

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

**4358** *Resolución de 27 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Torredembarra, por la que se suspende la inscripción de una escritura de dación de una finca en pago de créditos concursales.*

En el recurso interpuesto por don Ricardo Cabanas Trejo, notario de Torredembarra, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Torredembarra, don Víctor José Prado Gascó, por la que se suspende la inscripción de una escritura de dación de una finca en pago de créditos concursales.

**Hechos**

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Torredembarra, don Ricardo Cabanas Trejo, de fecha 7 de abril de 2011, con el número 707 de orden de su protocolo, se otorgó por la mercantil «Flonet-97, S.L.» dación en pago de deudas a favor de la mercantil «Marcarines, S.L.»; se hace transmisión de una finca urbana en término de Torredembarra, en dación en pago de unos créditos concursales que la entidad «Marcarines, S.L.» ostentaba contra la entidad «Flonet-97, S.L.»; la mercantil «Flonet-97, S.L.» está en concurso de acreedores por auto de 30 de julio de 2007, aprobado el convenio por sentencia de 7 de julio de 2009 del Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona en procedimiento de concurso voluntario 552/2008, datos que resultan de la nota de calificación registral, pero que no se mencionan en la escritura, porque no resultan de la nota simple informativa incorporada a la citada escritura; la mercantil «Marcarines, S.L.» está declarada en concurso de acreedores por Auto de fecha 18 de noviembre de 2008, por el Juzgado Mercantil número 7 de Tarragona, en procedimiento de concurso 473/2008, sin que conste ningún dato relativo a ese concurso en el Registro de la Propiedad, ni aprobación de convenio alguno, datos que resultan también de la nota de calificación, pero que no se mencionan en la escritura referida; si bien, los datos concursales –al menos de la entidad «Flonet 97, S.L.»– resultan de la descripción de los créditos concursales que se hace en el expositivo I de la escritura; en el Registro de Torredembarra, no aparece inscrito respecto de esta finca, el contenido de las reglas del convenio.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Torredembarra, el día 4 de noviembre de 2011, y fue objeto de calificación negativa de 21 de noviembre, que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«En el ejercicio de la Calificación Registral sobre la legalidad de los documentos presentados, se observan los siguientes hechos y fundamentos de derecho. Hechos: Se solicita la inscripción de una Dación en Pago de unos créditos concursales de la Mercantil «Flonet-97 SL» (en concurso de acreedores por auto de 30/7/2008, aprobado el convenio por Sentencia de 7/7/2009 del Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona en Procedimiento Concurso Voluntario 552/2008) a la Mercantil «Marcarines, SL» (declarada en concurso de acreedores por auto de 18/11/2008 por el Juzgado número 7 de Tarragona Mercantil en Procedimiento de Concurso 473/2008, sin que conste en este Registro aprobación de Convenio alguno), constando diversas situaciones concursales entre el Libro de

Incapacitados y el Libro de Inscripciones de este Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil, su publicidad en el BORME y en el Registro Público Concursal. Por lo que siendo obligatoria la publicidad de las situaciones concursales, no pueden aplicarse las reglas del convenio, si previamente no aparece éste inscrito respecto de esta finca, apreciándose los siguientes defectos: A) Respecto de la actuación de "Flonet-97 SL", ha de acreditarse alguno de estos extremos: Que la finca 23270 de Torredembarra, propiedad de "Flonet-97 SL" había quedado expresamente excluida de la tramitación del concurso con la declaración judicial correspondiente. Ya que de lo contrario al ser procedimiento universal afectaría a todos los bienes del concursado. Que si no se acredita e inscribe la aprobación del convenio respecto de esta finca en virtud de resolución judicial o certificación del Registro Mercantil, sería como si todavía se encontrara en situación de declaración de concurso de acreedores con la consiguiente limitación (intervención o suspensión) en las facultades de administración y disposición, apreciándose en este caso falta de congruencia en el juicio de suficiencia. Sin entrar la calificación en si la dación en pago está dentro del convenio o no, es indispensable que el contenido del Convenio conste también inscrito respecto de esta finca para aplicar sus efectos en toda la extensión y para que pueda producir efectos frente a tercero, porque: 1. Si el convenio contuviere medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración o disposición, y el concursado convenido las contraviene con esta dación en pago, se permitiría su inscripción, supeditada a la acción de reintegración de los bienes a la masa, la inscripción se obtendría condicionada por el posible ejercicio de la acción de reintegración, de forma indefinida, hasta que sea cancelada esa restricción, cuando se cancele el Convenio, por su cumplimiento o la terminación de la liquidación. 2. Si el convenio no contuviere estas medidas prohibitivas o limitativas, pero el acto fuera contrario al mismo se permitiría su inscripción, supeditada también a la acción de reintegración. 3. Si el convenio no contuviere estas medidas prohibitivas o limitativas, ni el acto fuera contrario a su contenido no se plantearán problemas en relación a dichos actos. B) Respecto de la actuación de "Marcarines, SL", ha de acreditarse igualmente la aprobación del convenio en virtud de resolución judicial o certificación del Registro Mercantil, porque sólo consta que está en situación de concurso por la interconexión informática con el Registro Mercantil, Publicación BORM y el Registro Público Concursal, apreciándose en este caso falta de congruencia en el juicio de suficiencia, porque sin la acreditación de que se encuentra en convenio, la mercantil no podría actuar por su administradora única sin la intervención o sustitución por los administradores concursales, ya que no se podrían aplicar los efectos más Beneficiosos De Convenio. Fundamentos de Derecho I. El Principio de calificación registral del art. 18 y 19 LH y 99 y ss RtoH cuyo tenor dispone que 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. II. Si finalmente se exigiera la intervención o sustitución de los administradores concursales, apreciaríamos falta de congruencia en el juicio de suficiencia acudiendo al art. 98 LA 27/12/01 modificado por Ley 18/11/05: "1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera." Con relación a sus requisitos el precepto impone al Notario dos obligaciones: una relativa al continente y otra relativa al contenido. La obligación relativa al continente, que se escinde a en dos: la reseña identificativa de la escritura de poder y la copia auténtica a la vista, y la relativa al contenido: el juicio de suficiencia. Respecto de la primera, exigiéndose: 1. Nombre del notario autorizante ante quien se otorgó el poder; 2. Fecha y Lugar del otorgamiento; 3. Número de protocolo; 4. Identificación de apoderado/representante. 5. La identificación de poderdante/representado y 6. Los datos de la inscripción, en su caso, en el Registro mercantil. No hemos apreciado defecto por el hecho de no constar en la reseña referencia alguna a la

