011 sobre el alcance del artículo 328 párrafo 4º de la Ley Hipotecaria en la legitimación activa del Registrador para recurrir las resoluciones de la DGRN: concepto jurídico de "derecho o interés afectado" del que sea titular

R: Como es sabido, el artículo 328-4 de la LH en su redacción dada por la Ley 24/2005 establece lo siguiente: *"El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares"*.

Pues bien, la Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2.007 estimó que la citada redacción del artículo 328 de la Ley Hipotecaria legitima a los registradores y a los notarios para impugnar las resoluciones de la DGRN siempre que afecten a sus derechos o intereses, entendiendo que dicho interés existe en este caso cuando se ha anunciado la posibilidad de incoar un expediente disciplinario, sin que deba atenderse al contenido de la Exposición de Motivos, divergente con la redacción del artículo 328 LH.

Por su parte, la DGRN alega en contra, al recurrir la sentencia de la Audiencia citada, que cuando dicho precepto autoriza al registrador para impugnar la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en todos los supuestos en que aquélla afecte a un derecho o interés del que sea titular, no

puede entenderse que debe admitirse la legitimación por el mero hecho de que se pueda ver afectado el principio de legalidad o la responsabilidad de los registradores por cuanto, de seguir esa tesis, nos encontraríamos con que siempre tendrían legitimación y la reforma carecería de sentido.

Se señala por el TS como cuestión previa que existen diversidad de criterios en las sentencias de las Audiencias sobre la materia de la legitimación del registrador, desde las que admiten abiertamente la legitimación del registrador por el mero ejercicio de su función o defensa de la legalidad (SS AP de Badajoz -sección 2ª-, de fecha 29 de febrero 2008; Autos de la AP de Madrid de 11 de abril de 2008 -sección 19ª- y de 17 de mayo 1010 -sección 9ª-; AP de Valencia 28 de enero 2010 -sección 9ª- y AP de Málaga -sección 4ª-, de 27 de septiembre 2010), hasta aquellas otras contrarias a la legitimación abierta del registrador (SS AP de Valladolid de 18 de marzo de 2004 y 24 de mayo 2011; AP de Madrid -Sección 21ª- de 11 de mayo de 2010, y de 20 de diciembre 20010 SIC -Sección 8ª-).

La consecuencia de tan evidentes contradicciones no es otra, señala el TS, *“que la que resulta del carácter indeterminado que configura el presupuesto legitimador, sin duda, lo menos indicado para dotar al sistema de la necesaria seguridad jurídica que precisa y exige el artículo 9.3 CE. La existencia de un interés legítimo suficiente como base de la legitimación surge con carácter extraordinario de la propia norma siempre que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado pueda repercutir de modo efectivo y acreditado en la esfera jurídica del Registrador que la invoca por afectar a un derecho o interés del que sea titular, el cual no se identifica con el que resulta de la defensa de la legalidad o disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos o disposiciones cuya protección se le encomienda, ni con un interés particular que le impediría calificar el título por incompatibilidad, según el artículo 102 del RH, sino con aspectos que deberán concretarse en la demanda normalmente vinculados a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral si la nota de calificación hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DGRN”*.

Se trata, por tanto, sigue diciendo el TS, *“de una legitimación sustantiva que deriva de una norma especial, como es el artículo 328 de la LH y que antes que contradecir lo expuesto en la Exposición de Motivos de la reforma de 2005, lo confirma desde el momento en que se aclara y concreta, de un lado, como regla, la imposibilidad de que el registrador pueda recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación, y mantiene y precisa, de otro, la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando resuelve recursos frente a la*

calificación, lo cual supone mantener aquellos otros aspectos que no tienen que ver con la defensa objetiva o abstracta de la legalidad sino, como aquí sucede, con el anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria que se dirige a la registradora demandante puesto que de no revisarse la causa que lo justifica en ningún caso vería tutelado su derecho en el expediente que se tramite”.

Con base en estos argumentos el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Dirección General de Registros y del Notariado admitiendo en este caso la legitimación por haber la DGRN en la resolución con abrir expediente disciplinario a la registradora, lo que plantea la cuestión de si lo estará cuando ello, como sería lo normal, no ocurra, y de los fundamentos derechos trascritos se infiere que el registrador tendrá siempre legitimación para recurrir no por la defensa de la legalidad sino por la “eventual responsabilidad civil del registrador relacionada con la función calificadora registral si la nota de calificación hubiera sido revocada” pues ésta se puede producir siempre en estos casos de resolución estimatoria.

Respecto de la afirmación de la sentencia del TS de que el artículo 328 de la LH no contradice la exposición de motivos que niega la legitimación del registrador, no se está de acuerdo y se hecha en falta una explicación de por qué la legitimación del notario, al que para nada se alude en la exposición de motivos, es idéntica en el articulado a la del registrador; aunque, en definitiva, con la argumentación de la sentencia quedan definitivamente equiparadas y concretadas a dos supuestos: la eventual responsabilidad civil o disciplinaria de ambos funcionarios.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

1.-P: Una finca de una división horizontal se describe como: “Finca destinada a aparcamiento de vehículos en superficie del edificio”. Tiene su acceso por la calle Mayor y ocupa una superficie aproximada de 936,44 m². En la finca matriz de la división horizontal se hace continua referencia a esta finca como destinada a aparcamiento de vehículos y así en los Estatutos se establece que la finca destinada a garaje aparcamiento podrá segregarse, dividirse y agruparse sin necesidad de autorización por parte de la comunidad de propietarios.

El problema es que tal espacio se está utilizando en la realidad como terraza de un bar-restaurante instalado en uno de los locales comerciales, con molestias para los vecinos por los ruidos nocturnos. El propietario de la finca quiere que desaparezca en el Registro su destino a aparcamiento de vehículos para quitar argumentos a los vecinos que se oponen.

R: Examinados los Estatutos del edificio se dice en el artículo 4 que el propietario de cada finca podrá cambiar el uso destino originario o posterior de

las mismas con el límite de lo que dice el artículo 6, siempre que lo permitan las Ordenanzas Urbanísticas, sin necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios. Y el artículo 6 dice que queda terminantemente prohibido: a) destinar las fincas a actividades dañosas para el edificio, inmorales y convertir viviendas en locales comerciales, salvo aprobación de la Junta. Los locales podrán instalar las actividades comerciales o de servicios con licencia municipal.

Efectivamente tal como señalan los estatutos y se dijo en la reunión, el uso concreto o la actividad que se vaya a desarrollar en un local comercial depende del Ayuntamiento ante quien se debe tramitar la oportuna licencia de apertura del negocio. No se trata de un problema jurídico de cambio de uso de este departamento, puesto que si el Ayuntamiento entiende que en el mismo se puede desarrollar una actividad de terraza y da la oportuna licencia, nada tendrá que ver el Registro.

En cambio, si lo que se quiere es cambiar el uso que consta en el Registro, teniendo en cuenta la autorización que contienen los Estatutos, debe exigirse, según el criterio mayoritario en contra de algunas resoluciones de la DGRN, la licencia municipal de cambio de uso en aplicación del artículo 155.1 letra G de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid que la establece para el cambio objetivo, total o parcial, del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones, y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

2.-P: En una finca rústica constan inscritas varias construcciones (viviendas, naves,..) a nombre de tres hermanos proindiviso. Ahora quieren disolver la comunidad, pero como no pueden dividir la finca por ser rústica pretenden hacer una división horizontal tumbada y adjudicar a cada hermano un elemento privativo de la citada propiedad horizontal.

R: Vista la doctrina de la RDGRN de 3 de diciembre de 2009 parecería que pueden hacerla, siempre que mantengan la unidad jurídica de la finca, es decir, que el suelo sea elemento común, los elementos privativos tengan verdaderos elementos comunes y no se les asignen anejos con usos y gastos separados de uso exclusivo y excluyente.

La exigencia de la licencia de segregación para inscribir estas operaciones en el Registro de la Propiedad dependerá de lo que establezca la propia legislación sustantiva urbanística de la Comunidad de que se trate. El artículo 151.1 letra a) de la Ley de 17 de julio de 2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, sujeta a licencia las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación. Y el artículo 17.2 del TR Ley del Suelo establece que *“La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo*

es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.”

Corresponde determinar, por consiguiente, si el acto pretendido supone o no una división del terreno.

La DGRN, ha venido distinguiendo en varias resoluciones (vg. la de 3 de diciembre de 2009) entre dos supuestos (en ambos casos se les suele dar el nombre de división horizontal tumbada):

1) Los Complejos Inmobiliarios Privados, que no tienen la naturaleza de propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sí les es de aplicación el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal (artículo 24 de la LPH). Están integrados por parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes (el suelo y el vuelo es privativo), pero que sólo tienen en común los elementos accesorios (viales, instalaciones, servicios, etc.) vinculados *ob rem*.

2) La Propiedad Horizontal Tumbada propiamente, que tiene la naturaleza y es una verdadera propiedad horizontal (aunque tumbada, pues los planos de división de las fincas son verticales, y no horizontales), porque todas las fincas mantienen en común el suelo, vuelo y la unidad de la finca, como en el caso de las viviendas adosadas.

En el primer caso, en los complejos inmobiliarios, la formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos, en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo cómo otras parcelas o viales, *ha de equipararse a una parcelación* a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito. Y así se ha consagrado a nivel legislativo con la nueva redacción del artículo 17 apartado 6 que parece exigir en todo caso el otorgamiento de la oportuna autorización al disponer que: *“La constitución y modificación del complejo inmobiliario deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida, o el testimonio notarial de la misma”*.

Por el contrario, la *propiedad horizontal* propiamente dicha, *aunque sea tumbada*, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca -o derecho de vuelo- que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma, superficie o linderos.

Y, yendo más allá, entiende la DGRN que no se altera esta calificación porque el uso del terreno se atribuya en exclusiva a las diferentes viviendas. Sin embargo, esta última idea, llevada a sus últimas consecuencias, puede dar lugar a verdaderos fraudes que, bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada, escondan auténticas segregaciones o divisiones de terreno, como ocurrió en los supuestos fácticos que dieron lugar a las desafortunadas resoluciones de 10 de diciembre de 2003 y de 14 de junio de 2004, ambas con idéntico fundamentos de derecho. Por fortuna tal doctrina ha sido cuestionada y corregida por los tribunales que, en una correcta interpretación de la norma, han anulado ambas, poniendo las cosas en su sitio.

El supuesto de hecho era similar. Se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura de constitución en régimen de propiedad horizontal de una finca consistente en una parcela de terreno sobre la que, según consta en el Registro, existe una edificación dividida en dos partes, una de tres plantas, que ocupa 44 metros cuadrados de la parcela y la otra de dos plantas, que ocupa 68 metros cuadrados de parcela, ambas destinadas a vivienda; y el resto de la superficie está destinado a patio. Del régimen de propiedad horizontal resultan dos elementos privativos (dos viviendas unifamiliares independientes), cada uno de los cuales lleva como *anejo inseparable el uso privativo* de una parte distinta de la parcela no ocupada por la edificación dedicada a jardín.

En estas dos resoluciones han sido anuladas, con sentido común, por sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de febrero de 2007 y 3 de octubre de 2008, respectivamente. La cuestión que se ventilaba era precisamente la necesidad de la licencia de segregación en una pretendida propiedad horizontal tumbada. El Tribunal estima, a diferencia de la DGRN, que sí es necesaria tal licencia ya que al asignar espacios libres de terreno de uso privativo, tal asignación hace que en modo alguna pueda considerarse el suelo como elemento común esencial, de tal forma que tal atribución implica una verdadera división de suelo, de manera análoga a las participaciones indivisas de finca con atribución de uso exclusivo de terreno.

Esta doctrina de los Tribunales es clarificadora para distinguir ambos supuestos y evitar fraudes. Pero todavía pueden plantearse casos intermedios entre ambos supuestos y de difícil calificación jurídica en la práctica.

Llegados a ese punto es donde cobra especial relevancia la claridad de la exposición que hace Manuel Peña y Bernaldo de Quirós, en su obra “Derechos reales. Derecho hipotecario, tomo I”, al estudiar estas figuras. Este autor distingue:

PROPIEDAD HORIZONTAL. Como conjuntos inmobiliarios en que los diversos derechos principales recaen, como dominios, sobre diversas partes integrantes de una misma cosa susceptibles de aprovechamiento independiente; y, a la vez, la cosa, de algún modo, sigue siendo común a todos los titulares de estos derechos.

COMPLEJOS URBANÍSTICOS -denominados por la Ley como complejos inmobiliarios privados-. Como conjuntos inmobiliarios en que los diversos derechos principales son dominios que recaen respectivamente sobre fincas que en lo principal son independientes entre sí.

Los complejos inmobiliarios privados son los conjuntos inmobiliarios urbanos que se caracterizan porque las distintas unidades inmobiliarias objeto de las diversas propiedades separadas consisten en cosas -parcelas edificadas o edificios- independientes entre sí. El objeto de las propiedades separadas del complejo consiste en cosas (parcelas edificadas o edificables) que, en lo principal, son INDEPENDIENTES entre sí; a diferencia de la régimen de propiedad horizontal en la cual cada unidad inmobiliaria objeto de las diversas propiedades separadas (vivienda, garaje o local) consiste en parte integrante de una misma cosa: el edificio. Por eso, dice Manuel Peña y Bernaldo de Quirós, que los complejos inmobiliarios privados no son simplemente propiedades horizontales tumbadas.

En consecuencia, no basta con que los interesados o los Estatutos digan que el suelo es común (único requisito que parece ser necesario para distinguir ambas figuras según Res. DGRN 3/12/2009), si luego en la práctica se produce una utilización del mismo exclusiva y separada por parte de cada propietario. Es preciso delimitar algo más la naturaleza jurídica de ambas figuras que, en la práctica, puede llegar a ser difusa. Necesitamos algo más que nos permita distinguir cuando estamos ante una verdadera propiedad horizontal, aunque sea tumbada, y cuándo ante un complejo inmobiliario.

Y aquí es esencial tener en cuenta y no perder de vista la tesis defendida por Manuel Peña al insistir como elemento esencial diferenciador entre una y otra figura, el hecho de que los elementos independientes formen parte de una misma cosa, de una misma estructura o unidad arquitectónica, esto es, de un mismo edificio, que sería el caso del régimen de propiedad horizontal (aunque fuera tumbada por el hecho de que la distribución de los elementos que la integran no se superpongan en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano

horizontal); o bien, que los elementos independientes (parcelas edificables o edificadas) sean, en lo principal, totalmente independientes entre sí. Por supuesto que otro elemento importante para la diferenciación entre ambas figuras será si se configura el suelo sobre el que se asienta el inmueble como común en su totalidad (en cuyo caso sería propiedad horizontal tumbada) o el mismo es objeto de fraccionamiento, pero teniendo siempre en cuenta que tal carácter no dependerá exclusivamente de la manifestación de los otorgantes si luego resulta que, de hecho, se produce tal fraccionamiento (aunque lo sea sólo mediante la figura jurídica de atribuir el uso exclusivo de determinada parte del suelo a un elemento privativo).

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, que ya habían quedado expuestas en otras reuniones del Seminario, se concluyó que el caso presentado no es una verdadera propiedad horizontal sino un auténtico complejo inmobiliario que exige autorización administrativa por las siguientes razones:

Las edificaciones existentes sobre la finca son independientes arquitectónicamente y no tienen ningún elemento en común. Aunque se manifieste que el suelo siguen siendo común, lo cierto es que “de facto” cada una de las construcciones, nuevos elementos independientes en esta propiedad horizontal, tienen atribuida del derecho a la utilización exclusiva de la porción o porciones donde se asientan las mismas, supuesto asimilable al de la división (artículo 17.2 TRLS).

Es evidente que se acude a esta figura para evitar la licencia, cuyo otorgamiento debe ser muy complicado de obtener. Y si bien es cierto que el registrador no puede ejercer su función de calificación desde la preselectiva del fraude, tampoco puede, so pena de desvirtuarla, permanecer ajeno a casos como el presente donde se produce una interpretación muy forzada de la norma, aplicándola a supuestos no previstos en ella con el fin de evitar el cumplimiento de una norma de carácter imperativo y de marcado carácter social, como es la legalidad urbanística (artículo 6 CC).

Lo cual no implica, según algún compañero, que puedan existir supuestos de edificaciones consolidadas en suelo rústico –ej. cortijos cuyos elementos, unos estén unidos arquitectónicamente, como las casas principales y la capilla, y otros separados, como las casas del servicio, cuadras y corrales- de carácter consolidado o inmemorial en que sí podría admitirse la constitución de una propiedad horizontal tumbada si se delimita la parcela total y se constituye el régimen adecuadamente, en aras a facilitar su uso por las distintas familias en que se ha disgregado la propiedad.

Igual que el artículo 44 del Reglamento Hipotecario permite, adaptando el Registro a la realidad fáctica de su momento, que se puedan inscribir como una

sola finca registral edificios y parcelas de terreno no colindantes entre sí que formen cortijos, haciendas, masías, caseríos y otras figuras similares, siempre que constituyan una unidad orgánica; debería admitirse que, adaptando el registro a la realidad social actual, al menos las edificaciones consolidadas por su antigüedad, ya estén unidas o separadas entre sí, que se encuentren situadas en un perímetro determinado y que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí –art. 44-4 y 5 RH-, sean consideradas como una unidad funcional y se permita la constitución de una verdadera propiedad horizontal, en que podrían ser elementos comunes, además del suelo y vuelo, las zonas de acceso al complejo, cuadras, picadero, capilla, etc. Esta configuración en nada afectaría a la legalidad urbanística.

RENTA VITALICIA.

1.-P: Una persona es dueña de la mitad indivisa de un piso y ahora según señala expresamente la escritura: “la vende con reserva a su favor del derecho a habitar todas las piezas de la casa mientras viva”. ¿Se puede inscribir tal cual?

R: En primer lugar se señala que la operación escriturada más bien parece un contrato de renta vitalicia, que como tal sería inscribible, en vez de una verdadera venta con constitución de un derecho real de disfrute, pero se considera que como el registrador no puede alterar la naturaleza de lo pactado por las partes, para la inscripción como renta vitalicia sería necesario una rectificación de la escritura o al menos el consentimiento fehaciente expreso a la inscripción con tal carácter.

Y esa inscripción como derecho sobre cosa ajena se considera que no es posible sin el consentimiento del condueño del mismo en cuanto que afecta a toda la finca por tratarse de un acto de disposición y conforme al artículo 397 del Código Civil y concordantes.

REPRESENTACIÓN.

1.-P: Comentario de la sentencia 26 de septiembre de 2011 del Juzgado de 1ª Instancia número 31 de los de Madrid.

R: Ha recaído recientemente una interesantísima sentencia en un procedimiento de juicio verbal seguido en un Juzgado de 1ª Instancia de Madrid. Con motivo de la discusión sobre la exigencia de que el notario especifique si el poder en base al cual actúa el representante de una mercantil es especial o general, por ser éste último de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil, hace el juez una argumentación sustanciosa e impecable sobre el artículo 98 de la Ley 24/2001, por lo que se aconseja la lectura atenta de la misma.

El registrador había señalado en su nota de calificación negativa que la sociedad vendedora comparecía representada en virtud de una escritura de poder que el notario consideraba suficiente para la venta, pero no aclaraba si se trataba de un poder especial o general. Afirmaba que al tratarse de una representación de una sociedad mercantil, si se tratara de un poder general, deberá estar previamente inscrito en el Registro Mercantil a tenor del artículo 9.4º LH y STS de 20 de mayo y 7 de julio de 2008, y si se trata de un poder especial, debería haberse hecho constar su carácter, siendo ello la causa fundamental de la negativa a la inscripción

El notario interpuso directamente demanda en juicio verbal alegando que la reseña de la representación hecha en la escritura junto con el juicio de suficiencia era bastante para considerar que el poder reunía los requisitos legales.

El registrador demandado alegó con carácter previo la falta de legitimación del notario para solicitar la inscripción que rechazó el Juzgado en los términos que luego veremos. Y en cuanto al fondo del asunto el juzgador, a la vista del artículo 18 LH, en relación con los artículos 9 y 20 LH y 98, 99 y 100 RH, desestima la demanda y, recogiendo los argumentos de la SAP Valencia-Sección 7 de 25 de octubre de 2006 en el recurso 558/06 que declaró contraria a derecho la RDGRN de 1 de mayo de 2005, dice que el artículo 98.1 de la Ley 24/2001 (que reproduce literalmente), *“es suficientemente claro y efectivamente faculta al notario para juzgar y evaluar las capacidades de representación que se le someten, pero permite al registrador que posteriormente, calificar el juicio notarial de suficiencia, y por tanto disentir de la previa opinión del notario y hacerla valer con sus funciones calificadoras”* (todos los subrayados son nuestros).

Y sigue diciendo la sentencia, copiando literalmente sus argumentos:

“No puede admitirse que el art. 98 de la Ley de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden. Social 24/01 de 27 de diciembre pueda atribuir de forma exclusiva y excluyente a los Notarios la facultad de valoración de la capacidad legal de los otorgantes, asumiendo una responsabilidad que perfectamente no solo podría privar a los mismos de la confianza depositada en ellos, sino que obviaría las competencias de los Registradores y dejaría sin eficacia alguna su función calificadora. Al asumir esta postura, el Registrador no está haciendo, sino mantener el principio de legalidad y seguridad jurídica en el ámbito de sus atribuciones de acuerdo con el art. 18 de la LH. En idéntico sentido, se pronuncian las sentencias del TSJ de Madrid - Sección 3ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 20/01/11 y de 22/02/11.

Dicho art. 98.1, como se desprende del Fundamento de Derecho Decimosegundo de la Sentencia del TSJ de Madrid de 22/02/11, "impone una doble exigencia al notario autorizante, por un lado la reseña identificativa del documento, mediante el que se acredita la representación que habrá de consistir en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico que se haya exhibido, y en una relación o transcripción somera pero suficiente, de los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas, la suficiencia, el ámbito o extensión de estas y las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas y por otra, la obligación de expresar que a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato de que se trate, y habida cuenta de la trascendencia de la valoración de la suficiencia de las facultades representativas, este juicio notarial deberá ser expresado, no de forma genérica o abstracta, sino necesariamente concretando al acto o contrato a que el instrumento se refiere, atendiendo en cada caso a la naturaleza del acto, negocio o negocios formalizados en el documento notarial, con expresión de cual sea ese negocio, si se pretende su inscripción en el Registro, debiendo el Notario dada la trascendencia indicada, extremar su celo al precisar la calificación de los actos contenidos en la escritura que sean susceptibles de inscripción, ya que tal y como recoge el apartado del citado art. 98, se encuentra bajo su responsabilidad, la valoración de la suficiencia de las facultadas representativas que realiza".

Ahora bien, como dice la SAP de Madrid 13/O5/09, "cuando el Notario se limite a expresar lacónicamente el juicio de suficiencia de las facultades representativas sin una referencia concreta a la razón o razones en que basa su apreciación, impide al Registrador el ejercicio de su función calificadora, al no poder éste comprobar si existe la «congruencia», es decir la armonía o coherencia entre la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas y el contenido de la escritura. De ahí que cuando el Notario asevere la suficiencia del poder deba hacerlo por referencia expresa a su contenido en congruencia con el de la escritura que autoriza".

En consonancia con lo anterior, tratándose en el presente caso de la representación de una sociedad anónima la vendedora, el Notario debió comprobar el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el ya citado art. 98.1 de la mencionada Ley, aclarándose si se consideraba acreditado, si se trataba de un poder general, estar el mismo previamente inscrito en el Registro Mercantil o si el supuesto estaba referido a un poder especial, destacando en consecuencia su carácter de tal, lo que según se desprende de la lectura y examen de toda la escritura no realizó el Notario autorizante. Con arreglo al art. 18.1 de la LH antes mencionado, es el Registrador quien debe examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes, lo que

supone un juicio previo del Notario, pero que ni es exclusivo ni excluyente del juicio a realizar por el Registrador, que no solo puede sino que debe calificar la capacidad de los otorgantes de la escritura que se le presente a inscripción.”

Hasta aquí se ha copiado literalmente el fundamento cuarto de la sentencia en cuestión, cuya lectura obvia cualquier comentario que se pueda hacer pues se corre el serio riesgo de oscurecer o desvirtuar lo que con tanta claridad ha quedado escrito.

Respecto a la alegación previa del registrador relativa a la falta de legitimación del notario para solicitar la inscripción, es evidente que en él no concurre ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 LH apartados a, b y c, que otorgan aquella al que adquiera el derecho, al que lo transmita y al que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir. El notario puede ser presentante, entendido en el recto sentido de la LH, cuando alguna de estas personas legitimadas le hubiere otorgado su representación (artículo 6 letra d LH). Pero fuera de este caso, al notario no se le puede considerar como presentante por el sólo hecho de remitir el documento electrónico, ya que lo hace cumpliendo un deber reglamentario ex Art. 196 RN y no como consecuencia de un mandato recibido. Téngase en cuenta que toda inscripción precisa petición de persona con interés legítimo (Cf. artículo 6 LH), por el principio de rogación; y que del art. 112 de la ley 24/2001, y Art. 196 del Reglamento Notarial, parece deducirse que la remisión telemática de la escritura autorizada susceptible de inscripción en el Registro, debe realizarse siempre por el Notario autorizante “salvo indicación expresa en contrario de los interesados”, sin que por dicha remisión impuesta deba asumir necesariamente el notario la condición de “presentante” en el procedimiento registral así iniciado, sin su declaración expresa en tal sentido, pues contradice los principios hipotecarios de rogación y de voluntariedad de la inscripción.

Por ello se entiende que la legitimación del notario para recurrir no deriva de su condición o no de presentante, sino directamente del artículo 325 letra b) LH que se la atribuye en todo caso y no por su condición de presentante del documento (a la cual se refiere la letra a) del mismo precepto). Sin embargo, el juzgado no rechaza tal alegación previa del registrador por aplicación de este precepto, sino con el argumento, a nuestro juicio equivocado, de entender que sí está legitimado para solicitar la inscripción al amparo de la letra c) del artículo 6 LH, cuando no se entiende que interés puede tener el notario en asegura el derecho que se deba inscribir, pues no debe confundirse este interés con el de afectación de su propio prestigio profesional.

2.-P: Examen de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2011 sobre calificación de la representación.

R*: Esta sentencia aborda de forma directa la competencia registral en la calificación de los juicios de suficiencia notariales hechos ex artículo 98 ley 24/2001 y señala que el registrador “*al examinar la corrección del juicio notarial 'excede de sus facultades'*”. El Tribunal Supremo, en palabras de Miguel Ángel Barbero en lista libre, “ha depurado aquí la doctrina doctrina de la calificación registral de los poderes, excluyendo, es verdad la calificación registral de una cuestión que le es ajena, pero dejando (con prudencia) pendiente la cuestión principal, la que científicamente constituye la base de nuestra argumentación actual: el binomio reseña-congruencia”.

En el caso de esta sentencia, el registrador aborda un supuesto en el que la copia autorizada del poder que el Notario decía haber tenido a la vista era parcial, sin mencionar que en lo no transcrito no había nada que contradijera lo inserto. Esto lleva al Registrador: a) a considerar que era imposible que el Notario hubiera tenido a la vista todas las facultades, por lo que no pudo hacer correctamente el juicio de suficiencia; y b) a dudar de que el documento que se le había exhibido al Notario fuera 'auténtico' como exige al artículo 98.

Son cuatro los requisitos contemplados por el artículo 98 Ley 24/2001, en su actual redacción en materia de poderes: a) La inserción por el Notario autorizante de una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada; b) La expresión por el Notario autorizante de que a su juicio son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera; c) Congruencia del juicio notarial de suficiencia con las facultades representativas y con el contenido del título; y d) Calificación registral de la congruencia de ese juicio de suficiencia.

Y a este último respecto la apreciación de la Congruencia implica que el juicio de valor del notario sea susceptible de discrepancia por el registrador y, por tanto, de calificación, lo que exige, a su vez, que el notario reseñe los datos o facultades en los que fundamente su fallo o juicio, es decir, la necesidad de motivación del mismo. La propia literalidad del artículo 98 avala esta idea, pues no habla de congruencia entre juicio y calificación del negocio, o entre juicio y carátula de la escritura, sino de congruencia entre juicio y “contenido del título presentado”.

El Tribunal Supremo argumenta en su fallo que si el registrador admite (como admitió en este caso) que la reseña y el juicio de suficiencia existían en el documento calificado, sólo le quedaba un posible fundamento de la calificación, la congruencia y, a esto se reduce la sentencia en realidad, señala que “*el concepto de congruencia, como objeto de calificación registral, no puede*

* Notas tomadas del comentario en lista libre de Miguel Ángel Jiménez Barbero y cuya argumentación fue leída y compartida por el seminario.

fundamentar la calificación negativa por el sólo hecho de que la copia autorizada que el Notario ha tenido a la vista sea parcial”, que es lo que hizo el registrador.

Pero al mismo tiempo, en el fundamento cuarto, el Tribunal Supremo afirma, literalmente, que *“la revisión del juicio de suficiencia, en el caso de incongruencia, corresponde al Registrador”*; queda sin embargo por decidir por el alto Tribunal sobre cuáles son los términos necesarios para que esa congruencia del juicio notarial pueda ser apreciada realmente por el registrador.

Por otra parte, la sentencia se circunscribe a un supuesto de juicio de suficiencia en el ámbito de la representación voluntaria inorgánica, por lo que no tiene transcendencia alguna sobre la calificación registral de la representación orgánica y legal o sobre la comprobación de la vigencia de todo tipo de representación, aspectos éstos sobre los que ya la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo declaro que no se encontraba incursos dentro del ámbito del artículo 98 de la Ley 24/2001.

SOCIEDAD CIVIL

1.-P: Una sociedad mercantil vende una finca a una denominada sociedad civil. Pedida la escritura de constitución de ésta para poder calificar resulta que tiene objeto mercantil. Ante el problema planteado se solicita opinión sobre cuál es la mejor manera de solucionarlo.

R: La mejor doctrina entiende que una sociedad que se dedique a una actividad mercantil tiene que adoptar necesariamente una forma o tipo mercantil. Es la llamada por los mercantilistas “mercantilidad objetiva” que encuentra su fundamento en los artículos 119 y 122 del Código de Comercio.

Este criterio ha sido seguido por la DGRN en su resolución de fecha 25 de mayo de 2006 (B.O.E. de 10 de julio), reiterada en otra reciente de 20 de abril de 2010, cuyo fundamento de derecho 2º señala: *“2. Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 13 de “diciembre de 1985, 20 de marzo de 1986, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997), la actividad que constituye un objeto social como el de este caso presenta las características que determinan su calificación como mercantil, y ello no sólo desde el punto de vista económico (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo especulativo) sino, también, desde el estrictamente jurídico, toda vez que se pretende la realización de forma permanente, a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo, de genuinos actos de comercio.*

Por otra parte, como ya se expresó en las citadas Resoluciones de este Centro Directivo, todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio, tiene la consideración de acto de comercio,

como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades, sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de los actos de comercio, etc.).

De cuanto antecede resulta que la sociedad adquirente es una sociedad mercantil por su objeto. Por ello, al conceptuarla como sociedad civil, el título presentado introduce un elemento de confusión sobre el titular registral que es suficiente para denegar la inscripción (cfr. artículos 9.4.ª de la Ley Hipotecaria y 51.9.ª del Reglamento Hipotecario)."

El verdadero problema se plantea a la hora de determinar si el objeto de la sociedad es la realización de actos de comercio, por la propia dificultad de definir objetivamente éstos últimos en nuestro derecho. El Derecho español, si bien parece seguir un sistema objetivo con algunas particularidades, en realidad ni define los actos de comercio ni los enumera y sigue más bien, según la doctrina (Uría y Menéndez), una posición intermedia. Esta misma doctrina, después de poner de manifiesto que no existen diferencias ontológicas entre los contratos civiles y mercantiles, entiende que para atribuir carácter mercantil a un acto o contrato no hay que atender al acto en sí, ni tampoco a la intervención de un comerciante o empresario, sino a la pertenencia del acto o contrato a la serie orgánica de actos y contratos: los actos de la organización creada y continuamente perfeccionada por el empresario. El acto o contrato será mercantil, en definitiva, si se realiza como acto de tráfico, esto es, como acto que sirve a las exigencias del tráfico profesional del empresario en el mercado de bienes y servicios, trátase de una actividad comercial, de una actividad industrial o de una actividad de servicios. Incluso las actividades, como la agrícola y la ganadera que históricamente han permanecido al margen del derecho mercantil, en la actualidad han ido progresivamente adquiriendo las mismas características que están presentes en el comercio y la industria. Por ello se entiende por la doctrina que su tradicional exclusión del derecho mercantil ha perdido buena parte de su razón de ser y que debe de ser objeto de interpretación restrictiva.

En esta misma línea argumental la DGRN en resolución de fecha 1 de abril de 1997 afirmaba que no se exige para la calificación de un acto de comercio que

exactamente responda a un tipo de acto especificado en la Ley como mercantil (vid. Artículo 2 pfo 1º del Código de Comercio), siendo así que el párrafo segundo de este mismo artículo reconoce expresamente la analogía en la apreciación de tal calificación, y de la necesaria interpretación de las normas con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3 del Código Civil).

Como ha dicho Ángel Rojo, en la realidad actual ya no existe una correspondencia entre comercio y actividad mercantil. El comercio es sólo un sector de esa actividad, y el comerciante una clase de empresario. Las notas que distinguen al empresario actual, opere éste en el sector comercio, industria o servicios, son: i) que realiza una actividad profesional, esto es, con habitualidad; ii) que es una actividad económica, esto es, que se realiza con método económico; iii) que es una actividad para el mercado, en cuanto está dirigida a la satisfacción de necesidades de terceros; y iv) que, precisamente por esta última razón, es una actividad organizada.

De lo expuesto resulta que para calificar el objeto de la sociedad civil adquirente habrá que examinar si reúne las características que determinan su calificación como mercantil, no sólo desde el punto de vista económico sino también jurídico. Desde el punto de vista económico, debe quedar patente la nota de interposición en el tráfico, habitualidad y ánimo especulativo. Y desde el punto de vista jurídico, debe apreciarse la pretensión de realización de forma permanente, a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo de genuinos actos mercantiles, ya sean del sector de la industria, ya sea del sector de la prestación de servicios, ya sean genuinos actos regulados en el Código de comercio.

