

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15766 *Resolución de 18 de julio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 33, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de crédito refaccionario.*

En el recurso interpuesto por don A. R. C. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Madrid número 33, don Francisco Fernández de Arévalo y Delgado, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de crédito refaccionario.

Hechos

I

Mediante escrito de fecha 7 de marzo de 2011, don A. R. C. exponía que en su condición de arquitecto se le encomendó la elaboración y ejecución de un proyecto relativo a la edificación de una construcción sobre una finca propiedad de doña M. A. R. Z., adeudándose por dicho concepto la cantidad de 114.205,12 euros, teniendo dicho crédito el carácter de refaccionario, por lo que solicitaba se tomara anotación de conformidad con los artículos 42.8 y 59 de la Ley Hipotecaria, y 155 y concordantes de su Reglamento. Acompañaba factura y visado del Colegio de Arquitectos de Madrid.

II

Presentado el escrito en el Registro de la Propiedad de Madrid número 33, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Calificado dentro del plazo legal el precedente documento, presentado en este Registro de la Propiedad número treinta y tres de Madrid, en el asiento 1478 del Libro Diario 51, se suspende su anotación por los defectos subsanables que se expresan a continuación, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho: Primero: la documentación del arquitecto presentada, solicitud del arquitecto acompañada de factura de honorarios y escrito del Colegio del Arquitectos, es incompleta pues falta el contrato celebrado con el deudor, requisito esencial para la existencia del propio crédito objeto de la refacción y su consiguiente anotación, sin que la factura referida genere derecho alguno de crédito refaccionario pues no se trata de una cantidad prestada al deudor para ser invertida en la refacción de la finca y mientras duran las obras que sean objeto de la refacción, arts. 42.8.º, 59 de la Ley Hipotecaria y 155 del R. R. Segundo: Estando la finca sobre la que se pretende practicar la anotación preventiva de crédito refaccionario sujeta a cargas inscritas, no se ha acreditado por convenio unánime en escritura pública o en su defecto por providencia firme, entre el acreedor refaccionario y los titulares de dichas cargas, el valor de la finca antes de empezar las obras, dato que es imprescindible hacer constar en la anotación del crédito, según ordenan los arts. 61, 63 y concordantes de la Ley Hipotecaria. Tercero: Estando presentados con anterioridad y vigentes sus respectivos asientos, mandamiento de embargo, asiento 1834 del diario 50, y mandamiento del Juzgado de lo Mercantil número 9 de los de Madrid, asiento 309 del diario 51 de anotación preventiva de concurso necesario de don G. P. A., por estar la finca inscrita con carácter ganancial a favor de dicho señor y su esposa doña M. A. R. Z., no puede anotarse el título calificado sino después de anotarse los anteriormente relacionados o que caduquen sus asientos, por ser incompatible con dichos títulos previos, por exigencia del principio de prioridad registral, art. 17 de la Ley Hipotecaria y ello sin perjuicio de que practicada la anotación de concurso necesario referenciado, no pudiera anotarse lo aquí solicitado, pues se hace necesario la autorización judicial del

Juzgado donde se tramita el concurso, al formar la finca parte de la masa activa de dicho concurso, por imperativo de los art. 24.4 y 43.2 de la Ley Concursal y ello máxime cuando de la documentación presentada no resulta acreditado suficientemente el origen de la deuda según lo dicho en el defecto primero. No se toma anotación preventiva por defecto subsanable, por no haberse solicitado expresamente. Esta calificación será notificada al presentante, quedando prorrogado el asiento de presentación por sesenta días, a contar desde dicha notificación. Contra la anterior calificación (...) Madrid, a treinta de marzo del año dos mil once. El registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. R. C. interpone recurso, en virtud de escrito de fecha 25 de abril de 2011, con base, entre otros, en los siguientes argumentos: 1.—Que no se puede admitir por no ser ajustado a Derecho el primero de los fundamentos de Derecho que contiene la nota de calificación recurrida, por cuanto que en el ordenamiento jurídico español, salvo excepciones muy reducidas que no es la del presente caso, es principio general el de la libertad de forma de los contratos que consagra, entre otros preceptos, el artículo 1278 del Código Civil. En consecuencia, en este caso los documentos presentados reflejan los elementos necesarios de los contratos (artículo 1261, siguientes y concordantes del Código Civil), por lo que, en modo alguno, se puede estimar que en el presente supuesto falta el contrato celebrado con el deudor; 2.—Que, en absoluto, se puede estimar impeditivo del asiento solicitado por el aquí diciente lo referido en el fundamento de Derecho segundo de la nota de calificación recurrida, ya que dicho valor de la finca antes de comenzar las obras resulta de los asientos del Registro a los que también se debe atender por el registrador para efectuar su calificación ex artículo 18, in fine, de la Ley Hipotecaria; y, 3.—Que, en el fundamento de Derecho tercero de la nota de calificación, se refiere el registrador a un defecto que, en absoluto, puede ser un obstáculo para la práctica de la anotación del crédito refaccionario solicitada, sino que temporalmente podría impedir su práctica inmediata, pero no su extensión posterior, una vez se dé cumplimiento por el registrador a lo prescrito en los preceptos legales que se citan.