situación concursal y por tanto ser una reseña cuanto menos irregular o inexacta, sino que al constar inscrita una situación concursal, dichos apoderamientos pueden haber resultado afectados totalmente si es un concurso necesario porque sólo puede actuar la administración concursal al tener en suspenso sus facultades de administración y disposición o parcialmente si se requiere la intervención de la administración concursal por conservar dichas facultades. La reseña y el juicio de suficiencia congruente son imperativos, de modo que ni una ni otra quedan cumplidos por la transcripción de las facultades, ni por la incorporación, total o parcial del documento representativo aportado, ni tampoco puede confundirse con el juicio de capacidad según RDGRN 12/9/06. Las RRDGRN 29; 30 y 31 octubre 2007 señalaron que la calificación del registrador se extiende: 1. A la existencia y regularidad de la resella identificativa del documento de que nace la representación. Por tanto pudiendo apreciar defecto porque la reseña parece insuficiente, inexacta o inexistente, nos centramos en la segunda exigencia. 2. A la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación al negocio jurídico documentado facultades ejercitadas; y finalmente la calificación se extenderá; y 3. A la congruencia del juicio de suficiencia que hace el notario del acto o negocio documentado, el contenido del mismo título y los asientos del Registro. Entendemos Registro como institución, Registro de la Propiedad y Mercantil, basándonos en el Principio de Oponibilidad del Registro Mercantil y el carácter universal del Concurso, que produce efectos desde la fecha del auto, en relación con el sistema de alertas que en el Registro de la Propiedad surge cuando existe un sujeto concursado por la interconexión entre ambas instituciones. El Registrador (en base a la Sentencia de la AP de Valencia de 25 de octubre de 2006, firme por auto TS 21/4/09, dice que “es claro que el precepto faculta al Notario para juzgar y evaluar las capacidades de representación que se le someten, pero permiten al Registrador posteriormente, calificar el juicio notarial de suficiencia y, por tanto, disentir de la previa opinión del Notario y hacer valer su función calificadora. El registrador no sólo puede, sino que debe calificar la capacidad de los otorgantes de la Escritura Pública que se le presentó a inscripción.” Y otras como la Sentencia de la AP de Murcia de 3 de noviembre de 2008 y de la AP de Málaga de 4 de febrero de 2009 y la Sentencia de la AP de Madrid, Juzgado n.º 32, de 13 de mayo de 2009) puede entrar en su calificación en que se constate la realidad, validez y vigencia del poder si constan de modo público otras circunstancias concursales que pudieran afectar a dicha representación, señalando los siguientes argumentos: 1. El primero y principal que aducimos es precisamente el Sistema de seguridad Jurídico-inmobiliaria español, creado por la Ley Hipotecaria en 1861, que atribuye al instrumento público la función de documentar hechos en forma auténtica, veraz e íntegra, pero que encomienda al Estado, a través del Registro de la Propiedad, el control de la legalidad, es decir, la decisión sobre si el acto o negocio ha de producir efectos frente a terceros. El argumento citado tiene el respaldo de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 27/2/1985; 16/6/1984, 2 y /6/1985; 30/9/1985; 19/12/1988 y 14/6/1989) que afirma que “La fe pública notarial no alcanza la veracidad intrínseca del documento, sólo a lo que los otorgantes han manifestado”. Y en STS 14/10/2008 que señala que “el deber del Notario de cerciorarse de que lo que hace se ajusta a la legalidad, no es, sino un deber genérico que atañe a todo funcionario público, y no es una función específica suya”. También goza del respaldo de la doctrina procesalista, que de forma unánime interpretando el art. 1218 Cc, constriñe los efectos del instrumento público emitido por el Notario a servir de instrumento probatorio de hechos, y en ningún caso de la legalidad intrínseca de las manifestaciones, y mucho menos de juicios de valor. El instrumento público goza de la presunción de veracidad (los otorgantes han manifestado lo que en él se dice) e integridad (no existen más manifestaciones que las recogidas en él), mientras la facultad de decidir, no si el acto es válido o no, sino si es susceptible de acceder al Registro y convertirse en “la verdad oficial” reconocida por el Estado, bajo salvaguarda de los tribunales y produciendo todos efectos ofensivos, defensivos, traslativos y legitimadores (arts. 32, 34, 38 y concordantes LH), corresponde al Registrador. El Tribunal Supremo ha negado reiteradamente que el control de legalidad constituya una función específica del Notariado más allá de lo

estrictamente indispensable para prestar su ministerio y en este sentido la STS de 20/5/2008 anuló todas las referencias al “control de legalidad” contenidas en la última reforma de 19 de enero de 2007 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944. Y finalmente este argumento goza del respaldo legal, ya que habiéndose introducido el art. 98 LA no se han modificado el art. 18 LH y 99 y ss RtoH, ni tampoco el art. 18 CdeCom que atribuyen el control de la legalidad a través de la calificación a los Registradores. Además el sistema diseñado por la Legislación hipotecaria tiene soporte en el Derecho Constitucional y en otras muchas leyes administrativas: Uno de los principios fundamentales de nuestro Ordenamiento es que todos los funcionarios públicos, entendiendo dentro de ellos los profesionales oficiales (Notarios y Registradores) han de motivar suficientemente los actos que realicen en el ejercicio de su competencia, citamos el art. 9.3 de la Constitución Española que establece el principio de “interdicción de la arbitrariedad de los poderes publicas” y así lo impone también el artículo 54.1 a) de la Ley 30/92 de 26 diciembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, aplicable a todos los actos de los órganos de la Administración pública que “limiten derechos subjetivo e intereses legítimos”, entre los cuales se encuentra, como es evidente, el Juicio que ahora estamos examinando, pues por él se limita el derecho del poderdante que no ha intervenido en el acto, al quedar privado de la posibilidad de intervenir en defensa de sus intereses más directos. Por tanto con independencia de que consideremos la actuación notarial como de Jurisdicción voluntaria, o administrativa, es preciso que sea motivada, por exigirlo la CE y la Ley 30/92 de 26 de noviembre y taxativamente las Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 y 11 de julio de 1983, al señalar que la motivación constituye una garantía elemental del derecho de defensa, e incluye, en el haz de facultades que comprende el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 9,3 y 24 CE), el de obtener una resolución fundada en Derecho. Pues de otro lado la admisión de la extensión de la fe pública notarial a los juicios de valor jurídicos supondría convertir al Notario en el único funcionario-publico que no habría de motivar sus juicios de valor, y le atribuiría la facultad exorbitante de realizar juicios que afectasen a los derechos subjetivos privados y que escaparían al control judicial. 2. En segundo lugar, desde un punto de vista legal, si además de en los Libros del Registro, y tras acudir a la interrelación y coordinación que impone el art. 222,8 LH en su párrafo segundo, resulta que consta una situación concursal del poderdante, la calificación ha de extenderse a ella, así acudiendo a la doctrina de la Dirección General no se ha acreditado al Registrador la realidad, validez y vigencia del cargo, conforme R 17/12/1997, 3/2/2001; 23/2/2001 y R 211/2005 y R 5/3/2005 en términos que destruyan la presunción de exactitud registral establecida en los arts. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil, resulta que no está bien emitido dicho juicio de suficiencia, pues la actuación del apoderado si no se acredita la aprobación de un convenio requerirá o la intervención o la sustitución de los administradores concursales. 3. Desde punto de vista de los Tribunales, la sentencia de 25 de julio de 2008, del Juzgado de 1 a Instancia de Segovia n.º 4, la del Juzgado de la Instancia n.º 3 de Oviedo de 8 de marzo de 2011 y la del Juzgado de P Instancia 31 de Madrid de 26 de Septiembre de 2009 (revocando la doctrina de la Dirección General en esta materia, las RDGRN de 13-11-2007 y otras), fijando dos puntos de gran interés por el reforzamiento que supone de los pronunciamientos registrales mercantiles, no sólo de forma directa a través de la inscripción, sino también de forma indirecta a través de la publicidad el Flei. Así en base a la presunción de exactitud y validez que deriva de lo publicado en el Registro Mercantil, atendiendo a los mentados art. 20 C de com y 7 RRM: 1.º Se proclama en la citada sentencia que el administrador único inscrito de una sociedad es preferente sobre el que no lo está y que era el que otorgaba el documento inscribible. 2.º Declara correcta la actuación del registro que basó su calificación en una consulta a la hoja de la sociedad a través del Flei. No entra esta calificación en apreciar que sean o no válidos los actos del administrador solidario o único (respectivamente), sino que no se ha acreditado la aprobación de un convenio que afecte a esta finca y que haga cesar la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado para poder

