

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9918 *Resolución de 22 de julio de 2013, 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 Segovia n.º 2, por la que resuelve no practicar una anotación preventiva de embargo a favor del Estado-Tribunal de Cuentas.*

En el recurso interpuesto por don A. O. F., procurador de los Tribunales y del Ayuntamiento de Marbella contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Segovia número 2, doña Nuria Rosa Serna Gómez, por la que resuelve no practicar una anotación preventiva de embargo a favor del Estado-Tribunal de Cuentas.

Hechos

I

Mediante sentencia de fecha 12 de abril de 2011, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance número 21/04, se declaró la existencia de un alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento de Marbella declarando, asimismo, responsables contables directos y solidarios, entre otros, a don J. G. M., a don F. O. G. M., a don M. A. G. M. y a doña M. A. G. M. Esta sentencia fue recurrida en apelación, tanto por los demandantes como por los demandados responsables contables directos. Hallándose el recurso concluso y pendiente de dictar resolución, el Ayuntamiento afectado solicitó la medida cautelar del embargo preventivo de fincas a nombre de varias sociedades mercantiles cuyas acciones o participaciones pertenecen por herencia a los declarados responsables contables anteriormente mencionados. Y mediante auto de la Sala de Justicia Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas de 15 de febrero de 2013 se acordó estimar la solicitud del Ayuntamiento, a la que se adhirió el Ministerio Fiscal, y acordar la medida cautelar del embargo preventivo de –también entre otras– las fincas registrales 11.660 y 12.780 del término municipal de El Espinar inscritas a nombre de «Consulting Inmobiliario Gilmar, S.A.» En el referido auto se hace constar como fundamento de Derecho que, a pesar de haberse alegado que la sociedad cuyos bienes se pretende embargar no ha sido demandada, la adopción de esta medida cautelar se justifica en que las acciones de la sociedad propietaria de las fincas han sido heredadas por los hermanos G. M. según la documentación obrante en autos.

II

Presentado en el Registro de la Propiedad de Segovia número 2 mandamiento de embargo de fecha 11 de abril de 2013 que comprende asimismo testimonio del auto anteriormente relacionado, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Segovia número dos nota calificación Autoridad: don C. C. R., Letrado Secretario del Tribunal de Cuentas, Sección de Enjuiciamiento, Departamento Primero. Referencia: procedimiento de reintegro por alcance n.º A21/04 Asiento de presentación: 158 del Diario 34. Fecha de presentación: 11-4-2013. Hechos: Primero: Se presenta, por duplicado, mandamiento de fecha 11 de abril de 2013, expedido en el procedimiento arriba referenciado, en el que se ordena se tome anotación preventiva de embargo sobre las parcelas 43 y 57, que son las fincas registrales 11660 y 12780 del término municipal de El Espinar. Segundo: El procedimiento se ha dirigido contra otros y don J. G. M., resultando del Registro que las fincas se encuentran inscritas a favor de la entidad mercantil denominada «Consulting Inmobiliario Gilmar, S.A.». Fundamentos de Derecho.– Considerando el artículo 100 del Reglamento Hipotecario cuando señala «La calificación

por los registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Considerando el artículo 20 de la Ley Hipotecaria cuando señala «No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o Tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento». Se deniega la anotación ordenada por aparecer las fincas inscritas a favor de persona distinta de los demandados. Considerándose insubsanable el defecto no se toma anotación de suspensión que, además no se ha solicitado. Ante la presente (...). Segovia, 19 de abril de 2013. La registradora (firma ilegible)».