IV

El registrador emitió informe el día 12 de mayo de 2011 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1923 del Código Civil; 42, 55, 59 a 64 y 92 a 95 de la Ley Hipotecaria; 18, 20 a 23, 26, 27 y 35 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval; 40.2, 43.2, 90.1.3.º y 90.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 155 a 160, 166, 197 y 206 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1975, 21 de mayo de 1987, 30 de marzo y 5 de julio de 1990, 9 de julio de 1993, 22 de julio de 1994, 21 de julio de 2000 y 6 de febrero de 2006; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 de junio de 1899, 9 de junio de 1911, 29 de marzo de 1954, 10 de diciembre de 1999, 12 de marzo de 2004, 6 de abril de 2006 y 17 de mayo de 2010.

1. 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.

Son tres los defectos alegados por el registrador: 1.º—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.º—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 de la Ley Hipotecaria; 3.º—Estando presentados con anterioridad y vigentes sus respectivos asientos, mandamiento de embargo y mandamiento del Juzgado de lo Mercantil número 9 de los de Madrid, de anotación preventiva de concurso necesario de don G. P. A., por estar la finca inscrita con carácter ganancial a favor de dicho señor y de su esposa, doña M. A. R. Z., no puede anotarse el título calificado sino después de anotarse los anteriormente relacionados o que caduquen sus asientos, por ser incompatible con dichos títulos previos, según el principio de prioridad registral previsto en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Debe advertirse, además, que la respuesta a la cuestión planteada debe partir de la necesidad de anotar la declaración de concurso con carácter previo a la anotación solicitada para la que se requiere autorización judicial del Juzgado donde se tramita el concurso, al formar la finca parte de la masa activa de dicho concurso, por imperativo de los artículos 24.4 y 43.2 de la Ley Concursal, sobre todo si se tiene en cuenta que de la documentación presentada no resulta acreditado suficientemente el origen de la deuda según lo dicho en el defecto primero.

2. En el momento de solicitarse la inscripción no se prevé en el Derecho español una definición legal del crédito refaccionario. El Código Civil se limita a establecer determinada preferencia legal en favor de los créditos refaccionarios sobre los inmuebles que hubiesen sido objeto de la refacción, distinguiendo según consten o no en el Registro de la Propiedad (cfr. artículo 1923, números 3 y 5). La Ley Hipotecaria dispone que el acreedor refaccionario puede exigir anotación preventiva —con los efectos de la hipoteca— sobre la finca refaccionada (cfr. artículo 59 en relación con los artículos 42.8.º, 60 a 65 y 92 a 95). Asimismo, se regula la preferencia del crédito refaccionario en la Ley de Hipoteca Naval (cfr. artículos 18, 20 a 23, 26, 27 y 35) y en la Ley Concursal (artículos 90.1.3.º y 90.2).

Puede afirmarse que se considera crédito refaccionario el contraído en la construcción, conservación, reparación o mejora de una cosa, generalmente un inmueble. Tradicionalmente se ha exigido a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada. Y, según la evolución jurisprudencial, el crédito deriva de la anticipación de dinero, material o trabajo con dicha finalidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. la Sentencia de 21 de julio de 2000 y las demás citadas en los «Vistos» de la presente Resolución), a la hora de proporcionar rasgos definitorios de esta figura, ha puesto de manifiesto que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros negocios que contribuyan, de modo directo, al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario. Se entiende igualmente que la palabra «anticipar», empleada por el artículo 59 de la Ley Hipotecaria para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo el término «cantidad» una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el artículo 1273 del Código Civil, máxime cuando el artículo 60 de aquella Ley se refiere al «dinero o efectos en que consistan los mismos créditos». Se superan así anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo que habían aplicado el que se podría calificar como concepto estricto de crédito refaccionario, ciñéndolo al derivado de un contrato de préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio.

Ahora bien, en dicha jurisprudencia también se pone de relieve que tal «concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza, empero, su extensión indiscriminada a todo el que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de

relación con bienes inmuebles». Por el contrario de la mencionada Sentencia de 21 de julio de 2000 se deduce 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.

