

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

3517 *Resolución de 31 de marzo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Vélez-Málaga n.º 2, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de compraventa de una finca urbana.*

En el recurso interpuesto por don E. M. M. contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga número 2, don Santiago Aliaga Montilla, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de compraventa de una finca urbana.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el notario de Vélez-Málaga, don Juan Deus Valencia, el día 1 de octubre de 2015, número 1.414 de protocolo, los otorgantes vendieron al hoy recurrente una casa en Vélez-Málaga de la que eran propietarios en pro indiviso. Una de las copropietarias, titular de una participación indivisa de una quinta parte más el 73,36% de la otra mitad, se encontraba incapacitada, estando representada por su tutora autorizada judicialmente para la venta.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga número 2, fue calificado con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad número dos de Vélez-Málaga Se califica negativamente el documento presentado en virtud de las siguientes causas de tipo suspensivo o denegatorio, cuya motivación jurídica se ordena a través de lo siguiente: Hechos: Primero: A las 09:00 horas del día 02/10/2015, se presenta vía telemática, bajo el asiento número 375 del Diario 74. copia autorizada electrónica de la misma otorgada en Vélez-Málaga el día uno de Octubre del año dos mil quince, número de protocolo 1414/2.015 del Notario don Juan Deus Valencia, por la que M. F. S., M. T. M. F., V. F. S., J. F. S., R. F. S., M. T. F. M., M. V. F. M., J. M. F. M. y A. J. F. M., venden a E. M. M., la finca número 32973 del término municipal de Vélez-málaga 02. Habiendo sido aportado una primera copia en soporte de papel el día 18 de noviembre de 2015, la cual ha quedado presentada por nota al margen de dicho asiento de presentación.–Segundo: Calificado el documento reseñado por el Registrador que suscribe, una vez acreditada la presentación al Impuesto de transmisiones patrimoniales de conformidad con el artículo 254 de la Ley Hipotecaria y la declaración de transmisión inmobiliaria a efectos de liquidación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, de conformidad con el párrafo 5.º del indicado artículo 254 de la Ley Hipotecaria; se han apreciado algunos defectos que impiden la inscripción del mismo, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho.–Primero Al amparo del párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Segundo.–En el presente caso se califica la primera copia de la escritura relacionada anteriormente, en la que se hace constar que Doña J. F. S., interviene, además de en su propio nombre y derecho, en nombre y representación de

su hermana, Doña R. F. S., la cual fue declarada incapaz; observándose que en la autorización judicial que se incorpora como documento unido a la precedente escritura, no se acredita que la venta ha tenido lugar en subasta pública, ni se excusa judicialmente de la misma, y de conformidad con el artículo 271 del código civil, que dispone: «El tutor necesita autorización judicial: ...2. Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones»; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.015 de la anterior L.E.C. de 1.881, que dispone: «La autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de derechos de todas clases, excepto el de suscripción preferente de acciones, bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios que no coticen en Bolsa...» Dichos criterios de calificación se refuerzan con la vigente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria en su artículo 65 dispone: «...2. La autorización para la venta de bienes o derechos se concederá bajo la condición de efectuarse en pública subasta previo dictamen pericial de valoración de los mismos, salvo que se hubiera instado la autorización por venta directa o por persona o entidad especializada, sin necesidad de subasta y el Juez así lo autorice. Se exceptúa el caso de que se trate de acciones, obligaciones u otros títulos admitidos a negociación en mercado secundario, en que se acordará que se enajenen con arreglo a las leyes que rigen estos mercados...».—Teniendo en cuenta los citados hechos y fundamentos de Derecho acuerdo Primero.—Suspender la inscripción del documento calificado. No se solicita anotación de suspensión.—Segundo.—Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Esta suspensión/denegación conlleva la prórroga del asiento de presentación por plazo de sesenta días contados desde la última de dichas notificaciones. Tercero.—Contra esta calificación cabe: (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Santiago Aliaga Montilla registrador/a de Registro Propiedad de Vélez-Málaga 2 a día diez de Diciembre del año dos mil quince.».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida por don E. M. M. en base a la siguiente argumentación: «(...) Fundamentos jurídicos Primero.—(...) Tercero.—Con la modificación del Código civil operada por la ley 13/1983, de 24 de Octubre, se derogó el art. 272 del mismo que exigía la necesidad de enajenar los bienes del incapaz en pública subasta, aun cuando ello no se reflejó en la LEC, cuyo art. 2.015 mantenía la necesidad de la misma, incluso tras la modificación operada por la Ley 15/1989 de 20 de Mayo, cuya vigencia se mantenía hasta la aprobación de la ley de Jurisdicción voluntaria (Disposición derogatoria único. 1. 1.ª) Quiere ello decir que, desde la derogación del referido art. 272 Cc, el régimen sustantivo legal de la enajenación de bienes del tutelado, se rige por el art. 271, apartado 2 del Cc al establecer que el tutor necesita autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción, con la excepción de la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. Régimen legal que se completa con el art. 273 Cc, al establecer que antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos antes referidos, el Juez oír al Ministerio Fiscal y recabará los informes que le sean solicitados o estime oportunos. Cuarto.—Las modificaciones legales referidas, que generaron una discordancia entre la regulación sustantiva y procesal, dieron lugar a diversos pronunciamientos judiciales admitiendo la posibilidad de enajenación extrajudicial de los bienes de los incapacitados, sometida, eso si, a las cautelas necesarias en interés del propio incapaz, argumentándose, entre otras razones, que, de ese modo, se abrevia el iter negocial, dado que dicha venta extrajudicial está autorizada en los artículos 2.019 y 2.020 LEC caso de que en las subastas no haya postura admisible; así como que dicha venta extrajudicial ...siempre es menos onerosa para el incapacitado al hacerse directamente y

