

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**18883** *Resolución de 2 de noviembre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por un notario de Getxo, don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, frente a la negativa de la registradora de la propiedad de Eibar a inscribir una escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria unilateral.*

En el recurso interpuesto por el notario de Getxo, don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, frente a la negativa de la registradora de la Propiedad de Eibar, doña Gema Celdrán Canto, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria unilateral.

**Hechos**

I

En escritura autorizada por el notario recurrente el día 8 de febrero de 2011, el representante de la compañía «Inmobiliaria Basaldi, s.l.», constituyó hipoteca unilateral sobre tres cuotas indivisas de determinado local, cada una de las cuales tiene abierto folio especial por tener atribuido el uso y disfrute exclusivo de determinada plaza de garaje, en beneficio del Ayuntamiento de Eibar. La hipoteca fue aceptada por el beneficiario mediante escritura autorizada por la notaria de Eibar, doña María Dolores García Sillero, el día 29 de marzo de 2011.

II

Las escrituras fueron objeto de presentación en el Registro de la Propiedad de Eibar y de la oportuna calificación. Con posterioridad se produjo el desistimiento del asiento de presentación y se presentaron nuevamente, lo que dio lugar a la calificación que provoca la siguiente en los siguientes términos: «La Registradora que suscribe, previa calificación conforme al art. 18 de la L. H. del documento que luego se dirá, y de los antecedentes del Registro, ha acordado suspender la inscripción de la hipoteca unilateral aceptada en favor del Ayuntamiento de Eibar, en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos 1).-El presente documento, escritura de Hipoteca unilateral otorgada por Inmobiliaria Basaldi, S.L. en favor del Ayuntamiento de Eibar, ante el Notario de Las Arenas Don Mariano-Javier Gimeno Gómez-Lafuente, el 8 de febrero de 2011, número 298 de su protocolo, presentada nuevamente en este Registro el día 21 de Julio de 2011, Asiento 578 del Diario 30 y aceptada por el acreedor en virtud de escritura otorgada en Eibar a 29 de marzo de 2011 ante la Notario Doña María Dolores García Sillero, protocolo 395. 2).-Que la citada Sociedad Inmobiliaria Basaldi, S.L. en virtud de Auto número 319/11-I del Juzgado de lo Mercantil número dos de Bilbao fue declarada en concurso voluntario; anotado en el Registro de la Propiedad de Eibar en virtud de Mandamiento expedido por duplicado el veinte de abril de dos mil once, por el Secretario Judicial del citado Juzgado Don J. M. A. con fecha 16 de mayo de 2011. En el cual se hacía constar que la Sociedad conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. Fundamentos de Derecho. Una vez aceptado el desistimiento por el presentante conforme al Art. 433 R. H. y habiéndose extendido la oportuna Nota al margen del asiento de presentación, el registrador que califica con arreglo al Art. 18 L. H. procede a ello, ratificándose en el defecto alegado en su primera nota, al considerar conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal Art. 40 apartados 1 y 7, y lo dispuesto en el auto 319/11 del Juzgado de lo

