

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3602 *Resolución de 20 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Castellón de la Plana n.º 1 por la que suspende la inscripción de una escritura de segregación, extinción de condominio y arrastre de cargas.*

En el recurso interpuesto por don J. M. C., Administrador único de la sociedad «Promociones Marco Comins, S. L.» contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Castellón de la Plana número 1, doña Mercedes Ríos Peset, por la que suspende la inscripción de una escritura de segregación, extinción de condominio y arrastre de cargas.

Hechos

I

Por escritura autorizada el día 29 de julio de 2011 por la notario de Castellón de la Plana, doña Susana Boix Sos, la mercantil «Marbopa 2000, S. L.» y la mercantil «Promociones Marco Comins, S. L.», dueñas por mitad y pro indiviso de determinada finca, segregan una porción de la misma describiendo el resto y adjudicando a cada una de ellas una de las dos fincas resultantes extinguiendo así el pro indiviso. La finca matriz está gravada, en cuanto a la mitad indivisa perteneciente a la sociedad «Marbopa 2000, S. L.», aparte de determinadas afecciones, con una anotación preventiva de embargo y cinco hipotecas constituidas a favor de tres personas físicas y dos sociedades, todas con el mismo rango hipotecario. Consta en la escritura que a los efectos del artículo 403 del Código Civil se ha dirigido burofax a los acreedores hipotecarios de «Marbopa 2000, S. L.» poniendo en su conocimiento el otorgamiento de la escritura a fin de que puedan concurrir y formular las alegaciones oportunas. Igualmente consta que se solicita expresamente la inscripción de la finca segregada a nombre de la compañía «Marbopa 2000, S. L.» y que al amparo del artículo 399 del Código Civil se trasladen por subrogación real las cargas y gravámenes de la finca matriz que consten sobre la mitad indivisa de «Marbopa 2000, S. L.» a la finca adjudicada. Consta igualmente la siguiente estipulación: «Sexto. Condición Suspensiva. A esta fecha las mercantiles intervinientes conocen que de los burofax enviados conforme se ha dicho en la cláusula cuarta ha sido entregado el dirigido a «Promotora San Jorge, S. L.» sin que tengan constancia de la recepción por los otros cuatro acreedores hipotecarios de «Marbopa 2000, S. L.». Por ello, la eficacia de la presente escritura pública queda sujeta a la condición suspensiva de la recepción de los burofax por los destinatarios con anterioridad a la fecha de hoy, lo que se acreditará por diligencia a continuación de la presente. En el supuesto y caso de que los citados cuatro acreedores hipotecarios no hubiesen recibido los burofax con anterioridad al otorgamiento de la presente escritura pública, su eficacia queda condicionada a que en el futuro se les comunique nuevamente la posibilidad de comparecer ante el notario autorizante de la misma al objeto de que puedan concurrir y participar en su otorgamiento en los términos previstos en el artículo 403 del Código Civil». Consta en la escritura una diligencia del siguiente tenor: «Diligencia: Para hacer constar que, el día uno de septiembre siguiente me entregan acuse de recibo de los burofax enviados a los acreedores doña M. C. R. G., don R. G. V., don F. Q. S. y «Benalvert, S. L.» en los que, con respecto a su recepción consta Sin entregar, no Reclamado. Caducado en Lista». A continuación consta otra diligencia del siguiente tenor: «Diligencia: El día dieciocho de octubre de dos mil once, siendo las trece

horas, comparece en mi notaría don F. Q. S... Interviene en su propio nombre y como mandatario verbal de doña M. C. R. G., don R. G. V., «Promotora San Jorge S. L.» y «Benalvert, S. L.», a los efectos de participar e intervenir en la extinción del condominio sobre la finca registral 21889 del Registro 1 de Castellón, con el alcance que previene el artículo 403 del Reglamento Notarial (sic), en su condición de acreedores hipotecarios sobre la mitad indivisa de la meritada finca titularidad de «Marbopa 2000, S. L.» según fueron requeridos para ello (a excepción de promotora «San Jorge S. L.») mediante acta ante mí de 7 de octubre de 2011, número 563 de protocolo. Y su posición al respecto es la que resulta de documento que me entrega, habiendo firmado a mi presencia, y queda incorporado a la presente». De dicho documento, que consta protocolizado en la escritura, resulta que como acreedores hipotecarios sobre la mitad indivisa de «Marbopa, S. L.» se oponen expresamente a la división de la finca hipotecada haciendo constar que si finalmente se llevara a cabo contra su voluntad en ningún caso podría afectar al mantenimiento de su derecho sobre la mitad indivisa de la totalidad de la finca de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria. No resulta de la documentación ratificación de la actuación de don F. Q. S. como mandatario verbal. Se acompaña a la escritura presentada certificado expedido por la recaudadora del Ayuntamiento de Castellón de la Plana por la que se solicita que la carga que grava la mitad indivisa de la finca 21899 se traslade por subrogación real a la finca adjudicada a «Marbopa 2000, S. L.».

