

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

- 3484** *Resolución de 26 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad interino de Riaza, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don M. A. F. G., en nombre y representación de la mercantil «Proimra, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad interino de Riaza, don Pedro Alfredo Álvarez González, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca.

Hechos**I**

Mediante escritura otorgada por los cónyuges en régimen de gananciales don J. G. S. y doña R. M. S. y la mercantil «Proimra, S.A.», autorizada el 26 de julio de 2011 por el notario de Madrid, don Pedro-José Bartolomé Fuentes, don J. G. S. reconoce adeudar a «Proimra, S.A.» la suma de 128.259,30 € –derivada de dos contratos de arrendamiento y un contrato de venta de mercaderías–, y en garantía de la obligación de devolver la cantidad citada doña R. M. S. constituye hipoteca sobre seis participaciones indivisas de distintas fincas que le pertenecen con carácter privativo.

II

Presentada copia auténtica de la escritura en el Registro de la Propiedad de Riaza el día 26 de julio de 2011, el 1 de agosto de 2011 se presenta en el mismo Registro mandamiento judicial de 22 de julio de 2011 por el que se hace constar la declaración de concurso voluntario de acreedores de los cónyuges don J. G. S. y doña R. M. S.

III

El 1 de septiembre de 2011, el registrador de la Propiedad interino de Riaza, don Pedro Alfredo Álvarez González, extendió la siguiente nota de calificación: «Calificado el precedente documento con arreglo a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento no se accede a la práctica del asiento solicitado, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: I.–1.–Se presenta telemáticamente el día 26 de julio de 2011 escritura de Reconocimiento de Deuda e Hipoteca, causando el Asiento 896 del Diario 43, en el que actúa J. G. S., en calidad de deudor no hipotecante y R. M. S. en calidad de Hipotecante no deudor, y la Mercantil Proimra, S.L. en calidad de acreedor hipotecario. 2.–El día 1 de agosto de 2011 se presenta en el Registro de la Propiedad Mandamiento, de fecha 22 de julio de 2011, número de procedimiento 337/2011, expedido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Segovia, causando el asiento 912 del Diario 43, en el que se declara en Concurso Voluntario J. G. S. y R. M. S. Dichos concursados, constituyen hipoteca en la fecha mencionada a favor de la mercantil Proimra S.L., y en el auto de declaración del Concurso el Juez manifiesta que los concursados mantienen sus facultades de administración y disposición. 3.–En el auto de declaración del concurso, el Juez manifiesta que los concursados, mantienen sus facultades de administración y disposición sin intervención. El administrador concursal no ha aceptado el cargo, a fecha de hoy, y dichos concursados en estos casos sólo pueden

realizar los actos propios de su tráfico, sin constituir obligaciones patrimoniales que aumenten la masa pasiva y los concursados reconocen una deuda y constituyen hipoteca sin intervención del Juez que declara el concurso; que es necesaria y que en la escritura que motiva este asiento carece de ello. II.—A los efectos de la Ley 10/2010 no manifiestan los comparecientes la identificación de los titulares reales de la sociedad mercantil «Proimra S.A.» Fundamentos de Derecho: I.—Art. 44 de la Ley 22/2003 de 9 de Julio de Concurso de Acreedores. II.—Art. 4 de la ley 28/2010. Con arreglo a lo anterior, el Registrador que suscribe ha resuelto suspender el despacho del citado documento por el defecto señalado. Contra esta calificación (...). Riaza, a 1 de septiembre de 2011. El Registrador interino. (Firma ilegible) Pedro Alfredo Álvarez González.»

