

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

8099 *Resolución de 23 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Madrid n.º 2, por la que se suspende parcialmente la anotación de un mandamiento judicial de embargo.*

En el recurso interpuesto por don J. A. S. F., procurador de los tribunales, en nombre y representación de una comunidad de propietarios de Madrid, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Madrid número 2, doña María Belén Martínez Gutiérrez, por la que se suspende parcialmente la anotación de un mandamiento judicial de embargo.

Hechos**I**

En el Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid, se sigue procedimiento de medidas cautelares número 257/2013 a instancia de una comunidad de propietarios de Madrid contra doña M. S. S. en el que resulta expedido mandamiento de fecha 23 de enero de 2014 dirigido al Registro de la Propiedad para que se tome anotación preventiva de embargo sobre determinada finca de conformidad con el auto de misma fecha del juez don Luis Aurelio González Martín en cuya parte dispositiva se decreta el embargo preventivo sobre la finca «haciéndose constar en la anotación el carácter preferente del crédito por el que se acuerda el embargo, según las normas de la Ley de Propiedad Horizontal».

II

Presentada la referida documentación, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Mandamiento expedido el día veintitrés de enero de dos mil catorce por el Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid, presentado el día cinco de marzo de dos mil catorce bajo el asiento 698 del Diario 124. Hecha la anotación de embargo preventivo ordenado en el mandamiento que precede, por plazo de cuatro años, en el tomo 2313, folio 43, letra A, finca 28402. A tenor del artículo 322 de la Ley Hipotecaria le notifico la calificación negativa siguiente: «Y conforme al art. 19 bis, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria y al art. 133 del Reglamento Hipotecario se extiende la siguiente nota de calificación: Suspendida la constancia registral, en la anotación practicada, del «carácter preferente del crédito por el que se acuerda el embargo, según las normas de la Ley de Propiedad Horizontal» por el defecto subsanable siguiente: Hecho: Consta inscrita una hipoteca a favor de «Caixabank, S.A.» que ha causado la inscripción 6.ª, modificada por la 8.ª, y no se ha dirigido la demanda origen del procedimiento contra dicho acreedor hipotecario, para que se pueda entender también entablada la relación jurídica procesal con el titular registral de dicha carga ya registrada al tiempo de ordenarse la presente anotación de embargo preventivo. Fundamento de Derecho: Artículo 9.1 e) párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de enero de 1997, 26 de diciembre de 1999 y 10 de agosto de 2006. No se toma anotación preventiva por no haber sido solicitada, conforme al art. 65 de la Ley Hipotecaria. Puede interponerse potestativamente (...) Madrid, 10 de marzo de 2014. La registradora. M.ª Belén Martínez Gutiérrez».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. A. S. F., procurador de los tribunales, en la representación que ostenta, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 15 de abril de 2014, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que no se puede dirigir la demanda contra la entidad bancaria indicada porque carece de la condición de propietario de la vivienda; Que carece por tanto de legitimación pasiva porque no ha adquirido todavía dicha condición. En la demanda se requiere de pago únicamente al obligado actual, doña M. S. S., que es quien ostenta la legitimación pasiva como propietaria del piso en los términos de los artículos 9 y 21 de la Ley sobre Propiedad Horizontal; Que del artículo 21 de dicha Ley se deduce que la comunidad de propietarios puede solicitar el embargo preventivo una vez que el deudor ha formalizado oposición; Que no es correcto que se demande ahora a «Caixabank, S.A.» porque no es deudor a efectos de la Ley, no es deudora de cuotas impagadas, ni es propietaria del inmueble para hacerse cargo en los términos del artículo 9.1.e) de la Ley; Que, de llamarla al proceso, implicaría que de inmediato alegara excepción por falta de legitimación pasiva, y Que el embargo viene impuesto por una norma especial al objeto de proteger el crédito de la comunidad de propietarios por las cuotas impagadas sin obviar su carácter preferente y precede para su satisfacción al crédito hipotecario.

IV

La registradora, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 28 de abril de 2014, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo, señalando que el escrito de recurso se notificó por fax en fecha 11 de marzo de 2014 por lo que, habiendo sido presentado en la oficina de Correos el día 16 de abril del mismo año, es extemporáneo. También resulta del informe que, notificado el Juzgado, no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 150, 522.1, 613, 614, 620, 668, 669 y 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 9, 20, 72, 73 y 322 de la Ley Hipotecaria; 100 del Reglamento Hipotecario; 9.1.e) y 21 de la Ley sobre Propiedad Horizontal; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero de 1987, 1 de junio de 1989, 15 de enero de 1997, 26 de diciembre de 1999, 10 de agosto de 2006 y 22 de enero de 2013.