Si, a la vista de las consideraciones anteriores, se aprecia que se trata de una sociedad mercantil por su objeto, no cabe admitir que se constituya como una sociedad civil, sino que debe ajustarse a los requisitos y formas establecidas por el Código de Comercio. Y si no es así, como ocurre en el título presentado al conceptualarla como sociedad civil, se introduce un elemento de confusión sobre el titular registral que es suficiente para denegar la inscripción a favor de la sociedad civil en cuanto a tal en la forma que permite la DGRN (artículo 9.4ª de la Ley Hipotecaria, y 51.9ª del Reglamento Hipotecario).

En cuanto a la manera de resolver la cuestión se entendió que la mejor solución pasa por redactar las escrituras igual que cuando adquieren varias personas físicas una finca en pro indiviso, pero actuando en el tráfico y a efectos fiscales como una comunidad de bienes con su propio C.I.F. Es decir, las personas físicas comparecerán en la escritura en su propio nombre y derecho pero haciendo constar que todos ellos forman una Sociedad Civil, de la que se facilitarán los datos. La adquisición se realizará a nombre de cada una de las

personas físicas, en la proporción y con el carácter que resulta del título, haciendo constar, a su vez, que a los efectos fiscales y los que legalmente le sean aplicables lo hacen en nombre de la sociedad civil, bajo cuyo denominación funcionan en el tráfico. En el Registro sólo se inscribirá y publicará el derecho adquirido por las personas físicas, sin hacer ninguna referencia a su afectación a la sociedad civil puesto que es un pacto personal entre ellos. Sería el mismo supuesto de que varios titulares de un local comercial que lo tienen alquilado, para facilitar la facturación única, la liquidación e ingreso del IVA, contabilidad, etc, lo aporten a una comunidad de bienes, a la que se dará de alta con su propio CIF para identificarla en el tráfico y a efectos fiscales, pero que no tendrá ninguna trascendencia desde el punto de vista civil de la titularidad del dominio.

URBANISMO.

1.-P: Figura inscrita una finca resultante de un proyecto de compensación desde el año 1970 a nombre de la Junta de Compensación. Ahora, junto con otras tres fincas, se aporta a una reparcelación y se pretende adjudicar directamente las parcelas resultantes a los propietarios individuales integrantes de la Junta. Es decir, en el proyecto de reparcelación figuraría como titular aportante la Junta de Compensación y las parcelas de resultado se adjudicarían directamente a los propietarios, ¿es posible?

R: Se estima que no puede hacerse de esa manera la adjudicación, saltándose el paso previo de la adjudicación a los propietarios de la Junta de las fincas aportadas, por lo que siendo ésta la que aporta los terrenos, a ella deberán adjudicarse las parcelas de resultado. No existiría causa que justifique la adjudicación directa a los propietarios pues en los procesos de equidistribución la causa radica en la subrogación real y en la distribución de beneficios y cargas.

Ahora bien, sería preferible, como apuntó algún asistente y se ratificó por todos, realizar primero la adjudicación de esa finca a los propietarios y que fueran ellos los aportantes al nuevo proyecto, justificándose así plenamente la adjudicación a estos de las parcelas resultantes; pues cumplidas íntegramente las obligaciones de la primera compensación, lo procedente es efectuar primero la liquidación de los actos pendientes de la misma.

2.-P: Se presenta escritura de compraventa por la que un particular adquiere una participación de 2,50 % de una finca rústica de una extensión de 3 hectáreas y 40 centiáreas – 30.040 m²-. El mismo día se presenta otra escritura de compraventa otorgada el mismo día, ante el mismo notario, número siguiente de protocolo por la que otro particular adquiere otra participación de 2,50 % de la misma finca rústica. No hay asignación de uso pero parece muy extraño alguien que tenga interés en adquirir estas participaciones, que representan, cada una, una superficie de 751 m² en relación con la total finca. ¿Qué se debe hacer?

R: El artículo 17.2 del TR de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone que *“la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva. En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción. Los notarios y registradores de la propiedad harán constar en la descripción de las fincas, en su caso, su cualidad de indivisibles.”*

Y según los artículos 143 y 144 de la Ley 9/2001, de 17 de julio de Suelo de la Comunidad de Madrid, cualquier acto de parcelación precisará licencia urbanística previa y, además, la licencia urbanística para actos de parcelación rústica requerirá informe previo y vinculante en caso de ser desfavorable, de la Consejería competente en materia de agricultura.

Es cierto que en el caso planteado se adquieren unas participaciones a las que no se atribuye expresamente el derecho de utilización exclusiva de una porción o porciones concretas de la finca, y que el registrador no puede calificar desde la perspectiva del fraude. Pero también lo es que el supuesto es sospechoso en extremo pues la adquisición de estas participaciones es difícil de comprender desde un punto de vista de utilidad económica y explotación racional de la finca, y además se corresponde cada una de ellas con una porción de 751 m² que resulta muy significativa por lo que existe duda fundada de que encubran auténticas parcelaciones.

Es evidente que si se hubiera pactado expresamente una atribución de uso de una porción o porciones determinadas de la finca, sería exigible el otorgamiento de la oportuna licencia, previo informe de la Consejería de Agricultura, en base a los artículos antes citados. Pero, aún faltando tal pacto expreso, se entendió que el registrador no puede permanecer ajeno o pasivo ante esta situación cuando la normativa dispone de un procedimiento adecuado para evitarlo.

En efecto, en este supuesto debe ponerse en marcha el mecanismo previsto por el artículo 79 del RD 1093/1997 y remitir copia de ambas escrituras al

Ayuntamiento correspondiente, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que, en cada caso, sea pertinente y con advertencia expresa de que en caso de no contestación se procederá con arreglo a lo establecido en ese artículo. Y será el Ayuntamiento quien deberá recabar toda la información pertinente, entre otros extremos el informe de la Consejería de Agricultura, para llegar a la conclusión que corresponda, para lo cual podrá utilizar otros medios que están vedados al registrador, como podría ser la propia inspección de la finca para observar si existen signos exteriores, como elementos físicos de separación con vallas, que evidencien una división de hecho del terreno, conscientemente mantenida oculta en la escritura.

3.-P: Con las correspondientes licencias administrativas, se presenta una escritura en que entre distintas fincas resultantes de un proceso de equidistribución, gravadas con distintas cargas, se efectúan diversas modificaciones hipotecarias de agrupación, segregación y división y extinciones de condominio. ¿Cómo debe hacerse el traslado de cargas, dado que las partes no dicen nada al respecto?

R: Se considera que, a pesar de no tratarse de un supuesto de equidistribución, son aplicables analógicamente las normas contenidas en el artículo 11 del RD 1093/1997, en cuanto además éstas son un trasunto de las normas generales hipotecarias y si en algún supuesto fuere preciso, deberá completarse la escritura indicándose las cuotas de la teórica subrogación real con el consentimiento de los respectivos acreedores.

4.-P: Se constituye un Complejo inmobiliario sobre una finca registral para construcción de dos bloques en dos fases y con una serie de elementos comunes generales y de cada fase y, además, garajes comunes. Se plantea la necesidad o no de autorización administrativa del apartado 6 del artículo 17 de la Ley del Suelo en su reforma por el RDL de 1 de julio de 2011, así como la configuración de ese complejo.

R: Por algún compañero se planteó que existiendo una sola finca registral no se puede constituir un complejo urbanístico sino una propiedad horizontal, lo que fue contestado mayoritariamente, señalándose que, si bien es verdad que una propiedad horizontal no puede constituirse sobre diversas fincas registrales sin una agrupación previa y un complejo inmobiliario sí, la solución inversa sí es posible –un complejo sobre una sola finca registral- y que la diferencia entre ambas será el régimen jurídico que se da a sus distintas edificaciones o parcelas.

Así existirá complejo urbanístico si el suelo y el vuelo de las distintas parcelas es privativo de los adquirentes, existiendo sólo como comunes los viales, zonas verdes u otras colectivas; y propiedad horizontal cuando, sin perjuicio de la existencia de zonas comunes, todo el suelo y vuelo se configura como común de

la comunidad de propietarios. Se matiza, además, que, de acuerdo con lo señalado en el caso 2º de la sección propiedad horizontal, si las edificaciones proyectadas no constituyen una estructura o unidad arquitectónica única –ej. diversos edificios unidos en manzana pero con diferentes portales-, no es posible constituir una verdadera propiedad horizontal sino sólo un complejo urbanístico. Por ello, dado que en los complejos inmobiliarios la formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos, en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo cómo otras parcelas o viales, *ha de equipararse a una parcelación* a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito.

En consecuencia, deberá analizarse la situación jurídica y arquitectónica de lo proyectado para ver si estamos ante un supuesto u otro y exigir o no licencia según la verdadera situación creada o por crear, más allá del nombre que se le de en la escritura que, en su caso, se deberá rectificar. Así si los edificios van a estar físicamente unidos se puede constituir una Propiedad Horizontal matriz sin necesidad de licencia –algunos compañeros la consideran también necesaria con base en el artículo 155 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid por implicar un cambio de uso de terrenos- y reservando a una o unas parcelas una cuota en la misma y con el subsuelo común para garajes como otro elemento con cuota propia y luego diversas subcomunidades horizontales; pero si las parcelas se encuentran separadas espacialmente y los garajes comunes se encuentran en superficie o diferenciados arquitectónicamente, se hace indispensable la constitución de un complejo inmobiliario y la solicitud de licencia especial por implicar un acto de división de fincas –art. 151-1 LSCM-.

5.-P: Se presenta una sentencia del Tribunal Supremo que declara el dominio de determinada parcela de una urbanización privada inscrita a favor del promotor a favor de la Comunidad de Propietarios de una Urbanización, compuesta por más de doscientas parcelas. El Tribunal Supremo ordena su inscripción como elemento común y se plantea la forma de su inscripción.

R: En primer lugar se considera por algunos compañeros necesario un acto formal de entrega de finca –escritura- en ejecución de la sentencia por parte del promotor y la aceptación por el Presidente de la Comunidad y otros no con base a los términos estrictos de la sentencia que falla la declaración del dominio ni no habla de la entrega de la finca.

Por otra parte, dado que según el criterio mayoritario no es posible la inscripción de fincas a favor de las Comunidades de Propietarios por su falta de personalidad jurídica, y dada la intención de destinar la finca a servicios comunes, se considera que la mejor solución es acompañar a la escritura de

entrega o a la sentencia, una escritura de cambio de destino de la finca – desafectación- y su atribución privativa y *ob rem* a favor de las distintas parcelas de la urbanización, que como acto colectivo que es sólo necesitaría de la comparecencia del presidente de la Comunidad acreditándolo con el libro de actas y de un certificado con las prescripciones y requisitos habituales del acuerdo de la Comunidad adoptado por unanimidad que recoja dicha desafectación y atribución *ob rem* de la parcela.

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

CUARTO TRIMESTRE DE 2011

ÍNDICE

-- Orden 4036/2011, de 21 de noviembre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas económicas previstas en el Decreto 88/2009, de 15 de octubre, por el que se regula el Plan de Rehabilitación de la Comunidad de Madrid 2009-2012 **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm 282**

-- Resolución de 7 de octubre de 2011, por la que se publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado- Comunidad de Madrid en relación con la 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 309**

-- Ley 5/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012 **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm 309**

-- Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm 309.**

LEY 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.**TÍTULO I
Medidas fiscales****Artículo 1. Modificación parcial del Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre.**

Se modifican los preceptos que a continuación se indican del Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre.

Uno. El apartado 2 del artículo 11 queda redactado del siguiente modo:

“2. La base de deducción estará constituida por las cantidades satisfechas por los conceptos de escolaridad y adquisición de vestuario de uso exclusivo escolar de los hijos o descendientes durante las etapas correspondientes al segundo ciclo de Educación Infantil y a la Educación Básica Obligatoria, a que se refieren los artículos 3.3, 4 y 14.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, así como por la enseñanza de idiomas, tanto si esta se imparte como actividad extraescolar como si tiene el carácter de educación de régimen especial. Dicha base de deducción se minorará en el importe de las becas y ayudas obtenidas de la Comunidad de Madrid o de cualquier otra Administración Pública que cubran todos o parte de los gastos citados”.

Dos. El artículo 19 queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 19. Mínimo exento. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, el mínimo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio se fija en 700.000 euros”.

Tres. Las previsiones normativas de los párrafos Dos y Cuatro del apartado 4.o del artículo 3 del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, contenidas en el artículo 41, quedan sustituidas por las siguientes:

«Dos. Cuotas fijas. En los casos de explotación de máquinas o aparatos automáticos aptos para la realización de los juegos, la cuota se determinará en función de la clasificación de las máquinas realizada por el reglamento técnico específico de aplicación en la Comunidad de Madrid, según las normas siguientes:

1. Máquinas de tipo “B” o recreativas con premio programado:

a) Cuota trimestral: 900 euros.

b) Cuando se trate de máquinas o aparatos automáticos tipo “B” en los que puedan

intervenir dos o más jugadores de forma simultánea, y siempre que el juego de cada uno de ellos sea independiente del realizado por otros jugadores, serán de aplicación las siguientes cuotas trimestrales:

1.o Máquinas o aparatos de dos jugadores: Dos cuotas con arreglo a lo previsto en la letra a) anterior.

2.o Máquinas o aparatos de tres o más jugadores: 1.800 euros, más el resultado de multiplicar por 480 el producto del número de jugadores por el precio máximo autorizado para la partida.

2. Máquinas de tipo “C” o de azar:

— Cuota trimestral: 1.350 euros.

3. Máquinas de tipo “D” o máquinas recreativas con premio en especie:

— Cuota trimestral: 125 euros».

“Cuatro. En caso de modificación del precio máximo de 20 céntimos de euro autorizado para la partida en máquinas de tipo “B” o recreativas con premio programado, la cuota tributaria trimestral de 900 euros de la Tasa Fiscal sobre Juegos de Suerte, Envite o Azar, se incrementará en 17,50 euros por cada 4 céntimos de euro en que el nuevo precio máximo autorizado exceda de 20 céntimos de euro”.

Cuatro. El artículo 42 queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 42. Devengo. La previsión normativa del número 2 del apartado 5.o del artículo 3 del Real 16/1977, de 25 de febrero, queda sustituida por la siguiente: “Tratándose de máquinas o aparatos automáticos aptos para la realización de juegos de azar, la tasa será exigible por trimestres naturales, devengándose el primer día de cada trimestre natural.

El ingreso de la tasa se realizará entre los días 1 y 20 de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre. No se exigirá la tasa por las máquinas recreativas y de juego cuya autorización de explotación se encuentre suspendida a la fecha del devengo.

En el primer período de actividad, el devengo coincidirá con la autorización y deberá abonarse en su entera cuantía trimestral en el momento de la autorización, abonándose los restantes trimestres en la misma forma establecida en los párrafos anteriores. De igual manera tributarán las máquinas suspendidas cuando se proceda durante un trimestre al alta de la autorización de explotación”.

Artículo 2. Modificación de la Ley 6/2003, de 20 de marzo, del Impuesto sobre Depósito de Residuos Se modifican los preceptos que a continuación se indican de la Ley 6/2003, de 20 de marzo, del Impuesto sobre Depósito de Residuos.

Uno. Se añade un segundo párrafo a la letra c) del artículo 5 con el siguiente contenido:

“No obstante, quedará sujeto al impuesto, en todo caso, el depósito en tierra o la entrega en vertedero del rechazo resultante de los procesos de reutilización, reciclado o valorización”.

Dos. El artículo 15.1 queda redactado del siguiente modo:

“1. El impuesto se exigirá con arreglo a los siguientes tipos impositivos:

a) 8 euros por tonelada de residuos peligrosos, prorrateándose la parte correspondiente a cada fracción de tonelada.

b) 5 euros por tonelada de residuos no peligrosos, excluidos los residuos de construcción y demolición, prorrateándose la parte correspondiente a cada fracción de tonelada.

c) 1 euro por metro cúbico de residuos procedentes de construcción y demolición, prorrateándose la parte correspondiente a cada fracción de metro cúbico”.

Tres. Se añade un apartado 4 al artículo 17 con el siguiente contenido:

“4. En las entregas de residuos de construcción y demolición el sustituto del contribuyente no podrá repercutir separadamente el impuesto al contribuyente. A estos efectos se entenderá que los sustitutos, al fijar sus precios, han incluido el impuesto dentro de los mismos”.

Artículo 3. Modificación parcial del Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre

Se modifican los preceptos que a continuación se detallan del Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre.

Uno. El artículo 32.1 queda modificado en los siguientes términos:

«1. El apartado “E) Tasas en materia de COMUNICACIONES” queda redactado del siguiente modo:

“E) Tasas en materia de COMUNICACIONES:

— La tasa por actividades administrativas en materia de licencias de comunicación audiovisual, regulada en el Capítulo II de este Título».

Dos. El Capítulo II del Título IV queda modificado como sigue:

1. El Capítulo II del Título IV queda redactado del siguiente modo:

“Capítulo II .2. Tasa por actividades administrativas en materia de licencias de comunicación audiovisual.

Artículo 37. Hecho imponible.

Constituye el hecho imponible de la tasa la realización por la Comunidad de Madrid, en el ámbito de la comunicación audiovisual, de las siguientes actividades:

1. Otorgamiento de la licencia, tanto inicial como en concepto de renovación.
2. Autorización de modificaciones en la titularidad de las acciones, participaciones o títulos equivalentes de los licenciarios.
3. Autorización para la celebración de los arrendamientos de la licencia u otros negocios jurídicos cuyo objeto sea una licencia de comunicación audiovisual.
4. Inscripciones practicadas en el Registro de prestadores de servicio de comunicación audiovisual de la Comunidad de Madrid, así como la expedición de certificaciones de dicho Registro.

Artículo 38. Sujetos pasivos.

Son sujetos pasivos de la tasa las personas físicas o jurídicas, así como las entidades a las que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, que soliciten la práctica de las actividades administrativas que integran su hecho imponible.

Artículo 39. Tarifas.

La tasa se exigirá de acuerdo con las siguientes tarifas:

Tarifa 2.01. Licencia.

201.1. Por la primera licencia o sucesivas renovaciones: 379,89 euros.

Tarifa 2.02. Autorización de modificaciones en la titularidad de las acciones, participaciones o títulos equivalentes de los licenciarios.

202.1. Si el coste de la futura transmisión es inferior o igual a 3.000 euros: 91,41 euros.

202.2. Si el coste se sitúa entre más de 3.000 euros y una cantidad igual o inferior a 6.000 euros: 152,33 euros.

202.3. Si el coste se sitúa entre más de 6.000 euros y una cantidad igual o inferior a 30.000 euros: 304,67 euros.

202.4. Si el coste se sitúa entre más de 30.000 euros y una cantidad igual o inferior a 60.000 euros: 456,99 euros.

202.5. Si el coste se sitúa entre más de 60.000 euros y una cantidad igual o inferior a 120.000 euros: 609,32 euros.

202.6. Si el coste es superior a 120.000 euros, y en adelante (siendo N cada 6.000 euros o fracción de esta cantidad): 30,46 X N.

Tarifa 2.03. Arrendamiento.

203.1. Por cada año de arrendamiento: la doceava parte del precio del mismo.

Tarifa 2.04. Inscripción en el Registro.

204.1. Por cada inscripción: 136,86 euros.

Tarifa 2.05. Certificaciones del Registro.

205.1. Por cada certificación: 136,86 euros.

Artículo 40. Devengo.

La tasa se devenga cuando se presente la solicitud que inicie la actuación administrativa, que no se realizará o tramitará sin que se haya efectuado el pago correspondiente.

Artículo 41. Deberes formales.

Los sujetos pasivos que soliciten la autorización de modificaciones en la titularidad de las acciones, participaciones o títulos equivalentes de los licenciatarios, deberán hacer entrega a la Administración actuante y en el plazo de treinta días a contar desde la fecha de la transmisión, de una copia compulsada del documento público en que la misma se haya efectuado, para su incorporación al expediente administrativo”.

2. El artículo 42 queda sin contenido.

Tres. Se suprime la “Tasa por actividades administrativas en materia de televisión digital terrenal”, regulada en el Capítulo III del Título IV, quedando sin contenido la denominación de dicho Capítulo y los artículos 43 a 47, ambos inclusive.

Cuatro. Se añade un segundo párrafo al apartado 1 de la disposición final del Texto Refundido con el siguiente contenido:

“Se faculta a los Consejeros competentes por razón de la materia para aprobar, previo informe favorable de la Consejería competente en materia de Hacienda, la forma, plazos de ingreso, modelos de impreso y normas de desarrollo que sean necesarias para la gestión, liquidación y recaudación de todas las tasas reguladas en el Título IV de la presente Ley.”

TÍTULO II MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

CAPÍTULO I Organización administrativa

Artículo 4. Atribución a Nuevo ARPEGIO, S.A. de la condición de beneficiario de expropiaciones Para el desarrollo e impulso de los programas del suelo de la Comunidad de Madrid, la empresa pública Nuevo ARPEGIO, S.A., en cumplimiento de sus objetivos de promoción y ejecución de actividades urbanísticas, podrá llevar a cabo las actuaciones necesarias de adquisición de suelo, y ostentará a dicho efecto la condición de beneficiaria prevista en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, correspondiendo la potestad expropiatoria al ente urbanístico.

Artículo 5 Modificación parcial de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

Se modifican los preceptos que a continuación se indican de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

Uno. El apartado Dos 4.b) del artículo 16 queda redactado de la siguiente manera:

“b) El inventario de los bienes y derechos, integrantes de la rama de actividad, cuyo conjunto constituye una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial independiente, que es objeto de aportación”.

Dos. El apartado Tres del artículo 16 tendrá la siguiente redacción:

“Tres. 1. Una vez constituida la sociedad a que se refieren los apartados anteriores y previa autorización por Acuerdo del Consejo de Gobierno, el Canal de Isabel II, en el marco de las previsiones contenidas en la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos, llevará a cabo la capitalización de la sociedad que mantendrá, en los términos establecidos en el contrato-programa, la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización de agua que, por cualquier título, corresponden al Canal de Isabel II. El proceso de capitalización, que se desarrollará en las fases que se determinen en el Acuerdo del Consejo de Gobierno que lo autorice, podrá implicar la enajenación de hasta un máximo del 49 por 100 del capital de la sociedad a operadores económicos y ciudadanos y se ajustará a los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia.

2. Los Municipios que, manteniendo en vigor algún convenio por el que encomienden al Canal de Isabel II el servicio de distribución a su población, no hayan suscrito, con anterioridad a la autorización del proceso de capitalización, el correspondiente convenio de incorporación al nuevo modelo de gestión percibirán temporalmente una cantidad anual por habitante, que se fijará por el Consejo de Gobierno una vez aprobada la valoración del contrato-programa, desde la entrada efectiva de capital privado en la sociedad hasta que se proceda a la resolución y liquidación del convenio o los convenios de encomienda de servicios vigentes. A tal efecto, el Ayuntamiento y el Canal de Isabel II podrán desistir libremente de cualquiera de tales convenios, procediéndose a su liquidación que implicará, en su caso, la entrega de la red y el traspaso de la gestión a favor del Ayuntamiento y el pago de las cantidades respectivamente adeudadas, incluidas las inversiones pendientes de amortización”.

Tres. Se adiciona un apartado Cuatro al artículo 16 con el siguiente tenor literal:

“Cuatro. La sociedad a la que se refieren los apartados anteriores podrá crear o disolver sociedades de capital con limitación de responsabilidad o realizar actos que impliquen la adquisición o pérdida de su participación mayoritaria, directa o indirecta, en el capital de estas sociedades sin necesidad de autorización del Consejo de Gobierno, siempre que ello sea necesario para el desarrollo de sus actividades. Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad dará cuenta de dichas operaciones societarias, al Consejo de Gobierno, una vez hayan sido realizadas”.

Artículo 6. Modificación parcial de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas

El número 1 del apartado Seis del artículo 10 de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, queda redactado en los siguientes términos:

“1. El Consejo de Administración de la Agencia estará constituido por el Consejero al que está adscrita la Agencia en calidad de Presidente, el Viceconsejero que tiene adscrita la Agencia, el Secretario General Técnico de la Consejería de adscripción, que será el Vicepresidente, y los siguientes vocales: a) El Consejero-Delegado de la Agencia.
 b) Los Secretarios Generales Técnicos de las distintas Consejerías.
 c) Los Directores Generales competentes en materia de presupuestos, patrimonio, recursos humanos, función pública y calidad de los servicios.
 d) Aquellas personas o titulares de cargos que sean nombrados por su carácter representativo o técnico, a propuesta del Presidente del Consejo, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, que establecerá las modalidades, condiciones y efectos del nombramiento”.

Artículo 7. Modificación parcial de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid

El apartado 1 del artículo 6 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, queda redactado de la siguiente forma:

“1. Los puestos de trabajo de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid que tengan encomendado el desempeño de las funciones descritas en esta Ley se adscribirán, con carácter exclusivo, a los funcionarios del Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid, en el que se ingresará mediante oposición entre Licenciados en Derecho. Esta misma titulación deberá ser poseída, como mínimo, por los miembros del tribunal calificador.

El tribunal calificador estará compuesto por siete juristas de reconocida competencia, que sean funcionarios públicos de nivel superior, nombrados por Orden del Consejero del que dependa la Dirección General de los Servicios Jurídicos, a propuesta del titular de esta”.

Artículo 8. Modificación parcial de la Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.

Se modifica el apartado 2 del artículo 33 de la Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, que queda redactado de la siguiente forma:

“2. No podrá ser elegido Consejero quien durante los cinco años anteriores a la fecha de elección, a excepción del desempeño de funciones en los entes de derecho público que ejerzan con plena independencia funciones de naturaleza consultiva, supervisión o regulación, haya desempeñado funciones de dirección, gestión, inspección o intervención de ingresos o gastos en cualquiera de las entidades pertenecientes al sector público de la Comunidad de Madrid, o hayan sido perceptores de subvenciones con cargo a dicho sector público”.

Artículo 9. Extinción del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid

1. Queda extinguido el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, integrándose el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones resultantes de su extinción en la Comunidad de Madrid.

2. El ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid será asumido por la Consejería competente en materia de comercio interior, de la que pasará a depender orgánicamente el personal funcionario adscrito al ente en el momento de su extinción. Las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia se ejercerán por una unidad administrativa creada al efecto.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid deberá rendir cuentas comprensivas de todas las operaciones realizadas desde el comienzo del ejercicio 2011 hasta el momento de su extinción. Dichas cuentas deberán ser aprobadas por el titular de la Consejería de adscripción, una vez formuladas por el titular de la Secretaría General Técnica de la referida Consejería. La aprobación de las cuentas tendrá lugar en el plazo de cuatro meses desde que sea efectiva la extinción, a cuyo fin, en el plazo de dos meses, se remitirán a la Intervención General las cuentas debidamente formuladas para la emisión del informe de auditoría

Sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de rendir las cuentas en los términos anteriormente indicados, para proceder a la integración de los derechos, obligaciones y patrimonio de este ente se solicitará la siguiente documentación referida a la fecha de la extinción del ente: balance de comprobación, relación de acreedores y deudores, inventarios de inmovilizado y existencias y certificaciones bancarias acreditativas de los medios líquidos, así como cualquier otra documentación justificativa de los saldos objeto de incorporación.

Artículo 10. Extinción de la Agencia Madrileña para la Emigración

1. Queda extinguida la Agencia Madrileña para la Emigración creada por la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, integrándose el conjunto de bienes, derechos y obligaciones resultantes de su extinción en la Comunidad de Madrid.
2. El ejercicio de las competencias en materia de emigración será asumido por la Consejería competente en materia de asuntos europeos y cooperación con el Estado, de la que pasará a depender orgánicamente el personal funcionario adscrito al ente en el momento de su extinción.
3. La Agencia Madrileña para la Emigración deberá rendir cuentas comprensivas de todas las operaciones realizadas desde el comienzo del ejercicio 2011 hasta el momento de su extinción. Dichas cuentas deberán ser aprobadas por el titular de la Consejería a la que estuviera adscrita la Agencia en el momento de la extinción, una vez formuladas por el titular de la Secretaría General Técnica de la referida Consejería. La aprobación de las cuentas tendrá lugar en el plazo de cuatro meses desde que sea efectiva la extinción, a cuyo fin, en el plazo de dos meses, se remitirán a la Intervención General las cuentas debidamente formuladas para la emisión del informe de auditoría. Sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de rendir las cuentas en los términos anteriormente indicados, para proceder a la integración de los derechos, obligaciones y patrimonio de este ente se solicitará la siguiente documentación referida a la fecha de la extinción del ente: balance de comprobación, relación de acreedores y deudores, inventarios de inmovilizado y existencias y certificaciones bancarias acreditativas de los medios líquidos, así como cualquier otra documentación justificativa de los saldos objeto de incorporación.

Capítulo II

Actividad administrativa

Artículo 11. Modificación parcial de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid.

Se modifican los preceptos que a continuación se indican de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid.

Uno. El artículo 4 queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 4. Principios generales y procedimientos de concesión.

1. Las subvenciones que se concedan por la Comunidad de Madrid lo serán con arreglo a criterios de publicidad, concurrencia, objetividad transparencia, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos

fijados para el establecimiento de las mismas y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

2. El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva. El otorgamiento de estas subvenciones, con el límite de créditos disponibles fijados en la convocatoria, se realizará a las solicitudes que hayan obtenido mayor valoración en aplicación del criterio o criterios previamente fijados en las bases reguladoras y en las convocatorias, una vez comparadas las solicitudes dentro de un plazo limitado y establecida una prelación entre las mismas. En este supuesto, la propuesta de concesión se formulará al órgano concedente por un órgano colegiado a través del órgano instructor.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las bases reguladoras podrán establecer un procedimiento simplificado de concurrencia competitiva sin necesidad de órgano colegiado, en cuyo caso la propuesta se formulará por el órgano instructor, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la prelación de las solicitudes válidamente presentadas y que cumplan los requisitos que se establezcan, se fije únicamente en función de su fecha de presentación dentro de un plazo limitado, pudiendo obtener la subvención únicamente las que se encuentren dentro de los límites de crédito disponible en la convocatoria y siendo denegadas el resto.

b) Cuando el crédito consignado en la convocatoria fuera suficiente para atender a todas las solicitudes que reúnan los requisitos establecidos, una vez finalizado el plazo de presentación, no siendo necesario establecer una prelación entre las mismas.

4. Excepcionalmente, siempre que así se prevea en las bases reguladoras, el órgano competente procederá al prorrateo, entre los beneficiarios de la subvención, del importe global máximo destinado a las subvenciones.

5. Podrán concederse de forma directa las siguientes subvenciones:

a) Aquellas que tengan asignación nominativa en los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid.

b) Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía vengan impuestos por normas de rango legal.

c) Con carácter excepcional, aquellas subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

El régimen aplicable a estas subvenciones será el siguiente:

1. El Consejo de Gobierno, aprobará mediante Acuerdo la normativa especial reguladora de aquellas subvenciones en las que exista una pluralidad de beneficiarios no singularizados en el momento de dicha aprobación. En estos supuestos, el órgano concedente deberá publicar la declaración de los créditos presupuestarios disponibles para atender las obligaciones de contenido económico que se deriven de su concesión, previa la tramitación del expediente de gasto que corresponda, iniciándose el procedimiento con la solicitud de los

interesados, que deberán entenderla desestimada por el transcurso del plazo fijado para resolver.

2. El Consejo de Gobierno podrá autorizar el otorgamiento de subvenciones de forma simultánea a la aprobación de planes o programas cuando los beneficiarios sean Universidades públicas, Corporaciones y Entidades Locales, siempre y cuando los mismos incorporen el objeto y condiciones de otorgamiento de la subvención.

3. El Consejo de Gobierno, podrá autorizar la celebración de convenios o acuerdos de colaboración sin contraprestación con los beneficiarios de las subvenciones, cuando éstos se encuentren singularizados en el momento de su autorización.

6. En los supuestos de concesión directa contemplados en la letra c) del apartado anterior, la propuesta se realizará por el órgano competente para conceder la subvención, debiendo incorporar al expediente un informe justificativo de la concurrencia de las razones excepcionales que aconsejan la utilización del procedimiento de concesión directa, firmado por el titular de la Consejería competente o de la que dependa el organismo autónomo, empresa o ente proponente. De las actuaciones realizadas al amparo de este párrafo se dará cuenta trimestralmente a la Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda de la Asamblea de Madrid”.

Dos. Se suprime el apartado 2 del artículo 7.

Artículo 12. Modificación parcial de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego en la Comunidad de Madrid

Se modifican las disposiciones de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego en la Comunidad de Madrid, que se indican a continuación.

Uno. El artículo 5 queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 5. Publicidad y promoción.

1. La publicidad y promoción de las actividades de juegos y apuestas así como de las empresas y establecimientos de juego estará permitida a las empresas autorizadas para el ejercicio de dichas actividades y no requerirá autorización administrativa previa.

2. Las disposiciones acerca de la publicidad ilícita contenidas en la legislación general sobre publicidad serán aplicables a la publicidad de las actividades de juegos y apuestas así como de las empresas y establecimientos autorizados.

3. La publicidad y promoción deberán respetar, en todo caso, la normativa sobre protección de menores.

4. La publicidad y la promoción no serán contrarias a lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

En particular, las comunicaciones publicitarias por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente requerirán la previa solicitud o la expresa autorización de sus destinatarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

5. La publicidad y promoción no alterarán la dinámica del juego correspondiente.

6. La publicidad y promoción respetarán los principios básicos sobre juego responsable y deberán contener la advertencia de que la práctica de los juegos y apuestas puede producir ludopatía y de que dicha práctica está prohibida a los menores de edad”.

Dos. Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 8 con el siguiente contenido:

“4. El titular de la Consejería competente en materia de juego podrá autorizar a cada casino de juego la apertura y funcionamiento de una sala que, formando parte del mismo, se encuentre situada fuera del recinto o complejo donde se ubique dicho casino, en el mismo o distinto término municipal. Dicha sala funcionará como apéndice del casino para la práctica de los juegos que tenga autorizados”.

Tres. Se añade una disposición adicional única con el siguiente tenor literal:

“Disposición adicional única. Régimen jurídico aplicable a las actividades de juego desarrolladas a través de medios informáticos, interactivos o de comunicación a distancia.

1. La homologación de los sistemas técnicos de las actividades de juego que se desarrollen por medios informáticos, interactivos o de comunicación a distancia se regirá por la normativa estatal que regula el régimen de la homologación preliminar y definitiva de dichos sistemas, en tanto no se apruebe normativa específica propia de la Comunidad de Madrid.

2. La autorización para el ejercicio de estas actividades de juego, otorgada tras la homologación preliminar, quedará condicionada a la obtención de la homologación definitiva del sistema técnico de juego, de conformidad con lo establecido en el apartado anterior.

