

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10693 *Resolución de 9 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Arenys de Mar, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa de fincas sujetas a sustitución y limitaciones de disponer y se deniega la inscripción de la hipoteca convenida en la misma.*

En el recurso interpuesto por don José María Mateu García, notario de Girona, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Arenys de Mar, don Luis Alfredo Suárez Arias, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa de fincas sujetas a sustitución y limitaciones de disponer y se deniega la inscripción de la hipoteca convenida en la misma.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Girona, don José María Mateu García, el 20 de marzo de 2013 con el número 430 de protocolo, doña M. T. H. G. de C. vendió a la sociedad mercantil «Domus de Canet, S.L.» las fincas registrales 2.240 –llamada Parte nueva del Castillo de Canet de Mar–; una mitad indivisa de la finca registral 1.131 –llamada tierras o pertenencias del Castillo del Valle de Canet de Mar–; y 523 –partida nombrada Albo–. Las fincas vendidas, según se hace constar en la propia escritura, están afectas a la sustitución impuesta por doña J. M. M. en su testamento, autorizado por el que fue notario de Barcelona, don Ramón María Roca Sastre, el día 23 de mayo de 1962, en los siguientes términos: «Undécima.–Si respecto de bienes de mi herencia sujetos a sustituciones fideicomisarias antes establecidas, fuere necesario o de evidente utilidad su enajenación, podrá hacerse mediante subrogación real, con los siguientes requisitos: 1.º) La causa de necesidad o de utilidad evidente, será apreciada en conciencia por los propios interesados. 2.º) El acto de disposición será otorgado por mi sucesor poseedor de los bienes efectos a la sustitución, pero deberá acreditar haber citado, con ocho días de antelación para el mismo, a aquel que entonces sería el destinatario presunto de los bienes, de purificarse el fideicomiso en aquel momento, y a aquellos que sean, también entonces, cabeza de estirpe o personas más próximas al llamamiento fideicomisario dentro de dichas estirpes, de las tres que son llamadas a la herencia. 3.º) El disponente invertirá el producto de lo enajenado en otros bienes seguros, de igual o valor superior, que quedarán afectos a la sustitución fideicomisaria que gravaba los enajenados, los cuales quedarán libres de ella. 4.º) A fin de evitar simulaciones, todas las personas que vivan o estén concebidas en tal momento, llamadas fideicomisariamente, por el mismo orden en que entonces sean destinatarios presuntos de los bienes que se enajenan tendrán un derecho de tanteo, del que podrán hacer uso en el mismo momento de la enajenación. Para impedir fraudes a este derecho de tanteo, solo podrán efectuarse enajenaciones de estos bienes, por precio cierto, de no consentir todos los demás presuntos destinatarios, citados y presentes, que se disponga por otro título oneroso». La parte vendedora, a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en esta cláusula, en la escritura manifiesta: a) que la enajenación la realiza por causa de necesidad económica, evidente y acreditada, entre otros extremos por las propias cargas recaídas en las fincas objeto de transmisión y que el importe que obtenga lo invertirá en otros bienes seguros, de igual o valor superior, que quedarán afectos a la sustitución