IV

Solicitada calificación sustitutoria el 7 de septiembre de 2011, el registrador de la Propiedad de Segovia número 1, don Francisco Javier Hernández Rodríguez, acordó confirmar la calificación, resolviendo lo siguiente: «...1.º La nota de calificación negativa que motiva la práctica de esta calificación sustitutoria, suspende la inscripción de la constitución de una hipoteca en garantía del reconocimiento de una deuda por figurar presentado en el Registro, y pendiente de despacho con fecha 1 de agosto de 2011, un mandamiento del Juzgado número 2 de Segovia, por el que se declara en Concurso Voluntario a don J. G. S., deudor no hipotecante en la escritura calificada y su esposa doña R. M. S. hipotecante no deudora, manteniendo los concursados sus facultades de disposición y administración, sin intervención y con nombramiento de administradores concursales que según el mandamiento aún no han aceptado. 2.º La fecha según consta en el mandamiento en que se dictó el auto declarando el concurso es de 22 de julio de 2011 y la hipoteca constituida por la concursada lo es el día 26 de julio de 2011 y por tanto cuando estaba en situación concursal y por tanto sujeta a la regulación de la Ley 22/2003 de 9 de julio de Concurso de Acreedores. El artículo 40 n.º 1 de la citada Ley establece como regla general en caso de concurso voluntario en la que el concursado conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, la necesidad de la intervención de los administrados concursales, mediante su autorización o conformidad. En el número 7 del citado artículo establece que los actos que el concursado realice infringiendo esas limitaciones, serán anulables y no podrán ser inscritos en los Registros públicos mientras que no sean convalidados o confirmados. Esta regla general se encuentra matizada en el párrafo 2.º del número 2 del artículo 44 de la Ley 22/2003 en la que se permite al concursado hasta que se produzca la aceptación de los administradores concursales realizar actos propios del giro o tráfico para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado. La doctrina ha entendido que la exigencia de atenerse a las condiciones del mercado ha de ser interpretada con criterio restrictivo, puesto que el mantenimiento de estas facultades concedido por un breve periodo de tiempo, hasta la aceptación de los administradores, busca el mantenimiento de su actividad, pero no otorga al concursado la continuidad en la gestión y disposición de su patrimonio como si el concurso no hubiera sido declarado. Parece evidente que la constitución de otra hipoteca para garantizar una deuda ajena, propia de su cónyuge, excede de lo permitido por el citado artículo 44. En base a todo lo anterior se confirma la calificación realizada por el Registrador de la Propiedad de Riaza, con fecha 1 de septiembre de 2011 (...). Segovia, 13 de septiembre de 2011. El Registrador. (Firma ilegible, aparece sello con nombre y apellidos del registrador)».

V

El 10 de octubre de 2011 tiene entrada en Oficina pública recurso interpuesto contra la nota de calificación, ante esta Dirección General por don M. F. G. en nombre y representación de «Proimra, S.A.», en el que hace constar que la interpretación realizada por el registrador en su nota de calificación no se ajusta a la legalidad vigente. Porque una cosa es hablar de cuáles sean los efectos personales que supone la declaración de

Concurso sobre dos personas físicas, sobre los que no se entra a debatir, y que entiende, mucho menos debe entrar un Registro de la Propiedad (es materia concursal); y otra cosa muy distinta es la eficacia frente a terceros, en particular del llamado «tercero hipotecario» lógicamente protegido por nuestra legislación con base al básico principio de «prior in tempore potior in iure». En primer lugar, hay que decir, que el hecho de que el día 22 de julio se dicte un auto judicial, eso no significa que ese mismo día llegue a conocimiento de las partes implicadas, pues las notificaciones suelen tardar varios días. Por tanto cuando el día 26 de julio los deudores acuden a la firma ante notario, no eran conscientes o concedores de que tenían limitadas sus facultades de actuar. Pero aunque hubiera sido así, en el hipotético supuesto de que hubieran firmado y doña R. M. S. se hubiera hipotecado cuando no podía; incluso en este hipotético supuesto, dicha actuación no puede perjudicar a «Proimra, SA» que es un tercero de buena fe, acreedor de los anteriores y que realiza un negocio jurídico de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, sobre la base de lo que dice el Registro de la Propiedad (tercero hipotecario) según el cual no existía ninguna limitación a la plena capacidad de obrar de doña R. M. S.. Si se consolidara la tesis contraria, equivaldría a desmontar el principio de seguridad jurídica hipotecaria, pues la información registral nunca sería exacta, nunca sabríamos si la persona que nos está vendiendo un piso (por ejemplo) tiene capacidad para ello o si en días precedentes se le ha declarado incapaz, o en concurso. Afortunadamente el principio de buena fe del tercero hipotecario y de prioridad registral, está recogido sólidamente por la doctrina de esta Dirección General, incluso para supuestos dudosos o controvertidos como podría ser el presente. Y está recogido sobradamente en la Resolución de 8 de mayo de 2002 con un supuesto prácticamente idéntico al que ocupa. El 14 de diciembre de 2001 se habría celebrado una compraventa de inmueble, que se presentó en el Registro ese mismo día. Posteriormente el día 9 de enero de 2002 se presentaba en el Registro un auto judicial de fecha 4 de diciembre de 2001, es decir (como en el caso que nos ocupa) la resolución judicial era anterior a la operación notarial, pero su entrada en Registro, posterior. La Dirección General de los Registros y del Notariado decidió dar prioridad a la inscripción de la compraventa. Doctrina esta que viene aplicándose desde entonces sin incidencias y prueba de ello en la actualidad es la Resolución de 6 de julio de 2011 que la reproduce en su integridad. A todo lo anterior hay que añadir que tampoco aparecía inscrita en el Registro Civil, en el nacimiento de los concursados, la resolución judicial del concurso. La falta de esta doble publicidad registral, en el registro de personas y en el de bienes, nos conduce a que resulte de aplicación la eficacia legitimadora de ambas inscripciones, por virtud del cual el contenido de ambos Registros se presume exacto. La persona que contrata con el concursado, «Proimra, S.A.», es tercero en cuanto al procedimiento concursal, y parte en el negocio que el registrador califica como con un vicio de consentimiento. Pero este vicio no existe, ya que está acreditado el consentimiento de los titulares registrales en la escritura pública, cumplimentado con la señalada eficacia legitimadora de las inscripciones. La posterior aparición de la inexactitud de las inscripciones sólo tiene eficacia a partir de la presentación en el Registro, no tiene eficacia retroactiva, porque en este caso contravendría y desnaturalizaría el principio de eficacia legitimadora. Por tanto y atendiendo a este sacrosanto principio de prioridad temporal y al del tercero hipotecario de buena fe, ha de inscribirse la escritura de hipoteca por los motivos ya enunciados y que a modo sintético reproducimos –porque los deudores, y en particular la deudora hipotecaria, no era concedora del auto de declaración de concurso y por tanto actuó consciente de sus plenas facultades –porque aunque así no fuera, en todo caso «Proimra, S.A.» sí que era ajena a todo eso, era y es tercero hipotecario de buena fe, que firma una escritura sobre la base de lo que publicita el Registro de la Propiedad de Riaza el mismo día y minutos antes de la firma –porque la escritura de hipoteca causa asiento de presentación registral el día 26 de julio, mientras que el auto judicial tiene entrada el 1 de agosto, es decir, cinco días después y nunca puede ser preferente según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se ha expuesto.