3. La Unidad Central y la réplica que integren el sistema técnico de juego deberán poder ser monitorizadas desde el territorio de la Comunidad de Madrid por el órgano competente en materia de ordenación y gestión del juego, con independencia de su ubicación, en los términos establecidos por la normativa estatal que regula la monitorización de las actividades de juego, en tanto no se apruebe normativa específica propia de la Comunidad de Madrid.

4. Las actividades de juego desarrolladas a través de medios informáticos, interactivos o de comunicación a distancia se podrán explotar por las empresas autorizadas para el ejercicio de dichas actividades sin sujeción a las normas de exclusividad previstas para el juego de carácter presencial.

5. La práctica de los juegos desarrollados a través de medios informáticos, interactivos o de comunicación a distancia se regirá por la normativa estatal, en tanto no se apruebe normativa específica propia de la Comunidad de Madrid para estos juegos”.

Artículo 13. Modificación parcial de la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid

Se modifica el primer párrafo del artículo 14 ter de la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, que queda redactado en los siguientes términos:

“Cuando la Caja de Ahorros, de forma concertada con otras Cajas de Ahorros, participe en un sistema institucional de protección, podrán existir territorios naturales y territorios comunes en los que la Caja de Ahorros, de forma concertada con otras Cajas de Ahorros, ejercite indirectamente su actividad financiera a través de una entidad bancaria controlada conjuntamente por todas las Cajas de Ahorros que se integren en el sistema institucional de protección. Dichas zonas geográficas naturales y comunes han de quedar definidas en el contrato de integración correspondiente”.

Artículo 14. Modificación parcial de la 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

La disposición adicional única de la 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, queda redactada de la siguiente manera:

«Áreas naturales en territorios comunes en sistemas institucionales de protección. En el caso de que en el contrato de integración relativo a un sistema institucional de protección exista algún área dentro del territorio geográfico definido como “territorio común”, que fuera a su vez considerada como territorio natural para una Caja de Ahorros, se aplicarán las reglas establecidas en la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros, respecto de la representación de intereses colectivos en los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros, integrando dicha área en el “territorio natural” en el que actúe la Caja de Ahorros».

Artículo 15. Modificación parcial de la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos

Uno. Se modifica la letra h) del artículo 28.1 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos, que queda redactada de la siguiente forma:

“h) En todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo. Esta prohibición no afecta a la publicidad exterior de bebidas que obtienen su graduación mediante fermentación de la uva, manzana o cereales y cuya graduación no supere los veinte grados centesimales”.

Dos. Se suprime el apartado 9 del artículo 30.

Tres. Se suprimen los apartados 10 y 11 del artículo 30.

Cuatro. La letra a) del artículo 61.2 tendrá la siguiente redacción:

“a) En lo relativo a la infracción de las prohibiciones y limitaciones a la venta de bebidas alcohólicas serán competentes los órganos previstos en la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid”.

Artículo 16. Modificación parcial de la Ley 5/1985, de 16 de mayo, de creación del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid

Uno. Se adiciona un nuevo artículo 13 bis) a la Ley 5/1985, de 16 de mayo, de creación del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid, con el siguiente tenor literal:

“Artículo 13 bis). Prestación del servicio de transporte público a través de la red explotada por Metro de Madrid, S.A.

1. El servicio de transporte público de viajeros por ferrocarril que se presta a través de la red explotada por Metro de Madrid, S.A. tiene la consideración de supramunicipal, correspondiendo a la Comunidad de Madrid la competencia en relación con el mismo y con sus futuras ampliaciones, al amparo del artículo 26.1.6 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

2. La Comunidad de Madrid prestará este servicio en la Ciudad de Madrid sin perjuicio de las competencias y funciones atribuidas al Consorcio Regional de Transportes en el artículo 2 de esta Ley. A tal fin, y en tanto tenga atribuida la titularidad de este servicio la Administración autonómica, el Ayuntamiento de Madrid le transferirá la titularidad del conjunto de bienes y derechos inherentes a la prestación del servicio de transporte de la red explotada por Metro de Madrid, S.A., de los que el Ayuntamiento es titular, incluyendo las acciones representativas del capital social de Metro de Madrid, S.A., ostentadas

por el Ayuntamiento, eximiéndose, por tanto, al Ayuntamiento de la obligación económica relacionada con los costes derivados de esta prestación.

3. Se crea la Comisión Mixta de transferencias integrada paritariamente por cuatro miembros: dos en representación de la Comunidad de Madrid y dos en representación del Ayuntamiento de Madrid con las siguientes funciones:

a. Identificar y valorar los medios financieros, materiales y, en su caso, personales que se traspasen como consecuencia de la transferencia.

b. Realizar un inventario detallado de los bienes, derechos y obligaciones de la Administración municipal que se transfieren, con especificación de los datos que permitan la correcta identificación de los bienes inmuebles.

c. Realizar un inventario de la documentación administrativa relativa al servicio o competencias transferidas.

d. Impulsar el adecuado desarrollo del proceso de transferencia proponiendo la suscripción de aquellos convenios y negocios jurídicos que sean necesarios para la mejor prestación del servicio.

e. Proponer, por unanimidad de ambas Administraciones, los acuerdos que correspondan en el proceso de transferencias.

4. La entrega de bienes, derechos y obligaciones y documentación deberá formalizarse mediante la correspondiente acta de entrega y recepción.

5. Será título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad del traspaso de bienes inmuebles de la Administración del Ayuntamiento de Madrid o del Consorcio Regional de Transportes a la Comunidad Autónoma la certificación expedida por la Comisión Mixta de los acuerdos de traspaso debidamente adoptados. Esta certificación deberá contener los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria.

6. El funcionamiento de la Comisión Mixta se rige por lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Dos. Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 14 de la Ley 5/1985, de 16 de mayo, de creación del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid, con la siguiente redacción:

“4. El Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid sólo financiará, con cargo a sus recursos, abonos de transporte de usuarios residentes en la Comunidad de Madrid y en aquellas otras Comunidades Autónomas con las que se hubieran suscrito convenios”.

Artículo 17. Modificación parcial de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid

Uno. Los apartados 5 y 6 del artículo 36 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, quedan redactados en los siguientes términos:

“5. El sistema de redes generales deberá definirse en la ordenación estructurante respecto al conjunto del Municipio, de forma que cada una tenga las dimensiones y características suficientes para satisfacer adecuadamente las necesidades sociales actuales y potenciales. A tales efectos, y por referencia a la capacidad total máxima de los suelos urbanos no consolidados y urbanizables y respecto a un módulo de 100 metros cuadrados de superficie edificable de cualquier uso, excepto el industrial, deberán cederse 20 metros cuadrados por dicho concepto, cuyo destino será fijado por dichas necesidades.

6. El sistema de redes locales de un municipio se dimensionará respecto a cada ámbito de actuación o sector y/o unidad de ejecución atendiendo a las necesidades de la población prevista y de complementariedad respecto a las respectivas redes generales y supramunicipales.

El planeamiento urbanístico podrá imponer condiciones de agrupación a las dotaciones locales de forma que se mejoren sus condiciones funcionales, sin que ello redunde en ningún caso en reducción de los estándares fijados en este artículo. En todo caso, en cada ámbito de suelo urbano no consolidado o sector y/o unidad de ejecución de suelo urbanizable no destinados a uso industrial, se cumplirán las siguientes condiciones mínimas:

a) La superficie total en el ámbito o sector y/o unidad de ejecución de elementos de las redes locales de equipamientos y/o infraestructuras y/o servicios será de 30 metros cuadrados por cada 100 metros cuadrados construidos.

b) Del total de la reserva resultante de cumplir el apartado anterior, al menos el 50 por 100 deberá destinarse a espacios libres públicos arbolados.

c) Por cada 100 metros cuadrados edificables o fracción de cualquier uso deberá preverse, como mínimo, una plaza y media de aparcamiento, siempre en el interior de la parcela privada. La dotación mínima de plazas de aparcamiento deberá mantenerse aunque se modifique el uso.

d) Los estándares del apartado anterior sobre reservas de aparcamiento no serán de aplicación en los siguientes supuestos:

1. Cuando, por razones de congestión y densidad de los centros urbanos, el instrumento de planeamiento general establezca límites máximos a las plazas de aparcamiento privado o público para comercios, espectáculos y oficinas.

2. Cuando, por las condiciones de accesibilidad o las dimensiones de las manzanas o parcelas existentes, las Ordenanzas municipales eximan de la obligatoriedad de plaza de garaje en el propio edificio; en tal supuesto, los requerimientos de aparcamiento deberán suplirse en otro lugar.

e) Los estándares de la anterior letra b) no serán de aplicación cuando se trate de vivienda que cuente con zonas verdes o espacios libres privadas al menos en la misma cuantía que la cesión a la que estaría obligada. En el caso de que no se alcanzara, se cederá hasta completarla”.

Dos. El apartado 2 del artículo 38 tendrá la siguiente redacción:

“2. En suelo urbanizable sectorizado y no sectorizado como mínimo el 30 por 100 de la edificabilidad residencial deberá destinarse a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

Los planes generales podrán motivadamente modificar estos porcentajes, manteniendo el porcentaje global y el principio de cohesión social”.

Artículo 18. Modificación parcial de la Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid

Se añade un nuevo apartado 4 en el artículo 21 de la Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid, con el siguiente tenor literal:

“4. La Administración Deportiva de la Comunidad de Madrid ostentará sobre las Federaciones Deportivas de la Comunidad de Madrid, en el ejercicio de las funciones delegadas establecidas en el artículo 36 de la presente Ley, las siguientes facultades:

a) Revocar de forma motivada la delegación de todas o algunas de las funciones públicas de carácter administrativo. En tal caso, el ejercicio de las citadas funciones podrá ser asumido directamente por la Administración Deportiva de la Comunidad de Madrid o podrá delegarse provisionalmente en otras entidades, suscribiéndose, en este caso, el correspondiente convenio.

b) Avocar de forma motivada los asuntos que se consideren convenientes relativos al ejercicio de las funciones públicas delegadas.

c) Inspeccionar los libros y documentos federativos oficiales y reglamentarios.

d) Convocar a los órganos de gobierno, representación y control, para el debate y resolución, si procede, de asuntos o cuestiones determinadas, cuando aquellos no hayan sido convocados por quien tiene la obligación estatutaria o legal de hacerlo en tiempo reglamentario.

e) Suspender motivadamente de forma cautelar al Presidente o a los demás miembros de los órganos de gobierno y control, cuando se incoe expediente disciplinario contra los mismos, como consecuencia de presuntas infracciones o irregularidades muy graves y susceptibles de sanción, tipificadas como tales en la presente Ley”.

Artículo 19. Modificación parcial de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid

El apartado 3 del artículo 31 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, queda redactado en los siguientes términos:

“Las oficinas de farmacia que deseen modificar el horario que vinieran prestando con anterioridad podrán hacerlo en cualquier momento, debiendo para

ello cursar comunicación a la Consejería de Sanidad con los requisitos que en su caso se determinen reglamentariamente, a fin de lograr una adecuada planificación de la asistencia farmacéutica.

En particular, tal comunicación deberá tener lugar con una antelación de un mes a la fecha de su efectividad caso de que se comunique la ampliación de horario, y de tres meses si lo que se pretende es la reducción de horario”.

DISPOSICIONES ADICIONALES

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos

1. A partir de la entrada en vigor de la presente ley, y para el conjunto del sector público establecido en el artículo 19.1 de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2012, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos.

Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.

Para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid se autoriza a la Consejería de Presidencia y Justicia a dictar las instrucciones necesarias para adecuar los calendarios laborales vigentes, incluidos los sistemas de seguimiento del cumplimiento horario, previa negociación en el seno de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos de la Administración de la Comunidad de Madrid. Para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito del personal dependiente del Servicio Madrileño de Salud, se autoriza al Servicio Madrileño de Salud a dictar las instrucciones necesarias para adecuar los horarios vigentes en los centros en los que esta medida sea de aplicación, previa negociación en el seno de la Mesa Sectorial del Personal de las Instituciones Sanitarias Públicas del Servicio Madrileño de Salud.

2. La jornada semanal del personal docente que imparte enseñanzas en los centros de educación secundaria y formación profesional será la establecida con carácter general para los empleados públicos en el apartado primero de esta Disposición Adicional

De las 37 horas y 30 minutos de jornada semanal, 30 serán de obligada permanencia en el centro. De estas últimas, un mínimo de 25 se computarán como horario regular de los profesores, el cual comprenderá una parte lectiva y otra de carácter complementario. La parte lectiva podrá llegar hasta 21 horas. El

resto, hasta completar las 25 horas, se dedicará a actividades complementarias. Las horas restantes hasta completar las 30 horas le serán computadas a cada profesor como horario no fijo o irregular.

Las siete horas y media que no son de obligada permanencia en el centro se dedicarán a los deberes inherentes a la función docente.

Para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid se autoriza a la Consejería de Educación y Empleo a dictar las instrucciones necesarias para adecuar los horarios vigentes en los centros en los que esta medida sea de aplicación, previa negociación en el seno de la Mesa Sectorial de Personal Docente no Universitario.

3. Con igual ámbito de aplicación que el apartado 1, el régimen de permisos por asuntos particulares o de días de libre disposición, cualquiera que sea su denominación concreta, recogido en normas convencionales vigentes o en disposiciones reglamentarias, se ajustará estrictamente a lo previsto en los artículos 48.1.k) y 48.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, salvo lo establecido en otras leyes estatales de aplicación directa. En consecuencia, con carácter general el número máximo anual de días de asuntos particulares será de seis, incrementados en dos a partir del sexto trienio y en uno más por cada trienio a partir del octavo.

En el caso del personal al servicio de la Administración de Justicia, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 503 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el permiso por asuntos particulares tendrá una duración de nueve días. En aquellos supuestos en que, en las normas convencionales o disposiciones generales aplicables, se establezcan períodos adicionales de vacaciones respecto de las ordinarias de carácter anual, el número de días que conformen los mismos no podrá exceder de seis, sin perjuicio de lo que al respecto se encuentre establecido para el personal docente no universitario.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Incapacidad temporal

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, con vigencia durante el presente ejercicio y para el conjunto del sector público establecido en el artículo 19.1 de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2012, el régimen de prestaciones o complementos económicos en el supuesto de incapacidad temporal se ajustará estrictamente a lo dispuesto en la normativa del régimen de seguridad social que, en cada caso, resulte de aplicación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos supuestos en los que la incapacidad temporal derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso se mantendrán las medidas de mejora de

la prestación económica correspondiente que se encuentren previstas en la normativa convencional o reglamentaria aplicable.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Régimen transitorio de las concesiones directas de subvenciones.

Los Acuerdos aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en aplicación de las disposiciones adicionales recogidas en las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para los años 2009, 2010 y 2011 mantendrán su vigencia siempre y cuando persistan las condiciones excepcionales que motivaron su aprobación, siendo de aplicación a dichos Acuerdos el régimen previsto en la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA

Régimen transitorio aplicable en el primer trimestre de 2012 a las solicitudes de suspensión de la autorización de explotación de máquinas recreativas y de juego. Las solicitudes de suspensión de las autorizaciones de explotación de máquinas recreativas y de juego presentadas desde la entrada en vigor de esta Ley hasta el 14 de enero de 2012 que cumplan los requisitos establecidos al respecto se entenderá concedidas con efectos de 1 de enero de 2012.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

Régimen transitorio relativo a las cesiones y al porcentaje de vivienda de promoción pública en planeamiento general. Lo dispuesto en los artículos 36.5 y 6 y el artículo 38.2 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, será de aplicación a los expedientes de planeamiento que a la entrada en vigor de la presente ley no estuvieran aprobados definitivamente, cualesquiera que sean las previsiones del Plan al respecto y sin necesidad de modificar éste, cuando así se haya solicitado por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento y sin necesidad de retrotraerse a fases anteriores en la tramitación.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Derogación normativa

1. Quedan derogadas cuantas disposiciones normativas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en la presente ley.
2. En particular, quedan derogadas las siguientes disposiciones:
 - a) El apartado 3 de la disposición derogatoria única del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid.
 - b) La Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de Creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.
 - c) El artículo 13 de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

DISPOSICIONES FINALES

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Desarrollo normativo

Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente ley.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Modificaciones presupuestarias

Se autoriza al Consejero de Economía y Hacienda a realizar las modificaciones presupuestarias y las adaptaciones técnicas sobre el presupuesto que sean precisas para la ejecución de esta ley.

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Suspensión de la autorización de explotación de máquinas recreativas y de juego.

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley la vigencia de la autorización de explotación de las máquinas recreativas y de juego, regulada en el artículo 37 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Juego de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 73/2009, de 30 de julio, podrá ser suspendida temporalmente en los términos siguientes:

1. La empresa titular de la autorización de explotación de una máquina recreativa y de juego podrá solicitar del órgano competente en materia de ordenación y gestión del juego la suspensión temporal de dicha autorización por un plazo no superior a dieciocho meses, lo que requerirá la comunicación de emplazamiento de la máquina que acredite que no se encuentra en explotación.
2. La solicitud de suspensión se entenderá estimada si, cumplidos los requisitos establecidos al respecto y habiendo llegado la fecha solicitada para el inicio, no se ha dictado y notificado resolución expresa.

3. Transcurrido el plazo de suspensión sin que el interesado haya solicitado el alta de la autorización de explotación, se procederá de oficio a dicha alta.

4. La suspensión temporal no afectará al período de vigencia de la autorización de explotación ni a la cuantía de las fianzas exigibles.

Dos. Se autoriza al Consejo de Gobierno a modificar por decreto el régimen de la suspensión de la autorización de explotación de máquinas recreativas y de juego regulado en el apartado anterior.

DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. Entrada en vigor

Uno. La presente ley entrará en vigor el día 1 de enero de 2012.

Dos. La transferencia de la titularidad de las acciones y demás bienes y derechos, propiedad del Ayuntamiento de Madrid y los que correspondan del Consorcio Regional de Transportes, así como la exención a la Administración municipal de contribuir a los costes derivados de la prestación del servicio de transporte público a través de la red explotada por Metro de Madrid, S.A., tendrá plenos efectos jurídicos y económicos con la entrada en vigor de esta Ley. Por tanto, ordeno a todos los ciudadanos a los que sea de aplicación esta Ley que la cumplan, y a los Tribunales y Autoridades que corresponda, la guarden y la hagan guardar.

Madrid, a 28 de diciembre de 2011.

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

**EJECUCIÓN FORZOSA A INSTANCIA DE UNA ENTIDAD DE
CRÉDITO: INNECESIDAD DE COPIA CON EFICACIA EJECUTIVA
[SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
(SECCIÓN 12ª) DE 16 DE JUNIO DE 2011.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Díaz Roldán.

Antecedentes.- Habiendo sido denegada en Primera Instancia la ejecución forzosa de un crédito instada por la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., dicha entidad recurrió en apelación. La razón por la que se había denegado la ejecución era la falta de un requisito del título ejecutivo, exigido con carácter general conforme a la legislación notarial, cual es que la copia expedida del mismo a efectos de presentarse en el procedimiento ejecutivo lo hubiera sido con eficacia ejecutiva. La Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la procedencia de la ejecución, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Doctrina.- La regla general conforme a la cual el documento presentado en el procedimiento ejecutivo ha de ser una primera copia del título emitida con eficacia ejecutiva, no se aplica de modo absoluto cuando la Entidad ejecutante es una «de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios» (artículo 685.4º LEC), pues en tales casos bastará con la presentación de una certificación del Registro de la propiedad acreditando la subsistencia de la hipoteca, acompañada de una copia autorizada de la escritura de hipoteca, que, conforme al artículo citado de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil «podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución». En tales casos, dicha certificación registral puede sustituir la primera copia antes aludida.

CARMEN JEREZ DELGADO

DOBLE INMATRICULACIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 13ª) DE 26 DE JULIO DE 2011.]

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

Antecedentes.- En un supuesto de doble inmatriculación, el Juez de Primera Instancia estimó la demanda presentada por un particular frente a la Comunidad de Madrid, y declaró el dominio del demandante sobre la finca objeto de litigio y la nulidad del título en virtud del cual la Comunidad de Madrid ejerció el derecho de expropiación del inmueble, ordenando la cancelación parcial de la inscripción registral favorable a la Comunidad de Madrid en cuanto comprendía la finca propiedad del demandante. Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad de Madrid (que reconocía la existencia de la doble inmatriculación) ante la Audiencia Provincial, éste fue desestimado.

Doctrina.- A falta de norma expresa que regule la materia, en los supuestos de doble inmatriculación debe aplicarse la doctrina jurisprudencial. Y conforme a la jurisprudencia, tales casos no pueden resolverse conforme a las normas del derecho hipotecario ya que sus principios protectores quiebran al existir dos asientos registrales de igual rango y naturaleza que son contradictorios e incompatibles entre sí. Estos supuestos deben resolverse conforme a las reglas de Derecho civil, haciendo prevalecer la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo a las mismas.

Frente al titular registral y poseedor del inmueble cuyo título procede del que causó la inmatriculación de fecha más antigua sin problema ninguno en el tracto sucesivo, no puede imponerse el titular registral cuyo título procede de un título inmatriculado más recientemente sin estar debidamente contrastado, máxime cuando este último no ha ostentado nunca la posesión del inmueble.

CARMEN JEREZ DELGADO

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO, BASADA EN DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA Y POSESIÓN ACREDITADA, E INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO DECLARADO EN VIRTUD DE LA SENTENCIA [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 21ª) DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2011.]

Ponente: Ilma. Sra. D^a María Almudena Cánovas del Castillo Pascual.

Antecedentes.- Las fincas registrales litigiosas constaban inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de una compañía promotora y financiera, que las había transmitido a un particular. La parte demandante ejercitó una acción declarativa de dominio frente a la entidad inscrita como titular y frente al primer adquirente del inmueble, alegando que este último les había vendido la propiedad de las fincas por documento privado y transmitido la posesión. Se solicitaba además en la demanda que se ordenase la inscripción de los inmuebles a nombre de la parte demandante. La entidad promotora se allanó a la demanda, mientras que el primer adquirente fue declarado en rebeldía.

En Primera Instancia se estimó la acción declarativa de dominio, pero se desestimó la pretensión de que se ordenase la inscripción en el Registro por entender que la parte demandante carecía de título inscribible. La parte demandante recurrió en apelación a fin de que se rectificase la sentencia anterior y se dictase una nueva que describiera exactamente las fincas y sirviera como título a los efectos de la inscripción registral.

La Audiencia Provincial de Madrid declaró que las fincas habían quedado descritas suficientemente en el procedimiento anterior (sin lo cual no hubiera sido posible declarar su propiedad a favor de la parte demandante), pero estimó la pretensión de fondo de ordenar la inscripción a favor de la parte demandante.

Doctrina.- Los documentos judiciales, y no sólo las escrituras públicas notariales, son, entre otros, documentos públicos aptos para producir la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria.

CARMEN JEREZ DELGADO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DATOS DE HECHO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 10ª) DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Vicente Illescas Rus.

Antecedentes.- La propietaria de una finca colocó unas moquetas en el acceso al inmueble, externo al vallado de la finca, convencida de que éste era de su propiedad. Esto dio lugar a un requerimiento del Ayuntamiento para que legalizara las obras y a la posterior denegación de las mismas por tratarse de un camino de dominio público. Como consecuencia de lo anterior, se ejercitó una acción declarativa del dominio del camino adyacente a la finca, argumentando la parte demandante que se trata de un camino privado de acceso a la casa ubicada hacia la mitad del predio. Alega a su favor la parte demandante, entre otras razones, que en la descripción de los linderos que consta en la inscripción registral de la finca no aparece dicho camino. En ambas instancias se desestimó la pretensión declarativa del dominio.

Doctrina.- La fe pública registral (artículo 38 de la Ley Hipotecaria) asegura la existencia, titularidad y contenido jurídico de los derechos inscritos, «pero no garantiza la exactitud de los datos de puro hecho relativos a la descripción de las fincas, de tal manera que la fe pública registral no se extiende a los datos y circunstancias de mero hecho que se constatan en el Registro, tales como la naturaleza, situación, linderos y superficie de la finca inscrita». Estos datos de hecho, basados en simples declaraciones de los otorgantes, no están cubiertos por la garantía de la fe pública registral, es decir, la institución registral no responde de los mismos.

CARMEN JEREZ DELGADO

BREVE RESUMEN DE LAS SENTENCIAS MÁS DESTACABLES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID TERCERÍA DE MEJOR DERECHO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 21ª) DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González.

Antecedentes.- Habiendo sido ejercitada una tercería de mejor derecho por una entidad bancaria contra otra entidad bancaria ejecutante y contra los ejecutados (deudores comunes de ambas entidades, que se allanaron), la acción fue estimada en Primera Instancia, declarándose la preferencia de la tercerista para el cobro de sus créditos, intereses y costas frente a la ejecutante, a excepción de cierta cantidad, en relación con la cual se declara preferente para el cobro a la entidad ejecutante.

Recurrida la sentencia en apelación, fue anulada por la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó nueva sentencia favorable a la entidad ejecutante y desestimando la tercería, ya que el título en virtud del cual se había iniciado la ejecución era una escritura de préstamo en que se pactaba un interés fijo y sin embargo se había considerado por la Primera Instancia como un interés que precisaba liquidación, asimilándolo a los intereses variables y retrasando así la fecha del crédito al momento de la liquidación, lo que no se considera correcto por la Audiencia. Este factor fue decisivo para que la Audiencia corrigiese el criterio de la sentencia recurrida.

Doctrina.- No es una genuina liquidación la operación matemática que resulta de calcular el interés fijo de la mora o interés legal, y el interés fijo pactado, y sumarlo a la cantidad fija de dinero adeudada (lo sería en el caso de que se hubiera pactado un préstamo con pacto de liquidación). Ni este hecho ni el hecho de que se hubiera dictado sentencia declarando la cuantía adeudada resultante suponen que a los efectos de la prelación crediticia deba estarse a la fecha de la hipotética liquidación ni a la fecha de la sentencia, sino que debe estarse a la fecha de la escritura pública del préstamo en que se pactó un interés remuneratorio fijo.

CARMEN JEREZ DELGADO

COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: IMPUGNACIÓN DE ESCRITURAS DE CAMBIO DE DESTINO DE LOCAL POR VIVIENDA Y VENTA [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 21ª) DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2011.]

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Rosa M^a Carrasco López.

Antecedentes.- La empresa propietaria de un local ubicado en un edificio en régimen de propiedad horizontal lo dividió, cambió el destino de los locales resultantes en viviendas y las vendió. La comunidad de propietarios impugnó las escrituras correspondientes de cambio de destino y de venta de viviendas, alegando la nulidad de dichos actos por haberse realizado sin autorización de la comunidad de propietarios, y solicitó la cancelación de los asientos correspondientes practicados en el Registro de la propiedad.

En Primera Instancia se estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación formulado por la parte demandada, manteniéndose los contratos y las correspondientes inscripciones registrales.

Doctrina.- Los propietarios de locales en régimen de propiedad horizontal están legitimados para cambiar el uso o destino del local y transformarlo en vivienda. Es jurisprudencia del Tribunal Supremo la que afirma que la mera descripción del inmueble no limita el uso ni las facultades del propietario, salvo cuando dicho cambio de uso o destino estuviese expresamente prohibido por los estatutos o el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal.

Cosa distinta es que dicho cambio pueda suponer una alteración de las cuotas de participación en el régimen de propiedad horizontal, en cuyo caso sí sería preceptiva la autorización de la comunidad de propietarios. No se da este supuesto cuando la cuota que tenía el local dividido y transformado es igual a la suma de las cuotas correspondientes a los locales resultantes.

CARMEN JEREZ DELGADO

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

CUARTO TRIMESTRE DE 2011

I.- PROPIEDAD

RESOLUCIÓN DE 06-06-2011 (BOE: 23-12-2011). EMBARGO CONTRA HERENCIA YACENTE

Hechos: Se presenta en el Registro un mandamiento ordenando el embargo de una finca, en cumplimiento del Decreto dictado por la secretaria judicial en procedimiento de ejecución seguido contra la herencia yacente de los titulares registrales de los bienes embargados.

El registrador suspende la inscripción y alega los siguientes defectos:

1º.- Falta de acreditación del fallecimiento de los titulares registrales, ya que ni se acompaña ni se dice nada al respecto en el mandamiento.

2º.- Falta de constancia de si las deudas por las que se sigue el procedimiento son de los causantes –titulares registrales– o de sus herederos.

3º.- Si las deudas son de los herederos, faltan sus circunstancias personales y los títulos sucesorios, así como de los certificados del Registro de Actos de Última Voluntad, de ambos causantes.

4º.- No se cumplen las exigencias del principio de tracto sucesivo habiéndose incoado un procedimiento contra la herencia yacente, por lo que debería dirigirse contra herederos ciertos y determinados o bien contra el administrador judicial de la herencia yacente.

La Dirección General comienza recordando el ámbito de la calificación registral en los documentos judiciales y la necesidad de que el registrador vele para que se cumpla el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal. Ello supone que aunque el Registrador no puede calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, sí que ha

de comprobar que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, con independencia del modo o garantías de las citaciones practicadas en los autos, pues, en caso negativo, habría una incongruencia entre resolución y procedimiento, materia calificable conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Una vez aclarado lo anterior, la Dirección confirma la calificación. Así, después de analizar diversos supuestos, señala que:

- Si fueran deudas de herederos determinados, faltaría la acreditación de las circunstancias personales de éstos y de sus títulos sucesorios, así como de los certificados del Registro de Actos de Última Voluntad de ambos causantes.
- Y si fueran deudas de herederos indeterminados –herencia yacente- sería preciso que o bien se acredite en el Mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

RESOLUCIÓN DE 28-06-2011 (BOE: 07-10-2011). CONDICIÓN RESOLUTORIA; CONSIGNACIÓN.

Recurso interpuesto por el Instituto Catalán del Suelo, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Cerdanyola del Vallès n.º 2, a inscribir un testimonio de una sentencia.

En el presente recurso se plantea si es inscribible o no el testimonio de una sentencia por la que se declara resuelta por falta de pago del precio aplazado una compraventa, teniendo en cuenta que resulta del Registro de la Propiedad que los compradores pagaron una parte de dicho precio aplazado.

La registradora funda su calificación suspensiva en que no se acredita la consignación del precio que haya de ser devuelto, de conformidad con el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario.

La Dirección General confirma la nota, indicando que es doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resolución de 19 de junio de 2007) que entre los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil (y no sólo para la cancelación de las cargas posteriores) se incluye el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte,

el deber de «restituirse de lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil.

Ha de tenerse en cuenta que los terceros adquirentes, incluso con derecho inscrito o anotado, están afectados por el asiento que se solicita por la resolución, en el sentido de que han de estar a las vicisitudes del cumplimiento de la obligación de pagar la contraprestación que incumbe al adquirente según el contrato en que se estipuló la condición resolutoria, pudiendo si así les interesa pagar lo que falte (artículo 1158 del Código Civil), pues una vez producida la resolución ha de considerarse retroactivamente que el bien ha seguido siendo siempre del vendedor o transmitente. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo (Sentencia de 11 de octubre de 1995) al afirmar que la resolución produce sus efectos «ex tunc» y no «ex nunc», de forma que la resolución del dominio o derecho real adquirido por el comprador determina la resolución de los derechos constituidos sobre la cosa que traigan causa de ese dominio o derecho resuelto (artículos 513.6, 529 y 1124 del Código Civil y 11 y 107 de la Ley Hipotecaria), incluido el embargo trabado sobre el mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1995). Pero ello no quiere decir que los terceros hayan de soportar necesariamente cualquier acto de admisión del incumplimiento o de los demás presupuestos de la resolución. Se trata con esta cautela de evitar que a espaldas de los terceros, transmitente y adquirente concierten acuerdos sobre la resolución (anticipación de la resolución, disminución de las cantidades a consignar, etcétera) en menoscabo de la posición que corresponde a aquellos.

Por ultimo, la recurrente solicita también «anotación preventiva del recurso»; la Dirección, reiterando la doctrina de las R. 13.09.2005, y R. 19.11.2009, dice que «carece de interés en este supuesto, ya que, suspendido el plazo de caducidad del asiento de presentación como consecuencia del recurso, no existe razón para que el mismo asiento quede suspendido también por la práctica de la anotación.

RESOLUCIÓN DE 29-06-2011 (BOE: 22-10-2011). CONCURSO: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO POR CRÉDITOS CONTRA LA MASA.

Se pretende la anotación preventiva de embargo en virtud de mandamiento de la Tesorería General de la Seguridad Social estando anotado el concurso voluntario de la titular registral e inscrita la disolución y apertura de la fase de liquidación.

La registradora deniega la anotación pues la providencia de apremio y la diligencia del embargo son posteriores a la declaración del concurso y no existe un pronunciamiento del juez del concurso que declare que los bienes no son necesarios para la continuación de la actividad profesional del concursado.

El recurrente alega que se trata de créditos contra la masa por lo que no resulta de aplicación el artículo 55 de la Ley Concursal sino el artículo 154.2 permitiría anotar e incluso inscribir la ejecución antes de que termine el concurso.

La DGRN confirma la nota pues no resultaba del mandamiento que se tratará de créditos contra la masa pero, aunque así fuera, faltaría el pronunciamiento del juzgado de lo mercantil competente. Puntualiza el Centro Directivo que la consideración de que un determinado crédito es contra la masa corresponde hacerla al juez del concurso y no al propio titular del crédito ni menos aún al registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a tal efecto.

RESOLUCIÓN DE 30-06-2011 (BOE: 07-10-2011). CANCELACIÓN HIPOTECA; CADUCIDAD.

Recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Fuenlabrada n.º 4 a practicar la cancelación de una hipoteca solicitada en virtud de instancia.

Se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia mediante la cual se solicita conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación –por caducidad– de una hipoteca que se había constituido en escritura autorizada el 22 de febrero de 1978.

En dicha instancia se expresan las siguientes circunstancias: que el plazo de duración de la hipoteca se estableció en diez años, contados a partir del primero de abril u octubre siguiente a la disposición de los fondos; que el primer pago de amortización de capital e intereses se había efectuado el 30 de septiembre de 1979 (se acompaña un recibo que, según se manifiesta, corresponde a dicho pago); y que los diez años del plazo establecido para la amortización de la hipoteca se cumplieron el 30 de marzo de 1989.