fideicomisaria; b) que previamente a este acto ha realizado las citaciones que resultan de la indicada disposición testamentaria, conforme a lo establecido en los apartados 2 y 4 de dicha cláusula Undécima, la fiduciaria debe haber citado con ocho días de antelación, a aquellos que a día de hoy, de purificarse el fideicomiso, son los destinatarios presuntos de los bienes, y a aquéllos que son, cabeza de estirpe o personas más próximas al llamamiento fideicomisario dentro de dichas estirpes, de las tres que son llamadas a la herencia, recayendo dichas circunstancias en las siguientes personas: Don J. M. P. C., que ha sido notificado según resulta de acta notarial que el notario autorizante tiene a la vista, en la que se le comunica que la compraventa se realizará en esa Notaría el día del otorgamiento; don R. C. U., que ha renunciado según resulta de escritura de renuncia al citado derecho de adquisición, que el notario ve y devuelve; don C. H. C. y doña B. H. S., presentes al otorgamiento de la escritura; y, c) Que en relación al derecho de tanteo concedido a los presuntos fideicomisarios: don C. H. C. y doña B. H. S. en la propia escritura manifiestan su voluntad de no ejercerlo; don R. C. U. ha renunciado previamente según se ha dicho anteriormente; en relación a don J. M. P. C., se hace constar que el notario autorizante ha recibido comunicación de haberse procedido a ejercitar el derecho de tanteo en el correspondiente juzgado de Primera Instancia, no obstante lo cual los comparecientes formalizan la transmisión al haber cumplido con las notificaciones necesarias y de conformidad con el pacto 4º de la referida cláusula Undécima del testamento según el cual el fideicomisario puede hacer uso del derecho de tanteo en el mismo momento de la enajenación, circunstancia que no se cumple con la interposición de un procedimiento judicial cuyo contenido desconocen. El precio de la venta es un total de diez millones de euros, correspondiendo a la finca registral 2.240 y a la mitad indivisa de la finca registral 1.131 la cantidad de nueve millones novecientos sesenta mil euros y a la registral 523 la restante cantidad de cuarenta mil euros. Se declara que las registrales 2.240 y 1.131 constituyen una unidad civil de uso funcional y unidad administrativa indisociable en su carácter de BCIN (ex. artículo 37 de la Ley 9/1993 del Parlamento Catalán). En la propia escritura las partes pactan condición resolutoria explícita para el caso de falta de pago del precio aplazado. Ante la litigiosidad planteada sobre las fincas objeto de venta, vendedora y compradora convienen en la propia escritura que, de devenir ineficaz la venta, deberán restituirse recíprocamente las prestaciones. Y en garantía de la restitución de las cantidades pagadas por la compradora, la vendedora constituye hipoteca a favor de la aquélla sobre dos de las fincas vendidas, de modo que la obligación y la hipoteca que la garantizan está sujeta a la condición suspensiva de que la venta se resuelva por causa diferente a la falta de pago efectivo del precio por parte del comprador, siendo el plazo en que dicha condición suspensiva debe cumplirse el de diez años a partir del otorgamiento de la escritura de venta formalizada.

II

Del Registro resulta, en relación con las fincas vendidas, junto a la designación de heredera a favor de la titular registral, una cláusula de sustitución vulgar y otra fideicomisaria. La vulgar es a favor de aquél de sus hijos que sea su heredero universal y, a falta de tal designación, o de ser varios, al mayor guardando orden de primogenitura y sexo; faltando o premuriendo toda su estirpe, a favor de su otra nieta F. C. y S. y ésta premuerta, a aquél de sus hijos que sea su heredero universal y a su falta, al mayor guardando orden de primogenitura y sexo; y faltando toda esta estirpe, a favor de su hijo R. C. y M., si premuriere, a su hijo heredero universal, y a su falta, al mayor guardando orden de primogenitura y sexo. La sustitución fideicomisaria es como sigue: «al sucesor poseedor le faculto por su descendiente heredero suyo y de ser varios, por el mayor de ellos guardando orden de primogenitura y sexo; y de no tenerlos le sustituyo fideicomisariamente por las mismas personas designadas como sustitutas por la vulgar al comenzar la cláusula y por el orden allí establecido; todos los cuales quedarán afectos al mismo gravamen fideicomisario, para el caso de fallecer sin descendientes legítimos, pasando los bienes a quien corresponda, por el orden antes establecido».