VI

El registrador de la Propiedad interino de Riaza evacuó su informe, manteniendo la calificación impugnada y elevó el expediente a este Centro Directivo el 11 de noviembre de 2011.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 17, 18, 20, 24, 25, 34 y 248 de la Ley Hipotecaria; 21, 40, 44 y 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 2, 3, 4, 7, 17, 18 y 19 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 1981, 1, 2, 3, 4, 5, y 7 de junio de 1993, 28 de julio de 1999, 23 de octubre de 2001, 8 de mayo de 2002, 3 y 23 de junio y 19 de julio de 2003, 3 agosto de 2004, 29 de enero de 2007 y 6 de julio y 21 de julio y 13 de octubre de 2011.

Se presenta copia de una escritura por la que una persona, casada bajo régimen de gananciales, reconoce una deuda a favor de una sociedad, a la vez que su cónyuge constituye sobre bienes privativos hipoteca en garantía del pago de aquella deuda. Existe presentado con posterioridad un mandamiento judicial del que resulta que ambos cónyuges fueron declarados en concurso voluntario de acreedores mediante auto de fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura. El registrador suspende la inscripción de la hipoteca porque, declarado el concurso y antes de la aceptación de los administradores concursales, el concursado precisa la intervención judicial para constituir obligaciones patrimoniales que aumenten la masa pasiva y constituir hipoteca, intervención que no se da en el título calificado; y porque, a los efectos de la Ley 10/2010, no manifiestan los comparecientes la identificación de los titulares reales de la sociedad mercantil a cuyo favor se constituye la hipoteca.

1. En relación con el primer defecto, el recurrente se opone, no tanto a los efectos personales que supone la declaración de concurso sobre dos personas físicas, respecto de los cuales no entra a debatir, como al hecho mismo de que se tome en consideración la situación concursal de los otorgantes para calificar desfavorablemente la escritura de hipoteca. A su juicio, no constando inscrita la declaración del concurso ni en el Registro de la Propiedad ni en el Registro Civil, el acreedor hipotecario no puede verse perjudicado por la presentación posterior del mandamiento judicial, ya que está amparado por el principio de prioridad y por el de fe pública, sobre la base de la presunción de exactitud de los pronunciamientos registrales vigentes al tiempo de la presentación al tiempo de la presentación de la escritura de hipoteca.