1. Plantea la registradora en su informe la extemporaneidad del recurso interpuesto por haber sido presentado más de un mes después de la notificación por fax realizada al presentante. De acuerdo con lo establecido el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, la notificación de la calificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo, a tal efecto, válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y quedara constancia fehaciente.

Consta en el expediente que la registradora notificó defectos por fax en fecha 11 de marzo de 2014, pero del escrito aportado sólo resulta un número de teléfono y no un destinatario. Además y como ha señalado este Centro Directivo muy recientemente (Resoluciones de 8 de marzo y 2 de octubre de 2013), no constando en el presente expediente manifestación alguna realizada por el presentante admitiendo la notificación por fax al tiempo de la presentación del título por el presentante y no acreditándose otra forma de notificación válida antes de transcurrido el plazo legalmente previsto, el recurso no puede considerarse extemporáneo.

Y es que como afirma la Resolución de 10 de diciembre de 2013 el derecho de los ciudadanos a recurrir debe prevalecer cuando existan dudas y no resulte acreditado, en la forma legalmente determinada, que el ejercicio de su derecho es extemporáneo.

2. Respecto del fondo del asunto, se trata de dilucidar si ordenada la práctica de anotación de embargo en el ámbito de un procedimiento judicial de medidas cautelares derivado de un procedimiento de reclamación de cantidad procede hacer constar lo ordenado por el Juzgado en los términos siguientes: «haciéndose constar en la anotación el carácter preferente del crédito por el que se acuerda el embargo, según las normas de la Ley de Propiedad Horizontal».

Esta Dirección General ha elaborado una dilatada doctrina (vid. «Vistos»), relativa a las preferencias crediticias y a su impacto registral, doctrina que por ser de aplicación al supuesto planteado debe traerse a colación para la mejor resolución del expediente.

La citada doctrina parte del hecho de que la redacción actual del artículo 9.1.e) de la Ley sobre Propiedad Horizontal distingue en párrafos separados la afección del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local de la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble.

Cifándonos a esto último, por constituir el objeto de este expediente, el precepto legal dice lo siguiente: «Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1.923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo».

Como resulta de la norma el crédito que contempla tiene la condición de crédito singularmente privilegiado remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 1923 del Código Civil. La diferencia de redacción que introdujo la Ley 8/1999, de 6 de abril, con motivo de la reforma del artículo 9.1.e) de la Ley sobre Propiedad Horizontal, reforma que ha mantenido la llevada a cabo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, al ampliar el período de preferencia, ha planteado un vivo debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de esa preferencia, y concretamente si tiene efectos reales o se trata de una preferencia de alcance personal aunque sea un crédito singularmente privilegiado.

3. Se ha señalado que se trata de una hipoteca legal tácita respecto a la anualidad en curso y a los tres años naturales inmediatamente anteriores, tomando como cómputo hacia atrás el de la demanda. Pero, a efectos registrales, la configuración de la preferencia como hipoteca legal tácita requeriría un precepto legal que lo estableciera así, o bien una resolución judicial en la que siendo partes todos los interesados en esa configuración estableciera expresamente esa configuración o el carácter real de la preferencia y su constancia registral de modo expreso y claro.

No ocurre así en el supuesto que nos ocupa pues de la documentación presentada no resulta ninguna configuración como hipoteca legal tácita, ni ningún precepto que ampare esa naturaleza, máxime cuando el artículo 158 de la Ley Hipotecaria establece que «sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las Leyes con tal carácter». Y en la enumeración de hipotecas legales del artículo 168 de la Ley Hipotecaria no aparece ninguna hipoteca legal por razón de créditos preferentes de la comunidad de propietarios, ni el artículo 9.1.e) de la Ley sobre Propiedad Horizontal hace referencia a tal carácter sino que sólo lo caracteriza como «crédito preferente a efectos del artículo 1923 del Código Civil precediendo, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores».