III

La anterior nota de calificación, que fue notificada al Tribunal de Cuentas el 19 de abril de 2013 es recurrida por el Ayuntamiento de Marbella el día 17 de mayo de 2013, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por don A. O. F., procurador de los Tribunales en representación de dicho Ayuntamiento en virtud de escrito que tuvo entrada en el Registro del Ministerio de Justicia el mismo día 17 de mayo de 2013, por el que alega resumidamente que de acuerdo con la reforma operada en virtud de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, que adiciona un nuevo párrafo final al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y teniendo en cuenta: el régimen de supletoriedad establecido en la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; y que por el auto de 17 de julio de 2012 se ha procedido al embargo, debe entenderse que materialmente se ha procedido al levantamiento del velo societario, dándose en consecuencia el supuesto especial y exclusivo previsto por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y que por tanto supone la abierta concurrencia de uno de los supuestos de hecho previstos en la legislación registral que habilitan la posibilidad de inscribir el embargo de las fincas registrales, por existir indicios de que las mismas pertenecen a la órbita patrimonial de los encausados.

IV

La Dirección General de los Registros y del Notariado remitió el recurso al Registro de Segovia número 2, que lo presentó el día 27 de mayo, prorrogando el asiento de presentación. La registradora de la Propiedad de Segovia número 2 confirmó la nota de calificación recurrida y emitió el correspondiente informe elevando el expediente a la Dirección General el día 11 de julio de 2013.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1, 20, 40, 82, 325, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, que adiciona un nuevo párrafo final al artículo 20 de la Ley Hipotecaria; la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; artículos 99 y 100 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 17 de diciembre de 2002 y 16 de mayo de 2013; así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de septiembre de 2005, 23 de noviembre de 2012 y 28 de enero y 13 de febrero de 2013.

1. Se debate en el presente expediente si puede tomarse anotación preventiva de la medida cautelar de embargo preventivo a favor del Estado, ordenada por el Tribunal de Cuentas, en procedimiento de reintegro por alcance, sobre fincas inscritas a favor de sociedades mercantiles distintas de la persona contra quien se sigue el procedimiento. En el propio auto en que se acuerda la adopción de la medida cautelar se señala que, si bien las sociedades mercantiles titulares registrales de las fincas embargadas no han sido demandadas en el procedimiento, según la documentación obrante en autos resulta que se trata de sociedades cuyas acciones han sido heredadas por personas físicas que efectivamente sí han sido demandadas.

2. Lo primero que debe recordarse es que el registrador, al que se le ha interpuesto recurso contra su calificación, debe formar expediente que contenga el título calificado, la calificación recurrida, el recurso, su informe y, en su caso, las alegaciones del notario, autoridad judicial o funcionario no recurrente, remitiéndolo bajo su responsabilidad, a la Dirección General de los Registros y del Notariado en el inexcusable plazo de cinco días a que se refiere el artículo 327 de la Ley Hipotecaria a contar del siguiente a aquél en que vencen los cinco días en que puede rectificar o mantener su calificación. Se trata por tanto de dos plazos sucesivos: cinco días hábiles –cfr. artículo 109 del Reglamento Hipotecario– para reformar su calificación o mantenerla; y otros cinco días hábiles para la remisión del expediente al Centro Directivo, sin esperar para ello a recibir los acuses de recibo de las notificaciones efectuadas o los informes a que dicho precepto se refiere. Debe tenerse en cuenta que si bien es preceptivo solicitar por parte del registrador informe al notario, juez o funcionario autorizante no recurrente, no lo es la emisión del mismo por parte de quien sea requerido para ello. En caso de que los informes se reciban con posterioridad a la elevación del expediente, deberá realizar una remisión complementaria, pero sin paralizar aquélla. Lo mismo ocurre con los documentos complementarios. El plazo del artículo 327 Ley Hipotecaria es inexcusable, esto es, perentorio y de estricto cumplimiento, sin que se interrumpa por la falta de recepción de los acuses de recibo o de los informes solicitados.

3. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en este expediente la nota de calificación de la registradora, de fecha 19 de abril de 2013, fue notificada al Tribunal de Cuentas como órgano que libró el mandamiento de embargo, el mismo 19 de abril de 2013. El escrito de interposición del recurso se presenta en esta Dirección General de los Registros y del Notariado el 17 de mayo de 2013, conforme al procedimiento previsto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y 38.4 de la Ley 30/1992, por lo que debe estimarse formulado en el plazo legal del mes a contar de la fecha de la nota de calificación, aunque a efectos de la prórroga del asiento de presentación siempre debe llegar al Registro de la Propiedad en dicho plazo (cfr. párrafos tercero y cuarto del artículo 327 Ley Hipotecaria).

4. El escrito de interposición del recurso se formula por el Ayuntamiento de Marbella, órgano distinto del que libra el mandamiento de embargo, pero en quien concurre la condición de persona legitimada, por tratarse de un procedimiento de reintegro por alcance en los fondos públicos del Ayuntamiento, y por tanto de persona con interés en asegurar la práctica de la anotación, conforme al artículo 325 letra a) de la Ley Hipotecaria.

5. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. entre otras muchas Resoluciones de 28 de enero y 13 de febrero de 2013) el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan. No obstante, como también ha sostenido este Centro Directivo en reiteradas ocasiones, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los

asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o, si no, haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento.

El principio constitucional de la tutela judicial efectiva consagrado por la Constitución Española («todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión») tiene su traslación en el ámbito hipotecario a través del artículo 40, apartado d), de la Ley Hipotecaria, que no permite la rectificación de los asientos registrales, a menos que presten su consentimiento aquéllos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, en su defecto, exista resolución judicial firme en procedimiento entablado contra los mismos, para de este modo poder desplegar todos los medios de defensa de «los intereses» a que se refiere el artículo 24 de la Constitución Española.

La calificación del tracto sucesivo se da igualmente en los procedimientos administrativos, donde el ámbito de calificación es mayor que en los procedimientos judiciales, de manera que se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro (cfr. artículo 99 Reglamento Hipotecario).

6. En nuestro sistema registral, todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido contra él (cfr. artículos 20 –especialmente el párrafo último, adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre– y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no es sino desenvolvimiento del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

Por ello, en vía de principio, la anotación preventiva de embargo –al igual que la de demanda o de prohibición de disponer, como medidas cautelares– debe practicarse siempre que la acción se interponga frente al titular registral y suspenderse o denegarse –según los casos– cuando la finca esté inscrita a favor de otra persona.

En efecto, el último párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria establece que «no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento».

Ahora bien, establece la excepción de que «en los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o Tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento».

Es decir, este párrafo prevé, excepcionalmente, la posibilidad de anotar, sin cumplir estrictamente con las exigencias del principio de tracto sucesivo; pero tal supuesto se contempla sólo para procesos incardinados en la jurisdicción penal, y como tal supuesto excepcional, no es susceptible de interpretación extensiva.

Cuando el legislador quiere excepcionar la regla del tracto sucesivo (manifestación en sede registral del principio constitucional de la tutela judicial efectiva) lo establece expresamente. Así ha ocurrido recientemente respecto de los supuestos contemplados en el artículo 170, párrafo 6, de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria, que ampara la posibilidad de tomar anotación preventiva de prohibición de disponer sobre bienes inmuebles de una sociedad, sin necesidad de que el procedimiento recaudatorio se dirija contra ella, cuando se hubiera embargado al obligado tributario acciones o participaciones en ella y ejerza sobre la misma un control efectivo, siempre que en el mandamiento se justifique la relación de control.

Se comprueba que cuando el legislador quiere excepcionar la regla general de tracto sucesivo, lo hace expresamente y lógicamente –dado el principio de jerarquía normativa– por virtud de una norma de rango legal. Y además exige justificación en el mandamiento de las razones que llevan a la autoridad judicial o administrativa al levantamiento del velo de la personalidad jurídica, lo que tampoco concurre en este expediente, por lo que procede la confirmación de la nota de calificación.