II

Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Mercedes Ríos Peset, Registro de la Propiedad Castellón de la Plana número uno. Notificación de calificación desfavorable. Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado el día 4 de noviembre de 2011 bajo el asiento número 133 del tomo 67 del Libro Diario y número de entrada 3993, que corresponde la escritura de extinción de condominio otorgada por el notario de Castellón de la Plana, doña Susana Boix Sos, el 29 de julio de 2011, número 441/2011 de su protocolo, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos: 1.º Las mercantiles «Marbopa 2000, S. L.» y «Promociones Marco Comins, S. L.», son dueñas por mitades indivisas de la finca Registral 21899, por compra mediante escritura autorizada por el notario de Castellón, don Ernesto Tarragón Albella, el 23 de abril de 2004, como consta en su inscripción 2.ª, de fecha 7 de julio de 2004. Dicha finca consiste en una parcela rústica de tierra marjal de 1 hectárea, 72 áreas, 43 centiáreas y 13 decímetros cuadrados, en partida del Pinar, Prado o Cuadro de Castellón de la Plana, según se hizo constar mediante escritura de rectificación de superficie autorizada por la notario de Castellón, doña Susana Boix Sos, el 24 de marzo de 2011, y que causó la inscripción 4.ª de fecha 8 de abril de 2011. 2.º La mitad indivisa de dicha finca correspondiente a la sociedad «Marbopa 2000, S. L.» está gravada con las siguientes cargas: Anotación preventiva de embargo de la letra A, de fecha 19 de abril de 2010, a favor del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, en aseguramiento de la suma total de 20088,12 euros, en virtud de expediente administrativo de apremio número Rs030-10, a cuyo margen se ha extendido el mismo día, nota de expedición de la certificación de cargas conforme al artículo 125.2 del Reglamento de Recaudación. Cinco hipotecas de igual rango, constituidas en su inscripción 3.ª de fecha 21 de febrero de 2011, en virtud de la escritura autorizada por el notario de Castellón, don Ernesto Tarragón Albella, el 23 de diciembre de 2010: Primera hipoteca a favor de don R. G. V., en garantía de 34294,69 euros de principal, 6858,94 euros por intereses moratorios y 3429,47 euros para costas y gastos. Segunda hipoteca a favor de don F. Q. S., en garantía de 128870,03 euros de principal, 25774,01 euros por intereses moratorios y 12887 euros para costas y gastos. Tercera hipoteca a favor de doña M. C. R. G., en garantía de 128870,03 euros de principal, 25774,01 euros por intereses de demora y 12887 euros para costas y gastos. Cuarta hipoteca a favor de la