La registradora deniega la cancelación solicitada, argumentando que la hipoteca se constituyó por un plazo cuyo cómputo inicial se hacía depender de la fecha de la primera disposición, sin que resulte del Registro la fecha en la que la misma se había realizado, por lo que no puede computarse el plazo para la prescripción de acciones a que remite para su cancelación, por caducidad, a tenor del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Debe advertirse que el recibo que se acompañaba para acreditar la fecha del primer pago de capital e intereses no es suficiente –a los efectos del Registro–, pues los datos que en él figuran no permiten establecer la identidad entre el préstamo a que el mismo se refiere y la obligación garantizada con la hipoteca, careciendo además del carácter de documentación auténtica.

Y la Dirección confirma esa calificación, ya que el art. 82.5 LH «posibilita la cancelación de la hipoteca mediante solicitud del titular registral de cualquier

derecho sobre la finca afectada, en un supuesto de caducidad o extinción legal del mencionado derecho real inscrito, pero es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía, o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro. Han de resultar de manera indubitada del Registro los datos – especialmente y con más que razonable certeza el dies a quo– que permitan constatar, sin margen de duda, el transcurso de los plazos que posibilitan la cancelación al amparo del citado precepto, circunstancia que no cabe en modo alguno tener por acreditada en este recurso.

RESOLUCIÓN DE 30-06-2011 (BOE: 07-10-2011). ARRENDAMIENTOS URBANOS; RETRACTO.

Recurso interpuesto por el notario de Mataró, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Madrid n.º43, a inscribir una escritura de dación en pago de deuda.

Se otorga una escritura de dación en pago de deuda, en virtud de la cual se transmiten 94 fincas de las 95 que forman un edificio, parte de las cuales se encuentran arrendadas con arrendamientos sujetos a la Ley de 1964, parte a la ley de 1994 y parte están libres de arrendamientos.

La registradora suspende la inscripción por «falta de justificación de las notificaciones a los arrendatarios a los efectos del posible ejercicio de sus derechos de tanteo y retracto».

La Dirección señala «la radical diferencia que existe entre la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que rige respecto de los arrendamientos concertados vigente dicho texto legal, y aquellos otros que se rigen por la vigente Ley de 1994.

La dación en pago, conforme a la ley de 1964 (art.47), es un negocio jurídico en que el inquilino tiene un derecho de adquisición preferente.

No así en los arrendamientos sujetos a la ley de 1994, art. 25.1 establece el derecho de adquisición preferente únicamente para el caso de venta de la vivienda arrendada, por lo que, al no extenderlo el legislador a supuestos distintos al de la venta (como, por el contrario, hace el art. 22 LAR), no cabe aplicar dicha limitación legal del dominio a la dación en pago.

La segunda cuestión que debe analizarse se centra en la calificación o concreción, del objeto del negocio jurídico que ha provocado la transmisión.

Para ello es necesario determinar si se trata o no de una transmisión de un conjunto de fincas agrupadas, pues no cabe calificarla como transmisión de edificio en su unidad, porque el cedente ha transmitido previamente una de las noventa y cinco entidades que integran aquél. Esta circunstancia es especialmente relevante, sobre todo respecto de las fincas con contratos de arrendamiento sometidos a la legislación de 1964 pues no se transmite un edificio en su conjunto, sino 94 fincas que conservan su individualidad. La solución adoptada por la ley de 1994 es diferente, pues en ese caso no se contempla tal derecho. No es aplicable tampoco la doctrina jurisprudencial según la cual se excluye el derecho del arrendatario si la porción de finca transmitida es mayor y no coincide con la finca arrendada, pues no es el caso.

En definitiva, la DGRN confirma la nota y desestima el recurso respecto de las fincas con arrendamientos sujetos a la ley de 1964, pero no así respecto de las restantes fincas libres o con arrendamientos posteriores a dicha ley, pues declara que no hay ningún obstáculo para que se inscriban.

RESOLUCIÓN DE 01-07-2011 (BOE: 07-10-2011). SEGURO DECENAL; MANIFESTACIÓN NOTARIAL.

Recurso interpuesto por el notario de León, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de León n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa de una vivienda.

En 2010 se inscribió una obra nueva en cuya declaración constaba un informe del alcalde según el cual la casa se construyó hacía más de cuatro años, sin mayores precisiones, y sin aportarse seguro decenal por tratarse de una vivienda de autopromotor.

En la escritura de compraventa, cuya inscripción se suspende, autorizada por el mismo notario ante quien se formalizó la obra nueva, se dispone que no procede la aplicación de la legislación sobre el seguro decenal (LOE 5 noviembre 1999) por haber sido realizada la construcción de la vivienda que en esta escritura se declara antes de la entrada en vigor de dicha Ley (6 mayo 2000), concretamente en el año 1999.

La cuestión que se plantea en el presente recurso radica por tanto en determinar, si para la inscripción de una escritura de compraventa de una casa, basta la manifestación que realiza el notario de que la construcción de la misma concluyó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, o si, por el contrario es preciso, como se exige en la nota de calificación, acreditar dicha circunstancia, al objeto de no serle exigible la constitución del seguro decenal.

El notario recurre y aporta un certificado catastral acreditativo de que en el Catastro aparece dada de alta la vivienda en 1999. Si bien, en cuanto al certificado indica la DG que no puede tenerse en cuenta la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada por el recurrente con el escrito de interposición del recurso –acreditativa de que la edificación fue realizada en 1999, por cuanto, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador.

Resuelve la DGRN confirmando la nota del registrador, sin entrar a considerar por extemporánea la certificación catastral aportada posteriormente a la calificación por el notario. No entra a valorar tampoco la inscripción de la obra nueva, pero insinúa que se pudo cometer un error al no hacer constar la fecha exacta de terminación conforme al certificado catastral que sí se incorporó a la escritura de obra nueva. En todo caso dicho error exigiría una rectificación del asiento registral con carácter previo a la inscripción de la presente venta.

RESOLUCIÓN DE 11-07-2011 (BOE: 22-10-2011). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: DEBE CONSTAR EL NIF DEL DEMANDANTE Y EL SELLO DEL JUZGADO. EL DEL BIEN PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL EXIGE NOTIFICACIÓN AL CÓNYUGE DEL DEUDOR.

El registrador suspende la práctica de una APE sobre una finca inscrita a nombre del cónyuge de la demandada con carácter presuntivamente ganancial por no constar el NIF de la demandante, la notificación del procedimiento al cónyuge de la demandada ni el sello del juzgado en todas las páginas del documento judicial presentado.

La DGRN confirma los tres defectos:

-En cuanto al NIF del demandante, resulta de la literalidad artículo 254 LH que habla de cualquier título (notarial, judicial o administrativo) y de su finalidad, la prevención del fraude fiscal.

-En cuanto a la falta de notificación, resultan de aplicación los artículos 541 LEC y 144, en relación con el artículo 94.1 RH, con arreglo a los cuales debe constar que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o que demandado uno se ha notificado al otro el embargo.

-En relación a la ausencia del sello del juzgado o tribunal es una formalidad extrínseca del documento que genera dudas sobre su autenticidad y es susceptible de calificación según el artículo 100 RH.

RESOLUCIÓN DE 15-07-2011 (BOE: 07-10-2011). INSCRIPCIÓN DERECHO USO; EN CONCEPTO DE PRECARIO.

Recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Zaragoza nº 3, a inscribir un derecho de uso.

Se pretende la inscripción del derecho de uso que sobre determinado inmueble (plaza de garaje) se concede a los compradores «sobre la participación indivisa descrita en concepto de precario y si pagar merced, si bien serán de cuenta de los precaristas los gastos de comunidad correspondientes a la misma.».

La registradora deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio, es un derecho que carece de trascendencia real, por tratarse de un mero uso al que no se le ha atribuido naturaleza real, y por tanto regulable conforme a las normas del comodato que impiden su inscripción.

Indica la DG que carece de trascendencia determinar si se trata de «una modalidad de comodato (denominado por la doctrina y algunas sentencias del Tribunal Supremo comodato-precario según el art. 1750 C.c.), o se trata de una figura incardinable en el concepto de precario en sentido amplio, comprensivo de toda situación de posesión concedida o tolerada, posesión sin título o con título ineficaz (por todas, las S. 30.06.2009 y S. 18.03.2011)»; pues en cualquier caso, «se trata de una relación de precario que ampararía el mero o simple hecho de poseer» y que, según el art. 5 LH, no es inscribible, confirmando por tanto la nota de la registradora.

RESOLUCIÓN DE 16-07-2011 (BOE: 07-10-2011). ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO PRIVADO. FALTA LA INTERVENCIÓN DE UNO DE LOS FIRMANTES.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Olivenza, por la que se deniega la inscripción de la elevación a público de un contrato privado de compraventa.

En 1985 la Diputación vendió una finca en documento privado a un comprador que se decía casado, pero sin expresar el nombre de su cónyuge. En 2010, quien dice ser su esposa separada legalmente manifiesta, sin acreditarlo, que mediante auto judicial se liquidó la sociedad de gananciales y se le adjudicó la finca en cuestión, y eleva a público el documento privado sin comparecencia del comprador, solo del vendedor y de la ex -esposa del comprador.

La Registradora exige el consentimiento del comprador.

Dice la DG que teniendo en cuenta que en el documento privado de compra figura tan solo el comprador como casado, pero sin constar el nombre de su esposa, para la práctica de la inscripción a favor de ella, y por razón del tracto sucesivo –aunque sea abreviado– será necesario acreditar fehacientemente que al tiempo de firmarse el documento privado de compraventa se encontraba casada con el comprador, así como aportar el Auto, por el que se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales.

La mera manifestación hecha por la ex -esposa, contenida en la escritura ahora presentada, de que se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la adjudicación a su favor, no goza de presunción de exactitud, habiendo manifestado el Tribunal Supremo que la eficacia probatoria del documento público no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad contenidas en ellas (Sentencia 28 de septiembre de 2006). Deberá por tanto aportarse testimonio del auto aprobatorio de la liquidación del régimen económico matrimonial de quien compró en el documento privado, del que resulte indubitadamente la adjudicación del bien.

Pero además será preciso que la elevación a público del documento privado por el que se compró para la sociedad de gananciales sea otorgado –o ratificado– por quien prestó su consentimiento en aquél o, en caso de fallecimiento, por sus herederos testamentarios o abintestato.

RESOLUCIÓN DE 16-07-2011 (BOE: 07-10-2011). DOMINIO PÚBLICO MARITIMO TERRESTRE; SERVIDUMBRE DE COSTAS.

Recurso interpuesto por contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Alicante nº 7, por la que se suspende la inscripción de una declaración de obra en construcción sobre varias parcelas.

Se discute en el presente recurso la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva, autorizada el 6 de julio de 2001, sobre seis parcelas sitas en la Isla de Tabarca. Dichas parcelas se formaron por división material de la registral 48.839, en cuya inscripción primera consta que no invade el dominio público marítimo terrestre, pero que está afecta por la zona de servidumbre de tránsito y la zona de servidumbre de protección establecidas por la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

El defecto alegado por la registradora en su nota consiste en que no se acompaña la certificación del Servicio Provincial de Costas, a que se refieren los artículos 31 y siguientes en relación con el artículo 35 del Reglamento de Costas, que acredite la no invasión de las servidumbres de tránsito y protección. En caso de estar enclavadas las obras que se declaran en la zona de servidumbre de

protección, no se acredita la autorización prevista en los artículos 47 a 50 del citado Reglamento.

Por su parte, el recurrente alega, que la construcción de las seis viviendas se realizó al amparo de licencia concedida por el Ayuntamiento de Alicante de fecha 17 de diciembre de 1996, manifestando que de acuerdo con el informe emitido el 8 de octubre de 2009, por el mismo Ayuntamiento, se certifica la vigencia del Plan Especial de la Isla de Tabarca de 1984, siendo aplicable el apartado 2.3.o de la disposición transitoria novena del Reglamento de Costas.

Pero la Dirección dice que corresponde al Estado «el otorgamiento o denegación de autorizaciones en las zonas de servidumbre de tránsito y de acceso al mar, siendo igualmente competencia del Estado la realización de los deslindes (arts. 11 y 12 L. 22/1988)», y que «las autorizaciones en la zona de servidumbre de protección, atribuidas inicialmente en la Ley de Costas y en el Reglamento de Costas a la Administración General del Estado, pasaron a las Comunidades Autónomas (S.TC 149/1991, que declaró inconstitucional el art. 110.b L. 22/1988 y S.TC 198/1991, que declaró también inconstitucional el art. 203.1.b RD. 1471/1989), sin perjuicio de las competencias de los Ayuntamientos para otorgar las licencias urbanísticas, en su caso». Y que «es cierto que las autorizaciones que se otorguen deben respetar el planeamiento urbanístico en vigor (art. 48.3 RD. 1471/1989) y que en principio deberían vincular las servidumbres de tránsito y de protección fijadas con participación del Servicio Periférico de Costas en la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana o en los Planes Especiales», pero «todas estas cuestiones deben ventilarse en su ámbito competencial propio, que es el administrativo o eventualmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa»; es decir, deben invocarse estos argumentos por el recurrente ante el propio Servicio Periférico de Costas y ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma. Y aunque estuvieran exceptuados del régimen protector de la servidumbre de tránsito o de protección, por la eventual aplicación del Plan Especial de la Isla de Tabarca de 1984, con base en el régimen transitorio previsto en el Reglamento de Costas, no por ello estarían exentas de aportar la certificación de Costas acreditativa de que las obras estaban así autorizadas.

RESOLUCIÓN DE 18-07-2011 (BOE: 07-10-2011). CREDITO REFACCIONARIO; ANOTACIÓN PREVENTIVA.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid nº 33, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de crédito refaccionario.

Mediante instancia privada se solicita la práctica de una anotación preventiva de crédito refaccionario por parte de un arquitecto respecto de sus honorarios

profesionales en la elaboración y ejecución de un proyecto relativo a la edificación de una construcción sobre la finca registral, aportando, junto a la factura, el visado del Colegio de Arquitectos de Madrid. En el Registro de la Propiedad, la finca figura gravada con cargas.

El registrador alega 3 defectos:

- 1.–Debe aportarse el contrato celebrado con el deudor, no siendo suficiente la factura de honorarios junto con el visado del Colegio de Arquitectos de Madrid;
- 2.–Estando la finca sujeta a cargas no se ha acreditado por convenio unánime en escritura pública o en su defecto por providencia firme, el valor de la finca antes de empezar las obras, conforme a los artículos 61, 63 y concordantes LH;
- 3.–Estando presentados y vigentes sus respectivos asientos, mandamiento de embargo y mandamiento de anotación preventiva de concurso necesario de los titulares registrales, no puede anotarse el título sino después de anotarse los anteriormente relacionados o que caduquen sus asientos, por ser incompatible con dichos títulos previos. y necesitarse autorización judicial del Juzgado donde se tramita el concurso (arts. 24.4 y 43.2 L. 22/09.07.2003, Concursal).

La Dirección General, en términos semejantes a los de la R. 06.04.2006, comienza aclarando el concepto de crédito refaccionario según la doctrina actual del TS: “no solo sería el que nace necesariamente de un préstamo en el sentido técnico-jurídico, sino también de aquellos otros negocios que contribuyan, de modo directo, al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, pero sin que pueda extenderse indiscriminadamente a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles, sino que sólo pueden ser calificados como créditos refaccionarios aquéllos en los que el acreedor había ejecutado la propia obra del edificio o bien había suministrado elementos, integrados de forma fija en el inmueble en cuestión”.

En cuanto a la nota de calificación confirma los tres defectos:

Para la anotación preventiva de crédito refaccionario es necesaria la presentación del contrato por escrito, y que, según el art. 155 RH «podrá solicitarse en virtud de documento privado debiendo concurrir a este fin, ante el registrador, todos los interesados en la anotación, personalmente o por medio de representante especialmente autorizado, por lo que no puede interpretarse en el sentido de que sea suficiente aportar la factura emitida por el arquitecto.

También es necesario el «convenio unánime por escritura pública entre el propietario y las personas a cuyo favor estuvieren constituidas aquéllas [las cargas o derechos inscritos] sobre el objeto de la refacción misma y el valor de la finca antes de empezar las obras, o bien con base en una providencia judicial [... aunque] no sería necesario dicho convenio si se solicita la anotación preventiva de crédito refaccionario sin afectar a los derechos reales inscritos o anotados con anterioridad, renunciando a su preferencia en cuanto al exceso de valor de la finca como consecuencia de la refacción (cfr. R. 09.06.1911).

Y, en cuanto a la objeción registral de estar presentados mandamiento de embargo y de concurso, dice la Dirección, citando los arts. 18.2 LH, 111.3 y 432.2 RH y la R. 26.07.1988, que, más que suspenderse la inscripción o anotación del presentado con posterioridad por estar pendientes de despacho títulos contradictorios previos, debe aplazarse su despacho; no procede, por tanto, decidir las consecuencias que, en caso de efectuarse la anotación del concurso de acreedores podría tener la práctica de la anotación de crédito refaccionario; incluso insinúa que no fuera necesaria la autorización judicial, al tratarse de un incremento patrimonial como consecuencia de la refacción no se trata de un gravamen propiamente dicho, por lo que no sería exigible la autorización judicial.

RESOLUCIÓN DE 01-08-2011 (BOE: 22-10-2011). DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN: PARA LA QUE DE LUGAR A PARCELAS INFERIORES A LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO NO BASTA LA LICENCIA MUNICIPAL.

Se presenta en el registro escritura de partición de herencia en la que se practica la segregación de una finca rústica de la que resulta una porción con superficie inferior a la unidad mínima de cultivo, se incorpora licencia municipal para la segregación.

El registrador deniega la inscripción pues la Delegación Provincial de la Consejería y Pesca de la Junta de Andalucía declaró la nulidad de la segregación, tras recibir la documentación en aplicación del procedimiento del artículo 80 RD 4 julio 1997.

El notario recurrente alega que la porción segregada esta destinada a fines no agrarios por lo que resulta de aplicación la legislación urbanística autonómica y resulta suficiente la obtención de licencia.

La DGRN confirma la calificación y contempla la doble legislación aplicable:

-Por un lado el artículo 13.2 TRLS 20 junio 2008 que prohíbe las parcelaciones urbanísticas en suelo rural (en el mismo sentido el artículo 68 de la Ley

7/17.12.2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía) que se salva con la licencia municipal.

-Por otro el artículo 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones agrarias que prohíbe la división o segregación de una finca rústica que de lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. El artículo 25 reconoce excepciones a esa regla general como que la porción segregada se destine a fines no agrarios pero, en este caso, no consta en la escritura que la segregación se haga con esa finalidad, aunque el recurrente lo alegue en el recurso.

RESOLUCIÓN DE 04-08-2011 (BOE: 07-10-2011). JUICIO DE SUFICIENCIA; PODER GENÉRICO Y TRANSCRIPCIÓN DE FACULTADES.

Recurso interpuesto por el notario de Málaga, contra la negativa del registrador de la propiedad de Málaga nº. 12 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

El título calificado es una escritura de préstamo hipotecario en cuyo otorgamiento el banco prestamista está representado por un apoderado solidario.

En dicha escritura, además de detallar las circunstancias que identifican a dicha entidad representada, se especifican en relación con el apoderado determinados datos de la escritura pública de apoderamiento (notario autorizante, fecha, número de protocolo y datos de inscripción en el Registro Mercantil). Además, el notario autorizante de la escritura calificada expresa que se le exhibe copia de dicha escritura inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, con sus respectivos datos registrales, y que «de ella resulta... que se está facultado con carácter solidario y hasta el límite de trescientos mil euros (300.000,00 euros) para conceder, formalizar, modificar, ratificar préstamos y créditos, con garantía hipotecaria, así como aceptar hipotecas que se constituyan en su garantía». A continuación de dicha reseña el notario autorizante formula el juicio de suficiencia en los siguientes términos: «Yo, el Notario, doy fe de que a mi juicio las facultades representativas acreditadas a mí, el Notario, son suficientes para el otorgamiento del negocio jurídico contenido en esta escritura»

La Dirección General, después de hacer un repaso de la doctrina emitida por el propio Centro desde la publicación del citado artículo, entiende que a pesar de que al emitir el juicio de suficiencia no se especifica el negocio jurídico concreto formalizado en la escritura, el Registrador puede calificar la congruencia de dicho juicio y el contenido del título, ya que la omisión de la referencia al concreto negocio jurídico documentado en la formulación del juicio de suficiencia queda suplida con la identificación somera pero suficiente de las

concretas facultades representativas ejercitadas cuando éstas resultan ser congruentes con el contenido del título.

RESOLUCIÓN DE 05-08-2011 (BOE: 14-10-2011). CONVENIO REGULADOR; ADJUDICACIÓN DE BIEN.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sabadell nº 4, por la que se deniega la inscripción de un convenio regulador por exceder de la pura liquidación del régimen matrimonial al adjudicarse un bien del marido a la mujer y a los hijos.

El registrador suspende la inscripción por considerar que la adjudicación que en el convenio regulador se hace a la mujer y a los hijos del bien del marido excede de la pura liquidación de la comunidad, al no ser un bien perteneciente en proindiviso a los cónyuges, debiéndose, en su caso, otorgar la correspondiente escritura pública.

La DG confirma la calificación. Según la doctrina del Centro Directivo (ver las Resoluciones, R. 25.10.2005, R. 31.03.2008, R. 22.03.2010, R. 22.12.2010 y R. 19.01.2011), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, separación o el divorcio. Se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado.

Ahora bien, como también tiene la Dirección General (Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (artículos 90, 91 y 103 del Código Civil o, en el presente expediente, los artículos 43, 76 y 77 del derogado Código de Familia de Cataluña, vigente al tiempo de aprobarse judicialmente el convenio), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Como recordó la DG, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, erga omnes, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional – artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria-), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador. Así, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la

exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción registral y esta norma se reitera en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

RESOLUCIÓN DE 06-08-2011 (BOE: 23-12-2011). TÍTULO PREVIO PARA INMATRICULAR HABIENDO MODIFICACIONES HIPOTECARIAS POR MEDIO.

Hechos: Se presenta en el Registro una escritura relativa a tres fincas, señalándose como título de adquisición de las mismas una escritura de herencia autorizada por el mismo notario con el número de protocolo anterior.

En la escritura presentada, las tres fincas son objeto de modificación hipotecaria, (segregación, agregación y agrupación), de forma que las tres fincas resultantes son diferentes de las inventariadas en la herencia. Una de las resultantes se vende en la misma escritura. Los certificados catastrales aportados son coincidentes con las fincas inventariadas, antes de las modificaciones hipotecarias. Se pretende ahora inmatricular dichas fincas resultantes.

El registrador suspende la calificación y señala como defectos:

1º Que no hay doble título traslativo.

2º Que la descripción de las fincas resultantes en el segundo título no coincide con las del primero. Añade que la primera inscripción tiene que ser de dominio, que las operaciones de modificación hipotecaria tienen que inscribirse en el Registro y que ello no es posible porque la primera escritura de herencia carece de título previo.

La DGRN estima parcialmente el recurso, y señala que respecto de las dos fincas resultantes que no se transmiten, no es posible su inmatriculación, porque no hay doble título traslativo (sólo hay uno: la herencia).

Respecto de la tercera, que sí se transmite, declara que SÍ es posible inmatricularla porque hay doble título traslativo. Añade que no es obstáculo el hecho de que esa finca haya sido objeto de modificación hipotecaria respecto de las que constan en el primer título, pues se puede constatar fehacientemente la permanencia de superficie y linderos de la matriz a través de las operaciones de modificación hipotecaria realizadas.

En cuanto a la necesidad de coincidencia de la certificación catastral, no es obstáculo que no sea coincidente con la finca a inmatricular, pues basta que lo sea con la finca matriz del primer título, sin perjuicio de que posteriormente haya una adecuación de los datos catastrales a la nueva situación resultante.

RESOLUCIÓN DE 08-08-2011 (BOE: 07-10-2011). DOMINIO PÚBLICO MARITIMO TERRESTRE.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Cullera, por la que se suspende la inscripción de la compraventa de finca colindante con el dominio público marítimo-terrestre.

Se debate en este recurso la inscribibilidad de una escritura de compraventa de finca colindante con el dominio público marítimo-terrestre, que se presenta acompañada de testimonio notarial de una certificación del Servicio de Costas según la cual dicha finca invade parcialmente el dominio público marítimo-terrestre. Se acompaña además instancia privada en la que el titular registral admite de manera explícita que el límite de su finca es el dominio público, pero se rectifica la descripción para actualizarla al deslinde administrativo –no inscrito– efectuado con posterioridad a la fecha de la escritura. Por el interesado se pretende la inscripción sin necesidad de aportar nueva certificación acorde con el deslinde aprobado.

En la nota de calificación, el registrador considera necesaria una nueva certificación que declare la no invasión del dominio público marítimo terrestre por la finca con la descripción que se pretende conste ahora en el Registro.

La Dirección comienza por recordar su doctrina de las R. 06.10.2008 y R. 18.08.2010, sobre que el tema de si se aplica a las segundas y posteriores transmisiones de fincas lindantes con el dominio público marítimo terrestre, el art 35 del Reglamento de Costas (que exige para las segundas transmisiones de fincas colindantes con dicho dominio, el certificado de Costas de que no lo invaden, y que no exige la Ley de Costas), que se opronuncia por la aceptación de su aplicación.

Del certificado de Costas que se aporta, resulta que la finca en cuestión está afectada parcialmente por las servidumbres legales e invade parcialmente dicho dominio. Por tanto estima que no es suficiente para llevar a cabo la inscripción la simple instancia privada, modificando la descripción de la finca en cuanto a su cabida y linderos, sino que es preciso un plano expedido por el Servicio de Costas en el que se individualice la finca vendida y se refleje su situación respecto a la zona de dominio público, siendo pues necesaria una nueva certificación de dicha Administración Pública.

RESOLUCIÓN DE 09-08-2011 (BOE: 07-10-2011). DESAGRUPACIÓN Y OBRA NUEVA.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Escalona, por la que se suspende la inscripción de una escritura de subsanación, aclaración y anulación parcial de otra escritura de agrupación y declaración de obra nueva.

Inscrita en el Registro una escritura de agrupación de dos fincas y declaración de obra nueva sobre la finca resultante otorgada por los cónyuges titulares con carácter ganancial de ambas fincas, se presenta escritura otorgada por los mismos titulares por la que, tras declarar que se agruparon las fincas en la creencia y error de que ambas les pertenecían, sin tener en cuenta que una de ellas había sido aportada a una mercantil con anterioridad, dejan sin valor y efecto la agrupación realizada y concretan la obra nueva en la finca no aportada a la sociedad

El Registrador suspende la inscripción de la desagrupación y rectificación de obra nueva por considerar que la cancelación de la agrupación solicitada implica una segregación en que las fincas resultantes quedan con una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, y por resultar que la licencia de obra se concedió para la realización de una vivienda rural en la finca agrupada.

La Dirección confirma la calificación registral, porque, si bien dice que el negocio jurídico realizado «no puede valorarse como ilegal por vulneración de la legislación agraria, aunque las fincas resultantes presenten extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, puesto que con la anulación de la agrupación sólo se están devolviendo las cosas al statu quo anterior», en el caso concreto, «estando inscrita en el Registro una obra nueva para cuya realización se concedió una licencia que exigía la previa agrupación de las fincas donde habría de declararse, no puede pretenderse aprovechar la anulación de la agrupación para con ello eludir el requisito impuesto para autorizar la construcción deberá acreditarse la obtención de la licencia.

RESOLUCIÓN DE 10-08-2011 (BOE: 14-10-2011). EXPEDIENTE DE DOMINIO; REANUDAR EL TRACTO.

Recurso interpuesto por Noceis, SL, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad interino de Figueres, por la que se deniega la inscripción de una sentencia recaída en expediente de dominio.

Se discute en el presente recurso si es o no viable reanudar el tracto sucesivo interrumpido en los casos cuando el promotor del expediente es la misma persona que adquirió del titular registral, en aquellos casos en los que el título de adquisición no se puede inscribir por estar afectado de un defecto (en concreto en la falta de inscripción en el Registro Mercantil del poder de la vendedora).

Igualmente, se discute sobre si, en caso de ser procedente admitir para estos supuestos el expediente de dominio, se han llevado o no a cabo correctamente las notificaciones de que trata el artículo 202 de la Ley Hipotecaria al titular registral, que en este caso se le notificó la demanda.

La DG confirma la nota del Registrador, dice el centro directivo, “Según doctrina reiterada, el expediente de dominio podrá ser medio adecuado para la reanudación del tracto cuando éste se haya visto efectivamente interrumpido. Al respecto se considera que dicha interrupción se produce cuando existen varios títulos pendientes de inscripción, pero no en los casos en los que la persona a cuyo favor se haya de extender la inscripción hubiera adquirido del último titular registral. En estos casos, existe titulación y cabe continuar el tracto, sin que la existencia de obstáculos para la inscripción pueda considerarse como determinante de la interrupción. Además no puede utilizarse el procedimiento de reanudación de tracto como vía para eludir el cumplimiento de las normas legales sobre subsanación de los títulos inscribibles.

RESOLUCIÓN DE 11-08-2011 (BOE: 14-10-2011). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sevilla nº 6, por la que se deniega la anotación preventiva de una demanda de resolución de contrato de compraventa por carecer la acción ejercitada a través de la demanda de trascendencia real alguna en el ámbito registral.

Se debate en el presente expediente si es anotable en el Registro una demanda judicial por la que se ejercita por el comprador acción resolutoria de un contrato privado de compraventa ante el incumplimiento por el vendedor de la obligación de entrega. En dicha acción se reclaman también las cantidades entregadas a cuenta, así como una indemnización de daños y perjuicios según cláusula penal.

Dirección General reitera la negativa del registrador, diciendo que aunque el ámbito de la anotación preventiva de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica, dicho ámbito sólo podrá extenderse hasta abarcar aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral.

En el presente recurso se presenta mandamiento ordenando la anotación de una demanda de resolución interpuesta por el comprador en documento privado. La estimación de la demanda, en cuanto determinara la resolución de un contrato privado que como tal no puede acceder a Registro, en modo alguno produciría una alteración en la situación registral sino, por el contrario, la confirmación de la propiedad por parte del titular registral con obligación, en su caso, de abono de una determinada cantidad, lo cual tampoco constituye en sí acto de

trascendencia real susceptible de reflejo registral sin que medie previamente la correspondiente afección del bien.

RESOLUCIÓN DE 12-08-2011 (BOE: 14-10-2011). RECTIFICACIÓN DEL TÍTULO.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad interina de Albuñol, por la que se deniega la inscripción de una escritura subsanada por medio de diligencia.

Se trata de «una diligencia de subsanación de una escritura de la que resulta la rectificación de ésta en el sentido de tener por no puesto como adquirente a uno de los intervinientes en la misma que inscribió ya su derecho de propiedad».

La registradora deniega la inscripción de la diligencia de subsanación por la imposibilidad de ir contra los propios actos y porque dicha alteración supone una nueva transmisión para la que no hay causa suficiente.

Los recurrentes, por su parte, alegan que no pudieron tener presentes al momento de llevar a cabo la formalización de la escritura determinadas circunstancias relativas a explotaciones agrarias, así como el resto de argumentos que se han reflejado al extractar el texto del escrito de recurso.

Dice la Dirección que «se encuentra fuera de toda duda la posibilidad de rectificar las declaraciones vertidas en la escritura pública cuando estas declaraciones no se ajustan a la realidad. Pero cuando en virtud de la escritura que se pretende rectificar se produjo ya una verdadera transmisión dominical, inscrita y protegida por la presunción del art. 38 LH, no puede dejarse sin efecto la transmisión operada como si se tratara de un mero error del título o de la inscripción, cuando no se trata de ni uno ni de otro caso, sino de un error de consentimiento de los otorgantes». Señala que debe tenerse en cuenta el lapso temporal transcurrido y la fecha de diligencia de subsanación.

RESOLUCIÓN DE 16-08-2011 (BOE: 14-10-2011). HIPOTECA; CALIFICACIÓN CLAÚSULAS.

Recurso interpuesto por Gestesa Desarrollos Urbanos, SL, contra la negativa del registrador de la propiedad de Benidorm nº 3 a inscribir una cláusula de prohibición de disponer en una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca.

El objeto del presente recurso se centra en la inscribibilidad o no de una cláusula de prohibición de disponer que se inserta en una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca.

El registrador denegó su inscripción basándose en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria.

El interesado recurrió, alegando la regulación de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer.

La Dirección rechaza la inscripción de «una cláusula de prohibición de disponer que se inserta en una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca», conforme a los arts. 27 y 107.3 LH y STS. 16.12.2009, que dice que “En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aun así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales)».

En cuanto al artículo 145 del Reglamento Hipotecario, alegado por el recurrente, dice que no es aplicable pues se refiere a las anotaciones preventivas de prohibición de disponer que tengan su origen en resoluciones judiciales y administrativas.

Pero, como la cláusula es una de las no financieras del préstamo hipotecario, la Dirección hace una larga digresión sobre su conocida interpretación del art. 12 LH («esas 'cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras' a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen transcendencia real»); aunque, para no admitir la inscripción de una prohibición de disponer, y como ya se había abierto a una cierta calificación de cláusulas abusivas según la legislación de consumidores, se ve obligada a matizar que «el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto».

RESOLUCIÓN DE 17-08-2011 (BOE: 14-10-2011). NO COINCIDE DNI ENTRE REGISTRO Y ESCRITURA.

Recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de San Martín de Valdeiglesias a inscribir una escritura de donación y compraventa.

La registradora suspende la inscripción, conforme al principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y 93 de su Reglamento, porque no coincide el DNI de la compareciente, con el que resulta del Registro por lo que existen dudas de que se trate de la misma persona.

La notario recurrente alega extralimitación en la calificación registral, por entender que el juicio sobre la identidad corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad al Notario, y queda amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial (arts. 23 y 17 bis L.Not.).

Invoca, además, que de las circunstancias que rodearon el otorgamiento no existen dudas sobre la identidad: se trata de una relación familiar entre padres e hijos (que obviamente se conocen), se aporta el actual DNI de la madre, el padre también concurrió a la escritura, o el hecho de que la inscripción anterior en la que constaba el DNI se había practicado 25 años antes, y que en definitiva que el defecto es producto de un error previo al otorgamiento de la escritura, ajeno a los otorgantes y a la Notaria autorizante, a quienes se traslada produciendo la consecuente inseguridad, molestias e injustificadas demoras.