inscribir esta dación en pago. III. En relaciona la situación concursal, hemos de precisar desde un punto de vista legal: Que la inscripción de la situación concursal es una publicidad obligatoria, en relación al art. 24.3.º LC: “Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotarán preventivamente en el folio correspondiente a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de SU fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales. Practicada la anotación preventiva, 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 art. 55 de esta Ley.” En la Fase de Convenio se dará a la resolución judicial la misma publicidad que a la declaración de concurso, según art. 132 LC: “Se dará a la sentencia por la que se apruebe el convenio la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de esta Ley.” Que el concurso, como se desprende de la propia Ley concursa’, de la Exposición de Motivos de LOPJ 8/2003 y de los arts. 73.2 LH en relación con el artículo 142 RH y la remisión que este contiene al artículo 42.5 LH sigue siendo un proceso de ejecución universal concentrado en un único órgano judicial y que alcanza todo el patrimonio del deudor, menos el legalmente inembargable, como resulta del artículo 76 LC, porque convoca a todos los acreedores del deudor concursado, como se desprende del artículo 49 LC. La citada nota de universalidad del procedimiento concursa’ se refuerza porque: a) Dentro del mismo, en pieza separada, a través del incidente concursa’ (artículos 192 a 196 LC), se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación. b) Porque dentro del mismo, como pieza separada y por el procedimiento que corresponda, se ejecutan o siguen actuando ejecuciones singulares sobre concretos bienes de la masa, los cuales habrán de ser sustanciados por el Juez del Concurso y no por cualquier otro juez, que deberá abstenerse”. Desde el punto de vista lógico, el concurso es una situación que afecta a la persona del deudor concursado y puede producir una serie de alteraciones en sus facultades de administración y disposición, que afectará directa o indirectamente en su esfera negocia’, aunque en principio no parezca que el Convenio contenga medidas relativas a la administración y disposición de los bienes, es necesario que se inscriba el mismo para aplicar sus efectos respecto de esta finca y para con esta Escritura. Desde el punto de vista hermenéutico, pues la característica más destacable de la Ley Concursal, desde el punto de vista registra, es la intensa y correcta relación entre el Concurso, el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil y de Bienes Muebles y los principios que los presiden, pues ello significa la armonización del procedimiento concursa’ con los principios de seguridad jurídica y, su variante, de seguridad del tráfico jurídico (art. 9.3 CE).y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que tienen en el Registro de la Propiedad y Mercantil y en la calificación registral uno de sus instrumentos de realización más importantes. Esta armonización entre concurso y principios hipotecarios se lleva a cabo incorporando a la Ley Concursal buena parte del contenido de la jurisprudencia del TS y, sobre todo, de la doctrina de la De la DGRN. Desde el punto de vista histórico, puesto que la Ley Concursal viene a sustituir a los antiguos procedimientos reguladores de la insolvencia, suspensión de pagos y quiebra, que también eran procedimientos que comprendían la universalidad riel patrimonio del deudor, de ahí que la ley Concursal no modificara el artículo 73.2 LH. Entendemos que con todos estos argumentos, el Registrador debe utilizar todos los medios que están a su alcance para realizar una calificación registral lo más ajustada a derecho y poder suspender un embargo (así lo señala la RDGRN 21/4/2006) o una compraventa de fecha posterior a la declaración de concurso, pero presentada antes que el mandamiento judicial o la certificación emitida por el Registro Mercantil del art. 323, 2 y 3 RtoRM (títulos hábiles para constatar tal situación concursa’, como luego veremos), o inscribir una dación en pago posterior a la aprobación del Convenio, siempre que se acredite esta aprobación sobre la finca en cuestión, para cesar los efectos de la fase común, haciendo constar en el acta de inscripción y en la nota al pie del título que podría quedar supeditada al ejercicio de la acción de reintegración si se infringe el convenio o sin esta supeditación si no se

infringe. Partiendo del art. 137 LC habrá que estar a los términos del convenio, ya que aunque se establezcan restricciones, su infracción no hace nulo el acto o contrato, sino tan sólo rescindible, por lo que los actos posteriores son inscribibles pero advirtiendo en la inscripción que están sujetos a la posible rescisión de conformidad con el artículo 137 LC, que dispone “Facultades Patrimoniales del concursado convenido. 1. El Convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada por cualquier acreedor. 2. Las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite”. La única forma de que perjudique a “cualquier titular registrar –incluso terceros– es la constancia en el Registro indicada, pero para consignar registralmente todos estos extremos, se requeriría previamente además la notificación al interesado, pues se trata de inscripción en forma distinta a la solicitada, lo que acerca ría la cuestión a la “inscripción parcial” del artículo 19 bis 2.º LH. Al no constar la exclusión de este bien del procedimiento concursal por declaración judicial, estando el titular y el adjudicatario en situación concursal, no admitiéndose en la propuesta de convenio una dación en pago, según art. 100,3 LC: “En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada, y sin perjuicio asimismo de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5 de este artículo.” Y no constar el convenio inscrito totalmente en el Registro respecto de esta finca, sería necesario presentar en el Registro el título hábil para trabar el concurso en la fase de convenio pues de lo contrario no cesarían las medidas precautorias o limitativas de las facultades de administración o disposición del concursado, por lo que debe presentarse:

1. Resolución judicial en el que se inserte literalmente el auto en el que se hubiera aprobado el convenio, artículo 132 y 24 LC. 2. Certificación expedida por el Registrador Mercantil del contenido de la resolución judicial, que contenga los datos suficientes sobre los bienes, que se remitirá telemáticamente con filma electrónica del Registrador, y si no fuera posible, por correo certificado, todo ello según resulta del artículo 323,2 y 3 del RRM, para garantizar la mayor y mejor publicidad registral de la situación concursal, dado el carácter universal del procedimiento. IV. Constando en el Libro de Incapacitados y en los Libros de Inscripciones de este Registro de la Propiedad, en el Registro Mercantil y publicada en el BORME y en el Registro Público Concursal, diversos estadios de la situación Concursal de las mercantiles que realizan y aceptan la dación en pago con efectos bien distintos según la fase, faltaría tracto en la inscripción que se pretende por cuanto no figura en el historial de la finca en cuestión, dicha situación concursal de aprobación del convenio que debe hacerse constar, cumpliendo el principio de rogación (ex art. 6 LH) necesariamente respecto de todas y cada una de las fincas de concursado, dando seguridad jurídica al adquirente, a los acreedores firmantes del Convenio para ejercitar la rescisión correspondiente, si la dación en pago no se ajusta al Convenio y se ven perjudicados en sus derechos y a los demás posibles terceros afectados; aduciendo el principio de tracto sucesivo, art. 20 LH y su conexión con el art. 24 CE, proclamada también entre otras por las RDGRN 12/5/1993, 25/2/1994 y 28/12/1995. En su virtud, Resuelvo suspender la inscripción solicitada por la concurrencia del defecto mencionado. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados. Notifíquese al interesado y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo

máximo de diez días hábiles. Esta nota de calificación negativa (). Se firma la siguiente en Torredembarra a 21 de noviembre de 2011. Víctor J. Prado Gascó Registrador de Torredembarra. (Firma ilegible y sello con nombre y apellidos del registrador)».

## III

No se solicitó calificación sustitutoria en el plazo reglamentario establecido por la Ley.

## IV

El día 7 de diciembre de 2011, don Ricardo Cabanas Trejo, notario de Torredembarra, interpuso recurso contra la calificación, en síntesis el que alega lo siguiente:

«1. El sentido de la calificación del registrador. Como primera cuestión conviene precisar el sentido de la calificación recurrida, para evitar que el presente recurso se convierta en una inútil discusión sobre el manido tema del juicio notarial de las facultades representativas y los requisitos formales de la reseña. Aunque la calificación recurrida tiene especial interés en traer aquí el debate sobre la congruencia de dicho juicio, y hasta se refiere a la inscripción previa del cargo de administrador, nada de eso interesa ahora, de ahí que convenga dejar de lado el tema por obvias razones de economía procesal. La doctrina de la DGRN es suficientemente clara, y ahora no hace al caso. Dicho esto, las cuestiones que deben discutirse, según se desprenden del documento de seis hojas que me ha sido notificado, son las siguientes:

Exigencia de tracto respecto de la constancia registral del convenio de la sociedad Flonet 97 (adjudicante/deudora), cuya situación concursal tampoco resulta de la nota simple informativa incorporada a la escritura, aunque se indica en el Expositivo I de ésta para dar cuenta de las deudas que se saldan, en los términos de dicho convenio. Aprobado dicho convenio, el juicio notarial de suficiencia de las facultades del interviniente debe limitarse a su condición de administrador, pues ha quedado liberado de las restricciones legales impuestas por razón del concurso. Deber ser destacado que el Registrador declara tener conocimiento de su situación concursal, y del hecho de haberse aprobado el convenio, por eso el defecto que formula la nota de calificación, aunque pudiera surgir alguna duda por manifestarse en ocasiones en términos de disyuntiva (“Respecto de la actuación de Flonet 97 ha de acreditarse alguno de estos extremos: Que la finca –Que si no se acredita e inscribe la aprobación del convenio...”), es en términos de tracto, de previa inscripción, no de simple reseña en el documento notarial, en el sentido de que una alusión por parte del notario al hecho de haber tenido a la vista el testimonio de la resolución judicial aprobatoria ya sería bastante.

En relación con Marcarines (adjudicataria/acreedora) el problema parece ser su situación concursal, que no pudo resultar de este Registro de la Propiedad, pues la sociedad aparece como adquirente de un bien, es decir, que da inicio ahora a su historial registral sobre la finca, aunque tampoco destaca la nota de calificación que se haya extendido anteriormente asiento en el Libro de Incapacitados de este Registro respecto de los bienes que pudiera adquirir en lo sucesivo, de conformidad con el art. 388 RH, o que ya tuviera inscrito alguno con anterioridad (las alusiones a dicho libro en la nota son genéricas y sin la concreción que permita conocer el tipo de asiento practicado, si es que hay alguno en este Registro). Aquí el problema es doble: posibilidad de que el Registrador lleve a cabo una pesquisa por su cuenta, cuando el dato del concurso del adquirente no puede resultar del historial registral de la finca del transmitente, ni parece obrar en el Libro de Incapacitados de ese Registro (al menos, no por la calificación que ha sido notificada), o que los administradores de una sociedad en concurso de acreedores puedan aceptar sin intervención de la administración concursal un bien en pago de una deuda, reconocida y rebajada previamente en el concurso de su deudor.