mercantil «Promotora San Jorge, S. L.», en garantía de 193305,04 euros de principal, 38661,01 euros por intereses de demora y 19330,50 euros para costas y gastos. Quinta hipoteca a favor de la mercantil «Benalbert, S. L.», en garantía de 94504,69 euros de principal, 18900,94 euros por intereses de demora y 9450,47 euros para costas y gastos. El plazo máximo para amortización de la deuda se fijó hasta el 23 de diciembre de 2013 y se tasó la finca en 900000 euros para que sirviese de tipo en la subasta. Notas de afección al impuesto: Una que consta al margen de la anotación de la letra A, de fecha 19 de abril de 2010, cinco al margen de la inscripción 3.ª de hipoteca, de fecha 21 de febrero de 2011, y una al margen de la inscripción 4.ª de rectificación de superficie, de fecha 8 de abril de 2011. 3.º Mediante la escritura autorizada ante el notario de Castellón de la Plana, doña Susana Boix, el 29 de Julio de 2011, que, como se ha indicado, ha sido presentada en este Registro al efecto de se practique su inscripción, las sociedades mercantiles «Marbopa 2000, S. L.» y «Promociones Marco Comins, S. L.» han procedido a practicar la división de la finca en dos terrenos mediante la segregación de una parcela de 69 áreas, 69 centiáreas y 32 decímetros cuadrados, que según se indica en el documento, se halla incluida dentro del Sector de Suelo Urbanizable Residencial 08-SU-R del PGOU de Castellón, valorándose en 27061870 euros, quedando como resto una parcela de 1 hectárea, 2 áreas, 73 centiáreas y 81 decímetros cuadrados, que según se indica en el documento, se halla incluida dentro del Sector de Suelo Urbanizable Residencial 06-SU-R del PGOU de Castellón, valorándose en 398932,04 euros. Se incorpora a la escritura, copia de la licencia municipal de parcelación para segregar, concedida por el Ayuntamiento de Castellón mediante decreto de fecha 5 de mayo de 2011, expediente 1/11, cuyo contenido es conforme a los términos en los que se ha practicado la segregación y descripción de resto. 4.º Tras la segregación y descripción de resto, y consiguiente formación de dos nuevas parcelas, se procede en la escritura de referencia a la extinción del condominio y liquidación de la comunidad que las citadas mercantiles ostentan sobre las fincas, mediante la adjudicación del pleno dominio de la finca segregada incluida en el Sector 08-SU-R, a la compañía «Promociones Marco Comins, S. L.», por su valor de 270618,70 euros, y la adjudicación del pleno dominio de la finca resto incluida en el Sector 06-SU-R, a la compañía «Marbopa 2000, S. L.», por su valor de 398932,04 céntimos. Como quiera que la sociedad «Marbopa 2000, S. L.» lleva un exceso de adjudicación de 64156,64 euros, ésta se compromete a satisfacer dicha cantidad en metálico a la mercantil «Promociones Marco Comins, S. L.», en el plazo máximo de dos años a contar desde el otorgamiento de la escritura, sin que la cantidad aplazada devengue interés remuneratorio alguno y sin que se garantice especialmente con carácter real dicha obligación. Según indican los comparecientes, la división de la finca de origen en dos de diferente valor ha venido impuesta por la distinta clasificación urbanística al hallarse en cada una de las porciones incluidas en dos ámbitos diferenciados de planeamiento urbanístico, siendo la única jurídicamente posible por ser esta circunstancia la que ha hecho admisible el otorgamiento de la licencia municipal de segregación. 5.º Como se ha indicado, la mitad indivisa de la finca matriz propiedad de la sociedad «Marbopa 2000, S. L.», se encuentra gravada con las hipotecas que se han relacionado en el apartado 2.º, por lo que en la escritura que nos ocupa se indica que, a los efectos del artículo 403 del Código Civil, se ha procedido a la comunicación a los acreedores hipotecarios mediante burofax, notificando la decisión por parte de las sociedades «Marbopa 2000, S. L.» y «Promociones Marco Comins, S. L.» de llevar a la práctica la disolución de comunidad y adjudicaciones antedichas, así como la convocatoria para que compareciesen el día 29 de julio de 2011, a las 12 horas en la notaría de doña Susana Boix en Castellón, a fin de que pudiesen concurrir al acto de formalización de la escritura pública de extinción del proindiviso, parcelación y adjudicación de fincas en los términos indicados, y formular cuantas alegaciones estimasen oportunas en defensa de sus derechos como acreedores hipotecarios. Según diligencia de la propia notario, señora Boix, extendida el 1 de septiembre siguiente y documentos protocolizados, fueron remitidos los burofax a cada uno de los acreedores hipotecarios M. C. R. G., R. G. V., «Promotora San Jorge, S. L.», «Benalbert, S. L.» y F. Q. S., el día 21 de julio de 2011,