La DGRN confirma la calificación y tras reconocer que, efectivamente, el juicio sobre la identidad del otorgante corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad al notario y por tanto no es susceptible de calificación registral, cita las R. 02.10.2003, R. 26.03.2004, R. 05.06.2007 y R. 18.10. 2010; y dice que, «al “dar fe de conocimiento” o “dar fe de la identidad” de los otorgantes (arts. 23 y 17 bis LN), el notario no realiza propiamente una afirmación absoluta de un hecho, sino que emite un juicio de identidad consistente en la individualización del otorgante bien por conocerlo el notario, o bien por la identificación mediante documentos u otros medios supletorios legalmente establecidos Aunque se trata de un juicio por éste formulado, es un juicio que, por su trascendencia, es tratado por la Ley como si fuera un hecho, amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al notario y que realiza en el mismo momento del otorgamiento.

Cuestión distinta, añade el Centro Directivo, es si el registrador debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe pública registral, lo que sí debe hacer.

RESOLUCIÓN DE 18-08-2011 (BOE: 20-10-2011). RECTIFICACIÓN DE UNAS CANCELACIONES

Recurso interpuesto por un notario de Madrid, contra la negativa de la registradora de la propiedad de San Sebastián de los Reyes, a la rectificación de unas cancelaciones.

La cuestión a resolver en este recurso es si para dejar sin efecto una serie de cancelaciones de hipotecas que se han practicado por error en el título que las motivó, bastan unas escrituras de rectificación y aclaración otorgadas sólo por el que fue titular registral de dichas hipotecas o, por el contrario, es necesario el consentimiento de los titulares registrales actuales de dichas fincas»; se da la circunstancia de que unas fincas están inscritas a favor de titulares que se subrogaron en la hipoteca, y otra, a favor de titular que adquirió después de cancelada la hipoteca y que volvió a hipotecar a favor de otra entidad.

La registradora exige el consentimiento de los titulares registrales o en su defecto, resolución judicial firme dictada en procedimiento en el que éstos sean parte.

El notario alegó el carácter unilateral de la cancelación, la incorporación de los certificados de saldo y el que los deudores no formaron parte del negocio inicial de hipoteca.

La Dirección confirma la calificación y aplica el art. 40.d LH, que exige para la rectificación del Registro cuando la inexactitud tuviese su causa en defecto del título que hubiese motivado el asiento, consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial; y recuerda que «las cancelaciones han producido, desde su realización, relevantes efectos: se presume extinguido el derecho inscrito y el asiento de cancelación está bajo la salvaguarda de los Tribunales (cfr. arts. 1.3 y 96 LH)».

«Sólo si los errores padecidos en un título inscribible pueden ser comprobados plenamente a través de documentos auténticos, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes (documentos que ponen de manifiesto la falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica), bastará la extensión del asiento a petición del interesado, con la presentación de los mismos, y sin que sea necesario entonces acudir a los procedimientos legalmente establecidos en el art. 40 LH (cfr. R. 10.03.1978, R. 07.05.1978, R. 04.10.2007 y R. 07.03.2011)».

RESOLUCIÓN DE 22-08-2011 (BOE: 14-10-2011). CANCELACIÓN DERECHO USUFRUCTO

Recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Valencia n.º 14, por la que se deniega la solicitud por instancia privada de la cancelación de un derecho de usufructo vitalicio.

Inscrito un derecho de usufructo por título de compraventa, quienes son titulares de la nuda propiedad pretenden ahora su cancelación y consolidación con la nuda propiedad, en virtud de instancia privada a la que se acompaña certificación de defunción del cesionario del usufructo. El registrador deniega por entender que para ello es necesario acreditar el fallecimiento del usufructuario cedente y no del cesionario, conforme al principio de tracto sucesivo.

La DGRN confirma la calificación y desestima el recurso por aplicación de los arts 513-1 CC -“El usufructo se extingue: 1) Por muerte del usufructuario”- y 480 CC -“el usufructuario puede aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal se resolverán al fin del usufructo”-, y la manifestación, en sentido análogo, de los arts. 498 CC y 107.1 LH (hipoteca de usufructo) o la STS de 27 de noviembre de 2006.

Las causas de extinción previstas en el título constitutivo del usufructo cedido afectan a éste y determinan su extinción, sin perjuicio de las que se deriven del título de cesión respecto del cesionario, por lo que si se trata de la cesión de un usufructo vitalicio, dicho derecho se extinguirá con la muerte del usufructuario cedente, sin perjuicio de que también se extinga, pero sólo respecto del cesionario, por el fallecimiento de éste, o por cualquier otra causa prevista en el título de cesión.

RESOLUCIÓN DE 24-08-2011 (BOE: 23-12-2011). VENTA DE CUOTA INDIVISA COMO PARCELACIÓN.

Hechos: Se presenta en el Registro una escritura por la cual el titular registral vende a un tercero una participación indivisa de 4,4994 por ciento de una finca registral, sin atribución formal y expresa de un uso individualizado de una parte del inmueble.

El Registrador suspende la inscripción por no acompañarse licencia o declaración de innecesariedad, puesto que, aunque no existe una asignación formal y expresa de un uso individualizado de una parte del inmueble, a la vista de los antecedentes del Registro (en particular la existencia de otras diecinueve escrituras de venta de participaciones indivisas sobre la misma finca) y del escrito remitido por el Ayuntamiento relativo a la existencia de una posible parcelación ilegal, considera necesario la obtención de licencia o declaración municipal de innecesariedad.

La DGRN confirma la calificación registral y desestima el recurso aplicando el artículo 66 de la Ley Andaluza 7/2002, cuando considera como actos

reveladores de una posible parcelación urbanística aquellos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente o asimilable.”, y determina que «Cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad.

Añade que “la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística”.

Y finalmente concluye diciendo que “El registrador, en el presente caso, no basa su calificación únicamente en la existencia de una transmisión de cuota indivisa, sino, también, en dos elementos de juicio adicionales, derivados, de un lado, de los antecedentes del Registro y, de otro, del escrito remitido por el Ayuntamiento, como órgano urbanístico competente”.

RESOLUCIÓN DE 06-09-2011 (BOE: 22-10-2011). CONFLICTO DE INTERESES EN PARTICIÓN HEREDITARIA.

Supuesto de hecho: En una escritura de partición intervienen la viuda del causante, ocho hijos (Siete de ellos representados por su madre) y tres nietas descendientes de una hija de dicho causante fallecida sin haber aceptado ni repudiado la herencia de este. Por ser menor de edad, una de las nietas está representada por su padre, quien interviene únicamente en nombre y representación de su hija.

- El Registrador suspende la inscripción por considerar que existe conflicto entre los intereses del padre que representa a la nieta del causante por ser menor de edad y los intereses de la misma representada, porque el representante está interesado en la herencia del abuelo como transmisario al ser heredero de su esposa y no haber renunciado expresamente a la herencia de esta. Solicitada calificación sustitutoria, la Registradora sustituta confirmó la calificación del sustituido.

- La DGRN entendió que no existe conflicto de intereses, pues para que el Registrador pueda apreciarlo deben aparecer interesados como coparticipes y ni siquiera en ese caso puede darse por sentado que siempre exista oposición de intereses, sino que deberán examinarse las circunstancias del caso en concreto (Resoluciones de 27 de enero de 1987, 15 de septiembre de 2003 y 14 de septiembre de 2004).

RESOLUCIÓN DE 06-09-2011 (BOE: 20-10-2011). OBRA NUEVA: ACREDITADA LA ANTIGÜEDAD Y AUSENCIA DE EXPEDIENTE DE INFRACCIÓN URBANÍSTICA, NO ES NECESARIO EL INFORME DEL TÉCNICO.

Se presenta en el registro un acta de acreditación de final de obra, acompañada de una certificación del Ayuntamiento según la cual la fecha de construcción es 1996 y no existe sobre la finca ningún expediente de disciplina urbanística.

El registrador suspende la nota marginal, en base a los artículos 46 y 51 RD 4 julio 1997, al entender que en la certificación ni se determina la fecha de conclusión de la obra (sólo la de “construcción”) ni consta que la obra se ajuste al proyecto para el que se obtuvo licencia.

El notario recurre alega que la certificación que se acompaña es suficiente para la inscripción pues es documento hábil tanto para declarar una obra como para acreditar su terminación.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación, pues entiende que con tal certificación han de considerarse cumplido los requisitos necesarios para la constancia registral de la terminación de la obra, sin que sean exigibles los establecidos por los artículos 46 y 51. Y añade “obiter dicta” que en este sentido se manifiesta la actual redacción del artículo 20 de la Ley del Suelo.

RESOLUCIÓN DE 08-09-2011 (BOE: 20-10-2011). HERENCIA: POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN EN PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONTRA HEREDEROS DETERMINADOS DEL TITULAR REGISTRAL.

Se presenta a inscripción una sentencia firme que declara adquirido el dominio por usucapión, como consecuencia de la demanda contra la herencia yacente de la titular registral.

La registradora suspende la inscripción por no constar la fecha de fallecimiento de la titular registral y por no estar representada la herencia yacente por un administrador judicial ni por un posible interesado en la herencia.

La DGRN confirma el primer defecto relativo a la fecha de defunción por exigirlo el artículo 166.1 RH, que aplicado por analogía se refiere a anotaciones preventivas de embargo.

En cuanto al segundo defecto, el centro directivo, en línea con la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo, suaviza su posición tradicional y admite el

emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero.

Considera que el nombramiento a un administrador debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derecho a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial.

En el caso concreto, la demanda se dirigió contra dos hermanas de la titular registral por lo que, en principio, no era necesario el nombramiento de administrador ex artículo 795 LEC, pero confirma el defecto pues tal circunstancia se acreditó durante la tramitación al expediente pero no a la registradora al calificar.

RESOLUCIÓN DE 12-09-2011 (BOE: 20-10-2011). ANDALUCIA: LA DIVISIÓN HORIZONTAL DE UNA VIVIENDA UNIFAMILIAR NECESITA LICENCIA MUNICIPAL.

Se plantea en el recurso la posibilidad de inscribir, sin necesidad de licencia municipal, una escritura de división horizontal en dos viviendas de una vivienda unifamiliar, ubicada en Andalucía.

La registradora suspende la inscripción por entender que es necesaria nueva licencia de obras según los artículos 53.a) RD 4 julio 1997, 66 Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y artículo 8 Reglamento Disciplina Urbanística andaluz.

La recurrente sostiene que corresponde a la Comunidad Autónoma determinar que actos están sujetos a licencia y, entre ellos, no se incluye la división horizontal.

La DGRN desestima el recurso y, en aplicación de su doctrina, puntualiza que corresponde a las Comunidades Autónomas determinar que actos de naturaleza urbanística están sujetos a licencia y al Estado en que casos debe acreditarse su otorgamiento para tener acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija tal licencia. Este es el caso del artículo 66 de la ley andaluza que considera la división horizontal como acto revelador de una posible parcelación urbanística.

RESOLUCIÓN DE 13-09-2011 (BOE: 23-12-2011). SE SOLICITA CANCELAR UNA INSCRIPCIÓN POR INSTANCIA PRIVADA.

Hechos: Se presenta en el Registro instancia suscrita por los recurrentes en la que se exponen que son titulares, según la inscripción 5.^a, de una finca, y que han tenido conocimiento de que se ha realizado la inscripción 10^a de la misma finca; y que en el procedimiento judicial 116/2004 se ha ejecutado una hipoteca en la que fueron hipotecantes no deudores, por lo que deberían haber sido notificados del procedimiento de ejecución, siendo clara la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado según la cual el registrador, de acuerdo con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, debe controlar si el hipotecante no deudor ha sido requerido de pago, requerimiento que no se ha producido. Por todo ello solicitan la cancelación de la expresada inscripción 10^a.

El registrador se opone a ello por considerar que no cumplía el documento presentado con los requisitos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria y porque la rectificación solo podrá ser solicitada por el titular registral o mediante resolución judicial. Entiende que ni siquiera se debería de haber extendido asiento de presentación y acuerda su cancelación.

La DGRN confirma su criterio, pues, tratándose de inscripciones ya efectuadas y encontrándose los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales, su modificación o cancelación sólo podrá realizarse mediante el consentimiento de todos los titulares registrales que se encuentren legítimamente acreditados, o bien mediante una resolución judicial recaída en juicio declarativo contra los mismos para evitar una situación de indefensión.

No es el recurso contra la calificación de los registradores el procedimiento adecuado para la revisión de una inscripción practicada, ya que el ámbito de este recurso se circunscribe a las calificaciones del registrador por las que se suspende o deniega la inscripción solicitada.

RESOLUCIÓN DE 19-09-2011 (BOE: 20-10-2011). ARRENDAMIENTO FINANCIERO: EL CANON Y EL PRECIO DE COMPRA HAN DE DISTRIBUIRSE ENTRE LAS FINCAS AFECTADAS.

Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de inscribir un arrendamiento financiero sobre dos fincas cuando se ha acordado un único canon periódico y un único precio residual, sin existir pacto de ejercicio conjunto del derecho de opción sobre ambas fincas.

El registrador suspende la inscripción por ser imprescindible la distribución entre las fincas del importe de los cánones y del precio residual de acuerdo con el principio de especialidad.

El notario recurre alegando que el principio de especialidad es una elaboración doctrinal sin una base positiva clara y que el principio de libertad civil permite configurar la operación como un todo unitario.

La DGRN confirma la calificación y entiende que, no habiendo pacto expreso de ejercicio conjunto, el principio de especialidad (que resulta de los artículos 9, 11, 12 LH y 51 y 54 RH) exige determinar y distribuir el precio residual que corresponde a cada finca (para que el optante sepa con exactitud cual es el precio por el que puede adquirir cada una de las fincas) y el canon de cada una de ellas (cuyo pago es requisito para ejercer la opción).

RESOLUCIÓN DE 20-09-2011 (BOE: 22-10-2011). SOCIEDAD LIMITADA. FUSIÓN: SON INSCRIBIBLES LOS ACTOS OTORGADOS POR LA SOCIEDAD ABSORBIDA ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA FUSIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL .

La sociedad A es absorbida por la sociedad B y en el intervalo entre la firma de la escritura de fusión y su inscripción en el registro mercantil A transmite un inmueble de su patrimonio a un tercero.

La registradora, en aplicación del principio de tracto sucesivo, exige la previa inscripción de la fusión en el registro de la propiedad pues entiende que el inmueble ha pasado a ser propiedad de B.

El notario recurre alegando que la eficacia de la fusión, según el artículo 46 de la ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se produce en la fecha de inscripción de la fusión en el Registro Mercantil.

La DGRN admite el recurso por tal argumento, aborda el problema de que el artículo 55 RRM y señala que la fecha de inscripción será la del asiento de presentación, pero considera que debe prevalecer, en este caso, el mencionado artículo 46 dado su carácter específico.

RESOLUCIÓN DE 21-09-2011 (BOE: 22-10-2011). USUFRUCTO: SU CANCELACIÓN POR FALLECIMIENTO SE ACREDITA POR CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO CIVIL. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN: NO ES PROCEDENTE A LA VEZ QUE EL RECURSO GUBERNATIVO.

La recaudadora municipal presenta solicitud de cancelación de un usufructo por fallecimiento de la usufructuaria y un mandamiento de embargo de toda la finca por deudas del nudo propietario y, en su defecto, anotación de suspensión.

La registradora, practica anotación preventiva sobre la nuda propiedad, y suspende la anotación de embargo en cuanto al usufructo por no aportarse la certificación de defunción del registro civil del usufructuario ni el título de constitución del usufructo. Tampoco practica anotación preventiva por defecto subsanable.

La DGRN entiende que el título que acredita la extinción del usufructo es el certificado de defunción del titular, sin que baste con que se haya tenido en cuenta el fallecimiento en el procedimiento de apremio. En cambio, no es necesario aportar el título de constitución del usufructo pues ya figura inscrito.

Tampoco procede practicar anotación de suspensión, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, sin perjuicio de que una vez finalizado este el interesado pueda o bien subsanar el defecto o bien solicitar anotación preventiva por defecto subsanable.

RESOLUCIÓN DE 23-09-2011 (BOE: 22-10-2011). MENORES E INCAPACITADOS: EMANCIPACIÓN NO INSCRITA EN EL REGISTRO CIVIL. REPRESENTACIÓN DE LOS PADRES ACREDITADA EN EL EXPEDIENTE JUDICIAL. QUIEBRA CADUCADA: SU ANOTACIÓN NO IMPIDE LA INSCRIPCIÓN DE ACTOS ANTERIORES.

Sobre una escritura de 1984 de constitución de una sociedad agraria de transformación, la registradora aprecia los siguientes defectos:

-“No constan los datos de inscripción del menor emancipado en el Registro Civil”. La DGRN entiende que, según resolución 14 mayo 1984, la prueba de la emancipación exige instancia de los datos de inscripción en el Registro Civil o, al menos, que se ha instado la inscripción. Pero, en el caso debatido, dice que “la autorización judicial concedida e incorporada a la escritura se refiere ...también a la participación del menor que se emancipa, lo que, de acuerdo con un argumento a fortiori, subsana el defecto advertido”.

-“No se acredita la representación legal de los padres sobre las hijas menores por exhibición del libro de familia o mediante notoriedad”. Señala la DGRN que en el auto judicial de autorización se hace constar que ha quedado acreditada la relación paterno filial con testimonios que se adjuntan del libro de familia.

-“la autorización judicial permite aportar la finca en cuestión y en la escritura aportan la finca y 500.000 pesetas”. La DGRN también revoca el defecto pues la registradora debe calificar la validez de la aportación de la finca radicante en su distrito, sin que su calificación se pueda extender a otros extremos por completo ajenos al Registro, como la aportación de dinero que es un acto no inscribible.

-“El padre no puede disponer de la finca, pues del libro de incapacitados consta que se haya en estado de quiebra, debiendo ser representado por el Sindico de la quiebra”. La DGRN señala que dicha anotación está caducada y que por tanto esa circunstancia es irrelevante, según la resolución de 7 de junio de 1920, aunque con relación al cierre registral provocado por la quiebra, su anotación produce el cierre del registro para los actos posteriores a la quiebra y también al tiempo a que alcance la retroacción; esta misma solución es aplicable al concurso (ver Resolución de 3 de junio de 2009).

RESOLUCIÓN DE 24-09-2011 (BOE: 22-10-2011). HIPOTECA: CANCELACIÓN, SI SE HA EXPEDIDO LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS DEBE CONTARSE DE NUEVO EL PLAZO DE CADUCIDAD. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL NO PUEDE BASARSE EN ANTIGUOS ASIENTOS YA CADUCADOS.

Hechos: Un hijo del titular registral acreditando que es su heredero, presenta una instancia solicitando la cancelación de hipoteca por el transcurso de plazo establecido en el art. 82-5 LH.

El Registrador atribuye los siguientes defectos:

-“No solicitar la cancelación el titular registral” La DGRN rechaza este defecto porque el solicitante ha acreditado la cualidad de heredero del titular registral y justificado su interés legítimo en la cancelación, sin que pueda exigirse la previa anotación del derecho hereditario del solicitante o la inscripción de la adjudicación hereditaria de la finca.

-“Consta al margen de la inscripción de hipoteca nota de expedición de certificación de cargas en procedimiento de ejecución que ha concluido, mediante auto judicial de 10 de febrero de 1986, con la adjudicación de la finca a favor de determinada sociedad, según resulta de asientos de presentación relativos a dicha adjudicación ya caducados”. La DGRN señala que la nota marginal debe ser cancelada por transcurso del tiempo si han transcurridos los plazos del art. 82-5 de LH, contado desde la fecha en que dicha nota se extendió (Resolución de 4 de junio de 2005) y que el Registrador no puede tener en cuenta más que los asientos vigentes y los títulos presentados, no los caducados que es como si nunca hubieran estado presentados (Resolución de 14 de abril de 2009).

RESOLUCIÓN DE 13-10-2011 (BOE: 01-12-2011). SOCIEDAD LIMITADA. FUSIÓN: SON INSCRIBIBLES LOS ACTOS OTORGADOS POR LA SOCIEDAD ABSORBIDA ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA FUSIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Registro: Inca número 2-María Alicia Echevarría Pérez

Sociedad limitada: Fusión: Son inscribibles los actos otorgados por la sociedad absorbida antes de la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil.

Concurso de acreedores: La inscripción de actos otorgados por el concursado según el convenio no exige la cancelación de la anotación de concurso.

En virtud de Escritura de fecha 30 de diciembre de 2010, la entidad A es absorbida por fusión por la sociedad B. Mediante Escritura de fecha 29 de marzo de 2011, A vende determinado local; en la escritura de hace constar que la mercantil A ha sido absorbida por fusión por la mercantil B, señalándose en la diligencia de rectificación, que le ha sido exhibida primera copia de la escritura de fusión, dando fe de que la fecha de la inscripción de fusión en el Registro Mercantil es posterior al día 29 de marzo de 2011, fecha de otorgamiento de la escritura de compraventa.

La registradora suspende la inscripción por dos defectos: primero, exige, por aplicación del principio de tracto sucesivo, que previamente se inscriba en el Registro de la Propiedad la escritura de Fusión y transmisión de la propiedad de A a B, pues entiende que el inmueble ha pasado a ser propiedad de B; segundo, en el Registro de la Propiedad consta una Anotación de Concurso Voluntario de Acreedores respecto de la sociedad titular registral y la registradora considera que es un obstáculo que impide el acceso de la transmisión al Registro mientras no desaparezca la anotación.

La DG revoca la nota de calificación, por entender que, en cuanto al primero de los defectos, es innecesario que se aporte la escritura de fusión, ya que se cumple plenamente el tracto sucesivo, pues la finca está inscrita en el Registro a favor de la sociedad absorbida que es la transmitente. Cuestión distinta hubiera sido que la venta se hubiera efectuado por la sociedad absorbente, una vez ya practicada la inscripción de la fusión. En estos casos (véase Resolución de este Centro Directivo de 26 de abril de 2005) sí hubiera sido necesaria, en virtud del principio de tracto sucesivo, la previa inscripción de la transmisión causada por la fusión y transmisión en bloque del patrimonio de la entidad titular registral de la finca a la que otorga la escritura. Pero no es el caso, por lo que debe revocarse la nota de calificación.

En cuanto al segundo de los defectos planteados, acreditada fehacientemente la aprobación del convenio del concurso de la compañía transmitente mediante sentencia firme de fecha anterior a la enajenación, y no resultando del convenio medida alguna limitativa de las facultades dispositivas de la sociedad concursada, no puede sostenerse que exista impedimento alguno para inscribir la transmisión efectuada por razón de la situación de concurso. No es necesario

cancelar expresamente la anotación de concurso por mandamiento judicial, pues la situación de concurso seguirá hasta el cumplimiento del convenio y hasta que exista resolución judicial expresa al efecto (cfr. artículo 177 de la citada Ley 22/2003). Por el contrario, ahora basta con acreditar –como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente– las facultades dispositivas de los administradores de la compañía.

RESOLUCIÓN DE 19-10-2011 (BOE: 01-12-2011). DIFERENCIA ENTRE ACTA Y ESCRITURA: LA VERDADERA NATURALEZA DEL INSTRUMENTO, DEBE CALIFICARSE EN ATENCIÓN A LA REALIDAD DE SU CONTENIDO Y FORMA Y NO AL NOMBRE QUE SE LE DA.

Registro: Càlvia número 1-Jesús Juez Pérez

Se presenta Escritura de adjudicación de herencia otorgada, en representación de la viuda y única heredera, por tres hijas de ésta y del causante.

El testamento, otorgado en Miami el 26 de julio de 1963, contiene la siguiente disposición: «...dejo a mi esposa,..., todos mis bienes, muebles e inmuebles, con independencia de dónde estén situados, que pueda tener o poseer a mi muerte o sobre los que tenga o pueda adquirir cualquier derecho o interés, con independencia de que nazcan hijos de nuestro matrimonio con posterioridad al otorgamiento del presente testamento, y estoy seguro de que mi esposa se encargará de que nuestros hijos estén atendidos, tanto mientras ella viva como tras su muerte, de la misma manera que yo me hubiera encargado si hubiera estado vivo. En reconocimiento de los derechos de mis hijos [se expresa el nombre y apellidos de cuatro hijas], cuento con mi mujer para que vele por ellos hasta que cumplan veintiún años y para que actúe con discreción una vez alcancen dicha edad. No constituyo ningún legado específico con tal motivo...».

En la escritura calificada consta que cada una de las cuatro hijas expresaron ante notario, en actas de manifestaciones, lo siguiente: «...Que desea respetar escrupulosamente la voluntad de su difunto padre, y por ello acepta plenamente el contenido del testamento otorgado por él en Miami Beach, Estado de Florida, USA, el día 26 de julio de 1963, en el que instituyó heredera universal a su esposa doña... (madre de la compareciente) y consiguientemente renuncia a cualquier impugnación del mismo».

El registrador suspende la inscripción, partiendo de los siguientes presupuestos: a) la legislación aplicable al presente caso es la española por remitirse a ella la ley nacional del causante (venezolana, conforme a lo establecido en el apartado 8 del artículo 9 de nuestro Código Civil) –sic–; b) la validez del testamento referido; y c) la existencia de preterición de las legitimarias -las cuatro hijas

antes citadas-. Considera que, «conforme al artículo 1280 del Código Civil, la renuncia a los derechos hereditarios (en este caso legítimas) debe constar en documento público (según numerosísima jurisprudencia este documento debe ser escritura pública y no un acta notarial, y mucho menos de acuerdo con la calificación del notario acta de manifestaciones)». Y concluye suspendiendo la inscripción por «no aportarse escritura pública de ratificación del cuaderno particional o de renuncia de los derechos hereditarios, por parte de la única hermana no compareciente», toda vez que, respecto de las tres restantes legitimarias, entiende que el otorgamiento de la escritura de adjudicación de herencia constituye, como acto propio de las mismas, la pura ratificación de sus manifestaciones anteriores en las actas referidas.

La DG revoca la nota de calificación señalando que la voluntad de las legitimarias, expresando que desean respetar escrupulosamente la voluntad de su difunto padre exteriorizada en el concreto testamento al que se refieren y cuyo contenido aceptan y renuncian a cualquier impugnación del mismo, es suficiente si se “vierte” ante Notario público, el cual, de conformidad con nuestras leyes procede a identificar al compareciente, se cerciora de su capacidad y presta asesoramiento informado antes de la emisión del consentimiento.

Asimismo indica que en este caso, bajo la denominación de acta de manifestaciones, nos encontramos con un instrumento que contiene no una simple manifestación sobre un hecho sino una declaración de voluntad de repudiación, que según la legislación notarial, es contenido propio de las escrituras públicas. Aun cuando, salvo excepciones, las actas no requieren fe de conocimiento ni les son aplicables en principio las reglas sobre juicio de capacidad del requirente, nada impide que formalmente contengan dación de fe del notario sobre la identificación del compareciente así como la emisión del juicio notarial de capacidad. Y es que contenido y forma pueden ser, por tanto, los propios de una escritura, en cuanto expresivos de una determinada declaración de voluntad negocial, que es de lo que el notario da fe, sin que la calificación como «acta de manifestaciones» permita considerar que alcanza a desvirtuar la verdadera naturaleza de dicho instrumento, que debe calificarse en atención a la realidad de su contenido y forma y no al nombre que se le da.

RESOLUCIÓN DE 24-10-2011 (BOE: 01-12-2011). RECURSO GUBERNATIVO: EL REGISTRADOR NO TIENE LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES DE LA PROPIA DIRECCIÓN.

Registro: Cuevas de Almanzora-Íñigo Mateo Villa

Ante una Resolución estimatoria del recurso contra la calificación, el registrador suspende la práctica de la inscripción solicitada alegando que tiene intención de recurrir la Resolución de la Dirección General que estimó tal recurso.

La DG estima el recurso interpuesto e indica, basándose en la STS de 20 de septiembre de 2011, que el Registrador no tiene legitimación para recurrir las resoluciones de la propia Dirección; es decir que aunque el art. 327 LH establece que el Registrador debe practicar la inscripción en los términos que resulten de la resolución, siempre que en tal momento no le conste la interposición de recurso judicial contra ella, dicha posibilidad está condicionada a que el recurso sea interpuesto por quienes estén legitimados para ello, y el registrador carece de tal legitimación.

COMENTARIO* : Hay Sentencias de juzgados y Audiencias que sí reconocen esa legitimación registral, y la misma citada sentencia del TS también la reconoce expresamente, por lo que esta resolución es errónea o tendenciosa. El TS lo que dice es que el registrador no puede recurrir basado en una defensa abstracta de la legalidad, pero que sí puede recurrir por razón de su posible responsabilidad civil o disciplinaria. GRAVE error de interpretación o lectura de la DGRN que el Colegio de Registradores debería mediante la correspondiente consulta exigir rectificar.

RESOLUCIÓN DE 29-10-2011 (BOE: 01-12-2011). CALIFICACIÓN REGISTRAL: DEBE HACERSE CON CARÁCTER UNITARIO, AUNQUE UNO DE LOS DEFECTOS SEA LA FALTA DE LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO

Registro: Vinaròs-María del Rosario Marín Padilla

La registradora suspende la calificación de una escritura de compraventa presentada telemáticamente en el Registro, además de físicamente por la parte compradora– alegando que no se ha liquidado el impuesto correspondiente.

La DG revoca la nota argumentando que la “interpretación de este Centro Directivo, por una parte puede considerarse también ajustada en lo esencial a la propia letra del precepto, si se entiende que, realmente, lo que proscribe el artículo 255 de la Ley Hipotecaria es la calificación que comporta la instantánea inscripción, es decir la denominada calificación positiva (Y es que dicha norma establece que «se suspenderá la calificación y la inscripción...», mientras que si pretendiera suspender toda calificación, incluida la negativa, sobraría la referencia cumulativa a la inscripción”).

* Comentario de la redacción de la revista.

“Por ello, no puede admitirse la inicial suspensión de la calificación con posibilidad de una ulterior calificación negativa del mismo documento, cuando en un solo trámite pueden exponerse todos los obstáculos que impidan su inscripción”.

“En suma, la interpretación que ha de darse al artículo 255 de la Ley Hipotecaria es la ya expuesta con reiteración por esta Dirección General, esto es, la que debe conducir a la registradora a rechazar la práctica de la inscripción del título pero expresando en una única calificación que cumpla con los requisitos exigidos por el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria la totalidad de los obstáculos o defectos que impidan la inscripción de dicho título”.

Finalmente añade la DG que en todo caso, la suspensión de la calificación por esta causa constituye una decisión de la registradora y como tal acto es susceptible de impugnación mediante el recurso que se ha interpuesto, por lo que debe mencionarse en la nota, la correspondiente explicación de los recursos que procedan, así como el órgano ante el que hubieren de presentarse y los plazos para el ejercicio de su derecho.

COMENTARIO* : Hay Sentencias en sentido opuesto de juzgados y Audiencias, y la resolución ignora que la obligación de pagar el impuesto aunque el acto sea nulo, también se protege con el artículo 255 LH, pues si de la calificación registral resultará la imposibilidad de inscribir, el interasdo obviaría el pago del impuesto, que sí hubiera efectuado de suspenderse la calificación jurídica.

RESOLUCIÓN DE 31-10-2011 (BOE: 01-12-2011). EXPROPIACIÓN FORZOSA: EN EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA PUEDE UTILIZARSE LA TASACIÓN CONJUNTA INCLUSO PARA UNA SOLA FINCA

Registro: Granada número 2-Juan Lucas García Aponte

Se presenta Acta de ocupación de finca en expediente de expropiación forzosa por el procedimiento de tasación conjunta.

El registrador suspende la inscripción considerando que no tiene sentido utilizar el procedimiento de tasación conjunta existiendo una única finca objeto de expropiación.

La DG estima el recurso y señala en primer lugar, como cuestión previa que, en base al Artículo 99 del Reglamento Hipotecario, el registrador deberá rechazar aquéllos procedimientos seguidos por la Administración, cuando preceptivamente deba acudir a otro; pero no cuando exista la posibilidad de

* Comentario de la redacción.

optar por uno u otro, en cuyo caso se trata de una decisión administrativa en la que no se puede entrar desde la perspectiva de la calificación registral.

Y a este respecto, el artículo 161 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía establece que la Administración actuante podrá optar por aplicar el procedimiento de tasación conjunta en todas las expropiaciones derivadas de la ley. El vocablo «todas» sin exclusión alguna, exige incluir en su ámbito de su aplicación los supuestos de expropiación de una sola finca o incluso de parte de una finca, lo cual conduce a valorar la tasación conjunta como un procedimiento expropiatorio especial por razón de la materia, en este caso urbanística, con independencia de la extensión o número de fincas o propietarios afectados, conclusión a la que llegan también los artículos 30.1 y 31.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, que admiten que el justiprecio de los bienes expropiados se fije indistintamente mediante expediente individualizado o por el procedimiento de tasación conjunta.

RESOLUCIÓN DE 08-11-2011 (BOE: 05-12-2011). SENTENCIA DE ENTREGA DE LEGADO EN PROCEDIMIENTO CONTRA HERENCIA YACENTE.

Hechos: Se presenta en el Registro:

1º. Sentencia firme declarando el dominio a favor de la interesada en la inscripción. De la documentación aportada resulta que fueron demandados los herederos de la titular registral, en cuanto a unos ya fallecidos, demandando a sus herederos, y en cuanto a otros tres que carecen de título sucesorio, demandando a sus hijos.

2º. Copia autorizada del testamento en el que la titular registral lega la mitad indivisa de la finca.

El Registrador suspende la inscripción señalando que para que la práctica de las inscripciones ordenadas puedan tener acceso al Registro, es necesario que la demanda haya sido dirigida contra los titulares registrales, y, si hubieran fallecido, contra sus herederos y, en su caso, los demás interesados que en virtud del título sucesorio pudieran ostentar algún derecho sobre la finca, y esto mediante la presentación del testamento o acta de declaración de herederos de los titulares registrales, así como los certificados de defunción y últimas voluntades de ambos. Y ello por exigirlo así el principio constitucional de tutela judicial efectiva, y que, en materia de calificación de documentos judiciales, ha de anteponerse a la obligatoriedad que tienen los Registradores de respetar y colaborar en la ejecución de los pronunciamientos judiciales.

La Dirección revoca la calificación porque aunque es competencia del Registrador calificar que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento, en este supuesto se cumplen los requisitos que el Centro Directivo ha venido exigiendo para entender inscribible la resolución judicial: ha de entenderse que existe indefensión cuando el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva. En el presente supuesto han sido demandados los herederos de la titular registral, y, en el caso de aquéllos que no tienen la titulación suficiente, han sido demandados sus descendientes. Es decir aunque por sí solo no es título inscribible el testamento en el que se hace el legado, pues es precisa la entrega por el heredero, en el presente caso la entrega queda acreditada en el juicio declarativo entablado en forma adecuada contra la herencia yacente.