2. Exigencia de tracto en los Registros de bienes respecto del contenido del convenio concursal.

El mandato de publicidad genérico del convenio en el Registro de la Propiedad es claro a la vista de los artículos 132 y 24 de la LC vigente, pero la cuestión ahora planteada es más específica y a propósito de las posibles medidas prohibitivas o limitativas que en dicho convenio cabe establecer, pues el artículo 137.1 LC expresamente las declara inscribibles en los registros públicos (el tenor literal del precepto ha llevado a algunos autores a considerar que la inscripción de estas medidas, por contraste con el régimen general del art. 24 LC, es meramente facultativa).

Dispone el artículo 133.2 de la Ley Concursal que desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, y que en particular cesarán en su cargo los administradores concursales. Como quiera que la constancia registral de las distintas resoluciones judiciales en el concurso carece de eficacia constitutiva, como evidencia la misma pesquisa indagatoria que el Registrador emprende por su cuenta al margen de los libros a su cargo, otro tanto ocurrirá cuando se trate de liberar a los administradores sociales de las restricciones impuestas por aquél, una vez sea eficaz el convenio.

Por ello, como el registrador ya sabe de la aprobación del convenio de Flonet 97, sorprenden sus constantes alusiones a la posible y necesaria intervención de la administración concursal (“pues de lo contrario no cesarían las medidas precautorias o limitativas de las facultades de administración o disposición”, “no entra esta calificación en apreciar que sean o no válidos los actos del administrador solidario o único—respectivamente—, sino que no se ha acreditado la aprobación de un convenio que afecte a esta finca y que haga cesar la intervención o suspensión de las facultades de administración v disposición del concursado para poder inscribir esta dación en pago”), pues, como regla general, ningún papel ha de cumplir la administración concursal en esta fase.

Como quiera que el convenio es eficaz al margen de su publicidad registral, los problemas que el Registrador plantea tienen que disfrazarse bajo la capa del tracto registral, en el sentido de que ha de conocer e inscribir antes el contenido de dicho convenio para inscribir su vez la transmisión, y ello por una triple razón:

A) No admisión en la propuesta de convenio de una dación en pago (artículo 100.3 LC).

El registrador mezcla la situación de convenio o liquidación global del patrimonio del concursado, que es lo prohibido por la norma que cita (las antiguas cesiones de bienes a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, a las que se refería la Resolución de 28 de enero de 1987; meridianamente clara la Exposición de Motivos de la LC: “lo que no admite la Ley es que a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta a aquella que le es propia”), con el hecho de que en la fase de cumplimiento de convenio, y ante la falta de liquidez que en la misma escritura se manifiesta, el deudor haya acordado con uno de los acreedores la entrega de un determinado bien inmueble para saldar una deuda, por el importe rebajado que del convenio resulta.

B) En relación con lo anterior, alude el Registrador a que el bien objeto de la dación tendría que haber sido excluido del procedimiento concursal para ser objeto de la dación en pago (“al no constar la exclusión de este bien del procedimiento concursal por declaración judicial”, “certificación expedida por el Registrador Mercantil del contenido de la resolución judicial, que contenga los datos suficientes sobre los bienes”).

Mucho no se entiende esta exclusión. Ciertamente hay acreedores, y consiguientemente créditos, que están fuera de la eficacia novatoria del convenio (arts. 134 y 135 LC), pero los bienes del deudor siguen siendo suyos, y como tales sujetos a la responsabilidad para el cumplimiento de sus obligaciones, en los términos que resulten de dicho convenio, términos que son para las obligaciones, no propiamente para los bienes. Aunque la reforma de la LC llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha flexibilizado la prohibición del artículo 100.3 LC con una remisión al artículo 155.4 LC

reformado, que permite la realización de bienes fuera del convenio mediante una cesión en pago o para pago, ahora la norma carece de. Interés, no sólo por razón de fechas, sobre todo porque no se trata de un bien afecto a privilegio especial, lo que de todos modos nos volvería a llevar al tema de los acreedores con derecho de abstención. Pero se abstienen ciertos acreedores, no los bienes.

Por eso queda en penumbra cómo puede el convenio “excluir” a un bien de un procedimiento concursal todavía no concluido, mientras ese bien siga siendo propiedad del deudor. Esto provoca la duda de si para el Registrador sería necesario, además, que el mismo convenio hubiera previsto expresamente la dación en pago de ese inmueble, a favor de este acreedor y por ese importe, circunstancia poco probable, pues, en tal caso, ya lo habrían destacado los mismos interesados en la escritura. Según cómo se interprete la nota de calificación el presente negocio puede estar condenado al extrañamiento registral absoluto, pues se haría imposible cumplir con esa condición.

C) Pero la cuestión fundamental se refiere a las prohibiciones o limitaciones que el convenio haya podido imponer al concursado, y que el Registrador considera de previo conocimiento y constancia registral inexcusable para poder inscribir la cesión (en caso contrario, la ausencia de ellas).

Vaya por delante que, aunque existieran esas limitaciones, y, además, figuraran en el Registro de la Propiedad, tampoco impedirían la inscripción. Las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y de disposición del deudor establecidas en el convenio no tienen la consideración de efectos de la declaración de concurso, sino de efectos del convenio. En consecuencia, la infracción de esas medidas no quedará sometida a la sanción establecida para la infracción de la Intervención o de la suspensión (a la anulabilidad prevista por el art. 40.7 LC), sino, por un lado, a la que supone la declaración de incumplimiento del convenio (art. 137.1 LC), que lleva aparejada la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1.5.º LC), con la consiguiente suspensión del deudor en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer (art. 145.1 LC), y la calificación del concurso como culpable (art. 164.2.3.º LC); y, por otro, a la posibilidad de ejercitar la acción de reintegración de la masa (art. 137.2 LC).

No vale la pena discutir ahora sobre si dichas medidas constituyen verdaderas prohibiciones de disponer y de administrar o de hacerlo sin cumplir ciertas condiciones (p. ej., la autorización del acto por un determinado sujeto), o si, por el contrario, no son más que meras obligaciones cuyo incumplimiento no repercute en la eficacia de los actos contrarios, cuestión que tampoco es disociable de la naturaleza de la posible acción de reintegración, en el sentido de quedar exenta o no de la demostración del perjuicio en función del tipo de acto de que se trate (como sucede en el caso del art. 71 LC con los actos realizados antes de la declaración de concurso).

Supuesto lo anterior, la finalidad de la publicidad de estas medidas es posibilitar a los terceros el conocimiento de las prohibiciones o limitaciones que afectan al deudor concursado y que pueden provocar la ineficacia de los actos realizados con el mismo. Ahora bien, que tales medidas sean inscribibles o anotables en los registros públicos (inscribibles, según la consulta de la Comisión Nacional de criterios de calificación del CRPMBME), no quiere decir que la inscripción sea necesaria para la validez o existencia de las mismas. Esas medidas producirán sus efectos desde la eficacia del convenio, aunque al tratarse de medidas inscribibles, por aplicación de las reglas civiles y registrales, si no se inscriben, tampoco perjudicarán a terceros de buena fe (v. arts. 606 CC y 13, 32, 37, etc. LH). También el artículo 137.2 LC parece presuponerlo así cuando señala que, tras la inscripción, perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración que se ejercite. Consiguientemente, antes de su inscripción, las medidas limitativas o prohibitivas no perjudican a los que se conviertan en titulares registrales que hubieran actuado de buena fe.

Que la presencia registral de estas medidas no impide la inscripción, aunque el negocio se lleve a cabo en abierta contravención de las mismas, es algo que ha confirmado la reciente Resolución de 13 de octubre de 2011, al declarar: “acreditada fehacientemente la aprobación del convenio del concurso de la compañía transmitente

mediante sentencia firme de fecha anterior a la enajenación, y no resultando del convenio medida alguna limitativa de las facultades dispositivas de la sociedad concursada (que por otra parte se sometería al régimen del artículo 137 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Que no impide el acceso al Registro de los actos contrarios”).