evitarse los gastos que implica la publicidad de la venta, a lo que hoy se puede añadir que la propia LEC permite con carácter preferente, en el procedimiento de apremio, otros sistemas de enajenación, entre ellos el convenio entre acreedor y deudor. (Autos de las AP de Granada de 23 de marzo de 1.998; AP. de León de 24 de mayo de 1995; Soria 28 de marzo de 2000 y Audiencia Provincial de Granada, de fecha 17-06-2002, entre otras). Quinto.—Con la aprobación de la Ley de Jurisdicción voluntaria mediante la ley 15/2015 de 2 de julio, su art. 65, apartado 2 dispone: «La autorización para la venta de bienes o derechos se concederá bajo la condición de efectuarse en pública subasta previo dictamen pericial de valoración de los mismos, salvo que se hubiera instado la autorización por venta directa o por persona o entidad especializada, sin necesidad de subasta y el juez así lo autorice». El tenor literal del precepto refuerza la voluntad del legislador, una vez derogado el art. 272 Cc, de que la autorización para la venta de los bienes de los incapacitados se realice bajo la condición de efectuarse en subasta pública, con la excepción de que, como es el caso, se instase tal autorización por venta directa, sin necesidad de subasta, y el juez así lo autorice. Es decir, desaparecido el precepto sustantivo que obligaba a que los bienes de los incapacitados se vendieran, forzosamente, mediante subasta pública, con la nueva regulación procesal contenida en la Ley 15/2015, se establece que la venta de bienes del tutelado requiere, en cualquier caso, autorización judicial, pero su enajenación puede efectuarse de dos modos distintos: 1.—mediante subasta pública, y 2.—por venta directa. El régimen general consistiría en la enajenación mediante subasta pública, con la salvedad de que se solicite, por el tutor o entidad especializada, la venta directa de los bienes, sin necesidad de subasta, siempre que se acredite su conveniencia y necesidad ante el juez, y éste así lo autorice. Sexto.—En el presente supuesto, el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Vélez-Málaga, en congruencia con la solicitud de venta directa del bien realizada por la tutora de la incapacitada, resuelve autorizar a la misma para que enajenase, por venta directa, la finca urbana referida. Solicitud de venta directa que se hacía constar en el antecedente de hecho primero de dicha resolución judicial, al referir que la tutora (D.ª J. F. S.) «...solicitaba la autorización judicial para la venta de bienes de la incapacitada... consistente en Finca sita en Calle (...) 29700 de Vélez-Málaga, finca registral número 32973, al tomo 1575, del libro 599, folio 25, del Registro de la Propiedad número 2 de esta ciudad». Asimismo, el fundamento de derecho segundo del Auto referido motivaba tal decisión en «...la utilidad que para el incapaz representaba la enajenación solicitada... necesaria para el sustento del incapacitado y sus necesidades y como previsión para su futuro, y habiendo prestado su conformidad el Ministerio Fiscal...». Motivación que encontraba fundamento jurídico en los arts. 271 Cc y art. 2.014 LEC de 1881, y demás concordantes. Normativa vigente a la fecha de tramitación y resolución del procedimiento, -anterior a la ley 15/2015, de 2 de julio-, e inexistente el precepto sustantivo que, hasta el año 1983, obligaba a la venta en subasta pública de tales bienes (el derogado art. 272 Cc). Normativa que permitía la venta directa de los bienes por el tutor con la preceptiva autorización y control judicial de invertir el importe íntegro del producto de la venta en sufragar los gastos que origine el cuidado de la incapaz. Séptimo.—Abundando en lo expuesto, la autorización judicial concedida por el Auto de 13-07-2015 se adecuaba a lo dispuesto en el art. 65, apartado 2 de la ley 15/2015, sin que sea exigible que la resolución judicial «excuse», de forma expresa que la venta se materialice mediante subasta pública, como pretende el Acuerdo aquí recurrido, ya que: 1.—No existe precepto legal que así lo exija, y 2.—Porque cumpliéndose la exigencia procesal de que se hubiera instado la venta directa del inmueble por su tutora, el órgano judicial, tras las pruebas testificales practicadas sobre la necesidad y utilidad de la enajenación, y previo informe del Ministerio Fiscal (antecedente de hecho segundo del auto), autorizó, de forma expresa la venta directa del inmueble. Autorización judicial que llevaba implícita la excusa de que no se realizara la enajenación mediante subasta pública, resultando innecesario que tal excusa constase referida de forma expresa».