RESOLUCIÓN DE 12-11-2011 (BOE: 05-12-2011). CÓMPUTO DE MES PARA RECURRIR. TESTIMONIO PARCIAL DEL TÍTULO SUCESORIO EN LA PARTICIÓN.

Hechos: Se presenta para su inscripción una escritura de herencia y la registradora exige que se le presente el Acta Notarial de Declaración de Herederos para calificar el título sucesorio. Atendiendo a su exigencia se le presenta el Acta de cierre de Declaración de Notoriedad de Herederos, pero no el Acta inicial de Requerimiento. La registradora exige que se le aporte también dicha Acta inicial.

El notario autorizante recurre alegando que no es necesaria la presentación del Acta de Notoriedad, conforme al criterio ya sentado por la DGRN en resoluciones previas, puesto que la registradora tiene todos los elementos necesarios en la escritura de partición para la calificación del título sucesorio.

La Dirección General revoca la nota y señala que hay que diferenciar en función de la naturaleza del título sucesorio.

En cuanto a las sucesiones abintestato la delación o llamamiento a los herederos se produce directamente por la Ley, por lo que el Acta notarial o el Auto judicial se limitan a concretar los herederos.

En cambio en la sucesión testada la delación se produce por la voluntad del testador expresada en el testamento, que es la ley de la sucesión, por lo que la calificación registral ha de ser integral respecto del Testamento.

Esa diferencia conlleva que los testamentos habrán de ser aportados al Registro para su calificación, a menos que el notario relacione suficientemente su contenido en la escritura de herencia, con indicación expresa de la exactitud de concepto de lo testimoniado y la afirmación de que lo omitido no modifica o condiciona lo inserto.

En cambio respecto de las sucesiones abintestato bastará que el notario identifique suficientemente el título sucesorio y testimonie los particulares de dicho documento para una adecuada calificación registral, por lo que en esos casos no habrá que aportar al Registro el Acta Notarial o el Testimonio del Auto Judicial.

Para el caso de que hubiere que presentar el Acta Notarial, si se presentara el Acta final o de cierre de Declaración de Notoriedad de los herederos y ésta contuviera los particulares necesarios para la calificación registral, tampoco es necesario aportar el Acta de Requerimiento inicial como exige la registradora.

RESOLUCIÓN DE 14-11-2011 (BOE: 05-12-2011). DECLARACIÓN DE OBRA ANTIGUA SOBRE SUELO RÚSTICO EN CANARIAS.

Hechos: Se presenta una Escritura por la que declara una obra nueva antigua sobre una finca, señalándose que la obra nueva es anterior a 1989, pero sin acreditarse de modo concluyente.

La registradora suspende la inscripción por no acreditarse que el suelo rústico en el que se declara la obra nueva no está comprendido en el supuesto previsto en el apartado a) artículo del 55 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, ya que de tratarse de terrenos que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma, la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística es imprescriptible con arreglo al artículo 180 del citado Decreto Legislativo.

Así, el registrador considera, a la vista de la certificación del técnico, que, dado que la misma es de 2 de noviembre de 2009 y que la edificación ha sido terminada «hace más de diez años», lo único que puede deducirse es que no es posterior a noviembre de 1999, fecha en la que ya estaba en vigor la reseñada Ley 9/1999 y con ello los artículos 55 a) y 180 citados.

La DGRN afirma que “la acreditación del transcurso del plazo debe ser tal que excluya la aplicación de la norma sancionadora por prescripción del plazo previsto en la misma, pero estima el recurso diciendo que ”del conjunto de la documentación aportada, resultan indicios claros de que la obra puede ser anterior al año 1999“, y que “el registrador da por hecho que procede la

aplicación de la normativa citada, cuando el posible defecto hubiese sido la necesidad de que se acredite con mayor exactitud la fecha de la edificación, con la precisa descripción que se pretende inscribir, a efectos de determinar la legislación aplicable, y sólo en el supuesto de que lo fuera con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/1999 calificar la escritura en los términos que se ha realizado.”

RESOLUCIÓN DE 07-12-2011 (BOE: 09-06-2011). ANOTACIÓN PREVENTIVA EMBARGO; HERENCIA YACENTE.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Tavernes de la Valldigna, por la que se deniega la anotación de un mandamiento de embargo.

Se debate en este recurso la posibilidad o no de anotar un mandamiento de embargo, en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, seguido contra la herencia yacente de los titulares registrales.

Por el registrador se señalan cuatro defectos:

- Primero, la falta de acreditación del fallecimiento de los titulares registrales;
- Segundo, la falta de constancia de si las deudas por las que se sigue el procedimiento son de los causantes (titulares registrales) o bien de sus herederos;
- Tercero, para el caso de que sean por deudas de los herederos, la falta de acreditación de las circunstancias personales y de los títulos sucesorios, así como de los certificados del Registro de Actos de Última Voluntad, de ambos causantes;
- Y Cuarto, la falta de cumplimiento de las exigencias del principio de tracto sucesivo habiéndose incoado un procedimiento contra la herencia yacente, por lo que debería dirigirse contra herederos ciertos y determinados o bien contra el administrador judicial de la herencia yacente.

La Dirección reitera su doctrina (R. 27.07.2010 y R. 10.01.2011) de que la necesidad de nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo (cfr. art. 20 LH y 166.1 RH, por analogía) «debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente»

Confirma los cuatro defectos. Respecto al primero porque es exigible en todo supuesto de anotación de embargo en procedimientos seguidos contra herederos ciertos o indeterminados del titular registral, que se acredite el fallecimiento del mismo, sea por deudas de éste o de los propios herederos –art. 166.1 RH–. A este respecto dice que es doctrina del Centro Directivo que resulta suficiente que dichos extremos se acrediten al juez para que quepa anotar preventivamente (R. 09.06.2009)

También confirma los otros tres defectos haciendo un esquema de los distintos supuestos que pueden plantearse en las solicitudes de Anotación embargo cuando el titular registral está fallecido y sus requisitos:

- a) Procesos por deudas del titular registral fallecido antes o durante el procedimiento: si falleció durante el procedimiento deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos por sucesión procesal conforme al art. 16 LEC. Si falleció antes de iniciado el procedimiento, además del fallecimiento deberá acreditarse, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales (artículo 166.1.º párrafo primero RH), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. Si los herederos fueran indeterminados se abordará posteriormente la circunstancia relativa a la herencia yacente.
- b) Procesos ejecutivos por deudas de los herederos ciertos y determinados del titular registral fallecido antes de iniciado el procedimiento: igual que en el supuesto anterior deberá acreditarse el fallecimiento, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales y además, acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.º párrafo segundo RH). En definitiva deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral.
- c) Procesos ejecutivos contra herederos indeterminados –herencia yacente- del titular registral, bien sea por deudas propias del causante o de la propia herencia yacente, será preciso para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador.

RESOLUCIÓN DE 15-12-2011 (BOE: 01-12-2011). RECTIFICACIÓN DE ERRORES COMETIDOS EN LA COPIA EN RELACIÓN CON EL CONTENIDO DE LA ESCRITURA MATRIZ: NO PRECISA CONSENTIMIENTO DE LOS INTERESADOS.

Registro: Murcia número 6- José Tomás Bernal-Quirós Casciaro

Se otorga una escritura de crédito con garantía hipotecaria. El notario expide una primera copia que se inscribe. Posteriormente, varios años después, el notario detecta que hay errores importantes en esa copia en relación con el contenido de la escritura matriz (relativos principalmente a la hipoteca, cuantía del principal y restantes conceptos de responsabilidad hipotecaria) y mediante diligencia extendida en la propia copia rectifica los errores de la copia y en consecuencia parte de los datos contenidos en el texto inicial de la misma. Los datos de la escritura matriz son correctos y no son objeto de modificación.

Se presenta en el Registro ahora esa copia con la diligencia subsanatoria y el registrador deniega la modificación de la inscripción por entender que tienen que prestar su consentimiento todos los interesados en la escritura para modificar lo ya inscrito conforme a la copia errónea.

La DG revoca la nota de calificación señalando que “es doctrina reiterada por este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004, 19 de junio de 2010 y 7 de marzo de 2011), que cuando la rectificación de errores o inexactitudes se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesario acudir al procedimiento general de rectificación registral ni inexcusable la aplicación de los artículos 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la rectificación la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido.

En el supuesto de hecho el registrador exige el consentimiento de los titulares registrales para rectificar el contenido de una inscripción inexacta por una copia errónea. Sin embargo, este criterio no puede mantenerse. El consentimiento para la inscripción de la hipoteca en los términos que figuran en la matriz ya ha sido prestado. La copia rectificadora trata, precisamente, de servir de vehículo para adecuar el contenido inexacto del Registro a la voluntad de los interesados.

Ahora bien, obviamente en el caso de existir terceros titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción rectificadora (que en este caso no existen, según resulta del contenido del expediente), la rectificación tendrá el límite de que en ningún caso podrá perjudicar los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto (cfr. artículos 40 «in fine» y 144 de la Ley Hipotecaria).

II.- MERCANTIL**RESOLUCIÓN DE 05-09-2011 (BOE: 20-10-2011). ESTATUTOS DE SOCIEDAD LIMITADA: EL OBJETO SOCIAL NO NECESITA REFERENCIA A UN SECTOR ECONOMICO ESPECÍFICO.**

Se constituye una sociedad limitada cuyo objeto social es “comercio al por mayor y al por menor, distribución comercial, e importación y exportación de toda clase de artículos y productos de lícito comercio”

El registrador mercantil entiende que las referencias al comercio y distribución son contrarias a la exigencia legal de determinación del objeto social.

El notario recurre alegando que dichas actividades son admisibles para las sociedades del artículo 5.2 del RDL 13/2010, norma que no ha creado una nueva clase de sociedades limitadas sino que se ha limitado a establecer una forma específica, no excluyente, de constituir sociedades de forma telemática.

La DGRN, en línea con la resolución de 17 junio 2011, revoca la calificación pues señala que “los artículos 23.b. LSC y 178 RRM exigen que la definición estatutaria del objeto social se realice mediante la determinación de las facultades que lo integren” y ello debe hacerse “de modo que acote suficientemente un sector económico o un género de actividad mercantil legal o socialmente demarcados” pero añade, tal y como señaló la resolución 1-12-1982, que “no existe indeterminación si a través de términos concretos y definidos se señala una actividad de carácter general...” por lo que no puede rechazarse una cláusula como la debatida por atender al sólo criterio de la actividad sin referencia a un sector económico más específico.

Además la cláusula coincide con una de las previstas para los estatutos tipo por la Orden 3185/09.12.2010, en desarrollo del artículo 5.2 RDL 13/03.12.2010 que estableció medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital.

RESOLUCIÓN DE 07-09-2011 (BOE: 20-10-2011). CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES: NO HAY AUTOCONTRATACIÓN CUANDO UN SOCIO REPRESENTA A OTRO.

Se constituye una sociedad limitada, compareciendo en la escritura una persona que actúa en su propio nombre como socio y en representación, como administrador único, de otra sociedad, de la que también es socio fundador.

El registrador suspende por entender que existe conflicto de intereses que sólo puede salvarse a través de acuerdo de la junta general de la sociedad representada.

El recurrente alega que los actos realizados en la escritura son plenamente viables si el representado asume el riesgo o las facultades conferidas son tan precisas que lo excluyen.

La DGRN reitera la doctrina de las resoluciones de 5 y 7 de julio de 2011 y revoca la calificación pues entiende que “no es lo mismo contemplar la situación de autocontratación, o de doble o múltiple representación, cuando se trate de contratos onerosos con recíprocas obligaciones entre las partes, en los que por naturaleza hay intereses contrapuestos, que cuando se trate de contratos asociativos, en los que concurren declaraciones convergentes para consecución de un fin común”.

Por ello, para rechazar la inscripción en estos casos “deberá determinarse y concretarse dicho conflicto por parte del registrador, sin que pueda deducirse automáticamente su existencia por el simple hecho de que ambos socios fundadores fueran personas jurídicas y hubieran sido representadas por la misma persona física”.

RESOLUCIÓN DE 10-09-2011 (BOE: 20-10-2011). SOCIEDAD LIMITADA: REACTIVACIÓN, NO CABE DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

CALIFICACIÓN REGISTRAL: No pueden considerarse informaciones extrarregistrales o documentos no presentados para su inscripción.

Se presenta una escritura de reactivación de una sociedad limitada a la que se acompaña una escritura complementaria de la que resulta que existen unos créditos contra la sociedad, cuyos acreedores se oponen a la reactivación alegando que tienen carácter litigioso.

El registrador suspende la inscripción, en base a los artículos 334, 337 y 370 de la Ley de Sociedades de Capital, que señalan que en caso de ejercicio del derecho de oposición no puede llevarse a cabo la reactivación hasta que se preste garantía a favor del acreedor o se le notifique la prestación de fianza solidaria a su favor.

El recurrente alega que los artículos 334 y 337 no son de aplicación pues se refieren a las sociedades anónimas y no, como es el caso, a las limitadas. A éstas resulta de aplicación el artículo 333 de LSC que se limita a establecer la posibilidad de que los estatutos sociales impongan que “ningún acuerdo de

reducción del capital social...pueda llevarse a efecto sin que transcurra un plazo de tres meses a contar desde la fecha en que se haya notificado a los acreedores”.

La DGRN, ante la falta de previsión estatutaria, revoca la nota y añade que el registrador no debe tener en cuenta documentos distintos del que es objeto de inscripción cuando no sean susceptibles de provocar una operación registral y tan sólo busquen evitarla (cfr. Artículos 42 y 50 RRM y resolución 11 de mayo de 1999).

Añade el centro Directivo que el artículo 242.2 RRM, que no distingue entre sociedades anónimas y limitadas, debe de ser interpretado conforme a la norma legal vigente y, por ende, limitarse al supuesto de reactivación de las sociedades anónimas.

RESOLUCIÓN DE 14-09-2011 (BOE: 20-10-2011). CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD POR VIA TELEMÁTICA: LIQUIDACIÓN DE IMPUESTOS Y PROVISIÓN DE FONDOS PARA EL BORME.

Se presenta telemáticamente escritura de constitución de una sociedad limitada profesional. El registrador suspende la inscripción pues no se justifica la presentación en la oficina liquidadora según el artículo 86 RRM y falta provisión de fondos para el BORME según el artículo 426 RRM.

La DGRN revoca el primer defecto y confirma el segundo en aplicación de la doctrina de las resoluciones 15 y 21 de junio de 2011 de las que resultan las siguientes conclusiones:

1-Que toda constitución telemática de una sociedad de capital, si no esta comprendida en los números 1 y 2 del artículo 5 del RD Ley 13/2010, pasa automáticamente a incluirse en su número 3.

2-Que a toda constitución telemática de una sociedad de capital, cualquiera que sean su clase y características, se le aplica el número 10 de la Instrucción 18 mayo 2011 y, por tanto, deberá despacharse sin necesidad de justificar la presentación en la oficina liquidadora.

3-Que el artículo 35 LSC no supone que el registrador tenga que despachar la escritura sin solicitar la previa provisión de fondos para el BORME

4-Que la forma de pago del BORME en el RM, debe de contemplar la finalidad perseguida por el RDL 13/2009 y por tanto establecerse un sistema, a falta de desarrollo reglamentario, que facilita y no dificulte la inscripción de la sociedad.

RESOLUCIÓN DE 29-10-2011 (BOE: 01-12-2011). SOCIEDAD LIMITADA: CONSTITUCIÓN POR PROCEDIMIENTO DE URGENCIA: NO ES NECESARIO ACREDITAR LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO

Registro: Mercantil II de Alicante-Julián Muro Molina

Se trata de la constitución de una sociedad acogida al número 1 del art. 5 del RDL 13/2010. Presentada telemáticamente se suspende la inscripción por el siguiente motivo: No se acredita la presentación del documento de constitución de la Sociedad en la oficina liquidadora competente para la declaración de la correspondiente exención del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, para lo que el Registrador al no tratarse de un supuesto de no sujeción, carece de competencias.

La DG revoca la nota de calificación señalando que en atención a la exención aplicable a la constitución de sociedades mercantiles por aplicación del artículo 3 del Real Decreto-ley 13/2010, y en consonancia con los fines de agilización y reducción de cargas administrativas de este último, debe concluirse que para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención.

Así lo ha entendido este centro directivo en la Instrucción de 18 de mayo de 2011, la cual, además, dispone que, en estos casos, una vez practicada la inscripción, el Registrador Mercantil, de forma inmediata, remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, la notificación de que se ha practicado la inscripción, sin perjuicio de las comunicaciones que, en su caso, realicen los notarios al amparo de las normas legales o los convenios que les sean de aplicación. De este modo quedan salvaguardados la finalidad de la norma y los intereses de las Administraciones Tributarias en cuanto al ejercicio de sus competencias de control e inspección.

Y respecto a la alegación del Registrador a la aplicación de la disposición adicional novena de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre de la Generalitat Valenciana, en su redacción dada por la Ley 19/2009, de 23 de diciembre, la DG indica que es competencia exclusiva del Estado (cfr. el artículo 149.1.8 de la Constitución) la ordenación del Registro Mercantil y por tanto la determinación de los requisitos de acceso al mismo, por lo que la disposición adicional novena de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre de la Generalitat Valenciana, en su redacción dada por la Ley 19/2009, de 23 de diciembre, –en la que se basa la nota de calificación– no es de aplicación respecto de aquellos Registros

Jurídicos, como el Registro Mercantil, que no son de la competencia de la Generalitat Valenciana.

RESOLUCIÓN DE 15-12-2011 (BOE: 20-12-2011). OBJETO SOCIAL DEL MODELO DE ESTATUTOS DE SOCIEDADES EXPRESS: SIRVE PARA TODA CLASE DE SOCIEDADES.

Hechos: Se presenta en el registro de forma telemática una escritura de constitución de sociedad utilizando el procedimiento establecido en el apartado Dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, ajustándose a los Estatutos-tipo aprobados por Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, si bien el capital social en este caso es de tres mil doscientos sesenta y siete euros. En el objeto social se incluyen, entre otras actividades, las siguientes: «... 2. Comercio al por mayor y al por menor... -4. Actividades profesionales... 7. Prestación de servicios... La sociedad gira bajo la denominación de “Nueva Clínica Dental Palma, SL”».

El Registrador señala que al documento presentado no le es de aplicación el procedimiento de tramitación previsto en el art. 5.2 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3-XII, al exceder el capital social el límite especificado en dicha norma, por lo que habrá de serlo conforme al regulado en el apartado 1º de la misma norma legal. Debido a ello el registrador considera que, en relación con el objeto social, no son admisibles las actividades genéricas de «El comercio al por mayor y al por menor», la prestación de servicios» o «las actividades profesionales» por cuanto no cumplen la exigencia legal de “determinación” que impone el la LSC, pueden implicar el ejercicio de actividades sujetas a legislación especial cuyos requisitos no cumpliría la sociedad y exigirían la acomodación de la sociedad la exigencia de la Ley 2/2007 de 15-III de Sociedades Profesionales. Además, y dada la denominación social elegida, debería figurar incluida en el objeto social alguna actividad referida a dicha denominación.

El Notario subsana mediante diligencia el problema en cuanto al capital, pero recurre el resto alegando en esencia el punto séptimo de la Instrucción de la DG de 18 de mayo de 2011, relativa a que «La delimitación estatutaria del objeto social podrá realizarse mediante la transcripción total o parcial de la enumeración de actividades contenidas en el artículo 2 de los Estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre”, sin establecer distinción alguna por el tipo de constitución, telemática o en papel, que se haga.

La DG, siguiendo su doctrina de las resoluciones de 23 de marzo, 5 de abril, 4 y 29 de junio y sobre todo de 5 de septiembre de 2011, revoca la nota de calificación. El problema lo centra en si es o no inscribible “el objeto social delimitado en la forma permitida por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de

diciembre, aun cuando no se cumplan todos los requisitos establecidos en el apartado Dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010”.

Tras un examen parcial de su propia doctrina concluye “que no puede rechazarse la cláusula debatida por el hecho de que atienda al puro criterio de la actividad, sin referencia a productos o a un sector económico más específico” y respecto de las actividades profesionales sostiene que de la regulación establecida en la ley 2/2007 se desprende que para que exista una verdadera sociedad profesional es imprescindible la existencia de un sustrato subjetivo (necesariamente socios profesionales, eventual y secundariamente socios no profesionales) que se considera esencial para la realización de la actividad social que constituye el objeto”.

Por ello “atendiendo a una interpretación teleológica de la Ley 2/2007, quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la misma las denominadas sociedades de servicios profesionales, que tienen por objeto la prestación de tales servicios realizados por profesionales contratados por la sociedad sin que, por tanto, se trate de una actividad promovida en común por los socios mediante la realización de su actividad profesional en el seno de la sociedad”.

“Por ello, puede concluirse que la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales, faltando los demás requisitos o presupuestos tipológicos imprescindibles de la figura societaria profesional, no puede ser considerada como obstativa de la inscripción”, sin que pueda el registrador “exigir una manifestación expresa sobre el carácter de intermediación de la actividad social, que la Ley no impone”, añadiendo como especial nota de estas sociedades de servicios profesionales que en ellas “el cliente contrata directamente con la sociedad para que el servicio sea prestado en nombre de la misma por el profesional contratado por ella”.

Finalmente y aunque ello no había sido objeto del recurso, considera que la denominación social no constituye problema para la inscripción al admitirse, como objeto social, el de los profesionales, pudiéndose, como hemos visto, desarrollar la actividad de clínica dental “sin necesidad de constituirse como sociedad profesional «stricto sensu»”.

INFORMES Y COMUNICACIONES

COMENTARIOS A LA LEY DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL (Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, B.O.E. 11 de octubre de 2011)

1.- INTRODUCCIÓN. MATERIAS DE INTERÉS REGISTRAL AFECTADAS. ENTRADA EN VIGOR Y DERECHO TRANSITORIO.

La reforma no es total (se anuncian futuras reformas), pero sí es una reforma amplia (de hecho se modifican más de un centenar de artículos y se derogan cerca de una decena).

Desde el punto de vista registral, caben destacar las siguientes materias de interés:

- Procedimiento registral (art. 24).
- Concursos conexos (art. 25, 25 bis y 25 ter).
- Administración concursal (arts. 27 y ss.).
- Disposición de bienes del concursado (art 43.3).
- Integración de las deudas del cónyuge del concursado (art. 49.2).
- Ejecuciones singulares ordinarias (art. 55) y el cierre registral para las anotaciones de embargo (arts. 24.4).
- Ejecución de garantías reales (arts. 55 y 56).
- Cancelación de cargas (arts. 55.3 y 149.3).
- Enajenación de bienes afectos a garantía real (art. 155.4).
- Acciones de rescisión (arts. 71 y ss).
- Concurso de sociedades de capital. Los órganos de las personas jurídicas y los apoderamientos (artículo 48), las cuentas anuales (artículo 46).

La determinación de la vigencia de la reforma es una obra de ingeniería jurídica difícil de descifrar. Por un lado, se afirma con rotundidad que la Ley entra en vigor con carácter general el próximo 1º de enero de 2012 (D.F. Tercera), pero, a la vez, con la misma firmeza, se declara que la Ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor (D.T. Primera) y en la misma disposición y en otras doce disposiciones

transitorias se contempla, de forma específica, la aplicación anticipada de diversos artículos reformados.

A la vista del cuadro de Derecho transitorio, puede afirmarse que la *vacatio legis* (hasta 1° enero 2012) no será de aplicación a las modificaciones del art. 43 por indicarlo así expresamente el legislador, pero tampoco, creemos, a otras materias respecto de las cuales la reforma se limita a dar cobertura legal a lo que venía siendo práctica o jurisprudencia o doctrina consolidadas, o, en último, término tiene más un alcance interpretativo que innovador respecto de la normativa precedente. Se irá indicando al hablar de cada una de las materias si queda o no sujeta a la *vacatio legis*.

Precisamente por esa *vacatio legis*, no se trata ahora de hacer un análisis exhaustivo de la reforma, sino de llamar la atención sobre las principales novedades que pueden afectar al trabajo cotidiano del Registro.

2.- PROCEDIMIENTO REGISTRAL (artículo 24).

El precepto, bajo la rúbrica “*Publicidad registral*”, se redacta de nuevo íntegramente, introduciendo algunas aclaraciones, más que modificaciones, que pueden sintetizarse del modo siguiente:

1.- Se incorpora a la Ley la materia objeto de inscripción en el Registro Mercantil, así como la necesidad de previa inscripción de la entidad concursada no inscrita, cuestiones que ya estaban recogidas en los arts. 320 y 322 RRM.

2.- Respecto de los Registros públicos de bienes o derechos se distinguen, como en el Registro Mercantil, dos tipos de asientos que han de practicarse, la anotación y la inscripción, en función de la firmeza de la resolución, y se hace extensiva la publicidad a la propia declaración del concurso, omitida en la redacción anterior. La anotación estará sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años, susceptible de prórroga por cuatro años más por decreto del secretario judicial.

3.- Se indica ya que el título hábil para la práctica de los asientos será, en todo caso, el mandamiento librado por el secretario judicial, en el que habrá de expresarse si la resolución es o no firme.

4.- Se añade un apartado 7 del siguiente tenor literal: “7. *Reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes de concurso.*”

Como comentario a las reformas cabe señalar:

a) Respecto del título hábil, será, como venía ocurriendo, un mandamiento del secretario judicial, en el que, además de lo expuesto, deberá insertarse la propia resolución en cuya virtud se libra (artículos 165 y 166.4º RH).

b) En cuanto a la caducidad de la anotación preventiva por falta de firmeza de la resolución, al no existir obstáculo legal ni limitación expresa en el artículo, debe aplicarse la regla general de admitir sucesivas ulteriores prórrogas de la anotación preventiva, en los mismos términos (cfr. artículo 86 LH), aunque será un supuesto muy excepcional en la práctica.

c) El nuevo apartado 7 del art. 24 da cobertura legal, creemos, al procedimiento excepcional introducido en la reforma del RRM (art. 323.2 y 3) para la práctica de los asientos correspondientes en los Registros públicos de bienes o derechos.

“2. Si los datos relativos a los bienes que obraran en las actuaciones y en el mandamiento fueran suficientes, el mismo día en que se hubiera practicado el correspondiente asiento, los registradores mercantiles remitirán una certificación del contenido de la resolución dictada por el juez del concurso al Registro de la Propiedad, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro registro público de bienes competente.

3. La comunicación a los registros públicos de bienes será telemática y estará autorizada con la firma electrónica del registrador mercantil o, si no fuera posible, se realizará mediante correo certificado urgente, con acuse de recibo. Esta certificación será título bastante para practicar los correspondientes asientos”.

Para dar cumplimiento a esta norma, el art. 321 RRM impone al secretario judicial la obligación de identificar en el mandamiento los bienes y derechos inscritos si los datos obrasen en las actuaciones.

En estos supuestos el asiento se practica también cumpliendo la resolución judicial dictada, si bien es conocida a través de la certificación expedida por el registrador mercantil correspondiente y no a través del habitual mandamiento judicial.

d) En cuanto a las circunstancias susceptibles de anotación o inscripción, no hay novedades importantes, por lo que sigue siendo de aplicación lo que en la práctica venía haciéndose.

Para el Registro Mercantil, se estará al nuevo art. 24.2 y a lo dispuesto en el art. 320 RRM.

Para los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles, del articulado de la Ley resultan circunstancias susceptibles de constancia registral:

- Declaración de concurso: además de las indicadas en el artículo 24, el cambio en las situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40.4); y cambios en la administración concursal (art. 38.3).
- Convenio: aprobación judicial (arts. 109.2 y 132), su cumplimiento íntegro (arts. 139 y 141) y su incumplimiento (art. 140).
- Apertura de la fase de liquidación (art. 144).
- Conclusión del concurso (arts. 141 y 177 y ss).
- Reapertura del concurso en caso de aparición de bienes del concursado persona jurídica, o cuando se declara un nuevo concurso de persona física dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de un concurso anterior por inexistencia de bienes (art. 179).

Para la inscripción del nombramiento de los administradores concursales será necesario que conste su aceptación. Si no constara, en el cuerpo del asiento se pondrán los datos del administrador concursal y que el nombramiento se encuentra pendiente de aceptación.

A la vista de la nueva redacción de los apartados 2 y 5 del artículo 56 que recogen la doctrina jurisprudencial sobre la competencia exclusiva del juez del concurso para declarar que determinado bien o derecho del deudor se encuentra afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor y si, estándolo, resulta necesario para la continuidad de dicha actividad, se considera muy útil que tal circunstancia se haga constar también en el RP en virtud de testimonio de la resolución judicial correspondiente.

e) No se introduce en la reforma aclaración alguna sobre la espinosa cuestión de si la anotación/inscripción de la declaración del concurso ha de practicarse sólo en la hoja registral de los bienes o derechos que el mandamiento exprese o sobre todos los que aparezcan inscritos a favor del deudor, como parece imponer la letra del art. 24.

Por ello, aunque existen poderosas razones –sobre todo de seguridad jurídica– para defender la extensión de los asientos en todos los bienes o derechos del deudor, parece prudente mantener el criterio manifestado por la Comisión de calificación (21 de septiembre de 2009, disponible en la *intranet*) que, sobre la base del principio de rogación, prefiere hacer constar la declaración del concurso exclusivamente en la hoja de los bienes o derechos expresamente señalados por el mandamiento. La previsión legal de que se tome anotación o inscripción de la declaración del concurso en el folio de los bienes o derechos inscritos a favor del

deudor va dirigida al juez del concurso más que al registrador, el cual no practica los asientos de oficio sino en virtud de mandamiento judicial.

Sin perjuicio de ello, sería conveniente indicar, en la nota de despacho o en diligencia complementaria, la existencia de otros bienes inscritos a nombre del deudor, para conocimiento del órgano judicial y, sobre todo, de la administración concursal. Ha de tenerse en cuenta que cuando se ordena tomar constancia registral de la declaración del concurso todavía no se ha realizado inventario alguno (los administradores concursales no tienen obligación de realizarlo hasta un plazo de dos meses posterior a la aceptación del cargo –art. 74.1-), por lo que el mandamiento judicial se apoya, exclusivamente, en la manifestación realizada por el solicitante de la declaración.

Es la administración concursal la que, una vez realizado el inventario, debiera solicitar del juez del concurso el oportuno mandamiento para hacer constar la declaración del concurso en aquellos bienes en los que aún no estuviera anotada/inscrita. Hay que tener en cuenta que la constancia del concurso en la hoja registral del bien o derecho produce importantes consecuencias: cierre registral (art. 24.4 LC); comunicación a Juzgados (arts. 135 LH y 143 RH); cancelación de embargos anteriores (arts. 55.3 y 149.3 LC); incidencias en ejecuciones singulares sobre bienes de la masa activa (arts. 55 y 56 LC), etc.

El citado informe de la Comisión indicaba también que *“en el Libro de Incapacitados se practicará el asiento correspondiente y, de estimarse que se practican la misma clase de asientos que en el Libro de Inscripciones, se extenderá el mismo asiento señalado en el apartado 1 [se refiere a inscripción si la resolución es firme y anotación preventiva si no lo es] (artículo 386 RH)”*.

Aunque la nueva redacción del precepto sigue sin aclarar si debe practicarse o no el asiento en el Libro de Incapacitados, debe mantenerse el criterio señalado por la Comisión. Nunca ha planteado dudas que debe acceder a este Libro de Incapacitados –que en la reforma de 1998 recibía precisamente el nombre de Libro de alteraciones en las facultades de administración y disposición-, pues la declaración de concurso impone unas limitaciones que afectan a la potestad de gestión sobre todo el patrimonio del deudor y, consiguientemente, sobre cada uno de sus bienes (cfr. R. 29.06.88).

f) Finalmente se da nueva redacción al artículo 198 relativo al Registro Público Concursal. Se configura como un instrumento de publicidad de los concursos en garantía de todos los sujetos que pueden verse afectados.

Este Registro será accesible de forma gratuita por *internet* u otros medios de consulta telemática, y en él se harán constar, en la sección 2ª, ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones registrales anotadas o inscritas en todos

los registros públicos de personas (R Civil, Registro Mercantil, Registros de otras personas jurídicas no inscribibles en el RM).

La constancia se hará en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro, una vez practicado el asiento correspondiente. La publicación en este Registro tendrá un valor meramente informativo o de publicidad noticia.

No corresponde aquí hacer un estudio detallado del precepto, pero sí debe destacarse la intención del legislador de articular un sistema muy amplio de publicidad en materia concursal, en coordinación con los registros de personas, fundamentalmente con el RM. Y si la información de este Registro es sólo de carácter meramente informativo o de publicidad noticia, siempre se podrá, advertidos por esa noticia, acudir al RM o a otros registros de personas, que sí tienen eficacia jurídica, para poder fundamentar la decisión en el momento de calificar el documento presentado (art. 24.7 LC).

Este alcance meramente informativo de la publicidad del Registro público concursal, sirve para resaltar que la oponibilidad frente a terceros de la situación concursal y sus consecuencias sobre el patrimonio del deudor no deriva ni del Registro público ni del Libro de Incapacitados, sino, precisamente, de la constancia de la declaración del concurso en el folio correspondiente a cada uno de los bienes del deudor en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles. De ahí la diligencia que ha de poner la administración concursal en hacer una adecuada investigación de los bienes y derechos inscritos a favor del deudor y pedir que se ordene la publicidad del concurso en el folio de cada uno de ellos, cfr. art. 24 LC.

g) Para terminar, ha de recordarse que, practicada la anotación o inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de concurso, el registrador deberá comunicar la práctica del asiento al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre los bienes hipotecados, al tratarse de una asiento posterior que puede afectar a la ejecución (artículo 135 LH y 143 RH). La comunicación debe dirigirse a todos los Juzgados donde se sigan procedimientos en que se hubieren ordenado anotaciones preventivas de embargo sobre el mismo inmueble, así como a aquellos en los que se haya iniciado la ejecución de alguna hipoteca o prenda que graven el bien o derecho de que se trate.

3.- CONCURSOS CONEXOS (artículos 25, 25 bis y 25 ter).

Bajo la denominación de “concurso conexos”, la nueva regulación contempla tres supuestos distintos: la declaración conjunta de concurso de varios deudores,

la acumulación de concursos y la consolidación excepcional de inventarios y listas de acreedores de varios concursos.