III

Presentada en el Registro de la Propiedad de Arenys de Mar copia auténtica de la relacionada escritura, se practicó la siguiente nota de calificación: «Calificación negativa Asiento de Presentación: 575 del Diario 130, de fecha 21 de marzo de 2013. Acreditada comunicación a efectos de Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, mediante diligencia electrónica recibida el 6 de mayo de 2013. Documento: Escritura de compraventa autorizada por el notario de Girona don José María Mateu García, de fecha 20 de marzo de 2013, con el número 430 de su protocolo. Antecedentes de Hecho. Primero.—Falta de acreditación de los cabezas de estirpe: La disposición como libres de los bienes objeto de esta escritura, sujetos a sustitución fideicomisaria, exige, según el testamento en que aquélla se impuso, el cumplimiento de determinados requisitos. Entre ellos, se concede un derecho de tanteo a los cabezas de estirpe o personas más próximas al llamamiento fideicomisario, y se obliga al fiduciario a notificar la venta con, al menos, ocho días de antelación a la fecha de la venta. En la escritura se señala a determinadas personas como titulares de este derecho de tanteo, por reunir las circunstancias previstas en el testamento, pero no se acredita que sean realmente los beneficiarios de la disposición testamentaria. Tampoco se acredita que haya recibido la notificación con la antelación exigida en el testamento ni que la notificación contenga los datos esenciales de la venta prevista. Segundo.—Falta de determinación del precio cierto de cada uno de los bienes. Otro de los requisitos exigidos en el testamento para la disposición libre de los bienes y posible ejercicio del derecho de tanteo es que las enajenaciones han de hacerse por precio cierto. En la escritura calificada se fija un precio común y global a las fincas 2.240 y mitad indivisa de la 1.131. Tercero.—No distribución de la parte de precio garantizada con condición resolutoria: El precio aplazado garantizado con condición resolutoria, que afecta a las fincas 2.240 y 1.131 no se distribuye, porque se alega que en la realidad constituyen un único inmueble y que, solo formalmente, puede hablarse de dos fincas. Cuarto.—Hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva. «La devolución de las cantidades efectivamente pagadas a cuenta de la precedente compraventa en caso que la misma se resolviera por causa diferente a la falta de pago efectivo del precio por parte del comprador». Dicha obligación y la hipoteca que la garantiza se dicen sujetas a la condición suspensiva de que la compraventa se resuelva por causa diferente a dicha falta de pago de precio. Fundamentos de Derecho: Primero.—Deberá acreditarse mediante acta de notoriedad quiénes son las personas llamadas al derecho de tanteo, conforme exige el artículo 82 del Reglamento Hipotecario. También habrá de acreditarse, conforme exige la cláusula testamentaria que permite la venta en caso de necesidad, que la notificación se ha practicado con la antelación prevista y, por exigirlo la posibilidad de ejercicio del tanteo, señalando las condiciones esenciales de la transmisión prevista. Segundo.—Para cumplir en sus propios términos los requisitos previstos en el testamento, habrá de determinarse exactamente el precio correspondiente a cada uno de los bienes vendidos, para permitir así el uso parcial del derecho de tanteo. Tercero.—El artículo 11 de la Ley Hipotecaria exige la distribución del precio aplazado entre las fincas afectadas por la condición resolutoria. No puede atenderse a la excepción alegada por los otorgantes de constituir en la realidad una sola finca porque, además de pertenecer una de las fincas solo en parte a la señora transmitente, no se trata de una excepción prevista legalmente a la necesidad de distribución. Cuarto.—La hipoteca, tal y como está prevista en la escritura, constituye en realidad una hipoteca de propietario o reserva de rango, prohibida en nuestro Ordenamiento (por ejemplo, en las Resoluciones de la D.G.R.N. de 22 de marzo de 1988 y 26 de mayo de 2001). En efecto, aunque otra cosa se diga en la escritura, quien constituye la hipoteca es el comprador, pues es el dueño de la finca en el momento de constituirse. El mismo resultado obtendríamos si se hubiese otorgado primero la constitución de hipoteca y, acto seguido, la venta de la finca. Volverían a coincidir dueño de la finca y titular del derecho de hipoteca. La confusión de derechos es automática y no se puede excluir por pacto (art. 1.192 del Código Civil). Además, la obligación garantizada no es una obligación «sujeta a condición suspensiva», sino una obligación futura, que

nacería en el caso de darse el supuesto de resolución previsto. Por ello, nos encontramos ante una reserva de rango no permitida en nuestro Derecho. Acuerdo.—Suspender la inscripción de la venta y denegar la inscripción de la hipoteca solicitadas. No se ha solicitado la inscripción parcial ni la anotación preventiva de suspensión. La anterior calificación (...) Arenys de Mar, a 7 de mayo de 2013. El Registrador (firma ilegible). Fdo. Luis Alfredo Suárez Arias».