constando tan sólo como debidamente entregado el mismo día a la sociedad «Promotora San Jorge, S. L.», figurando los demás como «sin entregar, no reclamado, caducado en lista». 6.º En la propia escritura, las sociedades «Marbopa 2000, S. L.» y «Promociones Marco Comins, S. L.», solicitan expresamente del Registro la inscripción como nuevas fincas e independientes y las adjudicaciones en pleno dominio a cada sociedad, en los términos que se han indicado anteriormente, así como que al amparo del 399 del Código Civil, se trasladen por subrogación real la cargas y gravámenes de la finca matriz que constan en el Registro sobre la mitad indivisa de titularidad de la mercantil «Marbopa 2000, S. L.», sobre la finca adjudicada a su favor. 7.º Por último, las mercantiles intervinientes, con conocimiento de que de los burofax enviados, sólo ha sido entregado el dirigido a la sociedad «Promotora San Jorge, S. L.», sin que se tenga constancia de la recepción por los otros cuatro acreedores hipotecarios, condicionan la eficacia de la escritura de objeto de esta calificación, a la condición suspensiva de la recepción de los burofax por los destinatarios con anterioridad a la fecha de la misma. En el supuesto y caso de que los cuatro acreedores hipotecarios no hubieran recibido el burofax con anterioridad al otorgamiento de la escritura, su eficacia queda condicionada a que en el futuro se les comunique nuevamente la posibilidad de comparecer ante el notario autorizante de la misma al objeto de que puedan concurrir y participar en su otorgamiento en los términos previstos del artículo 403 del Código Civil. 8.º Por diligencia extendida por la notario autorizante, señora Boix, el 18 de octubre de 2011, comparece en la notaría don F. Q. S., en nombre propio y como mandatario verbal de los acreedores hipotecarios doña M. C. R. G., don R. G. V., «Promotora San Jorge, S. L.», y «Benalbert, S. L.», haciendo constar que comparece a los efectos de participar e intervenir en la extinción de condominio sobre la finca registral 21889 del Registro 1 de Castellón, con el alcance que previene el artículo 403 del Reglamento Notarial, en su condición de acreedores hipotecarios sobre la mitad indivisa de la mentada finca titularidad de «Marbopa 2000, S. L.», según fueron requeridos para ello (a excepción de «Promotora San Jorge, S. L.») mediante acta ante mi de 7 de octubre de 2001, número 563 de protocolo». En la comparecencia el citado señor don F. Q. manifestó que: «el compareciente y sus representados, como acreedores hipotecarios sobre la mitad indivisa de la finca registral número 21899, del Registro de la Propiedad número 1 de Castellón, se oponen expresamente a la división de la finca hipotecada, haciendo desde ya constar que, si finalmente se llevara a cabo la división proyectada, contra la voluntad y en perjuicio de los acreedores hipotecarios, en ningún caso podría afectar al mantenimiento de su derecho sobre la mitad indivisa de la totalidad de la finca, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria». 9.º Se acompaña a la escritura que nos ocupa, Diligencia de traslado de cargas y gravámenes sobre finca segregada por extinción de condominio, expedida por la Recaudadora del Ayuntamiento de Castellón, doña A. J. P., en la que se solicita al amparo del artículo 399 del Código Civil, que la carga que pesa sobre la mitad indivisa de la finca 21899 de este Registro, es decir, la anotación de embargo administrativo de la letra A al que se ha aludido en el apartado 2.º, se traslade por subrogación real a la finca resto tras la segregación, que ha sido adjudicada a «Marbopa 2000, S. L.». Calificación y Fundamentos de Derecho: El registrador que suscribe, previo examen y reiterada calificación de la copia en soporte papel acreditativa del pago del Impuesto de la escritura autorizada en Castellón de la Plana el 29 de julio de 2011 por la notario doña Susana Boix Sos, número 441 de su protocolo, que motivó el asiento 133 del Diario 67, en unión de la Diligencia otorgada el día 27 de octubre de 2011 por la Recaudadora del Ayuntamiento de Castellón, y en vista de los libros del Registro, con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ha decidido suspender la inscripción solicitada por adolecer de los siguientes defectos, en base a los artículos 399, 403 y 405 del Código Civil así como los artículos 123, 125, 134 y 140 de la Ley Hipotecaria. En la escritura se procede a la división en dos de la finca registral 21899 y a la adjudicación de las resultantes entre los dos comuneros, estando gravada una de las cuotas indivisas de la finca matriz con diversas cargas, solicitándose del Registrador la concreción de la responsabilidad hipotecaria únicamente sobre la finca resultante que se adjudica al deudor en virtud del principio de subrogación