mercantil de Bilbao según el cual Basaldi, S.L. fue declarada en Concurso Voluntario y debidamente anotado en este Registro el 20 de Abril de 2011 con la consiguiente protección y eficacia registral que de ello deriva, se hacía constar como bien se expresa en la nota de calificación anterior al desistimiento (una vez agotados todos los plazos para recurrir o acudir a la calificación registral sustitutoria sin haberse acogido a ninguno de estos dos mecanismos legales previstos para que el presentante o notario autorizante haga uso de ellos si no hubiera estado conforme con la nota), que la Sociedad Basaldi, S.L. conservará todas las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. De conformidad con el Art. 108 R. H., se vuelven a presentar el título en este Registro y es objeto de nueva calificación. A tal efecto cabe recordar las resoluciones de la DGRN que abordan esta nueva calificación tales como: Resolución DGRN de 10 de abril de 2000, según la cual no puede considerarse nula una nueva calificación que añade nuevos defectos en virtud de nueva presentación del título, conforme al Art. 108 R. H., pudiendo mantenerse o variar si lo estimase justo la calificación hecha. Resolución DGRN de 2 marzo de 2001, cabe nueva calificación del título si se vuelve a presentar el mismo. Resolución DGRN de 10 de enero de 2008, también prevé esta posibilidad. Resolución DGRN 14 de Abril 2006, 21 Abril de 2005, en el mismo sentido, entre otras. Es evidente que cronológicamente, entre el otorgamiento de la Escritura Pública de Hipoteca referida el 8 de Febrero de 2011, y su presentación en el Registro el 24 de mayo de 2011, tiene lugar según resulta de los libros del Registro el 20 de abril de 2011 la anotación conforme a derecho de la declaración de concurso voluntario de Basaldi S.L. La cuestión no hubiera planteado mayor problema en cuanto a ciertos actos dispositivos anteriores a tal declaración e inscripción de la declaración de Concurso Voluntario, si nos halláramos ante supuestos ya contemplados por la propia DGRN en Resolución de 3 de Junio de 2009 ante una inscripción de escritura de compraventa, autorizada antes de la declaración de concurso, pero presentada al Registro posteriormente, porque como con acertado criterio manifiesta la DGRN, no había obstáculo para la intervención de juez, ni de los administradores concursales, ya que esos bienes no integran la masa del concurso y ello sin perjuicio de las acciones de rescisión de tales actos. En este caso no se plantea ninguna duda toda vez que es sobradamente conocido por todos que la inscripción en el Registro de la propiedad de la compraventa es un acto voluntario basado en el Principio Hipotecario de rogación, quedando el contrato en cuestión perfeccionado con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el ámbito extraregistral conforme a los Arts. 1445 y siguientes del C. C., que consideran que una vez cumplida la causa, la entrega de la cosa se entenderá realizada por cualquiera de los medios dispuestos en los Arts. 1462 y ss entre los cuales se establece el otorgamiento de la Escritura Pública. Sin embargo y por razones obvias de seguridad en el caso de la Hipoteca su existencia en la vida Jurídica y el reconocimiento por doctrina científica, jurisprudencia, y DGRN del carácter constitutivo de la Inscripción en el Registro de la Propiedad, no permite a este Registrador aplicar el mismo criterio que en el caso de una simple venta. Al considerarse que independientemente de los efectos que deriven del otorgamiento de la escritura, la existencia jurídica de la Hipoteca y su eficacia frente a terceros deriva de la inscripción constitutiva de la misma, y ésta se produce en un momento en el que ya ha accedido al Registro de la Propiedad la declaración de concurso, nos encontramos con que de acuerdo a lo dispuesto en el auto 319/11 y la Ley Concursal Art. 40, que no existe la Hipoteca como tal en la vida jurídica y por tanto en el momento en el que se pretende que así sea, ya no se tiene una libre disposición de los bienes, sino que es preciso esa conformidad o ratificación por parte de los administradores concursales. Plantear la posibilidad de que la Hipoteca exista desde el momento mismo de la autorización de la escritura y adoptar un criterio contrario al carácter constitutivo de la inscripción, según deriva claramente del CC Art. 1875 y ss, y Arts 145 y 130 L. H. y diversas Resoluciones y Sentencias que a continuación citaré, nos lleva a plantear, la incertidumbre e inseguridad jurídica que derivaría de Hipotecas que no hubieran accedido al Registro y si habían de mantener su condición de crédito privilegiado