Por eso no podrá tomarse anotación preventiva de embargo –ni anotación preventiva de demanda o prohibición de disponer como medida cautelar– cuando la finca está inscrita a nombre de persona que no ha sido demandada y sin decisión judicial previa sobre el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, pues entonces se incurriría en indefensión de la sociedad titular registral de los bienes, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española (Cfr. Resolución de 7 de septiembre de 2005 y 23 de noviembre de 2012).

7. La posibilidad de embargar bienes de sociedades de capital –por tanto no sólo con personalidad propia sino con limitación de responsabilidad a las aportaciones efectuadas– por deudas de los socios que la integran, exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Esta doctrina jurisprudencial consiste (véase Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 17 de diciembre de 2002 y 16 de mayo de 2013) en un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían «terceros» –los socios o la sociedad– en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas. Esta doctrina jurisprudencial que se refiere al denominado «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica tuvo su origen en la técnica procesal utilizada por los jueces norteamericanos del «disregard of legal entity» a través del cual se apartaba la personalidad jurídica penetrando en el sustento personal de sus miembros, y en aquellos casos en que la sociedad trataba de cometer abusos. Se trata de evitar una situación de burla de derechos de terceros, un trasvase de bienes propios de una persona física, a un ente social, constituido por dichas personas, que no deja de ser alarmante para una convivencia en la que debe primar la seguridad jurídica.

Pero esa decisión sobre el levantamiento del velo, no puede tomarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien (cfr. artículos 24 de la Constitución Española y 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), salvo en los supuestos legalmente admitidos, que como se ha visto son excepcionales y de interpretación restrictiva. Entre los cuales se encuentra el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, párrafo último, conforme al cual en los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o Tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento. Pero siempre será necesario que el juez o Tribunal en la adopción de esa medida cautelar haya notificado a la sociedad mercantil titular del bien cuyo velo societario haya de levantarse, justificando la adopción de la medida expresando los indicios racionales del artificio de la personalidad societaria.

8. Es cierto como señala el recurrente que la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas señala que para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación. Y por tanto sin necesidad de entrar en la naturaleza jurídica administrativa o judicial del procedimiento de responsabilidad contable seguido

ante el Tribunal de Cuentas, éste estaría legitimado para la adopción de la medida cautelar por aplicación supletoria de la legislación de enjuiciamiento criminal. Pero lo impide que en el mandamiento de embargo ni consta el emplazamiento de la sociedad mercantil titular del bien ni los indicios racionales –administración de hecho por los socios, carácter de socios únicos, falta de separación de contabilidad, o cualquier otro– que llevan a considerar que la sociedad es una mera sociedad instrumental o pantalla, esto es, al levantamiento del velo societario.

9. En conclusión no puede anotarse en el Registro de la Propiedad medida cautelar de embargo preventivo a favor del Estado, ordenada por el Tribunal de Cuentas, en procedimiento de reintegro por alcance, sobre fincas inscritas a favor de una sociedad mercantil no demandada, distinta de la persona contra quien se sigue el procedimiento, con la simple constancia en el mandamiento –que no contiene expresamente afirmación alguna de levantamiento de velo societario– de que se trata de sociedades cuyas acciones han sido embargadas por haber sido heredadas por personas físicas que efectivamente sí han sido demandadas en tal concepto.

El embargo será efectivo sobre las acciones de la sociedad mercantil titular del bien, pertenecientes a los demandados, pero no se podrá trabar embargo ni ser objeto de anotación preventiva sobre los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la sociedad, sin una previa decisión judicial de levantamiento del velo, justificada y tomada con emplazamiento y audiencia a la propia sociedad mercantil titular registral del bien, que se haya protegida por el principio de legitimación registral (cfr. artículo 38 Ley Hipotecaria).

Por lo que debe confirmarse la nota de calificación, pues lo impide el principio de tracto sucesivo contenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, transunto del principio constitucional de tutela judicial efectiva antes referido.

Por lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 22 de julio de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.