IV

El registrador emitió su preceptivo informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificado el notario autorizante de la escritura calificada de la interposición de recurso, el mismo no realizó alegaciones.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 272 del Código Civil; 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881; el Capítulo VIII, y en especial el artículo 65 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; entre otras, la Sentencia de Tribunal Supremo de 26 mayo de 1997 y las sentencias de las Audiencias Provinciales de Cantabria de 17 de septiembre de 2002, 13 de noviembre de 2007 y 25 de junio de 2008, y de Granada de 15 de abril de 2003; los autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona números 253/2004, de 1 de octubre, 67/2006, de 14 de marzo, y 121/2009, de 7 de mayo, de A Coruña números 138/2007, de 3 de diciembre, y 123/2009, de 15 de octubre, de Ciudad Real número 89/2007, de 11 de julio, de Guadalajara número 85/2006, de 4 de julio, de Huesca número 24/2000, de 12 de abril, de Lleida números 14/2005 y 15/2005, de 18 de marzo, y de Murcia número 2/2008, de 9 de enero, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 2012 y 28 de octubre de 2014, entre otras.

1. El presente expediente se refiere exclusivamente a la cuestión relativa a la exigibilidad o no de pública subasta para la enajenación de bienes inmuebles de una persona sujeta a tutela.

2. Como punto de partida, no se pueden ignorar las poderosas razones en favor de su supresión, basadas en que la venta en pública subasta, que en su momento podía significar una garantía, hoy puede, por el contrario, suponer un impedimento para la obtención de un precio de mercado, en perjuicio de los intereses del incapaz. Interés que preside toda la legislación reguladora de la institución tutelar es al que se refiere en concreto el artículo 224 del Código Civil.

Estas razones son aún más evidentes en este supuesto en que difícilmente se puede obtener un precio acorde, si no se negocia la venta de la totalidad de la finca, en la que la persona con la capacidad modificada judicialmente, tiene una participación indivisa.

3. Pero teniendo presente lo anterior, no es menos cierto que cuando la ley quiere excepcionar este requisito así lo hace. Al efecto, cabe citar el artículo 5.2 de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad, que expresamente excluye la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido.

También la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, permite en su artículo 636 que en el procedimiento de apremio la venta de bienes tenga lugar sin esa pública subasta.

Y por fin, así lo prevé el artículo 65 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, para el caso de que se instase la venta directa.

4. La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, posterior a la reforma del artículo 272 del Código Civil, mantuvo la vigencia del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con excepción del artículo 1.827 y de los artículos 1.880 a 1.900 hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, por lo que dejó vigente, entre otros el artículo 2.015.

Publicada, por fin esta ley, su artículo 65.2 dispone expresamente que la autorización para la venta de bienes o derechos se concederá bajo la condición de efectuarse en pública subasta previo dictamen pericial de valoración de los mismos, salvo que se hubiera instado la autorización por venta directa o por persona o entidad especializada, sin necesidad de subasta y que el juez así lo autorice.

5. Este artículo según resulta, de la disposición transitoria primera, es de aplicación a los expedientes que se tramiten con posterioridad a su entrada en vigor, el 23 de julio de 2015.

Asimismo, conforme a la disposición derogatoria única de la Ley 15/2015, apartado 1, existe una expresa derogación, entre otros del artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; reforzada, si cabe, por el apartado 4 que considera derogadas, conforme al apartado 2 del artículo 2 del Código Civil, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente ley.

Por ello, toda enajenación de bienes de una persona con capacidad modificada judicialmente posterior al 23 de julio de 2015 debe llevarse a cabo por los trámites del Capítulo VIII de la Ley 15/2015, lo que conduce a la aplicación de la norma del artículo 65.

6. Tratándose de un supuesto previo a la aplicación de la norma -por serlo la tramitación del expediente judicial, por más que la escritura pública cuya inscripción se solicita sea posterior- la exigencia de la pública subasta -en los términos autorizados judicialmente- es incuestionable, lo es antes y después de la entrada en vigor de la Ley 15/2015.

7. Antes de la aplicación de la Ley 15/2015, podría ser posible apartarse de esa exigencia de la pública subasta tal como ha reconocido reiterada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que se citan en los «Vistos». Pero era al propio juez, como se desprende con absoluta claridad de esa jurisprudencia, al que se atribuye esa competencia y no a los solicitantes de la autorización.

La exclusividad de la reserva judicial de toda cuestión relativa a la protección de la persona y bienes de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, no obstante, la sustancial desjudicialización de otros expedientes operada por la Ley 15/2015, es si cabe a día de hoy reforzada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

8. Finalmente, argumenta el recurrente que el supuesto conduce a un caso de venta directa, lo que exceptuaría la pública subasta.

No consta en el auto que obra en el expediente tal circunstancia ni en los antecedentes de hecho, ni en los fundamentos de Derecho, ni en la parte dispositiva, por lo que no cabe racionalmente deducir tal circunstancia, sin perjuicio, claro está de que pudiera ser aclarado judicialmente en tal sentido.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 31 de marzo de 2016.-El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.