A diferencia de los actos administración o de disposición realizados por el concursado con infracción de la intervención o de la suspensión, que “no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme” (art. 40.7 LC), la inscripción o anotación de las medidas prohibitivas o limitativas establecidas en el convenio no produce el cierre del registro.

La singularidad del presente caso es que -según parece- no consta en el Registro de la Propiedad el contenido del convenio concursal, ni, por tanto, el de unas hipotéticas prohibiciones o limitaciones que hubieran sido impuestas al deudor y que de alguna manera matizarían el efecto liberador para las facultades del concursado que tiene por ley la aprobación del convenio. Pues bien, en orden a la calificación del Registrador, con ese dato, que el mismo funcionario admite conocer, hay bastante para inscribir este negocio. No sólo esto, es que habrá de hacerlo sin referencia alguna en el acta de inscripción a la hipotética infracción de unas medida limitativas o prohibitivas. Que no le constan por razón de sus asientos, de ahí que resulte por completo improcedente la alusión que se hace en la nota de calificación a una supuesta inscripción en forma distinta a la solicitada (“la única forma de que perjudique a cualquier titular registral –incluso terceros– es la constancia en el Registro indicada, pero para consignar registralmente todos estos extremos, se requeriría previamente además la notificación al interesado, pues se trata de inscripción en forma distinta a la solicitada, lo que acercaría la cuestión a la inscripción parcial del artículo 19 bis 2.º LH”). La frase transcrita simplemente recoge la opinión de un reconocido especialista (G. G., cuando matiza la postura de P. P.), pero ahora es irrelevante, precisamente porque el registrador no está en condiciones de pronunciarse acerca de esa Posible infracción, ya que no se han inscrito en su Registro las medidas en cuestión, si es que existe alguna.

La objeción a la tesis aquí sostenida sería inconsistente desde el punto de vista de la sociedad transmitente, pues, no siendo óbice para la inscripción el hecho de su previa presencia registral, con menor razón aún podrá serlo su ausencia. Pero tampoco es más consistente desde la perspectiva del adquirente, en el sentido de que necesitaría conocer por el asiento el riesgo de su exposición a una posible acción reintegradora. Haciendo abstracción de que ahora se trata de un acreedor concursal de la transmitente, al que no debiera resultar desconocido el contenido del convenio, la situación planteada por la falta de constancia registral expresa de una posible limitación paccionada, y dando por supuesto que hubiera infracción de la misma, es la de su posible oponibilidad a un tercero de buena fe (quien ahora adquiere, o traiga causa de él en el futuro), en términos no muy distintos a como ocurre respecto de cualquier otro acto sujeto a inscripción en el Registro de la Propiedad, pero aún no inscrito. Tendrá que ser el juez del concurso, en el caso de ejercitarse en el futuro una acción reintegradora por este negocio, el que habrá de valorar si ostenta la condición de tercero de buena fe, pero no le corresponde al registrador impedir la emersión de este último, mediante imponer la inscripción previa del contenido del convenio.

Con la legislación anterior de suspensión de pagos, así tuvo ocasión de manifestarlo la Resolución de 18 de julio de 2003: “que la constancia del convenio en los Registros de la Propiedad y Mercantil carece de efectos constitutivos y la omisión de aquélla no puede implicar un modo de cierre registral o una quiebra del tracto sucesivo registral de los actos de disposición que se ajusten a dicho convenio, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse de una eventual ineficacia del convenio que corresponde ventilar fuera del ámbito registral y respecto de las cuales los interesados podrán asegurar sus derechos a través de las correspondientes medidas cautelares”.

En relación con la actual normativa concursal, es de gran interés la siguiente opinión de J. G. G., en línea con cuanto aquí se ha expuesto: “pero aunque la inscripción es

requisito de oponibilidad, sin embargo no es un requisito constitutivo –la inscripción no es constitutiva– ya que la eficacia del convenio opera al margen del Registro, de manera que el Registrador tendría que admitir los actos dispositivos del concursado que cumplen las disposiciones del convenio, aunque éste no estuviera previamente Inscrito, siempre que no existieran terceros con derechos inscritos protegidos por el sistema registral”.

Carece de sentido ponerse a especular sobre las razones por las cuales no se ha inscrito el contenido del convenio en este Registro, cosa distinta a que le conste su aprobación por razón de inscripciones anteriores, según veremos después. En cualquier caso, si se hubieran establecido medidas que percutiesen sobre la plena capacidad de los administradores de Flonet 97, habrían sido los mismos interesados en su reflejo registral quienes han omitido la presentación en el Registro del mandamiento pertinente (o el Registro Mercantil en remitir la certificación, según se Indica infra), precisamente para evitar la aparición de un tercero protegido, que nunca podría ser Marcarines al tratarse del pago de un crédito concursal, en última instancia sometido a la regla del artículo 162 LC para el caso de abrirse la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, antes que a la reintegración especial del artículo 137 LC.

### 3. Medios de calificación a disposición del registrador.

En el presente caso se da la circunstancia paradójica de no resultar del Registro de la Propiedad, al menos según resulta para la transmitente de la nota simple que fue remitida a la Notaria, y de la misma nota de calificación que se recurre para la adquirente, el concurso de ninguna de las dos sociedades que intervienen. Por consiguiente, hemos de suponer que el Registrador ha tomado conocimiento de dicha circunstancia por el examen del contenido de otros registros (o del Índice Centralizado de Incapacitados) ajenos a su competencia y a su responsabilidad, a los que no se extiende, por tanto, su calificación, en abierta infracción de la doctrina sentada, entre otras, por la Resolución de 13 de noviembre de 2007.

La doctrina de esta última Resolución tiene carácter vinculante para todos los Registradores mientras no se anule por los Tribunales (art. 327 LH), y aunque esta Resolución fue anulada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Segovia de 25 de julio de 2008, ésta ha sido a su vez revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia [sección 1] de 30 de diciembre de 2008 rec. 423/2008, que desestima la demanda (detalle que el Registrador ignora, pues cita la primera sentencia, pero se olvida de la segunda).

Mientras no se desarrolle reglamentariamente el nuevo apartado 7 del artículo 24 LC, que todavía no ha entrado en vigor, sólo contamos con el artículo 323.5 RRM sobre remisión por el Registrador Mercantil a los registros de bienes de la necesaria comunicación para practicar los correspondientes asientos, pero es evidente que en este caso no se ha producido dicha remisión, pues la nota informativa guardaba silencio sobre ese particular. Siendo así, no procede que el Registrador de la Propiedad pueda ir en busca de esa información, una vez presentado el título.

En cuanto al artículo 61 bis RRM, que sí regula la comprobación del Índice Centralizado de Incapacitados del Colegio de Registradores, sólo es aplicable a los Registros Mercantiles y en los términos que marca dicho precepto. Cualquier otro tipo de comprobación por parte de un Registro de la Propiedad carece de amparo legal o reglamentario.

Pero esa actuación resulta especialmente discutible cuando la pesquisa no se refiere al transmitente, respecto del cual cabe esperar que dicha información remanse en el historial de la finca, sino al adquirente del bien, por definición ausente del Registro de la Propiedad hasta que el bien se inscriba por razón del título calificado, salvo en el supuesto especial del artículo 388 RH. En nuestro caso el concurso de Marcarines es algo extraño al contenido de un asiento sobre una finca propiedad de Flonet 97, y con su interferencia el Registrador pone en cuestión la actuación de esta última sociedad, que, como deudora, simplemente ha pagado a su acreedor mediante la entrega de un bien. Es un pago hecho de buena fe –debemos presumirla– a un acreedor previamente reconocido en su concurso.

Se podría replicar que la misma pesquisa llevada cabo por el Registrador respecto de Marcarines, en un sentido que dificulta la inscripción, también lo ha sido con Flonet 97, pero entonces en una vertiente favorable, ya que le ha permitido conocer la aprobación del convenio concursal de este última, de todas formas ya reseñado en la escritura. Que así sea, pero, entonces, tampoco habría concurso para esta última, pues no resultaba de la información remitida por el Registro.

Ocurre, sin embargo, que ya consta por operaciones anteriores inscritas en este Registro de la Propiedad el hecho de la aprobación del convenio en el concurso de Flonet 97. Sólo por referirme a algunas escrituras previas de las que he sido autorizante:

Escritura de Ejecución de Permuta autorizada el día 18 de febrero de 2010, número 394 de mi protocolo, referida a otra finca de la misma división horizontal que la que ahora es objeto de dación en pago (registra! 23.268), donde se hace referencia a dicho convenio. Debe ser destacado que en la nota simple informativa que fue remitida por el Registro de la Propiedad y que figura incorporada en la escritura, tampoco aparece indicada la situación concursal de Flonet 97 (acompaña fotocopia de la nota).