frente a todos aquellos titulares de algún derecho real susceptible de inscripción registral y que acuden diligentemente al Registro solicitando la protección que deriva la misma, así como las dificultades que se plantearían en un procedimiento concursal del que se ha tomado debida constancia registral a los efectos de proteger a los acreedores concursales y el control que por parte del Juez o de los administradores concursales se ha de llevar de la masa activa y pasiva del mismo. La presunción de legalidad deriva en este caso de la incorporación del título al Registro, previa calificación del Registrador (Art. 1, 38 y 18 L. H.) que en ningún caso puede verse sustituido por la autorización notarial del documento, dado el carácter constitutivo de la inscripción de la Hipoteca, tal y como disponen, DGRN, Jurisprudencia en múltiples Resoluciones y Sentencias de las cuales solo dejaré constancia de alguna de ellas en esta nota aclaratoria. Así conforme al Art. 145 LH: «Para que las Hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: 1º Que se hayan constituido en Escritura Pública. 2º Que la Escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad art. 1875 CC «...Es indispensable que para que la hipoteca quede válidamente constituida el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». Stª 4 Julio 1989 - «Destaca el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, lo cual obedece a la naturaleza de derecho formal de la hipoteca, que indudablemente es un derecho de constitución registral y el valor constitutivo de la inscripción de hipoteca ha sido constantemente reconocido en nuestra Jurisprudencia». Siguiendo la Stª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1-4-2011, que anula la Resolución de 24 de julio de 2008 que aludía a que el Registrador no podía Calificar las cláusulas de vencimiento anticipado, variando sustancialmente su interpretación en relación a esta cuestión y al Art. 12 LH y 130 LH, para coordinarla con otras normas en materia de protección de los consumidores entendiendo que según el art. 38 L. H: y 130 L. H., la presunción de validez y exactitud de los asiento del Registro, implica que para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se activen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable el control de legalidad, reconociendo la entidad de la actividad registral junto con la Judicial para mantenerlos. DGRN 4 Noviembre 2010, 21 Diciembre 2010, 8 Junio 2011). Así, conforme a la ley 4/2007 y Ley 2/2009 Art. 18.1 que propicia el control de la legalidad por parte de los Registradores, implica que frente a una normativa de carácter imperativo, muy especialmente de regulación protectora de los consumidores, no cabe en ningún caso legitimar la validez de estipulaciones contenidas en la escritura en función de ser resultado de un acuerdo de voluntades. Stª 26 de enero 2000 - «La inscripción registral de la hipoteca tiene naturaleza constitutiva según se determina en el Art. 1875 CC y el 145 LH». Stª 31 de julio 2002 - La hipoteca nace de la conjunción entre escritura e inscripción y no sólo de la formalización de la escritura. Stª 23 de septiembre de 2004 - «Hay que distinguir entre la perfección del contrato de préstamo a partir de la fecha de la escritura y la creación del derecho real de Hipoteca que se produce por la inscripción en el Registro de la Propiedad». Stª 17 noviembre 2006 - «Insiste en el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, sin la cual se produce la inexistencia del derecho real de garantía». La referencia del Art. 90.2 de la Ley Concursal a la «Oponibilidad a terceros» incluye entre otros a la hipoteca, no significa que la inscripción no sea constitutiva «inter partes» pues la Ley Concursal sólo se refiere al carácter de la preferencia del crédito privilegiado especial, no a su constitutividad. Por todo ello, y en relación con el único defecto alegado en esta nota, solicitando la ratificación o conformidad de los administradores concursales al considerar que en el momento que se pretende la inscripción de la Hipoteca en el Registro y por tanto su existencia en la vida jurídica, no tiene el hipotecante la libre disposición de sus bienes sino en los términos previstos en el auto 319/11 de declaración de Concurso Voluntario al que el Registrador se refiere en ambas notas. La razón fundamental de la exigencia de este requisito deriva del control al que debe someterse tal Hipoteca aunque se autorizara antes del concurso, pero habiéndose presentado después de la fecha de declaración e anotación del mismo en el Registro, ya que la inscripción supondría la adquisición de un privilegio que la nueva ley limita a créditos que gocen de oponibilidad en la fecha de declaración del concurso.

DGRN- Rs 24 Abril 1959 y 20 Octubre 1998 - inscripción constitutiva de la Hipoteca. El Registrador que califica mantiene por tanto el mismo y único defecto expresado en su nota anterior, que ahora, no obstante, acompaña de una mera aclaración a los efectos de facilitar la subsanación del defecto planteado, en aras de la certidumbre y seguridad jurídica que deriva del procedimiento registral, para evitar así un segundo desistimiento, y poder en cuanto sea posible subsanar el documento para mantener la absoluta transparencia del historial registral y que del Registro de la Propiedad se desplieguen toda su eficacia registral y protección erga omnes. La presente calificación negativa lleva consigo, la prórroga de la vigencia del asiento de presentación en cuanto a la cláusula denegada en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Las calificaciones negativas del Registrador (...) Eibar, veintisiete de Julio del año dos mil once (firma ilegible) La registradora de la Propiedad Fdo.: Doña Gemma Celdrán Canto, registradora de la Propiedad de Eibar».

### III

El notario autorizante, don Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente, interpuso recurso contra la anterior calificación basado en los siguientes argumentos: Que la falta de motivación de la primera nota de calificación provocó el desistimiento y la nueva presentación; Que, respecto al fondo del asunto, la postura de la registradora no es mantenible pues, al tiempo del otorgamiento, no existe limitación alguna de las facultades del hipotecante, como declarara las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 2009 y 8 de julio de 2010; y, Que lo mismo cabe decir cuando se trata de una hipoteca pues, sin desconocer el carácter constitutivo de la inscripción, es claro que el otorgamiento de la escritura pública implica el cruce de declaraciones de voluntad dirigidas a la constitución de una garantía real, de ahí que los requisitos de capacidad de los otorgantes haya que exigirlos en ese momento y no en el posterior de inscripción. Lo reconoce así la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 21 de septiembre de 2001, como no puede ser de otro modo, pues se impediría la inscripción en los casos en que la incapacidad es declarada tras el otorgamiento o cuando se produce el fallecimiento de una de las partes, lo que llevaría al absurdo de que se precisaría acreditar la capacidad del hipotecante en el momento de la inscripción.