IV

La anterior nota de calificación, que fue notificada al notario autorizante de la escritura el día 11 de mayo de 2013, según se manifiesta en el escrito del recurso sin que exista acreditación fehaciente de recepción anterior, es recurrida en cuanto a los defectos primero, segundo y cuarto de los señalados en la misma por el propio notario autorizante en virtud de escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Arenys de Mar el día 11 de junio de 2013 por el que alega, en síntesis: Respecto del segundo defecto, la exigencia de determinación de un precio cierto para cada uno de los bienes vendidos es incongruente con lo dispuesto en el testamento y con la naturaleza de los bienes, ya que se cumplieron los requisitos establecidos en el testamento para la enajenación puesto que los beneficiarios presentes en el otorgamiento de la escritura autorizaron la escritura en los términos en que fue convenida, y el bien objeto de venta constituye una unidad compleja, calificado de Bien Cultural de Interés Nacional, constituido por las tres fincas registrales vendidas, las cuales se hallan íntima e indisolublemente asociadas a la titularidad y uso compartido de elementos comunes del edificio que las compone, constituyendo un complejo inmobiliario o unidad funcional con elementos propios de una propiedad horizontal; y, en cuanto al cuarto defecto, que la hipoteca que se constituye cumple con el principio de accesoriedad, siendo la reserva de valor indisponible libremente por el comprador y no perjudica a terceros, existe un interés legítimo y que no se trata de hipoteca de propietario porque se encuentra constituida por el vendedor, en tanto que tiene una titularidad pendiente, no relativa sino con sustantividad suficiente, debidamente acotada y sujeta a condición suspensiva, y que existe un interés legítimo a proteger cual es el del comprador amenazado por la litigiosidad que ha de devolver las fincas en caso de resolución pero que quiere asegurarse el retorno del precio abonado.

V

El registrador emitió su informe el día 17 de junio de 2013, manteniendo su nota de calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 326 de la Ley Hipotecaria y 82 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1988, 5 de noviembre de 1990, 17 de agosto de 1993, 14 de enero de 1999 y 26 de mayo de 2001.

1. En el presente expediente, la titular registral de una finca registral, la mitad indivisa de otra y una tercera, adquiridas las tres por herencia testada con cláusula de sustitución fideicomisaria e imposición de limitaciones a la facultad de enajenar, procede a venderlas a determinada sociedad. Entre las distintas condiciones impuestas por el causante para poder vender como libres las fincas, se encuentra la siguiente: «... El acto de disposición será otorgado por mi sucesor poseedor de los bienes afectos a la sustitución, pero deberá acreditar haber citado, con ocho días de antelación para el mismo, a aquél que entonces sería destinatario presunto de los bienes, de purificarse el fideicomiso en aquel momento, y a aquellos que sean, también entonces, cabeza de estirpe o personas más próximas al llamamiento fideicomisario dentro de dichas estirpes, de las tres que son llamadas a la herencia... A fin de evitar simulaciones, todas las

personas que vivan o estén concebidas en tal momento, llamadas fideicomisariamente, por el mismo orden en que entonces sean destinatarios presuntos de los bienes que se enajenan, tendrán un derecho de tanteo, del que podrán hacer uso en el mismo momento de la enajenación. Para impedir fraudes a este derecho de tanteo, solo podrán efectuarse enajenaciones de estos bienes, por precio cierto, de no consentir todos los demás presuntos destinatarios, citados y presentes, que se disponga por otro título oneroso».