Escritura de Compraventa autorizada el día 10 de junio de 2010, número 1.288 de mi protocolo, referida a la registra! 17.601, donde se reseña el testimonio de la sentencia aprobatoria del convenio. Nuevamente hay que destacar que en la nota simple informativa remitida por el Registro de la Propiedad y que figura incorporada en la escritura, tampoco aparece indicada la situación concursal de Flonet 97 (acompaña fotocopia de la nota).

Pero lo mejor ocurre con la Escritura de declaración de Obra Nueva en Construcción y División en Régimen de Propiedad Horizontal Simple, autorizada el día 19 de noviembre de 2009, número 1.599 de mi protocolo, donde también está reseñado el testimonio de la sentencia aprobatoria del Convenio. Debe ser destacado que se trata de la División Horizontal de la cual forma parte el inmueble objeto de la dación en pago calificada negativamente (registral 22.156), y así aparece destacado, incluso, en la nota informativa de esta última en el apartado relativo al título. Pues bien, se adjunta al presente recurso fotocopia de la nota informativa testimoniada en la División Horizontal. En ella, además de una referencia al concurso de Flonet 97, puede leerse también lo siguiente: "carga propia de la finca anotación de procedimiento de concurso. A favor de la entidad Flonet -97, S.L. En virtud de mandamiento librado por el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona, de fecha 5 de Octubre de 2.009, que es firme y según sentencia de fecha 7 de julio de 2.009, se sigue procedimiento de concurso voluntario 552/2008-C-3 donde se indica el fallo que es el siguiente: La aprobación del convenio anticipado de acreedores de la entidad mercantil Flonet 97, SL, adquiriendo plena eficacia en los términos legales desde la fecha de su aprobación, cesando los efectos de la declaración de concurso y cesando los administradores excepto en las labores derivadas de la sección de calificación y la fiscalización de la completa satisfacción de los créditos contra la masa". Las razones por las cuales todos estos datos súbitamente desaparecen cuando se trata de notas simples informativas remitidas al notario de las entidades que forman parte de la división horizontal existente sobre esa finca, son por completo desconocidas, pero no parece que el Registrador puede ignorar una información que debería tener disponible en los libros a su cargo, a no ser que por singulares razones de truncamiento del tracto, lo que figura en el folio del solar, ya no pase a la división horizontal, obligando por ello a reconstruir después el tracto interrumpido.

#### 4. Naturaleza de la actuación de la sociedad adquirente.

Para terminar, debe tenerse en cuenta en relación con Marcarines que ésta no realiza un acto de disposición de bienes que deba ser objeto de inscripción en un registro público, que es propiamente a lo que se refiere el artículo 40.7 LC, sino que simplemente cobra un crédito del que es titular, mediante la dación en pago de un bien inmueble, ante la falta de liquidez de su deudora.

Ciertamente estos actos deben quedar sujetos al régimen de intervención o de suspensión que corresponda (en la derogada Ley de Suspensión de Pagos los cobros tenían que verificarse con el concurso de los interventores, art. 6), pero al no haber

disposición de un bien inscrito a nombre del concursado adquirente, la prohibición de acceso registral no puede operar en los mismos términos que cuando el concurso afecta al transmitente. El negocio ha de ser objeto de inscripción, sin perjuicio de que la administración concursa, pueda instar su anulación en la forma prevista en la Ley.

Así habría de ser, Incluso, aunque constara en el Libro de Incapacitados de este Registro la declaración de concurso de Marcarines (dato que no resulta de la calificación, al menos según ha sido notificada), pues, como señala el artículo 391 RH, será cuando esta persona adquiriera algún inmueble, que el Registrador, “a continuación de la inscripción en que conste la adquisición de los mismos inscribirá la incapacidad con referencias al asiento practicado en dicho libro”».

V

Mediante escrito con fecha de 20 de diciembre de 2011, el registrador de la Propiedad emitió el informe preceptivo y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 27 del mismo mes).

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33, 53, 103 y 106 de la Constitución; Sentencias del Tribunal Constitucional de 17/1985 de 9 de febrero y 77/1985, de 27 de junio; 100.3; artículos 132.2, 137 y 155.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modificada por Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo; 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; 6, 18, 19, 20, 32, 33, 34, 65, 222.8, 319 a 321 de la Ley Hipotecaria; 6 a 9 y 320 del Reglamento del Registro Mercantil; 16.1, 30. 1 y 3, 80.2 de la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2011; Resolución de consulta vinculante de 12 de abril de 2002; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1927, 14 de diciembre de 1953, 18 de marzo de 1972, 11 de marzo y 29 de diciembre de 1978, 2 de octubre de 1981, 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de junio de 1993, 15 de abril de 2004 y 23 de febrero de 2006.

1. Son varias las cuestiones que plantean la nota calificadora del registrador y el escrito del notario recurrente. En primer lugar, la de si el juicio de suficiencia del notario era o no congruente con el contenido del acto documentado. Mantiene, en efecto, el registrador en su nota de calificación, que, por lo que se refiere a la representación de la sociedad transmitente, «si no se acredita e inscribe la aprobación del convenio (del concurso de acreedores) (...) en virtud de resolución judicial o certificación del Registro Mercantil», no puede afirmarse que la representación de la sociedad era suficiente ya que «sería como si todavía se encontrase en situación de declaración de concurso de acreedores con la consiguiente limitación (intervención o suspensión) en las facultades de administración y disposición».

Es cierto que el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, exige, para tener por acreditada la representación, entre otros requisitos, que el juicio de suficiencia del notario sea congruente con el contenido del título presentado (un extremo que el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2011 ha ratificado que debe ser calificado por el registrador); y también es cierto que el control de la congruencia, para poder ser ejercido, exige que del propio juicio de suficiencia resulte la coherencia entre la conclusión a la que se llega y las premisas de las que se parte. Un juicio jurídico, efectivamente, para merecer el nombre de tal, presupone la fijación de unas premisas y la afirmación de una conclusión y es coherente solo si es posible derivar ésta de aquéllas. Por tanto la revisión de la congruencia del juicio de suficiencia con el contenido del título, exige imperativamente que se aporten los datos necesarios para hacer una comparación entre las facultades que presupone la apreciación de la representación y el acto o contrato documentado, sin que

basten meras fórmulas de estilo o apodícticas como las que se limitan a hacer una simple aseveración o afirmación de que la representación es suficiente para el acto o negocio documentado.

En este caso, a la vista de estas consideraciones y teniendo en cuenta el juicio de suficiencia que hizo el notario, procede plantearse, como lo hace la nota del registrador, si era o no congruente con el contenido del título. Afirma, en efecto, el notario la suficiencia de la representación del administrador de la sociedad transmitente cuando es así que de la misma escritura resulta que se formaliza una dación en pago de unos créditos «concursoales» sin determinar en que fase del concurso se encontraba la representada, lo que, a falta de más datos, impide enjuiciar la congruencia o incongruencia de la susodicha afirmación de suficiencia, porque la intervención de la administración concursal resulta necesaria en la primera fase del concurso pero deja de serlo, desde el momento en que es aprobado el convenio.

2. Sentada esta primera conclusión, procede pasar a analizar si el registrador, como efectivamente ha hecho aquí, en ejercicio de sus funciones, puede o no, para salvar obstáculos de este tenor y poder por tanto calificar la congruencia, acudir por iniciativa propia a consultar los asientos del Registro Mercantil «relacionados» con el documento presentado. Esto es, en el presente caso, para determinar en que fase del concurso se encontraba realmente la transmitente.

Se ha mantenido que el principio de rogación (recogido en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria), puesto en relación con los artículos 17, 32 y 319 de la misma ley, exige que la calificación del registrador se haga exclusivamente sobre la base de los documentos presentados por el peticionario del asiento y nada más. Una prohibición de aportación de oficio por el registrador de otros documentos que habría, además, que entender en sus más amplios términos ya que se extendería no solo al título principal sino a sus complementarios. Lo cierto, sin embargo, es que la Ley Hipotecaria no excluye por principio la actuación de oficio del registrador; y no solo no la excluye, al contrario, la presupone e incluso exige, cuando le ordena tener en cuenta no solo el documento presentado sino los «asientos del registro con él relacionados» para, si delatan alguna contradicción o vicio, denegar o suspender la inscripción solicitada.