Lógicamente, mientras que la declaración conjunta responde a la solicitud de un concurso aún no declarado, la acumulación y la citada consolidación excepcional se dan respecto de concursos ya declarados. Por ello, la legitimación para su solicitud es distinta: en el caso de la declaración conjunta corresponde a los deudores, al acreedor, o al juez; en el caso de la acumulación, a los concursados o a las administraciones concursales y, subsidiariamente, a cualquiera de los administradores. La declaración conjunta del concurso implica su tramitación unificada desde su solicitud; la acumulación de concursos implicará la suspensión del proceso más avanzado hasta que el otro u otros lleguen al mismo estado procesal, en que se efectuará propiamente la acumulación (cfr. artículos 4 y 92.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La declaración conjunta únicamente estaba prevista antes en el hoy derogado apartado 5 del artículo 3, que, en parte, ha pasado a formar el actual 25.2. Entonces sólo se preveía cuando el concurso era “necesario” y en situaciones de confusión de patrimonios entre los deudores, o, siendo éstos personas jurídicas, formasen parte de un mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. La práctica judicial admitió una interpretación extensiva de los supuestos en que procedería una declaración conjunta al concurso de ambos cónyuges, no sólo en supuestos de concurso necesario, sino incluso en supuestos de concurso voluntario, decidiendo de oficio el Juez competente (de lo que se hizo eco la R. 24.09.10).

La regulación actual extiende la posibilidad de solicitar la declaración conjunta a los supuestos de concurso voluntario (apartado 1) o necesario (apartado 2), o de ambos (apartado 3); y amplía los supuestos que legitiman su solicitud: cuando los deudores sean cónyuges; pareja de hecho inscrita (sic) respecto de la que el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común; administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades; o cuando exista confusión de patrimonios.

Los supuestos en que se admite la acumulación de concursos son sustancialmente idénticos a los antes enumerados, añadiéndose el caso de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta.

La declaración conjunta del concurso y la acumulación de concursos no confunden las masas activas y pasivas, debiendo determinarse para cada uno de los concursados, aun cuando sustancialmente coincidan, tanto los bienes y derechos que deban conformar el activo, como las deudas a incluir en el pasivo. No obstante, cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados, la nueva regulación permite la consolidación excepcional de inventarios y listas de acreedores de varios concursos a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal.

En todos estos casos de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros concursados (artículo 101.2).

Tratándose de sujetos inscribibles en el Registro Mercantil, el artículo 320.2 de su Reglamento prevé que en el caso de declaración conjunta del concurso de varios deudores y en el caso de acumulación de concursos, se hará constar esta circunstancia en la hoja abierta a cada uno de los deudores, con expresión de la identidad de los demás.

Distinto de los anteriores es el supuesto de acumulación de procesos singulares al universal concursal, previsto en el artículo 98 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, la acumulación de concursos dará lugar a la modificación de la nomenclatura del procedimiento de los concursos acumulados, lo que debe tenerse en cuenta para no rechazar documentos que dimanen ahora del procedimiento a favor del cual se produce la acumulación.

Régimen transitorio: Según la Disposición transitoria octava de la Ley de reforma, lo dispuesto en los artículos 25 bis (acumulación de concursos) y 25 ter (tramitación coordinada de los concursos) será de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor (1º de enero de 2012), siempre que en ninguno de ellos se hubiesen aprobado los textos definitivos, lista de acreedores e inventario.

4.- ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (artículos 27 y ss.).

La reforma modifica el modelo de administración concursal (cfr. Preámbulo VII). Por un lado, establece como regla general que la administración concursal esté integrada por un único miembro, caso que antes sólo estaba previsto para los concursos abreviados. El legislador considera que con esta medida adopta el modelo extendido en todos los países de nuestro entorno económico y espera que esto evite distorsiones en el funcionamiento de la administración concursal y ahorre costes. Por otro, permite que sean administradores concursales las

personas jurídicas, supuesto que, salvo los excepcionales del apartado 2, antes sólo se contemplaba para el caso de que fuese persona jurídica el acreedor designado administrador. Según el Preámbulo de la reforma, el legislador piensa especialmente en la sociedad profesional, que, en su opinión, puede favorecer el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuentan con la necesaria formación y experiencia.

En consonancia con el cambio de modelo de administración, se establece que las referencias que la Ley Concursal hace a “los administradores concursales” se sustituyan por la fórmula “la administración concursal” (Disposición final primera).

Así pues, con la nueva ley la regla general es que la administración concursal estará integrada por un único miembro. Éste podrá ser: abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional; economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con igual experiencia; o bien podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas (artículo 27.1 LC).

Se pone fin así al régimen anterior que preveía, como regla general, el nombramiento de tres administradores concursales, con todos los problemas que planteaba el sistema de actuación de forma conjunta.

Como excepción a la regla general, en caso de concursos ordinarios de especial trascendencia, el juez nombrará, además del administrador concursal arriba visto, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. Se consideran concursos de especial trascendencia aquellos en los que concurra uno de los supuestos previstos en el artículo 27 bis LC. En todo caso y aun cuando no concurren estos supuestos pero exista causa de interés público que así lo justifique, el juez podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella.

El primer administrador concursal designado será el que ostente la representación de la administración concursal frente a terceros en los términos previstos para los supuestos de administración concursal única. En estos casos de concurrencia de dos administradores, deberá acreditarse quién es el primer administrador (que será el que reúna los requisitos del art. 27.1 LC), dado que sólo él representa frente a terceros a la administración concursal.

En supuestos de concursos conexos el juez podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única designando auxiliares delegados.

El nombramiento del administrador concursal produce efectos desde la aceptación. Aceptado el cargo, el secretario judicial expedirá y entregará al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal. Dicho documento acreditativo deberá ser devuelto al Juzgado en el momento en que se produzca el cese por cualquier causa del administrador concursal (art. 29.1 LC).

Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo. En el caso de que la administración concursal corresponda a una persona jurídica en tanto que sociedad profesional, la persona natural designada para representarla deberá ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional, o economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con igual experiencia (art. 30.1 LC).

El cargo es de carácter personalísimo, pues el juez les nombra atendiendo a determinadas circunstancias personales, y no debe admitirse su ejercicio por representación o apoderamiento.

No obstante, sí pueden actuar por delegación. El juez puede autorizar la delegación de determinadas funciones en los auxiliares que proponga la administración concursal. Esta delegación será obligatoria en los supuestos previstos en el nuevo art. 32.1. Cuando exista un único administrador concursal el auxiliar delegado tendrá la condición profesional que no tenga aquél, y no procederá su nombramiento en el caso de que el administrador único sea una de las personas jurídicas recogidas en el nuevo artículo 27.1 LC (sociedades profesionales).

Actuación de la administración concursal (artículo 35).

a) Administrador concursal único.

La actuación del administrador único no plantea problemas. Sus efectos comienzan desde la aceptación y deberá acreditar su cargo con el documento acreditativo expedido por el secretario judicial.

b) Administración concursal integrada por dos miembros.

Si la administración concursal está integrada por dos miembros, en los supuestos excepcionales antes vistos, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta. Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya

individualizadamente. En caso de disconformidad resolverá el juez (art. 35.2 LC).

Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros (artículo 35.3 LC). Se suprimen las actas, así como el libro legalizado en que debían extenderse o transcribirse, según la redacción anterior. Sin duda se ha pretendido con ello simplificar los requisitos de forma, pero se agudizan las dificultades para acreditar la veracidad de los acuerdos. En caso de dos administradores, aunque la ley habla de órgano, puesto que sus funciones se ejercen de forma conjunta, a falta de previsión legal sobre el modo de certificar las decisiones y acuerdos, lo normal será que se acrediten con el documento firmado por los dos.

En lo que nos afecta, se entiende que todos los actos inscribibles deberán ser otorgados por el primer administrador nombrado, que es quien ostenta la representación de la administración concursal frente a terceros, acreditando el acuerdo tomado por medio de un escrito firmado por los dos administradores mancomunados.

Régimen transitorio: Las normas sobre la nueva estructura de la administración concursal serán de aplicación a los concursos solicitados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor (1º de enero de 2012), en los que aún no se haya procedido al nombramiento de administrador concursal (DT 2ª).

Los artículos 35.2 y 3, en donde se regula el modo de actuación de los administradores, serán de aplicación a los concursos en tramitación a la entrada en vigor de la ley (DT 2ª.2). Es importante tener en cuenta que, respecto de aquellos concursos en tramitación con administración concursal integrada por tres miembros, se aplicarán desde el 1 de enero de 2012 estas normas relativas a la forma de documentar los acuerdos de este órgano concursal, por lo que deberán constar por escrito y con la firma de los tres miembros.

5.- DISPOSICIÓN DE BIENES DEL CONCURSADO (artículo 43.2 y 3).

El art. 43.3 LC es reformado para introducir dos nuevas excepciones a la disposición de bienes por la administración concursal sin necesidad de autorización judicial:

En el apartado 2 del artículo 43 se mantiene la regla general hasta ahora existente: *“Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.”*

En el apartado 3, junto a la excepción ya contemplada en la redacción anterior que ahora se señala como 3º, se añaden dos más:

3. *Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:*

1.º Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.

2.º Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.

3.º Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.

Las excepciones contenidas en los números 1º y 2º, que constituyen la novedad de la Ley, como se ha dicho, están redactados en unos términos tan amplios e indeterminados (necesidades de tesorería, indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa, etc.) que quedan bajo la responsabilidad y decisión de la administración concursal. No requieren autorización judicial previa, pero sí comunicación posterior e inmediata al juez del concurso, siendo el cumplimiento de este requisito calificable por el registrador. Puede concluirse:

1.- Queda al criterio exclusivo de la administración concursal la apreciación de si en el supuesto concreto concurre alguna de las causas que permiten excepcionar la regla general de la autorización judicial. Se entiende, no obstante, que deberá manifestarse expresamente en el título que se presente la razón por la que estima que no procede la aplicación de la regla general pues, en caso de omisión, el registrador deberá calificar conforme a ésta y exigir la autorización judicial previa.

2.- Si se apreciara por la administración concursal la concurrencia de estas excepciones y procediera a realizarse el acto de enajenación sin autorización judicial, deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos

realizados, acompañando la justificación de su necesidad. Se entiende, a efectos de calificación, que basta con que se manifieste que se ha dado o que se va a dar cuenta inmediatamente del cumplimiento de esta obligación. Su incumplimiento queda dentro del ámbito de responsabilidad de la administración concursal ante el juez del concurso y no afecta a la validez del acto.

3.- En caso de discrepancia de la administración concursal, en el supuesto excepcional de administración conjunta, decidirá el juez.

4.- Si no concurre la causa justificativa será necesario acreditar la autorización judicial por testimonio de la resolución judicial que así lo acuerde, expedido por el secretario judicial.

6.- INTEGRACIÓN DE LAS DEUDAS DEL CÓNYUGE DEL CONCURSADO (artículo 49.2)

El nuevo apartado segundo del artículo 49 supone un cambio de criterio respecto de la redacción hasta ahora vigente de la Ley Concursal. El antiguo artículo 84.1 inciso segundo disponía que *“en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal”*. Ahora el citado 49.2 dispone: *“en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal”*.

Además, el legislador ha seguido un particular criterio sistemático: mientras el artículo 84 se encuentra bajo el epígrafe dedicado a la composición de la masa pasiva, el 49 lo está bajo el titulado *“de la integración de los acreedores en la masa pasiva”*. Con ello parece que quiere destacarse que se trata de créditos que siguen la regla general de integración en la masa pasiva, de manera que sólo procede resaltar que se trata de acreedores contra el cónyuge del concursado, pero por créditos de que responden los bienes gananciales.

Esto implica, por un lado, que la inclusión en la lista de acreedores de este tipo particular de créditos, esto es, la determinación de si una deuda es de cargo o responsabilidad de los bienes gananciales, es competencia de la administración concursal (artículo 86.4). No obstante, la decisión final, en caso de impugnación, corresponderá al juez.

Por otro lado significa, al contrario de lo que ocurría en el régimen hasta ahora vigente, que la ejecución de este tipo de créditos se ve afectada por la declaración del concurso, por lo que el embargo trabado en tales supuestos

seguirá las reglas generales de paralización de las ejecuciones singulares del artículo 55. Por tanto, si se presenta mandamiento de embargo ordenado en procedimiento seguido contra el cónyuge del deudor concursado y se pretende su anotación sobre bienes gananciales, deberán aplicarse las reglas del art. 55 LC, salvo que resultara acreditado, lo que no dejaría de parecer contradictorio, que la deuda no ha sido incluida en la masa pasiva del concurso. Con esta nueva regulación se reafirma la conveniencia de anotar el concurso sobre todos los bienes gananciales de que sea titular el concursado.

Por lo que respecta a la masa activa, esta nueva regulación casa mejor con el artículo 82.1 (según el cual han de incluirse en el inventario, en todo caso, los bienes gananciales o comunes con expresa indicación de su carácter), que con el 77.2 (forman parte de la masa activa los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de las deudas del concursado).

Sigue siendo dudosa la necesidad de solicitar la notificación al cónyuge del deudor para practicar la anotación/inscripción de la declaración del concurso en la hoja de bienes inscritos con carácter ganancial o común (o presuntivamente ganancial o común). La necesidad de notificación se justifica en la analogía con el supuesto regulado en el art. 1.373 C.c. y en normas análogas de los Derechos civiles de Cataluña, Aragón, etc. Pero ha de tenerse en cuenta que el art. 77.2 sólo exige una toma de postura al cónyuge del deudor después de haber sido realizado el inventario y haberse incluido el bien ganancial o común en la masa activa, y que la primera publicidad registral del concurso se realiza inmediatamente después de la declaración judicial, mucho antes, por tanto, de la realización de aquel inventario. Por ello, creemos que la agilidad exigida por la anotación/inscripción del concurso no permite esperar a que se realice una notificación que la Ley no exige en este momento procesal. Sería imprescindible si, como debiera suceder, se hiciera constar en el Registro la inclusión de determinados bienes en la masa activa del concurso.

Régimen transitorio: Según el apartado segundo de la Disposición transitoria cuarta de la Ley de reforma, esta nueva redacción del artículo 49 se aplicará a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor (1º de enero de 2012) en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A estos efectos, la entrada en vigor de la Ley se considera por dicha disposición circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal.

7.- EJECUCIONES SINGULARES ORDINARIAS (artículo 55). CIERRE REGISTRAL PARA ANOTACIONES DE EMBARGO (artículo 24.4).

La regla general para las ejecuciones seguidas contra el deudor por razón de créditos concursales, con la excepción de los créditos con garantía real, es que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (art. 55.1).

Asimismo, la declaración del concurso impone la suspensión de las ejecuciones iniciadas y no concluidas con la aprobación de la adjudicación antes de la fecha de la declaración

La prohibición de iniciar y continuar ejecuciones singulares afecta a todo tipo de procedimientos judiciales, extrajudiciales, apremios administrativos o tributarios. Y tiene un triple fundamento: 1.- el principio de igualdad de trato de todos los acreedores y la universalidad de la masa pasiva; 2.- la universalidad de la competencia del juez del concurso; y 3.- la conservación de la masa activa.

Aunque ha desaparecido de la nueva redacción el antiguo apartado 3 que tachaba de nulidad de pleno derecho las actuaciones que se practicaran en contravención de la regla general de suspensión que establecen los apartados 1 y 2 del mismo artículo 55, debe entenderse que estas actuaciones no son válidas.

Por ello, respecto de anotaciones de embargo practicadas con anterioridad a la declaración del concurso, se entiende que, salvo las excepciones que se dirán:

a) El registrador no deberá expedir una certificación de cargas ni practicar la correspondiente nota marginal (art. 656 LEC).

b) Tampoco podrá inscribirse el auto de adjudicación de fecha posterior a la declaración de concurso. Si el auto de adjudicación es de fecha anterior a la declaración de concurso se inscribirá conforme a las reglas ordinarias.

Por excepción, aparte del régimen especial establecido para las garantías reales, la Ley permitía ya la continuidad de determinados procedimientos de ejecución, administrativos y laborales, y la reforma establece ahora importantes modificaciones:

a) El procedimiento podrá continuarse, pero sólo mientras no tenga lugar la aprobación del plan de liquidación. Una vez aprobado el plan de liquidación, no cabe continuar estos procedimientos si no se ha llegado a la adjudicación del bien, estándose entonces al contenido del plan y procediendo a la satisfacción de los créditos por el orden legalmente establecido dentro del concurso.

b) Tanto respecto de los apremios administrativos como de las ejecuciones laborales es condición indispensable para su posible continuación que el

embargo sea anterior a la declaración del concurso, siendo los elementos de referencia la fecha de la diligencia de embargo y la del auto de declaración de concurso.

c) En ambos casos también es indispensable que los bienes no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, condición que se acredita, como resulta de la modificación del art. 56 LC, por resolución expresa del juez del concurso. De acuerdo con la doctrina del Tribunal del Conflictos de Jurisdicción –de la que se hacía eco la R.07.06.10-, corroborada por la reforma que comentamos, los órganos administrativos y judiciales de lo social ante los que se sigan ejecuciones contra el deudor concursado, deben recabar del juez del concurso la pertinente resolución sobre el carácter de los bienes embargados. Por este motivo, el registrador no debe practicar la anotación del embargo (o, en su caso, la inscripción de la adjudicación aprobada) sin que se le acredite la resolución del juez del concurso que declare que los bienes embargados (o adjudicados) no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Con la reforma se desvirtúa la doctrina sostenida por la DGRN en alguna de sus resoluciones, según la cual, no constando en el Registro la afectación de los bienes a la actividad del deudor, ha de entenderse que los bienes no están afectos ni son necesarios para la continuidad de la empresa.

Régimen transitorio: Los apartados 2 y 5 del artículo 56 se aplicarán a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta Ley respecto de las ejecuciones que respectivamente no se hubiesen reanudado o iniciado tras la declaración de concurso (DT 9ª).

No se contiene norma transitoria para la aplicación de las modificaciones del artículo 55, pero se entiende que será también aplicable a los concursos en tramitación a la entrada en vigor de la ley y respecto de las actuaciones que se hallaren en curso.

El cierre registral para anotaciones de embargo posteriores (artículo 24.4).

Como consecuencia de lo anterior y de la competencia del juez del concurso para toda ejecución sobre bienes del concursado, se mantiene la regla general de cierre registral para la anotación de embargos posteriores a la declaración del concurso. Decía y dice el art. 24.4 LC: *“Practicada la anotación preventiva o la inscripción [de la declaración del concurso], no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos [inscritos a nombre del deudor en los registros públicos] más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1”*.

Literalmente, el precepto se refiere a la anotación de embargos posteriores a la declaración del concurso, es decir, que no se impide la anotación de embargos

decretados con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso, aunque se presente el mandamiento después de haber sido practicada la anotación/inscripción del concurso. Y ello sin perjuicio de que la ejecución deba quedar en suspenso, salvo cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 55 LC antes examinado.

No obstante, teniendo en cuenta esa suspensión impuesta por el art. 55 LC, parece poco coherente la práctica de cualquier anotación preventiva de embargo cuyo mandamiento se presente con posterioridad a la anotación/inscripción del concurso, cualquiera que sea la fecha de la traba, salvo los supuestos excepcionales del artículo 55.1 LC antes examinados. Téngase en cuenta que todas las actuaciones –ejecuciones ordinarias y apremios- quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que deba darse a los respectivos créditos (art. 55.2 LC), por lo que, en este caso, el crédito del embargante queda incluido en la masa pasiva del concurso (art. 49 LC). Nada le aporta que se tome anotación del embargo, pues todas las deudas del concursado quedan afectadas por el procedimiento concursal y el procedimiento de ejecución ordinario queda en suspenso.

Además, si el cierre registral sólo afectara a embargos cuya traba fuera posterior a la fecha de la declaración de concurso, el precepto sería innecesario, pues éstos adolecen del defecto de falta de competencia objetiva del juez que los haya dictado (cfr. art. 8 y 44 LC), con lo que bastaría para calificar aplicar las reglas generales de calificación de documentos judiciales, *ex* artículo 100 RH, y denegar por este motivo la práctica del asiento.

La reforma introducida en el art. 149.3 LC, permitiendo al juez del concurso cancelar cargas anteriores, parece dar a entender que el legislador no se plantea la posibilidad de que existan cargas posteriores (léase anotaciones posteriores de embargo).

Según esto, tampoco deberá practicarse la prórroga de anotaciones tomadas antes de la declaración del concurso en procedimientos que, conforme a lo dispuesto en el art. 55 LC, deban quedar en suspenso.

Como ha quedado expuesto, sólo se exceptúan del cierre registral las anotaciones de embargo ordenadas en procedimientos que reúnan conjuntamente los tres requisitos examinados con anterioridad:

1º- Que dimanen de procedimientos administrativos de apremio en los que se hubiere dictado la diligencia de embargo antes de la declaración de concurso; o de ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado antes de igual fecha.

2º.- Que no se haya aprobado el plan de liquidación antes de la aprobación de la adjudicación.

3º.- Que se incorpore o referencie la resolución del juez del concurso que declare que los bienes objeto del embargo no resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Sobre esta materia no existe previsión en las disposiciones transitorias. No obstante, tratándose específicamente de publicidad registral, se entiende que el contenido del artículo 24 será aplicable desde el momento de publicación de la Ley a todos los concursos iniciados o en tramitación.

8.- EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES (artículos 55 y 56).

Como sabemos, los créditos con garantía real quedan exceptuados de la regla general prohibitiva de ejecuciones singulares establecida en el art. 55 LC, que se remite respecto de aquéllos, a lo dispuesto en el art. 56. En este artículo se regula la ejecución de garantías reales, distinguiendo según se trate de bienes afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor y sean o no necesarios para la continuidad de dicha actividad. La reforma ha introducido modificaciones importantes.

1.- Por un lado, como ya anticipamos, se reconoce algo que en la práctica se daba por sentado, la competencia del juez del concurso para declarar la afectación (art. 56.5):

“A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

2.- En segundo lugar, se suprime la referencia a la publicación de los anuncios de la subasta como circunstancia determinante para justificar la continuación de la ejecución ya iniciada al declararse el concurso (art. 56.2):

“Las actuaciones ya iniciadas se suspenderán desde que conste en el correspondiente procedimiento la declaración del concurso, sea o no firme, y aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho”.

3.- En tercer lugar, se señala ahora que la suspensión acordada por razón del concurso sólo puede ser alzada si se acredita que los bienes o derechos sobre los que recae la ejecución no están afectos o no son necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 56.2):

“Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.”

Con estas tres modificaciones, debe entenderse superada la doctrina contenida en R. 28.11.07, según la cual, no constando en el Registro la afectación de un bien a la actividad empresarial o profesional del concursado, debe presumirse la no afectación y calificar en consecuencia.

La nueva normativa obliga a exigir en todo caso que se incorpore o acompañe el testimonio de la referida resolución del juez del concurso para:

- expedir la certificación prevista en el artículo 688 LEC, y hacerlo constar por nota al margen de la hipoteca que se ejecuta fuera del concurso.
- inscribir el decreto de adjudicación del bien hipotecado en procedimiento seguido al margen del concurso.

Y es importante recalcar que, aunque el art. 56 LC parece referirse sólo a la ejecución de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor, en realidad comprende toda ejecución de garantías reales, puesto que la incorporación de la resolución del juez del concurso sobre la afectación del bien a la actividad de la empresa se produce después de haber sido suspendidas las actuaciones. Es decir, en toda ejecución de garantías reales cuando se toma conocimiento de la situación concursal del deudor debe ordenarse la suspensión de las actuaciones y recabar la resolución del juez del concurso: a la vista de ésta se alzará la suspensión si el bien no está afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor y se mantendrá la suspensión en otro caso. Por eso, para dar constancia registral (expedición de certificación de cargas, inscripción de la adjudicación) a las actuaciones no seguidas por el juez del concurso será necesario que se acredite la incorporación de la referida resolución del juez concurso declarando que el bien ejecutado no está afecto o no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Juzgado competente para la ejecución de las garantías reales. La reforma no ha resuelto la controvertida cuestión sobre la competencia para conocer de las ejecuciones de las garantías reales, particularmente cuando recaen sobre bienes no afectos que se inicien tras la declaración del concurso.

Parece bastante claro que el juez del concurso es competente:

a) para toda ejecución por créditos que no gocen de garantía real, salvo la que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55, pueda continuarse al margen del concurso (art. 8 LC).

b) para ejecución de garantías reales sobre bienes afectos o necesarios para la actividad del deudor que se inicien o reanuden al darse las circunstancias previstas en el art. 56 -apertura de liquidación, transcurso de 1 año, aprobación de convenio- (art. 57 LC). Ahora bien, esta competencia queda limitada al ejercicio de acciones que se produzca durante la “tramitación del concurso”, es decir, que no se haya aprobado el convenio, ya que, aprobado éste, cesan los efectos de la declaración del concurso y concluye la tramitación (fase procesal) del concurso, aunque continúe la situación concursal. La tramitación o procedimiento se reanuda, en su caso, con la solicitud de declaración del incumplimiento del convenio. Por tanto, aprobado el convenio, y con sujeción a lo que en el mismo se contenga, las ejecuciones se seguirán ante el juez naturalmente competente y no ante el juez del concurso, en tanto no se reanude la tramitación procesal del concurso con la apertura de la fase de liquidación (art. 147 y ss LC).

Más dudosa es la cuestión relativa a las ejecuciones de garantías reales sobre bienes no afectos:

a) Desde luego, continuarán al margen del concurso las ya iniciadas al declararse éste (art. 56 LC) y se seguirán también al margen del concurso las que se inicien una vez aprobado el convenio, al igual que las relativas a bienes afectos (art. 57 LC).

b) Por el contrario, abierta la liquidación, su realización es competencia exclusiva del juez del concurso (art. 147 y ss. LC)

c) Respecto de las ejecuciones que se inician después de la declaración del concurso y durante la fase común (antes de aprobarse el convenio, o abrirse la fase de liquidación) se han sostenido también dos posturas: la de la competencia del juez del concurso sobre la base de lo dispuesto en los art. 8 LC, y la competencia del juez naturalmente competente, *a sensu contrario* de lo dispuesto en el art. 57 LC que quedaría referido sólo a bienes afectos o necesarios. Ésta segunda parece ser la posición predominante, aunque no de forma indiscutible. El argumento básico es el art. 57: si sólo las ejecuciones a que se refiere el art. 56 anterior –que por lo dispuesto en él se hayan impedido o suspendido- se inician o reanudan ante el juez del concurso, y sólo mientras se tramita el concurso –no por tanto, una vez concluida la tramitación procesal con la aprobación del convenio-, es lógico pensar que las ejecuciones que, por no referirse a bienes afectos no deben impedirse ni suspenderse, puedan iniciarse o continuarse ante el juez natural competente.

A efectos prácticos puede concluirse que para poder practicar cualquier asiento (expedición de la certificación de cargas y práctica de la nota marginal, inscripción de las adjudicaciones) consecuencia de la ejecución de una garantía real inscrita con anterioridad a la declaración de concurso deberá acreditarse la resolución del juez del concurso que declare que los bienes no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de deudor (art. 56.2 LC).

a) Si la resolución del juez del concurso declara que el bien está afecto no se pueden iniciar las ejecuciones y si están iniciadas antes de la declaración de concurso se suspenden. El inicio o reanudación de la ejecución con posterioridad a la declaración del concurso se llevará a cabo, en todo caso ante el juez del concurso, en pieza separada (artículo 57.1 LC) durante la tramitación del concurso y hasta la aprobación del convenio. Aprobado el convenio, cesan todos los efectos de la declaración del concurso y, en consecuencia, se recupera la competencia judicial natural para las ejecuciones singulares, en tanto no se reabra el procedimiento por la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio.

Si la ejecución se inicia por el juez del concurso no será necesaria ninguna declaración sobre el carácter del bien, porque éste también puede iniciarla, con sujeción, en su caso, a lo acordado en el convenio si el acreedor resulta vinculado por ello.

b) En caso de que la ejecución seguida en el Juzgado ordinario hubiere finalizado, por tratarse de un bien no afecto, para la inscripción del mandamiento de cancelación deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 692.2 LEC.

También conviene recordar los otros dos apartados del artículo 56.3 y 4 que no han sido modificados por la ley de reforma:

“3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155.”

Apartado que permite a la administración concursal pagar estos créditos con privilegio especial con cargo a la masa y sin realización de los bienes afectos.

“4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor el bien objeto de ésta”

Lo cual es lógico, porque el tercer poseedor no es deudor. Otra cosa es que se hubiera subrogado en el pago de la deuda, en cuyo caso estaríamos ante la regla general. Lo mismo cabe decir para el caso de que la hipoteca se hubiera constituido por el hoy concursado en garantía de una deuda ajena.

¿Cierre registral para hipotecas rezagadas?. Nada ha dicho la reforma que permita garantizar la respuesta para el problema de escritura de préstamo/crédito hipotecario anterior a la fecha de declaración de concurso que se presenta después de anotado/inscrito éste: ¿cabe la inscripción rezagada?

La respuesta negativa se apoya en el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca y la consideración del crédito hipotecario como crédito con privilegio especial. Dado que el art. 90 LC exige para el reconocimiento de privilegio especial que se hayan producido los requisitos de oponibilidad al tiempo de declararse el concurso, si se practica la inscripción rezagada y de ella deriva *ex lege* el privilegio especial, se estaría vulnerando lo dispuesto en el art. 90 en perjuicio de los restantes acreedores.

La respuesta afirmativa, en cambio, considera que el contrato por el que se constituye la hipoteca antes de la declaración del concurso es válido, sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de la acción de rescisión si concurrieran los requisitos necesarios para ello. Por tanto, el registrador no puede oponerse a la inscripción rezagada de esa hipoteca. Además, el reconocimiento del privilegio especial no deriva automáticamente de la Ley, sino que de ha ser reconocido dentro del concurso. De hecho, la Ley Concursal otorga a la administración concursal legitimación para impugnar el reconocimiento, entre otros, de los créditos con garantía real (art. 86 LC). Para este reconocimiento de privilegio deberá acreditarse la exigencia del art. 90 LC: concurrencia al tiempo de la declaración del concurso de los requisitos a que se condiciona la oponibilidad –propriamente, la existencia- de la hipoteca, es decir, a la inscripción previa a la declaración del concurso.

Según SAP Barcelona 05.10.06, la garantía real contemplada en los artículos 55.4 y 56 es sólo aquélla que atribuye al acreedor privilegio especial, conforme al artículo 90 LC. Y este artículo 90 exige en su apartado 2 que para que los créditos puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

Según esta postura, podría practicarse la inscripción rezagada de la hipoteca anterior, pero su reconocimiento como crédito con privilegio especial correspondería al juez del concurso por los trámites concursales ordinarios. Y

sería necesario ese reconocimiento para practicar la inscripción de las adjudicaciones acordadas fuera del concurso, con arreglo a lo antes expuesto.

Régimen transitorio: Los apartados 2 y 5 del artículo 56 se aplicarán a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la Ley de reforma (1º de enero de 2012) respecto de las ejecuciones que, respectivamente, no se hubiesen reanudado o iniciado tras la declaración de concurso. (DT 9ª).

9.- CANCELACIÓN DE CARGAS (artículos 55.3 y 149.3).

Era sentida la necesidad de regular la forma de cancelar las anotaciones de embargo existentes sobre los bienes de la masa activa cuando eran válidamente enajenados. La reforma introduce dos normas al respecto: una, para cancelaciones, con independencia de la enajenación del bien (art.55.3); otra, para enajenaciones en fase de liquidación (art. 149.3).

1.- Cancelación de embargos con independencia de la enajenación del bien (artículo 55.3).

Regla: *“Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos”.*

Competencia: Se atribuye al Juez del concurso la potestad de levantar y cancelar los embargos trabados, cuya tramitación haya quedado suspendida.

Objeto: Estos embargos serán aquellos que consten anotados con anterioridad (y, si se admitiera, también con posterioridad) a la declaración de concurso y cuya ejecución, por aplicación de la regla general de suspensión del art. 55.2, haya quedado suspendida.

El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos, aun cuando haya quedado suspendida su continuidad: en estos casos sólo procederá la cancelación en virtud de mandamiento del órgano que ordenó la anotación.

¿Qué procede hacer respecto de las ejecuciones laborales, omitidas en este último inciso? Si la tramitación de éstas no ha quedado en suspenso, no cabe la cancelación por el juez del concurso al quedar fuera del ámbito de aplicación del precepto que, insistimos, se refiere a aquellos embargos cuya tramitación haya

quedado suspendida. Si la tramitación queda suspendida por no cumplir los requisitos, cabe la cancelación por el juez del concurso y no se verán amparadas por la excepción del último inciso que, como tal, debe interpretarse restrictivamente.

Requisitos: Exige la previa audiencia de los interesados, y que el mantenimiento de los embargos dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. La apreciación del último requisito corresponde en exclusiva al juez y queda lógicamente excluida de la calificación registral. Sí que deberá resultar de la resolución que se presente al Registro de la Propiedad el cumplimiento del requisito de la previa audiencia de los interesados, por aplicación del artículo 20 LH y 24 CE. Además debe constar la firmeza de la resolución, como ocurre en todos los supuestos que provocan la cancelación de asientos.

Cancelado el embargo, el registrador deberá comunicar la cancelación al Juzgado donde se sigue el procedimiento (art. 143 RH).

La aplicación puede plantear problemas si no consta previamente anotada o inscrita la declaración de concurso del deudor sobre la finca registral. De ahí que resultaría conveniente hacer constar la declaración de concurso en todos los bienes que figuren inscritos a nombre del deudor, pues en estos casos la calificación no versaría sobre si el deudor tiene sus facultades de administración y disposición intervenidas o suspendidas, para lo cual bastaría la inscripción en el Libro de Incapacitados, sino sobre los efectos del concurso en relación con cargas anteriores anotadas o inscritas sobre la misma finca.

Régimen transitorio: No hay norma especial por lo que el precepto será aplicable el día 1 de enero de 2012 a todos los concursos.

2.- Cancelación de cargas con ocasión de enajenación de los bienes del concursado (artículo 149.3)

La reforma introducida en el artículo 149 LC, dentro de la sección dedicada a las operaciones de liquidación y, en concreto, a las reglas legales supletorias del plan de liquidación, ha añadido un apartado 3 referente a la cancelación de las cargas existentes sobre los bienes enajenados:

“3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90”.