En la escritura de venta la parte vendedora manifiesta que la enajenación la realiza por causa de utilidad económica evidente y acreditada por las propias cargas existentes sobre la finca y que se han realizado las citaciones a que se refiere la cláusula de sustitución fideicomisaria. En la escritura comparecen, mostrando su conformidad, quienes dicen ser algunos de los titulares beneficiarios de la disposición testamentaria; respecto de otros se hace constar que bien han sido notificados y no han comparecido o han renunciado al derecho de adquisición. Con relación a uno de los notificados el notario hace constar que ha recibido notificación mediante burofax en que aquél comunica que se ha procedido a ejercitar el derecho de tanteo, pero que a pesar de ello se formaliza la transmisión dado que el fideicomisario según la cláusula testamentaria no puede hacer ejercicio del derecho de tanteo hasta el mismo momento de la enajenación.

Parte del precio de la compraventa queda aplazado, garantizándose con condición resolutoria explícita y sin distribución, alegándose que se trata administrativamente de una única unidad funcional y administrativa.

Ante la posible impugnación de la transmisión por el fideicomisario de quien se ha recibido notificación de ejercicio del derecho de tanteo, se pacta en la escritura de venta una hipoteca a favor del propio comprador, sobre dos de las fincas vendidas, en garantía de la devolución de las cantidades efectivamente pagadas a cuenta en caso de que la misma se resolviera por causa diferente de la falta de pago efectivo del precio por el comprador. Dicha hipoteca se somete a condición suspensiva de que el vendedor recupere el dominio por resolución de la compraventa por causa diferente a la falta de pago del precio aplazado. También se solicita que si el dominio no se hubiera podido inscribir a favor del comprador al tiempo de inscribir la hipoteca, se solicita que no se cancele por confusión de derechos por estar sujeta a la citada condición suspensiva.

El registrador suspende la inscripción por cuatro defectos: 1) falta de acreditación de los cabezas por estirpe; 2) falta de determinación del precio de cada uno de los bienes vendidos pues uno de los requisitos exigidos en el testamento para la disposición libre de los bienes y posible ejercicio del derecho de tanteo es que las enajenaciones han de hacerse por precio cierto; 3) no distribución del precio aplazados garantizado con condición resolutoria; y, 4) porque la constitución sobre el bien transmitido sujeto a la condición suspensiva de que la compraventa se resolviera por causa distinta a la falta de pago del precio constituye en realidad una hipoteca de propietario o reserva de rango prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

2. El primer defecto debe ser confirmado. El acta de notoriedad autorizada con posterioridad a la nota de calificación –y aportada con el recurso– no puede ser tomada en consideración, dado que en el recurso contra la calificación del registrador no pueden tenerse en cuenta sino documentos presentados en tiempo y forma (artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Pero es que además, en el acta ahora aportada, se acredita precedentemente la notoriedad de quienes son los cabezas de estirpe o personas más próximas al llamamiento fideicomisario, dentro de cada estirpe de descendientes (cfr. artículo 82 del Reglamento Hipotecario), pero no resulta de ella ni de la escritura de venta que las notificaciones a los mismos se hubiera realizado con el cumplimiento de los requisitos exigidos en la cláusula de sustitución fideicomisaria impuesta sobre los bienes, como es la antelación requerida y que se les comunicara las condiciones esenciales de la transmisión efectuada.