Es más, por lo que se refiere a la situación de concurso, de obligatoria publicación en el Boletín Oficial del Estado e inscripción en el Registro Mercantil y de la Propiedad, su toma en consideración directa por el registrador viene exigida en cumplimiento estricto de los deberes que resultan de la Constitución y obligan desde su publicación a todas las Administraciones públicas. Deberes que, en concreto, impiden reclamar a la parte la aportación de los documentos que ya tengan aquellas en su poder o les resulten fácilmente accesibles, como pasa indudablemente con los asientos del Registro Mercantil (y, en su caso, de otros registros públicos altamente informatizados). Y ello no solo cuando se busca depurar datos confusos, como pasa en este caso, sino también para asegurarse, a la vista de la documentación presentada, de la legalidad de los asientos cuya inscripción se pide. Un principio que recoge ejemplarmente el artículo 80.2 de la nueva Ley del Registro Civil cuando veda a Administraciones y funcionarios exigir a los ciudadanos la presentación de certificados registrales cuando los datos obren en su poder o fuere posible su obtención directamente por medios electrónicos. Doctrina, por lo demás, perfectamente compatible con los principios que tradicionalmente vienen organizando el registro de la propiedad.

En primer lugar, porque la prohibición de acceso de documentos no inscritos, no presentados por la parte, se limita, como confirman el artículo 32 y 17 –sobre todo si les pone en relación con el 319 de la Ley Hipotecaria y 321 a contrario– a los documentos cuya inscripción es posible solo como inscripción separada y especial pero a ningún otro más. Puesto que no se trata aquí, en efecto, de inscribir algo a iniciativa del registrador –como por ejemplo un documento de compra– sino solo de impedir, en su caso, que derechos inexistentes o nulos puedan pasar por existentes o legales; más sobre todo con los daños irreparables para derechos constitucionalmente protegidos (artículo 33 de la Constitución) que pueden llegar a producirse por la eficacia defensiva y ofensiva de la prioridad y el

registro en general. No se tocaría así, en absoluto, la rogación –ya que el registro no inscribe lo que no se le pide sino que no inscribe lo que se le pide (y no procede)– ni tampoco a la prioridad (ya que no se da prioridad a alguien que no la pide sino que se impide que quien no tenga derecho a ella, y la solicite, pueda llegar a conseguirla).

Pero, en segundo lugar, ante todo, porque en ningún caso la prohibición de acceso de documentos complementarios distintos de los presentados por la parte puede comprender, como efectivamente no comprende, aquellos que, fácilmente accesibles, están sometidos a publicidad oficial que, al tiempo que les dota de «cognoscibilidad legal» (cfr. sobre su alcance, Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1988 y 21 de enero de 1992), pone los asientos que los recogen, en cuanto al contenido inscrito, bajo la salvaguardia de los tribunales, cubriéndolos con una presunción de exactitud solo destruible en juicio ordinario.

Rogación y aportación de parte, en efecto, no se confunden. Una cosa es que el trámite de inscripción se inicie solo a solicitud de parte y otra que una vez iniciado (especialmente cuando se pide un acto como la inscripción con fortísima eficacia ofensiva frente a terceros) haya que pasar forzosamente por la prueba presentada por el rogante (normalmente el beneficiario del asiento) que podría seleccionarla a su antojo para, sobre todo cuando se ampara en presunciones sustentadas en sus declaraciones, burlar con toda facilidad la legalidad y los derechos de terceros que no han sido llamados al procedimiento (terceros, en muchos casos, imposibilitados de defenderse por sí mismos, por ser desconocidos, futuros o indeterminados). Por tanto el registrador puede perfectamente en cumplimiento del principio de legalidad –de la necesidad de garantizarla y en consecuencia de impedir la inscripción de títulos viciados– servirse de aquellos datos, que condicionan la legalidad de la inscripción que se le pide, y han sido publicados oficialmente, si le resultan fácilmente accesibles. No hay aquí rogación de oficio alguna de derechos susceptibles de inscripción separada y especial, sino solo toma en consideración de datos necesarios, oficiales y públicos, que no pueden producir por sí mismos ninguna inscripción independiente de derechos pero que sí enervan (o limitan) la eficacia entre partes o contra terceros de los mismos títulos que se quiere inscribir.

El principio de rogación registral, de hecho, es perfectamente compatible con el reconocimiento al registrador de un principio de aportación de prueba. Es cierto que en los procedimientos de inscripción registral, como en general ocurre en todos los iniciados a instancia de parte, la carga de la prueba corresponde, en principio, a quien pretende la inscripción. Ahora bien, ello no exime al registrador de la facultad, y también del deber, de aportar la que se encuentre en su poder por resultar de los asientos del registro y de proveerse de la que esté a su alcance, esto es, de aquella que el propio interesado le debería entregar pero a la que él puede acceder con facilidad, no paralizando así el procedimiento y sirviendo, en consecuencia, al principio de celeridad y, en último término, a la satisfacción del interés general. Una circunstancia que claramente se dará en los casos en los que la prueba se encuentre en otros registros públicos y sea fácilmente accesible. Así deriva de los principios de facilidad probatoria, proporcionalidad y, en particular, los constitucionales de eficacia, legalidad y tutela del interés público, plenamente aplicables, como no podía ser de otro modo, a todos los procedimientos, como es el caso de los de inscripción en los registros de la propiedad, de aplicación del Derecho en el ejercicio de funciones públicas.

3. Esta doctrina por lo demás se ajusta a la sentada en la Resolución de consulta –vinculante no solo para los registradores sino también para los notarios– de 12 de abril de 2002, dictada al amparo del artículo 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, a solicitud del Consejo General del Notariado con audiencia de la Junta del Colegio de Registradores, en la que se entendió con carácter general que el registrador podía atender a los asientos del Registro Mercantil en el ejercicio de su función calificadora. Efectivamente, en el último párrafo de su Fundamento 5, en relación con el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, afirma esa resolución de consulta que el registrador podrá «apreciar, en su caso, al calificar, que dicho juicio emitido por el Notario resulte contradicho por lo que resulte del mismo documento o de los asientos del Registro

(cfr. artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18 del Código de Comercio y artículo 222.8.párrafo segundo de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción)». Remisión al artículo 222.8, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, que solo tiene sentido si los registradores pueden consultar otros datos resultantes de los archivos de otras autoridades ya que como es sabido establece que «los registradores, en el ejercicio de su función pública, estarán obligados a colaborar entre sí, así como con los órganos jurisdiccionales, las Administraciones públicas y los notarios». En esa misma línea, la Resolución de 15 de abril de 2004 resolvió en un recurso de queja lo siguiente: «En lo relativo a la segunda de las cuestiones argumentadas, esto es, la posibilidad de consultar el Registro Mercantil por parte de los registradores en el momento de ejercer su calificación, ésta no ha quedado excluida por el artículo 98 de la ley 24/2001, puesto que el registrador con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria debe calificar bajo su responsabilidad la capacidad de los otorgantes, y ello incluye lógicamente las facultades de los poderdantes. Si bien es cierto que tras la redacción del artículo 98, dicha facultad ha quedado circunscrita a los términos de este último artículo, el registrador puede corroborar ese juicio de suficiencia, en ejercicio de su función calificadora, por lo que será en esos casos en los que podrá acudir al Registro Mercantil, para comprobar la suficiencia de dicho poder, ocasionando de ese modo los menores perjuicios posibles, siendo el propio registrador el que se encarga de hacerlo, y entendiéndose esta facultad como voluntaria y no obligatoria». Asimismo, esta misma Dirección General en Resolución de 13 de febrero de 2006 ha reconocido la necesidad de que el registrador de Bienes Muebles obtenga información directa y de oficio del Registro de Vehículos de la Jefatura de Tráfico, como trámite fundamental para identificar los bienes, siendo incluso requisito necesario para poder practicar una anotación preventiva de embargo, añadiendo que es lo más adecuado para la seguridad del tráfico.