real, quedando por tanto la otra finca resultante libre de cargas. Conforme al artículo 400 del Código Civil, cualquier comunero podrá pedir la división de la cosa común y ninguno de ellos está obligado a permanecer en la situación de indivisión. Pero en este caso lo que se solicita del Registrador es no sólo la inscripción de la división efectuada, sino el traslado de las cargas que recaían sobre una cuota –una mitad indivisa– de la finca matriz, a la finca resultante adjudicada a la sociedad deudora «Marbopa 2000, S. L.», constando en la escritura la oposición expresa de al menos de uno de los acreedores, que actúa en nombre propio y como mandatario verbal de los demás –sin que esta representación esté suficientemente acreditada, por falta de la pertinente ratificación del mandato por parte del resto de acreedores hipotecarios–, que en fecha posterior al otorgamiento de la escritura –y tras el pertinente requerimiento–, compareció ante el notario autorizante y expresamente se opuso a la división de la finca hipotecada por considerar que se había llevado a cabo contra su voluntad y en perjuicio del derecho de los acreedores hipotecarios. Por ello se suspende la inscripción de la extinción de la comunidad y la concreción de las cargas sobre la finca resto resultante en base a los siguientes Fundamentos de Derecho: - El artículo 403 del Código Civil da derecho a los acreedores de los partícipes a que sean notificados del acto de división de la cosa común y a que en su caso puedan oponerse a la partición efectuada, como efectivamente ha hecho uno de los acreedores hipotecarios por sí y como mandatario de los demás acreedores –que no han ratificado su actuación, con lo que sería de aplicación el artículo 1259 del Código Civil, mientras no se tenga constancia de ésta en el Registro–, pero que en todo caso impide el traslado de todas las cargas sobre la finca adjudicada a la deudora hipotecaria, la sociedad «Marbopa 2000, S. L.», al quedar constancia de la oposición expresa y formal de al menos uno de los acreedores hipotecarios a la división de la cosa común efectuada, por entender que les es perjudicial, facultad ésta reconocida por el citado artículo 403 del Código Civil, y que permite al acreedor impugnar la división consumada de la cosa común en caso de fraude o de «haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirlo», quedando a salvo siempre los derechos del deudor o cedente de sostener su validez, y el artículo 405 del Código Civil que establece que la división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición». Para que la concreción de la carga hipotecaria en la finca adjudicada al deudor tenga lugar, es necesario: o que el acreedor sea notificado, concorra y acepte la concreción; o que siendo notificado no se oponga a la misma, y en este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia 24/2011, de 28 de enero, especifica cual es «el papel de los acreedores de los copropietarios reconociendo según el artículo 403 del Código Civil un triple derecho; la concurrencia, la oposición y la impugnación, en relación con la división, concretando la primera como la facultad de inspección que no va más allá de la concurrencia. Conocida doctrinalmente como la facultad de inspección para comprobar si la división se hace de manera correcta, sin que se produzca fraude de tal manera que si citados los acreedores, éstos no concurren en la partición, ésta se puede efectuar y se produciría la concreción de la carga hipotecaria. Distinto es el tema de la oposición, para salvaguardar los derechos de los acreedores que se da tanto en un momento anterior como posterior a la división, ya que éstos pueden impugnar la partición efectuada por razón de fraude de acreedores, como acción personal en la que el acreedor actúa in iure propio por razón de haberse efectuado una oposición de manera formal para impedirlo; impugnación que en todo caso deja a salvo los derechos del copropietario para mantener la validez de la misma». Y esta necesidad de notificación y no oposición de los acreedores hipotecarios se debe a que la división de la finca produce la modificación del objeto mismo de la hipoteca, que de ser una cuota indivisa sobre una finca mayor, pasa a ser sobre el pleno dominio de otra finca distinta, resultante de la división de la finca matriz. Y el artículo 123 de la Ley Hipotecaria señala que: «Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor», y dividida la finca gravada, no se distribuirá el crédito sino cuando voluntariamente lo acuerden