3. El segundo y tercer defecto hacen referencia a la no especificación de la parte de precio correspondiente a cada uno de los bienes transmitidos. El tercer defecto lo es a efectos de poder inscribir la condición resolutoria en garantía del precio aplazado, y no es

objeto de recurso por parte del notario recurrente. El segundo defecto, que sí es recurrido, exige la distribución porque así resulta de la cláusula de sustitución fideicomisaria, según la cual «para impedir fraudes a este derecho de tanteo, solo podrán efectuarse enajenaciones de estos bienes, por precio cierto, de no consentir todos los demás presuntos destinatarios, citados y presentes». El precio en efecto no ha sido distribuido entre las fincas transmitidas, alegándose que constituyen una unidad administrativa y funcional. Pero lo cierto es que las categorías administrativas, como el carácter indisociable de la explotación por razón de patrimonio cultural, no reflejadas en el Registro de la Propiedad, no pueden impedir el ejercicio civil de derechos inscritos, con presunción de validez y sujetos a la salvaguardia judicial (cfr. artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria). Por lo que si existe reconocido e inscrito un derecho de tanteo a favor de eventuales sustitutos fideicomisarios sobre diversos bienes, no pueden estos bienes transmitirse por un precio conjunto –aunque con parte del mismo aplazado– sin especificación de la parte del precio correspondiente a cada bien a los efectos del posible ejercicio del derecho de tanteo. Las mismas razones derivadas del principio de especialidad que hacen necesaria la distribución del precio aplazado cuando se garantiza con condición resolutoria (lo que no recurre el notario), son invocables para la exigencia de la distribución del precio en la venta de varias fincas registralmente independientes sujetas a un derecho de tanteo. Por lo que también en esto debe confirmarse la nota de calificación registral.

4. En cuanto al cuarto defecto, y ante la litigiosidad planteada por uno de los presuntos fideicomisarios, se conviene en la escritura calificada que en caso de que la compraventa devenga ineficaz por evicción o por falta de causa-motivo al no poderse adquirir la totalidad de los objetos que integran la misma, las partes deberán restituirse las prestaciones y para garantizar la restitución del precio, la vendedora constituye hipoteca a favor de la compradora sobre las dos primeras fincas objeto de venta, estando en consecuencia la obligación y la hipoteca que la garantiza sujetas a la condición suspensiva de que la compraventa se resuelva por causa diferente a la falta de pago efectivo del precio por parte del comprador. El registrador entiende, y considera como defecto, que esta hipoteca constituye hipoteca de propietario o reserva de rango prohibida por el ordenamiento, siendo la obligación garantizada no una obligación sujeta a condición suspensiva sino una obligación futura. Por su parte, el notario recurrente estima que la hipoteca responde al principio de accesoriedad, que no perjudica a tercero, y que existe un interés legítimo a proteger, cual es el del comprador amenazado por la litigiosidad que puede que habrá de devolver las fincas en caso de resolución de la venta pero que, de darse esa eventualidad, quiere asegurarse el retorno del precio abonado.

Este defecto debe ser también confirmado. En efecto, la inscripción de la hipoteca a favor de comprador, en garantía de las cantidades pagadas por el precio de la compraventa, impuesta sobre la propia finca comprada, generaría una hipoteca de propietario proscrita en nuestro Derecho como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos»). Y no puede alegarse tampoco que no exista confusión entre acreedor y deudor sobre la base de un sometimiento a una pretendida condición suspensiva de la hipoteca, dada la indeterminación de la pretendida condición suspensiva pactada, pues aunque se manifiesta en el recurso que la finalidad es protegerse frente a los efectos derivados del ejercicio del derecho de tanteo, lo cierto es que en la escritura no se especifica la causa posible de resolución que determinaría el nacimiento de la obligación garantizada, limitándose a señalar que lo es «la resolución de la compraventa por causa diferente a la falta de pago efectivo del precio por el comprador». Pero es que además se perjudicaría injustificadamente el derecho del titular del derecho de tanteo inscrito a recibir la cosa vendida libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador (cfr. artículo 1520 del Código Civil, relativo al retracto convencional pero aplicable por analogía al tanteo convencional). La hipoteca no puede prevalecer –como se pretende– frente a la demanda de tanteo de la que, según la propia escritura, tienen conocimiento acreedor y deudor (cfr. artículo 107.9.º de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en cuanto a los defectos primero, segundo y cuarto, únicos objeto de recurso.

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