### IV

El día 11 de agosto de 2011, la registradora de la Propiedad emitió su informe, confirmando su calificación negativa, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1091, 1254, 1261, 1264 y 1857 del Código Civil; 2.4, 17 y 42 de la Ley Hipotecaria, y 10, 55, 108 y 145 de su Reglamento; 17, 21, 24, 40 y 197 de la Ley Concursal; y las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de mayo, 20 de junio y 20 octubre de 1998, 21 de septiembre de 2001, 3 de junio de 2009, y 4 y 23 de marzo y 8 de julio de 2010.

1. Dentro de la amplia variedad de cuestiones que se derivan de la relación entre la regulación concursal y la registral, la única cuestión sustantiva que se plantea en este expediente consiste en determinar si otorgada una escritura pública de constitución de hipoteca antes de la declaración de concurso del hipotecante pero presentada en el Registro de la Propiedad con posterioridad a dicha declaración, es exigible por parte de la registradora que la administración concursal intervenga en los términos previstos en el artículo 40 de la Ley Concursal.

2. Con carácter previo, pues así consta en el escrito de recurso, es preciso resolver sobre si es oportuno o no que este Centro Directivo se pronuncie sobre la calificación que

se emitió en la primera presentación de la escritura pública, presentación que quedó sin efecto como consecuencia del desistimiento llevado a cabo. La respuesta es negativa pues, siendo el objeto del recurso exclusivamente la nota de calificación que es objeto de impugnación, no procede entrar en ninguna consideración relativa a una calificación anterior que no fue recurrida. Como tiene declarado el Tribunal Supremo –Sala Tercera– en Sentencia de 22 de mayo de 2000, el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación concreto el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre otras, que sólo se entrará a resolver los aspectos concretos impugnados del presente recurso.

3. Entrando en el fondo del asunto, es claro que el defecto observado en la nota de calificación objeto del recurso no puede mantenerse. Siendo indiscutido el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad la cuestión es si esa circunstancia debe ser tenida en cuenta en un caso, como el presente, en que las limitaciones en la libre disposición del hipotecante se han producido con posterioridad a la prestación del consentimiento. Al respecto tiene declarado esta Dirección General que la calificación de la capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate por lo que, la sola circunstancia de que en el momento de la presentación del documento concurriera una causa de anulación posterior, cuando en cambio gozara de plena eficacia en el momento del referido otorgamiento, no podría constituir obstáculo a la inscripción del negocio realizado (vid. Resolución de 21 de septiembre de 2001). Como resulta de lo establecido en el artículo 21 de la Ley Concursal no es hasta el momento en que el juez declara el concurso que se producen los efectos limitativos sobre el poder de disposición del deudor, por lo que sólo a partir de ese momento estarán viciados de anulabilidad los actos llevados a cabo por el mismo en contravención de las medidas limitativas ordenadas por el juez. Todo acto o negocio jurídico llevado a cabo por el deudor con anterioridad estará, en principio, a salvo de las consecuencias jurídicas establecidas por el ordenamiento para los posteriores.

4. Nada obsta a lo anterior el supuesto de que el negocio llevado a cabo sea precisamente el de constitución de hipoteca pues es indudable que, sin perjuicio del carácter constitutivo de la inscripción, la declaración negocial se refiere al momento de la emisión del consentimiento, esto es, al momento del otorgamiento de la escritura y no al posterior de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Emitido el consentimiento para la constitución del derecho de hipoteca sin que exista limitación a la libre disposición del hipotecante, las vicisitudes posteriores que puedan producirse y que deriven en un retraso en la presentación a su inscripción en el Registro, no implican una corrupción de aquél y todo ello sin perjuicio de las consecuencias que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de hipoteca tenga la existencia del procedimiento concursal (artículos 56 y 57 de la Ley Concursal) o de los derechos de impugnación por rescisión contemplados en la Ley (artículos 71 y 72 de la propia Ley Concursal).

5. Por estas razones, y como pone de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 3 de junio de 2009, la anotación preventiva relativa al concurso implica únicamente que «no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley» (artículo 24.4 de la Ley Concursal). Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso, realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el artículo 40.7 de la Ley Concursal, que sólo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme). Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos dispositivos realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin

necesidad de intervención alguna del juez del concurso ni de los administradores del mismo y sin perjuicio igualmente del arrastre de la anotación del concurso a la inscripción que se practique.

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

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

Madrid, 2 de noviembre de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.