En este caso, del documento presentado resulta la situación de concurso por la referencia que se hace en él a que la dación en pago lo es por razón de «deudas concursales» sin añadir nada más. La información obtenida por el registrador a través del Registro Mercantil reveló que la sociedad transmitente estaba en la fase de convenio aprobado, aunque no resultase ese extremo de la escritura. A la vista de las consideraciones anteriores, comprobado que la sociedad transmitente tiene un convenio que ha sido aprobado judicialmente, se desvanece cualquier posibilidad de apreciar incongruencia del juicio de suficiencia notarial, puesto que, aprobado el convenio, cesa la administración concursal –y con independencia de la limitación o no de las facultades de administración y disposición resultantes del convenio– ya no resulta necesaria la intervención de aquella, por todo lo cual no hay posibilidad de apreciar la incongruencia que el registrador imputa al juicio de suficiencia en su nota de calificación por lo que procede revocarla en este punto.

4. Hay una segunda cuestión que plantea el presente recurso que tiene relación con el alcance del artículo 100.3 de la Ley Concursal. Para resolver este asunto hay que partir de que esta Ley establece determinados condicionamientos y prevenciones respecto a las daciones en pago tanto en la fase de convenio (cfr. artículo 100.3), como en la fase de liquidación (artículo 155.4 de la Ley Concursal en su nueva redacción). En este caso es de aplicación la redacción anterior del artículo 100.3 que es la vigente en el momento del otorgamiento de la escritura, según la que: «en ningún caso la propuesta (de convenio) podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas (...).» En la nueva redacción dada al precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se hace la excepción, respecto a la prohibición de la dación en pago, del supuesto previsto en el artículo 155.4 de la Ley Concursal reformada.

La Ley mira con recelo la admisión de una dación en pago de deudas concursales a un acreedor en fase de convenio, sin distinguir si se trata de una dación en pago de un bien concreto o de una liquidación global, por lo que el precepto comprende ambos supuestos. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que no es posible ningún pronunciamiento de este Centro Directivo sobre si es o no inscribible la dación en pago documentada por

ser contraria, en su caso, a lo dispuesto en el artículo 100.3 de la Ley Concursal, ya que el defecto puesto en la nota calificadora y lo que se debate en ella y en consecuencia en el recurso, no es dicha cuestión. La nota calificadora parte de que la dación en pago es inscribible, planteando únicamente la necesidad de que en la inscripción de la misma se tengan en cuenta las posibles limitaciones de administración y disposición resultantes del convenio que puedan afectar en su caso a la acción de reintegración de esa dación en pago para su constancia en el Registro, lo que evidentemente es una cuestión distinta. No se trata de que la dación en pago vulnere el artículo 100.3, que no es el defecto consignado en la nota, pues al contrario se parte en ella de que es inscribible, sino de si deben hacerse constar o no en la inscripción, las medidas limitativas o prohibitivas del convenio para el caso de que existieran. Este Centro Directivo no debe ni puede entrar en la cuestión de si la dación en pago es inscribible, dado que, en el recurso gubernativo, solo pueden discutirse y resolverse aquellos extremos que resulten de la nota calificadora conforme al artículo 326.1.º de la Ley Hipotecaria.

5. La tercera cuestión que se plantea, reconocida por el registrador y por el notario recurrente la existencia del convenio aprobado pero sin que conste cual sea su contenido, es la de si el mismo debe ser previamente inscrito en el Registro de la Propiedad como condición previa para que pueda seguidamente inscribirse la dación en pago. Enfocada así la cuestión, es decir, como un problema de previa inscripción del convenio o tracto sucesivo, no procede confirmar el defecto. La Ley Concursal prevé la inscripción de la sentencia de aprobación del convenio y la inscripción de las medidas de prohibición o limitación de disponer, pero no como un asiento previo indispensable para mantener la cadena del tracto sucesivo. Es, en cambio, acertado el planteamiento de la nota calificadora del registrador, cuando parte de la necesidad de la calificación del convenio y las limitaciones de las facultades de administración y disposición que puedan afectar a la dación en pago.

La escritura alude a «deudas concursales» por lo que plantea la nota calificadora la necesidad de aportación del convenio para su calificación simultánea con la escritura de dación en pago, y concretamente, no como supuesto de cierre registral, cosa que no hace en ningún momento la nota calificadora, ni como exigencia del tracto sucesivo, sino para determinar el contenido y alcance de la propia inscripción de la transmisión, es decir, para definir la «modalidad del asiento» a practicar a que hace referencia el párrafo sexto del artículo 434 del Reglamento Hipotecario; en este caso, en relación a la constancia o no de las limitaciones a que se refiere el artículo 137.2 de la Ley Concursal, caso de que existieran, una vez calificado dicho convenio.

La Ley Concursal menciona la inscripción del convenio en dos preceptos que son los artículos 132.2 y 137.2 de la misma. En el primero de ellos se prevé la publicidad registral de la sentencia aprobatoria del convenio y en el segundo la publicidad de las medidas prohibitivas o limitativas del convenio. Una interpretación coordinada y coherente de ambos preceptos llevaría a la conclusión de que siempre que proceda la inscripción de una sentencia aprobatoria del convenio, debería aportarse éste para evitar que la publicidad registral sea incompleta, reflejando en su caso, es decir, en el caso de que existiesen, las medidas prohibitivas o limitativas a que hace referencia el artículo 137.2 y no sólo nada más la sentencia aprobatoria del convenio.

Al no constar en este caso el contenido del convenio, por no haberse aportado, es decir, al no constar si existen o no medidas prohibitivas o limitativas que pudieran afectar al ejercicio de la acción de reintegración de la dación en pago, no resulta posible sin más la inscripción de ésta, ya que en otro caso, quedaría inscrita una dación en pago sin advertencia alguna sobre si el contenido del convenio afecta o no a la reintegración de la misma, lo que forzosamente repercute en la «modalidad» del asiento a practicar, pues a los efectos de la acción de reintegración, no es lo mismo practicar una dación en pago con o sin limitaciones (según resulten o no del convenio), y tampoco sus consecuencias visto lo dispuesto en el artículo 137.2 de la Ley Concursal, cuya objetivo no es sólo dar a

conocer a los terceros las medidas prohibitivas o limitativas, sino evitar que pueda llegar a surgir un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria que impidiese el ejercicio de la acción de reintegración que resulta del 137.2 de la ley citada.

Procede en consecuencia no atender los argumentos del registrador relativos al tracto sucesivo y compartir los que recoge respecto a la constancia registral, previa calificación en su caso, de sus medidas prohibitivas y limitativas en relación con la modalidad de asiento a practica a efectos de terceros y de la acción de reintegración del artículo 137.2 de la Ley Concursal; y concretamente, sobre la necesidad de aportación del convenio, no para su inscripción previa y separada o por la obligatoriedad de ésta, sino para la comprobación de si se articularon medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración o disposición; y, por tanto, para su constancia registral sólo en el supuesto de que tales medidas prohibitivas o limitativas resultaran del convenio (sin que de existir tales medidas, hay que insistir una vez más, impidan la inscripción, tal como se deduce de la nota calificadora, que no excluye la inscripción de la dación en pago, sino que sólo se preocupa de la modalidad de inscripción que ha de hacerse de la misma).

6. Por último, en cuanto a la sociedad adquirente, ésta se encuentra en posición completamente distinta de la transmitente, ya que como consecuencia de la dación en pago de créditos concursales a favor de la adquirente, ésta no administra propiamente el bien inmueble sino que entra en su patrimonio, por lo que respecto al mismo no es forzoso plantearse en este momento, la inscripción de ninguna medida prohibitiva o limitativa de las facultades de administración o disposición respecto a dicho bien –coetánea a la inscripción de adquisición– teniendo en cuenta que ésta última no es un acto de disposición ni de administración del bien adquirido que es el único cuya inscripción se discute, sino solamente un acto previo que ciertamente puede con posterioridad dar lugar a actos de administración o de disposición de ese bien que, entonces, sí podrá quedar afectado, si existiesen tales medidas, por lo que su inscripción, caso de existir aquellas, tendría lugar con posterioridad, es decir, cuando se realicen los susodichos actos: momento en que habrá de producirse la oportuna escrituración y calificación registral.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso revocando la nota de calificación en los siguientes defectos señalados por el registrador: a) la falta de congruencia del juicio de suficiencia del notario a que se refiere el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en los términos indicados; y b) en cuanto a que sea necesaria la previa inscripción del convenio. Y confirmar la calificación registral en cuanto a la necesidad de aportar el convenio para calificar si existen en él limitaciones o prohibiciones de administración o disposición a efectos de consignarlas, en su caso, como modalidad del contenido del asiento conforme al artículo 137.2 de la Ley Concursal. Y, por último, revocar la nota calificadora respecto a la sociedad «Marcarines S.L.».

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, 27 de febrero de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.