Con carácter previo, por tanto, a la valoración del defecto observado por el registrador, debe resolverse la cuestión de si, para calificar la escritura primeramente presentada, puede tomarse en consideración la situación concursal del deudor y de la hipotecante no deudora, declarada por un auto de fecha anterior a la de la escritura y que ha sido conocida por el registrador a través de un mandamiento judicial presentado con posterioridad.

La cuestión debe ser resuelta en sentido afirmativo, desestimando las alegaciones del recurrente. El principio de prioridad, consagrado por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, como el de inoponibilidad de lo no inscrito establecido por el artículo 32, despliegan sus efectos respecto de títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, determinando que el que accede primeramente al Registro se anteponga al que llega después, bien de forma excluyente (cierre registral), bien de forma preferente (rango registral), según la compatibilidad entre ambos. A ese conflicto es aplicable la doctrina reiteradamente declarada por esta Dirección General de que el registrador no puede tener en cuenta en su calificación documentos presentados después, contradictorios o incompatibles con el primeramente presentado, si con ello se produce una desnaturalización del propio principio de prioridad.

Esos principios y esa doctrina, en cambio, no juegan respecto de documentos que sólo afectan a la situación subjetiva del otorgante del documento, los cuales no plantean un conflicto objetivo con el documento presentado con anterioridad, sino que, al contrario, ofrecen la posibilidad de realizar una calificación más adecuada a la legalidad a la vista de la capacidad de los otorgantes (artículo 18 Ley de la Hipotecaria).

A estos efectos, la declaración de concurso, así como su inscripción o anotación, no constituye, propiamente, una carga específica sobre una finca o derecho, que haya de ordenarse registralmente con otras cargas o actos relativos al dominio de aquéllos, conforme al principio de prioridad consagrado por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. La constatación registral de la declaración del concurso hace pública la situación subjetiva en que se coloca al concursado en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el conjunto de bienes, derechos y obligaciones integrados en su patrimonio, de modo semejante a las inscripciones de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria (R. 21 de julio de 2011). Además, el régimen de intervención o suspensión de las facultades del concursado no nacen con la inscripción o anotación del auto, sino que es eficaz desde la fecha del auto de declaración del concurso, «que producirá sus efectos de inmediato... y será ejecutivo, aunque no sea firme» (artículo 21.2 de la Ley Concursal), con independencia del conocimiento que de él tengan los otorgantes y de que se haya dado o no al auto la publicidad extrarregistral y registral prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal. Desde ese momento, los actos que tienen por objeto bienes integrados en el patrimonio del concursado deben ser calificados de conformidad con las restricciones impuestas por el auto de declaración del concurso.

En el caso de este recurso, no cabe, por tanto, al amparo del principio de prioridad, calificar la escritura de hipoteca desconociendo las limitaciones que en el ejercicio de sus facultades de disposición soportaba la hipotecante no deudora en la fecha de otorgamiento de la escritura, como consecuencia del auto de declaración del concurso de fecha anterior a la de la escritura. Con ello no es que se anticipe el despacho de un documento posteriormente presentado, sino que se califica el documento presentado con anterioridad a la vista de las restricciones vigentes al tiempo del otorgamiento de la escritura y que derivan, no de la presentación del mandamiento judicial, sino del auto mismo que declara el concurso. El registrador no puede, desconociendo tales restricciones, permitir el acceso al Registro de actos otorgados por el deudor concursado que la propia Ley Concursal considera anulables y dispone 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» (artículo 40 de la Ley Concursal). En cuanto tales efectos se producen desde la fecha del auto de declaración del concurso y no se detienen ante la buena fe o ignorancia de quienes fueron parte en el contrato, también han de ser tenidos en cuenta a la hora de calificar el acto viciado, siempre que la situación concursal le conste al registrador, por asientos previos en la misma hoja registral o del Libro de incapacitados (R.) o, como en este caso, por documentos presentados en el Libro Diario.