3. En el caso del presente recurso, por lo que se refiere al primer defecto, el artículo 59 de la Ley Hipotecaria expresamente determina que el acreedor refaccionario podrá exigir anotación sobre la finca refaccionada por las cantidades que, de una vez o sucesivamente, anticipare, presentando el contrato por escrito que en cualquier forma legal haya celebrado con el deudor. El artículo 155 del Reglamento Hipotecario, según redacción dada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre señala que la anotación preventiva a favor de los acreedores refaccionarios 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, asegurándose aquél de la personalidad de los comparecientes y de la autenticidad de las firmas puestas al pie del contrato, salvo que éstas estuvieren legitimadas notarialmente, en cuyo caso no será necesaria dicha concurrencia personal. Por último, el artículo 166.7.º del Reglamento Hipotecario expresa que en las anotaciones de crédito refaccionario se indicará el contrato celebrado y sus condiciones.

Se trata, por tanto, de uno de los escasos supuestos en que no es necesario documento público para practicar un asiento registral (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), pues se admite el contrato (documento) privado que conste por escrito (artículo 155 del Reglamento Hipotecario), siempre que todos los interesados concurren ante el registrador y ratifiquen lo expresado en dicho documento privado.

Ahora bien, este carácter excepcional de admisión del documento privado para la práctica de la anotación de crédito refaccionario no puede interpretarse en el sentido de que sea suficiente aportar la factura emitida por el arquitecto junto con el visado colegial, pues con ello, ni se cumple la exigencia de que se aporte el contrato que conste en documento privado, como disponen los artículos 59 de la Ley Hipotecaria y 155 de su Reglamento, firmado por ambas partes o sus representantes (artículo 155 del Reglamento Hipotecario), ni se da cumplimiento a la exigencia mínima de concreción e individualización del crédito, causalmente conectado con la construcción, reparación o mejora del bien refaccionado, que ha de gozar de preferencia en el cobro (cfr. artículo 1923.3 del Código Civil). Por el contrario, si se admitiera se estaría dando preferencia registral a una deuda en perjuicio del resto de acreedores, teniendo en cuenta la relevancia que los privilegios tienen en la distribución del riesgo de insolvencia patrimonial del deudor, lo que exige rigor en la definición de un sistema eficaz de prelación de créditos.

4. El segundo defecto, igualmente debe ser confirmado. El artículo 61 de la Ley Hipotecaria es taxativo al determinar que si la finca que haya de ser objeto de la refacción estuviere sujeta a cargas o derechos reales inscritos, no se hará la anotación. La misma podría practicarse bien en virtud de convenio unánime por escritura pública entre el propietario y las personas a cuyo favor estuviere constituidas aquéllas 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, dictada en expediente instruido para hacer constar dicho valor, y con citación de todas las indicadas personas.

Sin embargo, 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. Resolución 9 de junio de 1911).

5. En relación con el último defecto señalado en la nota debe partirse de la vigencia de un asiento de presentación relativo a un mandamiento de anotación preventiva de embargo y otro asiento relativo a un mandamiento de anotación de concurso. Como ya dijera esta Dirección General (cfr. Resolución de 26 de julio de 1988) más que suspenderse la inscripción o anotación del presentado con posterioridad por estar pendientes de despacho títulos contradictorios previos, debe aplazarse su despacho, tal como resulta implícitamente de lo dispuesto por los artículos 111.3 y 432.2.º del

Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. Este criterio se encuentra confirmado en el artículo 18.2 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, cuando determina que el plazo máximo para inscribir el documento es el de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación, pero si existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computa desde la fecha de la inscripción del título previo.

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. En efecto, en el presente caso se ha presentado solicitud de anotación de concurso de acreedores frente a don G. P. A. cónyuge de doña M. A. R. Z. figurando la finca inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos con carácter ganancial, a la que se refiere la factura emitida por don A. R. C. en su condición de arquitecto por la dirección de obra de una vivienda unifamiliar a nombre de doña M. A. R. Z., pero sin que aporte el documento privado del contrato. Del mismo modo, y sin entrar en el examen de si para poder practicar la anotación preventiva de crédito refaccionario, el contrato debiera estar suscrito por ambos cónyuges, dado el carácter ganancial y titularidad conjunta de la finca (cfr. artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario), toda vez que ello no ha sido objeto de calificación por el registrador de la Propiedad (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), tampoco procede –mientras no se practique o caduque el asiento de presentación correspondiente a la declaración de concurso– entrar en el estudio de las consecuencias de la declaración de concurso de don G. P. A. y si es de aplicación respecto de él, lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley Concursal, en cuanto dispone que 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; o si por el contrario, al tratarse de un incremento patrimonial como consecuencia de la refacción se trata de un gravamen propiamente dicho, por lo que no sería exigible la autorización judicial.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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

Madrid, 18 de julio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.