deudor y acreedor, como ha determinado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 4 de junio del 2003: «En caso de división de una finca gravada con hipoteca, en rigor hay una modificación del objeto de la misma, creándose un objeto nuevo por reducción de otro anterior y al objeto nuevo se traspa en bloque por subrogación real legal y necesaria todo el estatuto o régimen jurídico del derecho anterior, por lo que si no consenten los titulares de otros derechos sobre la finca que se divide, la división no les afecta –artículos 1257 y 405 del Código Civil–, y en el caso específico de la hipoteca, la irrelevancia jurídica de la división para terceros se traduce en el régimen de hipoteca solidaria sobre varias fincas –artículo 123 de la Ley Hipotecaria–, ciertamente anómala y contraria al principio de especialidad, pero absolutamente necesaria para la conservación del derecho del acreedor hipotecario, que podrá pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas ellas simultáneamente artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria». Por otra parte, todo pacto que altere el contenido de una hipoteca inscrita debe contar con el consentimiento del acreedor y deudor conforme el artículo 140 de la Ley Hipotecaria (sic). En este caso el acreedor hipotecario que se ha opuesto a la división de la cosa, puede quedar perjudicado por ella, no obstante su oposición, si se optara por la concreción de la responsabilidad en la finca hipotecada, ya que podría dar lugar a la inscripción de la finca resultante adjudicada a su deudor con todas las cargas, y la otra finca se inscribiría libre y sin cargas, por lo que en caso de ser transmitida sería de aplicación la figura del tercero adquirente de buena fe, que protege el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al que no se le podría oponer el resultado de la impugnación de la partición. Además, el artículo 134 de la Ley Hipotecaria recoge que si se ejecutase cualquiera de las hipotecas que constan inscritas antes de la partición, se procederá a la cancelación de todas las inscripciones posteriores excluidas únicamente las obras nuevas y las divisiones horizontales. Por tanto se procedería a la cancelación de la división de la finca que no podría llevarse a cabo si la parte libre ha pasado a un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En todo caso queda salvo el derecho de los comuneros de sostener la validez de la partición, con el consentimiento de los acreedores o, en su defecto, por resolución judicial. En consecuencia de todo ello y dado que no se ha solicitado la inscripción parcial del documento, se suspende la inscripción de la segregación, extinción de comunidad y concreción de las cargas por no constar el consentimiento o la no oposición de los acreedores a los que les afecta o en su defecto resolución judicial. No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado. Se procede a la prórroga del asiento de presentación conforme a lo establecido en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra esta decisión... Castellón de la Plana, a veintiuno de noviembre de dos mil once. El registrador de la Propiedad. Fdo. Mercedes Ríos Peset».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. M. C., Administrador único de «Promociones Marco Comins S. L.», interpone recurso en virtud de escrito de fecha 28 de noviembre de 2011, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: «Que el artículo 403 del Código Civil establece el régimen jurídico de los derechos de los acreedores en el condominio cuando se lleva a cabo la división de la cosa común. Que dicho precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 31 de diciembre de 1985, 7 de abril de 2004 y 28 de enero de 2011. Que los acreedores hipotecarios han tenido la oportunidad de concurrir y oponerse en la división entendido como el derecho a que se haga con su participación. Que otra cosa es que tengan el derecho a impugnar la división llevada a cabo. Que el artículo 123 de la Ley Hipotecaria resulta inaplicable en cuanto contempla el supuesto de hecho distinto de que la hipoteca recaiga sobre la totalidad del bien objeto de división. Que la norma específica a aplicar es el artículo 399 que establece que la hipoteca sobre cuota no tiene efecto sobre los demás comuneros salvo en el bien adjudicado en el caso de extinción del condominio por lo que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 405 debe hacerse el traslado de cargas a la finca adjudicada respecto de la cuota gravada. Que así lo reconoce para un caso de derecho de usufructo

el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de febrero de 1991. Que igualmente así lo recoge la Dirección General en su Resolución de 27 de abril de 2000, así como la Audiencia Provincial de Murcia en Sentencia de 4 de enero de 2007.

Se acompaña al recurso copia del acta de requerimiento de fecha 7 de octubre de 2011 autorizada por la misma notario que la escritura objeto de presentación y de este expediente.

IV

La registradora emitió informe el día 21 de diciembre de 2011 elevando el expediente a este Centro Directivo ratificándose en su calificación.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 399, 400, 402, 403 y 405 del Código Civil; artículos 13, 119 a 122 y 125 de la Ley Hipotecaria; Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1991, 7 de abril de 2004 y 28 de enero de 2011; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 4 de marzo de 1993, 27 de abril y 4 de septiembre de 2000, 4 de junio de 2003, 4 de abril y 21 de septiembre de 2005 y 3 de marzo de 2006.

1. Es objeto de este expediente la siguiente cuestión: dividida una finca en dos distintas y adjudicada cada una de ellas a cada uno de los dos condóminos se solicita expresamente por los mismos que las cargas que afectan exclusivamente a la mitad indivisa que en la total cosa tenía uno de ellos, se arrastren por subrogación real a la finca que le ha sido adjudicada en la división y la subsiguiente inscripción, como libre de cargas, de la finca adjudicada al otro condómimo. De la escritura presentada resulta que los dos condóminos condicionan la eficacia de la escritura a la condición suspensiva consistente en que se haya notificado a los acreedores hipotecarios a fin de que concurran a la división. Resulta igualmente, por una primera diligencia, que intentada la notificación por burofax sólo se ha practicado respecto de uno de ellos. Por una segunda diligencia se hace constar la comparecencia de uno de los acreedores hipotecarios en nombre propio y como mandatario verbal de los tres restantes a fin de oponerse a la división. No se acompaña a la presentación el acta notarial de notificación que motiva dicha segunda diligencia.

2. Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado, conformando una asentada doctrina legal, que la comunidad ordinaria o romana regulada en nuestro Código Civil en sus artículos 392 y siguientes es considerada, desde el derecho romano, como una situación transitoria y a la que el ordenamiento contempla con disfavor dada su inestabilidad y alta conflictividad. La Sentencia del Alto Tribunal de 28 de enero de 2011 (con cita de otras muchas) afirma así que la acción de división reconocida en el artículo 400 a cada uno de los copropietarios es una facultad del derecho de propiedad y se caracteriza por su imperatividad. La Sentencia de 31 de diciembre de 1985 reitera por su parte que la acción para solicitar la división es absoluta, irrenunciable e imprescriptible. La acción, cuya legitimación activa y pasiva está atribuida en exclusiva a los condóminos, resulta pues consustancial al derecho de dominio. El ordenamiento regula los eventuales derechos de terceros, esencialmente acreedores de los condóminos, a través del reconocimiento de su derecho a concurrir a la división, a oponerse y a impugnar la división llevada a cabo en los términos del artículo 403 del Código Civil. La posible intervención de los acreedores en el proceso de división no implica sin embargo en ningún caso ni la posibilidad de decidir cómo llevarla a cabo ni a prohibirla pues lo contrario implicaría un derecho de veto incompatible con la esencia de la acción de división. El conflicto eventual entre los condóminos y los terceros se soluciona primando la extinción de la situación de condominio y salvaguardando los derechos de terceros (artículos 403 y 405 del Código Civil): los acreedores pueden solicitar medidas cautelares pero no impedir la división; si existe oposición expresa de un acreedor queda abierta la vía de la acción de impugnación (Sentencia 31 de diciembre de 1985); los derechos individuales de los acreedores se

concretan en la parte adjudicada sin perjuicio del derecho de impugnación (Sentencia de 28 de febrero de 1991).

3. Esta Dirección General por su parte ha recogido la doctrina expresada de nuestro Alto Tribunal y así tiene declarado que dado que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, no precisa de su consentimiento para llevar a cabo la división y sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho en los términos previstos en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria cuando la carga afecta a toda la finca (Resolución de 4 de junio de 2003). Por el contrario cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada (Resolución de 27 de abril de 2000) por así disponerlo el artículo 399 del Código Civil. De este modo se consigue un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes y se respeta tanto la facultad de división que corresponde a ambos condóminos como la posición jurídica de los acreedores sin causar un perjuicio a quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el embargo de la cuota.

4. De las anteriores consideraciones resultaría necesariamente la estimación del recurso interpuesto. Ocurre sin embargo que los condóminos han establecido al amparo de su autonomía de la voluntad una condición suspensiva que condiciona la eficacia del negocio a una doble condición: en primer lugar que se justifique la recepción de determinados burofax, condición incumplida conforme a la diligencia primera del título presentado; en segundo lugar, y para el caso de que la anterior se incumpla, «su eficacia queda condicionada a que en el futuro se les comunique nuevamente la posibilidad de comparecer ante el notario autorizante de la misma al objeto de que puedan concurrir y participar en su otorgamiento en los términos previstos en el artículo 403 del Código Civil». De la segunda diligencia no resulta sin embargo que dicha condición se haya cumplido permitiendo que el negocio despliegue todos sus efectos. Como pone de relieve la nota de defectos la falta de ratificación de la actuación que como mandatario verbal hace uno de los acreedores no permite determinar la circunstancia que determina el cumplimiento de la condición: que ha existido comunicación en los términos previstos en la cláusula sexta de la escritura. Es cierto que al escrito de recurso se acompaña la copia del acta meramente mencionada en la segunda diligencia de la escritura pero no lo es menos que, como ha tenido ocasión de reiterar este Centro Directivo en múltiples ocasiones, el artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria proscribía tener en cuenta en este expediente documentos que no fueron presentados en su momento junto con el título que provocó la calificación negativa.

Por lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 20 de febrero de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.