La mejor doctrina afirma, por otra parte, que la fe pública registral, que el recurrente invoca a su favor, no ampara las situaciones relativas a la capacidad de las personas, ya que quien contrata directamente con quien tiene su capacidad restringida o modalizada, aunque formalmente pudiera considerarse ajeno a esa situación, no es tercero respecto del acto nulo o anulable por infracción de las limitaciones impuestas en la capacidad del otorgante y nunca puede hacerlas valer a su favor (artículo 1.302 Código Civil). En el caso del recurso, el acreedor hipotecario que contrata con los concursados no es tercero respecto de la hipoteca que la concursada constituye a su favor y, por su condición de acreedor, tampoco puede considerarse tercero respecto de la situación concursal, dada la necesaria integración en la masa pasiva del concurso de todos los créditos contra el deudor e, incluso, de los contraídos por su cónyuge si de ellos deben responder los bienes gananciales o comunes (artículo 49 de la Ley Concursal, tras su modificación por Ley 38/2011).

Calificar el documento primeramente presentado a la luz de las limitaciones que en la capacidad de los otorgantes derivan de la situación concursal conocida por un documento presentado con posterioridad no puede considerarse, por ello, una violación proscrita de los principios de prioridad y de fe pública, sino una exigencia del superior principio de legalidad, afirmado expresamente por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Procede, por tanto, desestimar el recurso por el motivo alegado y valorar, si a la vista de la situación concursal de la hipotecante no deudora al otorgar la escritura objeto de calificación, debe ser confirmada o no la exigencia de la intervención judicial, cuya falta es considerada por el registrador motivo suficiente para suspender la inscripción.

El registrador, en su nota, hace constar que la administración concursal no ha aceptado el cargo y que el acto realizado por el deudor y la hipotecante no deudora, ambos concursados, no puede considerarse acto propio de su giro o tráfico de los que el artículo 44 de la Ley Concursal permite realizar al deudor sin autorización judicial.

El defecto debe ser confirmado. La constitución de una hipoteca, máxime si lo es en garantía de una deuda ajena, que, tratándose de un empresario individual o social podría dudosamente encuadrarse dentro de los actos propios de su giro o tráfico imprescindibles para la continuación de su actividad, a que se refiere el artículo 44 de la Ley Concursal, no puede calificarse como acto propio del giro o tráfico de una persona física no empresaria, que, por principio, carece de ese giro o tráfico ordinario.

No cabe entrar a valorar, por no haber sido señalado por el registrador, si cabe constituir una hipoteca en garantía de un crédito concursal, ni contando con la autorización judicial, después de la declaración del concurso. El principio «par conditio creditorum», que inspira la Ley Concursal, determina que el reconocimiento y clasificación de los créditos concursales se realice según su condición al tiempo de la declaración del concurso, quedando excluida de la autonomía de la voluntad del deudor y de la administración concursal la alteración de esa calificación durante el concurso, como lo revela el que no pueda ser materia de convenio (artículo 100.3 de la Ley Concursal). y que sea en ese momento en el que han de concurrir los requisitos de oponibilidad –y de existencia en el caso de la hipoteca– exigidos para el reconocimiento del privilegio especial a las garantías reales (artículos 86 y 90.2 de la Ley Concursal).

2. El segundo defecto señalado por el registrador en su nota, relativo a la falta de manifestación por los comparecientes de la identificación de los titulares reales de la sociedad acreedora, respecto del cual nada dice ni la calificación sustitutoria ni el informe en defensa de la nota realizado por el propio registrador que calificó el documento, tampoco puede mantenerse.

En efecto, el artículo 2.n) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, considera a los registradores de la Propiedad sujetos obligados a los que les es de aplicación esa Ley, y los artículos 3 y 4 de dicha Ley imponen a los sujetos obligados la obligación de identificar formal y realmente a cuantas personas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones. El artículo 7.3 de ese Cuerpo Legal prohíbe a los sujetos obligados establecer relaciones de negocio o ejecutar operaciones cuando no puedan aplicarse las medidas de diligencia –ordinarias o simplificadas– previstas en la citada Ley, y añade que cuando se aprecie la imposibilidad en el curso de la relación de los negocios, los sujetos obligados pondrán fin a la misma, procediendo a realizar el examen especial a que refiere el artículo 17.

No obstante, el último párrafo del artículo 19 establece taxativamente respecto de los registradores, que la obligación de abstención recogida en ese mismo artículo, y que a su vez es resultante del examen especial a que alude el ya citado artículo 17 en ningún caso impedirá la inscripción del acto o negocio jurídico en los Registros de la propiedad, mercantil o de bienes muebles. De ello se infiere, pues, que la omisión de la reseña relativa al cumplimiento por parte del notario –no por parte de los comparecientes– de la obligación de identificación real de la sociedad interviniente en la escritura no lleva consigo un cierre registral.

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

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, 26 de enero de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.