La nueva norma, que trata de facilitar la liberación de las cargas que graven bienes del concursado enajenados dentro del concurso (ya que sin esa liberación es impensable su enajenación) sugiere los comentarios siguientes:

1.- ¿Qué clase de cargas pueden ser canceladas? No toda carga puede ser cancelada por razón del concurso. Al referirse el precepto a cargas constituidas a favor de créditos pensamos, fundamentalmente, en anotaciones de embargo y en garantías reales (hipoteca, prenda sin desplazamiento).

Además, la norma que comentamos impone dos circunstancias conjuntas para que la cancelación sea procedente:

a) Han de tratarse de cargas constituidas a favor de créditos concursales: quedan excluidas, por tanto, las constituidas a favor de créditos contra la masa.

b) Los créditos no han de gozar de privilegio especial conforme al artículo 90 LC, lo que quiere decir que no han de estar calificados dentro de la lista de acreedores como privilegiados con privilegio especial. Esto excluye de la cancelación las garantías reales, que sólo podrán cancelarse por pago o como consecuencia de una ejecución anterior, cfr. LEC y LH.

Cabe recordar que la DGRN parece ir más allá, al admitir que la cancelación puede alcanzar a inscripciones de dominio rezagadas, si el dueño no ejercita a tiempo su derecho de separación (R. 03.06.09).

2.- Solamente contempla la cancelación de cargas anteriores al concurso, dentro de las cuales deben incluirse las que consten mediante asiento extendido con anterioridad a la anotación/inscripción de la declaración del concurso.

La particularidad de extender la facultad cancelatoria del juez del concurso a cargas anteriores a la anotación/inscripción de la declaración del concurso deriva, como acaba de exponerse, de la sujeción de los créditos concursales a las consecuencias del concurso: del convenio o de la liquidación, según los casos.

Una duda se suscita respecto de las anotaciones relativas a procedimientos de apremio administrativos o ejecuciones laborales que puedan válidamente continuarse fuera del concurso cfr. art. 55 LC. En principio, no cabe la cancelación por cuanto tales anotaciones permiten, incluso, inscribir la adjudicación aprobada en el procedimiento, y sólo se cancelarán por mandamiento del órgano administrativo o judicial que la ordenó. No obstante, se plantearía un problema si no han concluido al tiempo de abrirse la fase de liquidación, ya que si, por un lado, puede defenderse su derecho de ejecución separada y aplicación del producto obtenido al pago del crédito que la motivó, por otro, ha de sostenerse que el remanente, si lo hubiera, debe incorporarse a la

masa activa para ultimar el pago de los acreedores del concurso. Pues bien, a la luz de la nueva redacción del art. 55 LC, que permite la continuación de estos procedimientos administrativos y laborales hasta la aprobación del plan de liquidación, debe entenderse que si, antes de la apertura, no se ha producido la adjudicación del bien en dichos procedimientos, el bien de que se trate se sujetará a las operaciones de liquidación y se dará a las anotaciones de embargo el mismo tratamiento que a las demás.

3.- ¿Pueden cancelarse también las cargas posteriores?. Cuando los asientos posteriores hubiesen sido ordenados por el juez del concurso, no cabe duda tampoco de su competencia para ordenar la cancelación.

Por otro lado, si la enajenación se produce por el procedimiento de apremio, la cancelación de las cargas posteriores ha de someterse a las reglas propias de dicho procedimiento de apremio, que permite cancelar los asientos posteriores, tomando como referencia, en este caso, la anotación/inscripción de la declaración del concurso (artículos 674 y 692 LEC, 175 RH y 134 LH).

Si se trata de una enajenación por venta directa autorizada por el juez, ha de aplicarse una regla similar, sobre la base de que los créditos favorecidos por el asiento que se cancela quedan atendidos dentro del concurso. La misma regla se aplicará para el caso de que la enajenación se produzca como consecuencia de la efectividad de una garantía real, cfr. art. 155 LC.

4.- Por su ubicación, se refiere a enajenaciones realizadas dentro de las operaciones de liquidación, tanto por vía de apremio conforme a las normas de la LEC (art. 149.1.3º), como por enajenación directa aprobada por el Juez.

¿Y las enajenaciones que se produzcan en otra fase procesal del concurso? Por analogía debe aplicarse la misma regla, puesto que el fundamento, en definitiva, es la inclusión de los créditos afectados por la cancelación dentro de la masa pasiva del concurso para ser satisfechos dentro del procedimiento.

10.- ENAJENACIÓN DE BIENES AFECTOS A GARANTÍA REAL (artículo 155.4)

Se modifica parcialmente este artículo, para permitir que la necesidad de subasta como medio de enajenación de los bienes afectos a una garantía real, en cualquier estado del concurso, pueda ser exceptuada por decisión del juez, que puede ahora autorizar, no sólo la venta directa, sino también la dación en pago o para pago del bien al acreedor privilegiado o a la persona que él designe.

Es condición para ello que el crédito privilegiado quede totalmente satisfecho o que el remanente quede reconocido como crédito concursal con la calificación

que corresponda y, si se realiza la enajenación fuera del convenio, se cumplan los límites respecto del precio que el precepto establece.

Cabe recordar aquí lo que dispone el mismo art. 155 en su apartado 3, que no ha sido modificado, relativo a la necesidad de autorización judicial para las enajenaciones de bienes con garantía real, durante cualquier fase del concurso, cuando se acuerde la subsistencia del gravamen y la subrogación del adquirente en la obligación del deudor, quedando, en consecuencia, excluida la deuda de la masa pasiva.

Por otro lado, la reforma de este art. 155.4 ha motivado su mención expresa en el art. 100.3, respecto al posible contenido del convenio, como excepción a la prohibición de que la propuesta de convenio contenga cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos.

11.- ACCIONES DE RESCISIÓN (artículos 71 y ss.).

Dos son las principales novedades de la reforma en materia de rescisión de actos perjudiciales para la masa activa: la presunción, salvo prueba en contrario del perjuicio patrimonial por los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (71.3.3º); y la exclusión de la rescisión de los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, que cumplan las finalidades ya previstas por la antigua DA 4ª introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo (71.6).

En el ámbito del Registro de la Propiedad, la primera de las novedades se traduce en la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial, y consiguiente rescindibilidad, de las daciones en pago, en cuanto “acto de extinción de obligaciones” garantizadas con hipoteca, realizadas por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Lógicamente, las daciones posteriores quedan sujetas a las limitaciones de los artículos 43 y 155.3 y 4 LC.

La segunda de las novedades alcanza también al Registro de la Propiedad al comprender no sólo los acuerdos de financiación sino también “los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos”, expresión que ampara, entre otras modalidades, las hipotecas constituidas de forma unitaria sin división de cuotas en garantía de créditos sindicados (cfr. R.08.06.11).

Asimismo, esta segunda novedad remite a la nueva regulación que la Ley hace de los que llama “institutos concursales”. Como indica su Preámbulo

(apartado III), “la ley profundiza en las «alternativas» al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación”. Particularmente, se da trato de favor a la aportación del denominado “dinero fresco”.

Esos institutos son: la comunicación de negociaciones prevista en el artículo 5 bis, que a diferencia del desaparecido 5.3, no habla de “insolvencia actual”, por lo que parece abarcar diversas situaciones preconcursales hasta el punto de que, como resulta de su último apartado puede que el deudor no se encuentre en estado de insolvencia (comunicación cuya práctica excluye la admisión de la solicitud de concurso por otros legitimados, *ex* artículo 15.3, y que, de abocar a la declaración de concurso voluntario retrotrae sus efectos a la fecha de la comunicación, *ex* artículo 22.1); y los ya citados acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, en los términos del artículo 71.6, que se refieren a supuestos preconcursales, como se deduce de la DA 4ª al permitir la solicitud del concurso o la ejecución singular en caso de que se produzca el incumplimiento el acuerdo.

No es posible desarrollar aquí cumplidamente la nueva regulación prevista por el artículo 71.6 y la DA 4ª. Baste con señalar, además de la ya indicada exclusión de la rescisión respecto de dichos acuerdos (artículo 71.6), los siguientes puntos:

- La nueva regulación aclara el modo de calcular los tres quintos del pasivo del deudor en el caso de acuerdos de grupo.
- Si el informe del experto independiente contiene reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.
- No podrá ser nombrado administrador concursal quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso (artículo 28.6).
- La DA 4ª contempla la posibilidad de solicitar la homologación judicial del acuerdo con el fin de que los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienda a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real. En la misma solicitud se podrá interesar la paralización de ejecuciones singulares. Las entidades financieras acreedoras afectadas por la

homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos.

- Se consideran créditos contra la masa el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71.6 (artículo 84.2.11°).

- Se concede privilegio general a los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco del acuerdo de refinanciación y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa (artículo 91.6.º).

- Sólo la administración concursal está legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra el acuerdo de refinanciación (artículo 72.2).

Régimen transitorio: Ha de destacarse el interés del legislador en la inmediata aplicación de los institutos concursales. Así, los citados artículos 5 bis, 15, 71.6 y 7 y 91.6, y la DA 4ª han entrado en vigor el 12.10.11 (DF 3ª.2). Paradójicamente, sin embargo, el apartado primero de la DT 3ª establece que los repetidos artículos 5 bis, 15.3 y 22.1 y la DA 4ª, se aplican a partir de la fecha de entrada en vigor de la reforma (01.01.12). Y según su apartado segundo, los apartados 6 y 7 del artículo 71 y la nueva DA 5ª (arancel notarial), serán de aplicación para los acuerdos de refinanciación que se suscriban a partir de la fecha de la entrada en vigor; mientras que la restricción en la legitimación activa del artículo 72.2, será de aplicación en los concursos en tramitación, para el ejercicio de las acciones que no hubiesen sido objeto de previo requerimiento en los términos del artículo 71.1 de la Ley Concursal.

12.- CONCURSO DE SOCIEDADES DE CAPITAL. LOS ÓRGANOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS APODERAMIENTOS (artículo 48). CUENTAS ANUALES (artículo 46).

A) Órganos de las personas jurídicas: Como regla general, durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de las facultades de administración y disposición (art. 48.1 LC).

Los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso. Fuera de tal supuesto:

a) En caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal.

b) En caso de intervención, tales facultades continuarán siendo ejercidas por los administradores o liquidadores, con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición.

Por otro lado, para poder ejercer su derecho de asistencia y voz en los órganos colegiados, que se mantienen durante el concurso, la administración concursal ha de ser convocada en la misma forma y plazo que los integrantes del órgano, y no podrá hablarse de Junta o Consejo de carácter universal sin la concurrencia de aquélla.

Además, requerirán la autorización de la administración concursal los acuerdos de la Junta o del Consejo de contenido patrimonial o con relevancia para el concurso.

B) Apoderamientos (art. 48.3): Aclara la nueva redacción del precepto las dudas que la doctrina había planteado con la regulación anterior, puesto que el artículo 1732 3º CC establece que el mandato se acaba por quiebra o insolvencia del mandato o mandatario. Dispone el art. 48.3:

“Los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales”.

Lo que implica que:

a) En caso de suspensión, el poder no se extingue pero queda su eficacia suspendida hasta la finalización del procedimiento.

b) En caso de intervención, el apoderado deberá concurrir al acto con el administración concursal.

Esta nueva norma parece imponer la necesidad de que al anotar/inscribir el concurso en la hoja registral del sujeto inscrito, se haga constar por nota al margen de la inscripción de apoderamientos vigentes la suspensión o intervención establecida por la Ley.

C) Cuentas anuales (artículo 46): La administración concursal puede autorizar que la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración del concurso se retrase al mes siguiente a la presentación de

inventario y de la lista de acreedores. En este caso, la aprobación de las cuentas deberá realizarse dentro de los tres meses siguientes al término del citado mes de prórroga. Comunicada tal circunstancia al juez del concurso y al RM correspondiente, no se producirá el cierre de la hoja registral por falta de depósito de cuentas siempre que se dé cumplimiento a tal obligación dentro de los plazos legales contados desde el vencimiento del plazo de prórroga antes indicado.

Se reconoce al juez del concurso la facultad de revocar el nombramiento de auditor de la sociedad y el nombramiento de otro a petición fundada de la administración concursal.

Fernando Curiel Llorente
Ernesto Calmarza Cuencas
Jesús María Martínez Rojo

OPERACIONES CON BANKIA O BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS.

A.- EL NEGOCIO REALIZADO CONSITUYE UNA OPERACIÓN COMPLEJA -SIP- QUE SE REALIZA EN LAS SIGUIENTES FASES.:

1ª FASE: LAS CAJAS INTEGRADAS EN EL SIP A BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO (BFA)

Por escrituras autorizadas ante el notario de Madrid Javier Fernández Merino el 16 de mayo de 2011, inscritas en RM Valencia el 23 de mayo de 2011, hoja V-141272, inscripción 21ª:

Protocolo 619 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

Protocolo 620 C.A. Valencia, Castellón y Alicante –Bancaja-.

Protocolo 621 Caja Insular de Canarias.

Protocolo 622 Caja de Ahorros de Ávila.

Protocolo 623 Caixa Laietana.

Protocolo 624 Caja de Ahorros de Segovia.

Protocolo 625 Caja de Ahorros de la Rioja.

Se SEGREGA y se transmite en bloque a la sociedad beneficiaria de la segregación, BFA, la totalidad de SU PATRIMONIO EMPRESARIAL, que consiste en todo el negocio bancario, parabancario o de otra naturaleza, con las siguientes EXCEPCIONES:

- La marca (Caja Madrid, Bancaja, etc.)
- Los activos y pasivos afectos a la obra social.
- Algunas participaciones.
- El monte de piedad.
- Aquellos pasivos activos que por restricciones legales o contractuales no pueden ser traspasados
- Los bienes inmuebles de interés artístico, histórico, que estén inventariados como tales o hayan sido declarados de interés cultural.

Se puede aceptar, como principio general, que TODO EL PATRIMONIO EMPRESARIAL (negocio bancario, parabancario o de otra naturaleza) con sus activos y pasivos de las Cajas ha pasado a BFA. Por tanto, todos los inmuebles propiedad de las Cajas (salvo la exclusión citada) y todas las operaciones con garantía hipotecaria en vigor al 23.05.2011 concedidas por las Cajas, han pasado a BFA. Para su inscripción bastará con que se manifieste así en la escritura presentada. Cuando, atendiendo las circunstancias del caso, pueda sospecharse

que se trata de activos afectos a la obra social, o bienes inmuebles de interés artístico o histórico (que serán supuestos muy excepcionales, vg. en Madrid sólo el edificio de la Plaza de Celenque), podrá pedirse una manifestación expresa de no estar incluidos en la segregación, como más adelante se expresará.

Las Cajas siguen subsistiendo, puesto que no se han disuelto, ni se ha extinguido su personalidad jurídica, si bien su actividad queda limitada a la fundación y obra social.

2ª FASE: ESCRITURA PROTOCOLO 627 SEGREGACIÓN DE NEGOCIO BANCARIO DE BFA A BANKIA, Inscrita en RM Madrid 23 de mayo de 2011, hoja M-186664, inscripción 156ª.

Esta FECHA de 23 de MAYO DE 2011 debe considerarse como de la EFECTIVA transmisión de los créditos e inmuebles, puesto que la eficacia de la segregación se produce con la inscripción en RM (artículo 46, por remisión del artículo 73 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles).

BFA segrega y transmite en bloque por sucesión universal a la beneficiaria de la segregación –BANKIA- el negocio bancario, las participaciones asociadas al negocio financiero y el resto de activos y pasivos que el Banco ha recibido de las Cajas integradas en el SIP. EXCEPCIÓN HECHA de los ACTIVOS y PASIVOS REMANENTES EN BFA, entre estos (Vid páginas 27, 33 y 34):

1 Nos referimos a la numeración del PDF de la escritura de segregación de negocio bancario en favor de BANKIA número 627 de protocolo que está disponible en la Intranet.

- a) En el lado de los ACTIVOS, la gran mayoría del suelo adjudicado, la financiación de suelos en situación dudosa y subestándar, algunas participaciones societarias, algo de caja/dinero y la participación accionarial en Bankia.

- b) En el lado de los PASIVOS, las participaciones preferentes suscritas por el FROB y determinados instrumentos financieros.

El traspaso de BFA a BANKIA de parte del patrimonio que se segrega se hace en bloque, A TÍTULO UNIVERSAL (artículo 71 Ley 3/2009):

- Lo que se segrega y traspasa a BANKIA se recoge en el Perímetro de Segregación. Documento unido número 9.(a) que figura en la página 104.

- Lo que se queda el BFA se recoge en el Documento unido número 9.(b) páginas 105–218.

Lo que se traspasa a BANKIA se recoge en un balance muy general que hace imposible individualizar cada préstamo o inmueble traspasado.

Lo que se queda BFA sí que aparece individualizado, aunque con problemas de identificación a efectos registrales, como ahora se verá.

Por lo tanto, habrá que entender que ha sido traspasado a BANKIA como REGLA GENERAL todo el negocio bancario y financiero –préstamos y créditos-, incluidos los inmuebles adquiridos por escrituras de dación en pago, o adjudicados a las Cajas en ejecuciones judiciales, salvo que haya sido expresamente excluido como remanente de BFA (excepto lo que permanece en BFA y que se detalla en la escritura de segregación protocolo 627).

Aunque está pendiente de confirmar por parte de la asesoría jurídica de Bankia, puede admitirse que todos los préstamos o créditos de concedidos a particulares o consumidores finales, esto es, préstamos de cuantía normal para adquisición de inmuebles, así como los inmuebles adjudicados en procedimientos de ejecución o en dación en pago, han sido traspasados a BANKIA.

ACTIVOS Y PASIVOS REMANENTES EN BFA. (PÁGINAS 105-218). El problema es, pues, identificar estos activos y pasivos que permanecen en BFA. Todo lo que no quede en BFA habrá pasado a BANKIA. Lo que nos interesa es el ACTIVO, que incluye los créditos y los inmuebles y que se clasifica en los cinco grupos siguientes:

I.- Las páginas 105, 106 y 107 contienen Activos Financieros disponibles para la venta que no afecta a nuestros Registros, ni nos interesa para la calificación.

II.- La página 108 contiene un resumen de las Inversiones Crediticias (créditos y préstamos), que se detallan en las páginas siguientes (páginas 109-175) distinguiendo, a su vez: Financiación CISA y participadas; Subestándar; Dudoso; Filiales Directas; Filiales Indirectas.

a) INVERSIONES CREDITICIAS DE CISA Y GRUPO CISO. Páginas 109-118. Se refieren a financiación de CISA Cartera de Inmuebles SLU (patrimonial de Bancaja) Y GRUPO CISA.

b) INVERSIONES CREDITICIAS SUBESTÁNDAR. Páginas 119-148. Se detallan las Inversiones Crediticias Subestándar (La mayoría son sociedades aunque puede haber excepcionalmente alguna persona física, vid. pág 123 y 124, deudor de Caja Segovia).

c) INVERSIONES CREDITICIAS DUDOSO. Páginas 149-173. Se detallan las inversiones crediticias dudosas. También la mayoría son sociedades aunque hay también personas físicas (más que en el listado anterior).

NOTA.- El que se incluya alguna sociedad en estos dos listados no implica que otros créditos de las mismas sociedades no hayan podido pasar Bankia. Es decir, una misma sociedad puede tener operaciones que permanecen como remanentes de BFA y BANKIA. Lo que se incluye en el listado de activos remanentes son operaciones específicas, no deudores o clientes. Es decir, una misma sociedad X puede aparecer en el listado de Créditos subestándar o en el de Crédito dudoso respecto de determinadas operaciones financieras que permanecen en BFA, y otras operaciones financieras de la misma sociedad pueden haber pasado a Bankia.

Tampoco puede tomarse como regla el que se trate de operaciones de financiación de suelo, aunque esto sea lo general. Existen operaciones incluidas en el listado que se refieren a edificaciones terminadas y en proceso de venta, y a la inversa, algunos suelos –p.e. de Metrovacesa- que han pasado a Bankia.

En el listado se incluye un identificador del expediente, el nombre de la Caja que otorgó inicialmente la operación, CIF y nombre del cliente.

Todo esto revela la dificultad que tenemos los registradores para poder calificar si el crédito afectado por la escritura presentada permanece como remanente de BFA o ha sido traspasado finalmente a BANKIA. Y ello aun teniendo a nuestra disposición la escritura de segregación número 627 de protocolo por estar accesible en la intranet.

d) INVERSIONES CREDITICIAS. PARTICIPADAS DIRECTAS. Página 174. Se refiere a créditos de Interávila S.A. y Edificios Singulares de Canarias S.A., que son las filiales directas de Caja Ávila y Caja Canarias, respectivamente.

e) INVERSIONES CREDITICIAS. PARTICIPADAS INDIRECTAS. Página 175. Se detallan las filiales indirectas, en las que participan las respectivas Cajas.

III.- En la página 176 se contiene un resumen de los **ACTIVOS NO CORRIENTES EN VENTAS. INMUEBLES** adjudicados que se quedan en BFA y que no pasan a BANKIA:

- Los procedentes de Caja Madrid figuran en las páginas 175-185.
- Los procedentes de Caixa Laietana figuran en la página 186.
- Los procedentes de Caja Canarias figuran en las páginas 187-193.

- Los procedentes de Caja Segovia figuran en la página 194.
- Los procedentes de Caja Ávila figuran en la página 195.

Cada caja las identifica a su manera. Generalmente se identifican con un número de inventario, municipio, provincia, comunidad y subtipología. No es posible establecer una correspondencia con las fincas registrales, salvo los relativos a algunas fincas de Caja Canarias o Caja Segovia donde parece figurar algo que pudiera ser el número de finca registral. La mayoría son solares aunque esta regla tampoco es válida con carácter general, puesto que se ha detectado algún edificio.

Se está pendiente de que se confeccione por parte de BANKIA un listado identificable donde se relacionara el número del inventario que figura en la escritura de segregación 627 con la finca registral correspondiente.

IV.- PARTICIPACIONES. Se detallan las que permanecen en BFA y no afecta a los Registros.

V.- ACTIVO MATERIAL. Páginas 197-212. En la página 197 se contiene un resumen:

- Los procedentes de Caja Madrid figuran en las páginas 198-208.
- Los procedentes de Caixa Laietana figuran en la página 209.
- Los procedentes de Caja Canarias figuran en las página 210.
- Los procedentes de Caja Segovia figuran en la página 211.
- Los procedentes de Caja Ávila figuran en la página 212.

Ocurre lo mismo que en el precedente apartado III (Activos no corrientes en ventas). Casi todo son suelos, cada Caja las clasifica a su manera y sería necesario identificarlos a efectos registrales, al igual que el supuesto anterior.

B.- CÓMO ACTUAR EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1º.- RESPECTO DE LOS CRÉDITOS O FINCAS INSCRITOS A FAVOR DE LAS CAJAS.

- 1.- Todo el negocio bancario de BFA ha pasado a BANKIA, EXCEPTO los activos y pasivos remanentes (créditos e inmuebles) que se relacionan en la escritura de segregación 627 de protocolo.
- 2.- La acreditación de lo transmitido finalmente a BANKIA debe hacerse por vía negativa o de exclusión. Se ha transmitido por sucesión universal todo aquello

que no se encuentre expresamente exceptuado en la escritura de segregación 627 de protocolo, anexo IX.

3.- Dada la manera como se encuentran identificados los activos remanentes que permanecen en BFA (tanto los de créditos como los de inmuebles) es prácticamente imposible que los registradores podamos calificar con seguridad si determinado crédito o determinado inmueble está excluido de la cesión a BANKIA.

4.- Para facilitar la calificación, y, consecuentemente, la agilidad imprescindible en el tráfico jurídico de las operaciones suscritas por Bankia, se comprobará lo siguiente:

a) En los títulos presentados se realizará EXPRESA MANIFESTACIÓN de que el activo se encuentra -o que no se encuentra- en la lista de activos remanentes y, por consiguiente, que ha pasado o no a Bankia.

b) Como se ha dicho, para los préstamos de particulares, o de consumidor final, o de inmuebles adjudicados o cedidos en pago por causa de estas operaciones, bastará con la anterior manifestación expresa. (Pendiente confirmación por Bankia, pero esto nos solucionaría prácticamente el 90% de los casos que llegan a las oficinas, con un mínimo margen de error).

c) Para los demás supuestos (habrá que poner especial atención si se trata de personas jurídicas, promotores, financiación de suelo o de promociones, suelos a nombre de las Cajas, etc.), Bankia va a intentar facilitar un anexo en el que se precise con mayor claridad y, sobre todo de manera inteligible para los registros, los activos y pasivos remanentes que permanecen en BFA. La labor es compleja puesto que están en proceso de integración de hasta siete sistemas informáticos diferentes. Se intentará, por lo menos: A) respecto de las operaciones financieras un listado por orden alfabético de los deudores prestatarios que facilite la búsqueda por los registros. Localizado el deudor en la lista no implica necesariamente que la operación concreta haya sido excluida de la segregación, pero permitirá exigir una aclaración ulterior; B) Respecto de los inmuebles que se expresen los datos que permitan su identificación registral. Conseguido el listado se pondrá a disposición de los registradores a través de los respectivos decanatos.

d) El paso anterior se complementará con la designación de por parte de Bankia de un interlocutor que, a través, de correo electrónico pueda solucionar directamente las dudas que le puedan plantear los diferentes registros, a través de un procedimiento rápido y ágil que se comunicará oportunamente (pendiente de confirmar).

5.- Como la obtención de los documentos previstos en el apartado c) puede retrasarse un poco, y hasta que nos comuniquen quién es la persona de contacto prevista en el apartado d), transitoriamente se admitirá una instancia privada emitida por apoderados de la entidad en la que se aclarará la situación de la operación cuando se trate de:

i) Operaciones formalizadas sin incluir las referencias o la manifestación expresa de estar o no incluido en los activos remanentes y, respecto de las cuales, los registros planteen dudas.

ii) Operaciones que, pese a incluir la manifestación expresa de estar o no incluidos en los activos remanentes, se considere adecuado solicitar confirmación.

2º.- RESPECTO DE LOS APODERADOS DE BANKIA.

Desde mediados de julio Bankia está otorgando sus propios poderes por lo que deben entenderse revocados y sin efecto los apoderamientos anteriores otorgados por las Cajas y que fueron asumidos por la escritura número de protocolo 721 de Ignacio Paz Ares. Debe comprobarse que los apoderados actúan ya con los poderes propios de Bankia.

Respecto de las escrituras de CANCELACIÓN DE HIPOTECAS en garantía de préstamos que habían sido amortizados con anterioridad a 23.05.2011, al estar extinguidos en el momento de la fusión debe entenderse que no han sido traspasadas a Bankia. No obstante, esta entidad será la que otorgue las escrituras de cancelación, con sus propios apoderados, en cuanto que es la sucesora de la Caja acreedora en el negocio bancario y a la que las Cajas han transmitido su documentos contables en este ámbito, dando así cumplimiento a la obligación legal frente al deudor hipotecario de dar carta de pago y consentir la cancelación del derecho real de hipoteca. Este criterio es sin perjuicio de que cada Caja pueda seguir cancelando las hipotecas cuyos préstamos o créditos se hubieren pagado íntegramente antes de las respectivas escrituras de segregación.

3º.- REPERCUSIÓN DE LA FUSIÓN EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN COMENZADOS O PENDIENTES DE INICIAR.

A) EJECUTIVOS ORDINARIOS.

En caso de que la anotación de embargo figure a nombre de la primitiva Caja, dada la naturaleza del embargo como afección del bien a resultas de

determinado procedimiento, y que dentro del procedimiento corresponde al Juez apreciar la sucesión procesal (vid.540 LECiv), no debe haber obstáculo ni para la expedición de la certificación de dominio y cargas del art. 656 LEC solicitada por Bankia, ni para la inscripción del resultado del procedimiento aunque éste sea la adjudicación a la propia Bankia, sin necesidad de inscripción, anotación o nota marginal alguna previa a favor de esta entidad, como una especie de tracto abreviado.

Aunque no se estima necesario dado el conocimiento general de estas operaciones de sucesión a título universal, el que lo estime oportuno podría pedir del Juzgado aclaración de las razones por las que se ha estimado acreditada la sucesión procesal, y en los supuestos dudosos de pertenecer el crédito al BFA, la correspondiente instancia aclaratoria a los representantes de Bankia.

B) EJECUCIONES HIPOTECARIAS.

En el supuesto de que la hipoteca figure inscrita a nombre de la primitiva Caja, dada la naturaleza de derecho real de la hipoteca y el juego de los principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo, a priori lo lógico es que Bankia procediera a la previa inscripción de las hipotecas a su favor, para luego ejercer las correspondientes acciones asociadas a la hipoteca y ello porque aunque la inscripción de la cesión de los créditos hipotecarios no tenga carácter constitutivo, sí constituye, con carácter general, un requisito para la operatividad de los efectos y el ejercicio de las acciones derivadas del asiento registral.

Es cierto que el art. 688-1 LEC exige 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*” y que el artículo 6 de la 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.

Pero también debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que del análisis conjunto de dicho art. 688-1 y 2 en relación con el art. 656 LEC, al que aquél se remite, el Registrador debe expedir siempre la certificación de dominio y cargas expresando “*la titularidad del dominio y demás derechos reales y cargas del bien o derecho gravado*” e indicando, en su caso, “*la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro*” y practicar siempre la correspondiente nota al margen de la hipoteca. Y, en segundo lugar, que en caso de que la hipoteca se encuentre cancelada o no figure inscrita a favor de la entidad que insta la ejecución, y a cuya solicitud el juez ordena la expedición de

la referida certificación, el artículo no señala que el Registrador no expedirá la certificación sino que en su número 3º deja al juez la decisión de poner fin a la ejecución a la vista de la certificación y, por aplicación del art. 540-2 LEC, de los documentos fehacientes presentados para acreditar la sucesión.

Por esta razón si se solicita la expedición de certificación de cargas prevista en el artículo 688 LEC y del mandamiento presentado resulte que el procedimiento ha sido iniciado por Bankia, se entiende que tampoco debe haber obstáculo para expedir la certificación, practicar la nota marginal de su expedición y hacer las oportunas notificaciones, puesto que, como queda explicado, es competencia judicial apreciar la sucesión del ejecutante a efectos procesales.

Y si la ejecución continua y la finca se adjudica a Bankia, por haber apreciado el Tribunal la sucesión, no se ve inconveniente jurídico para la inscripción a favor de dicha entidad siempre que previamente se reanude el tracto interrumpido inscribiendo la hipoteca a favor de Bankia al mismo tiempo de la inscripción del testimonio del remate, bien por el reflejo de los documentos fehacientes de la sucesión en el mismo, o bien por la presentación simultánea de las correspondientes escrituras.

Además, como se trata de una sucesión universal de conocimiento público, cuyas operaciones ya constan en otras inscripciones de la mayoría de los Registros, se estima posible la inscripción de la sucesión en la hipoteca a favor de Bankia, con la simple instancia de solicitud expresa de la misma con relación de los documentos en que se funda, quedando a juicio del registrador la comprobación de los mismos en el Registro Mercantil a través del FLEI o la simple remisión a las inscripciones de su Registro en que ya constare. Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos dudosos de pertenecer el crédito al BFA, se solicite también la correspondiente instancia aclaratoria a los representantes de Bankia.

No debe olvidarse a este respecto en materia que la falta de inscripción de la cesión no priva al cesionario de legitimación para instar el procedimiento ejecutivo (STS 29 de junio de 1989, y de 4 de junio de 2007 RJ/2007/3426). Esta última señala que *“la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios habiéndose declarado en cumplimiento de tales aseveraciones, que el hecho de que el demandante actúen en un procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandada, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior”*.

4º.- HONORARIOS

En materia de honorarios debe seguirse el criterio sostenido en numerosas resoluciones DGRN (vid por todas 29 julio de 2009)

A estos efectos se considera que la operación realizada, en el mismo día y sin solución de continuidad, constituye una única operación económica y por lo tanto procede cobrar UNA SOLA TRANSMISIÓN, lo que, conforme al artículo 611 RH, significa:

a) la inscripción del cambio de titularidad registral derivado de la fusión relativa a un derecho real de hipoteca en garantía de un préstamo, como consecuencia de practicar cualquier inscripción (novación, subrogación, cesión, cancelación, adjudicación, etc.), se considera un supuesto de tracto abreviado y, en consecuencia, se aplicará la bonificación arancelaria del 25% recogida en el número 2.2 del arancel, más la bonificación arancelaria del 50% derivada del artículo 611 RH. Es decir se girará la minuta sobre el 37,50%.

b) Si la titularidad de la entidad financiera fuera el dominio sobre un inmueble se aplicará una bonificación del 50% al número 2.1 del arancel (95%). Es decir, se girará la minuta sobre el 47,55%)

c) La base será el principal pendiente de amortizar a la fecha de la fusión -23 de mayo de 2011-. Si a esa fecha el saldo fuera cero NO se cobrará cantidad alguna por la fusión, al no haber existido transmisión. Si no se indica el saldo pendiente será el principal de la hipoteca.

d) El cambio de denominación no será objeto de minutación.

e) En el supuesto excepcional de que se solicite como operación única y específica el cambio de titularidad de un bien o un derecho real de hipoteca, se aplicará directamente el número 2.1 o el número 2.2 de arancel, según corresponda.

En cuanto a la facturación y persona obligada al pago, se seguirá el criterio de las resoluciones DGRN, que es el siguiente: *“Respecto a quién es el obligado al pago de los honorarios devengados por la anterior inscripción, hay que acudir a la Norma Octava del Anexo II del Arancel, conforme a la cual los derechos del Registrador serán también exigibles a la persona que haya presentado el documento, porque el presentante es quien solicita la actuación profesional del Registrador, independientemente de las relaciones subyacentes entre él y el otorgante del acto inscrito y de la posibilidad de repercutir los honorarios pagados en base a dichas relaciones. Y porque el art. 39 del Reglamento Hipotecario establece que se considerará comprendido en el apartado d) del art. o de la Ley Hipotecaria a quien tenga la representación de cualquiera de ellos, a quien presente los documentos en el Registro con objeto de solicitar la inscripción. En todo caso, el recurrente podrá solicitar que se expidan dos*

minutas, una que incluya el concepto cancelación de hipoteca y otra el concepto absorción o fusión. Así lo hace el recurrente en el escrito presentado ante esta Dirección General a lo que presta su conformidad el Registrador en el informe remitido a este Centro Directivo, por lo que en este punto no hay nada que añadir.”

Comisión colegial*

* Ernesto Calmarza Cuencas, Ángel Valero Fernández-Reyes y Jesús Sieira Gil