Aunque se excluyera la naturaleza de hipoteca legal tácita, todavía podría discutirse si se trata de alguna otra figura jurídica que permitiera su acceso al Registro como preferencia de carácter real y no meramente personal. Pero el carácter real tampoco

resulta de la documentación presentada que se limita a ordenar que la anotación refleje «...el carácter preferente del crédito por el que se acuerda el embargo, según las normas de la Ley de Propiedad Horizontal», sin que resulte ni su carácter real ni la modificación del rango de la hipoteca anterior cuyo titular no es parte en el procedimiento.

4. Como ha señalado la doctrina de esta Dirección General, para que procediera la constancia en el asiento de anotación preventiva del carácter real de la preferencia, tendría que resultar o de una resolución judicial firme en que hubieran sido parte en el proceso como partes todos los interesados, o que de la nueva redacción del artículo 9.1.e) de la Ley sobre Propiedad Horizontal en virtud de Ley 8/1999, de 6 de abril, resultara no sólo el carácter preferente del crédito de la comunidad de propietarios por la anualidad en curso (en el momento de la demanda) y por los tres años naturales anteriores, sino además su carácter real y concretamente su efecto de modificación del rango respecto a una hipoteca inscrita con anterioridad, lo que a su vez determinaría la cancelación automática de dicha hipoteca con motivo de la ejecución del crédito de la comunidad de propietarios.

Cuando la preferencia tiene un carácter real, por tratarse de un derecho de tal trascendencia, entonces sí que podría dar lugar a una anteposición en el rango registral con la consiguiente postergación de derechos reales anteriores y a cancelación automática de los mismos como consecuencia de esa modificación de rango cuando se consume la ejecución y adjudicación. En cambio, si no se añade a la declaración de preferencia el aditamento de derecho real, que no resulta del artículo 9.1.e), ni tampoco en este caso de la documentación presentada, dicha preferencia no puede dar lugar a modificaciones del rango registral, ni a eventuales cancelaciones automáticas de los derechos reales que se pretenden postergar. El efecto natural de una declaración de preferencia del crédito en los términos del artículo 9.1.e) sin más aditamentos y sin el consentimiento de titulares registrales de créditos anteriores o de su intervención como parte en el juicio, sólo permitiría alegar dicha preferencia a su titular a través de una tercería de mejor derecho con motivo de la ejecución del derecho de cualquier titular del asiento anterior, pero no para adelantarse en el rango, sino para obtener el cobro con preferencia a él en la ejecución; o bien para ejercitar la declaración de preferencia en cualquier otra vía, pero sin modificación del rango de derechos inscritos con anterioridad.

5. En el expediente que da lugar a la presente existe cierta confusión sobre el contenido y alcance del mandato judicial contenido en la documentación presentada.

Si el mandato se limita a que el asiento de anotación haga referencia al carácter privilegiado del crédito reclamado, se trata de una cuestión absolutamente ajena a la materia inscribible en el Registro de la Propiedad pues, como ha quedado explicado más arriba, las preferencias crediticias han de hacerse valer, en su caso, mediante la oportuna tercería en los términos recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. artículos 613, 614 y 620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El carácter privilegiado del crédito en los términos del artículo 9.1.e) de la Ley sobre Propiedad Horizontal no viene determinado por el hecho de la práctica de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad (que le confiere un rango registral), sino porque así lo dispone la citada Ley; la constancia en el asiento de una preferencia determinada es una cuestión extraña al contenido del Registro que tiene por objeto la publicidad del dominio y demás derechos reales así como de las cargas que pesen sobre los mismos (vid. artículos 72 y 73 de la Ley Hipotecaria); es la sujeción del bien a las resultas del procedimiento, el embargo, lo que tiene carácter real y su anotación en el Registro le proporciona la necesaria oponibilidad frente a terceros. Si como consecuencia del juego del rango hipotecario el ejercicio de una carga anterior supone la cancelación de la anotación de embargo practicada con posterioridad (artículo 692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 134 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 175.2.^a de su Reglamento), así se hará sin perjuicio de que el acreedor del crédito entonces anotado y ahora cancelado haya hecho valer su preferencia en la tercería correspondiente para obtener, con cargo al importe de la subasta, el pago de su crédito (artículo 616 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Si el mandato pretende hacer constar en el Registro de la Propiedad la naturaleza real del crédito anotado y la preferencia de rango frente al asiento de hipoteca anteriormente inscrito, que es lo que ha entendido la registradora, es evidente que no puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad pues ni resulta de la documentación presentada su carácter real ni resulta que el titular de la hipoteca cuya postergación de rango se pretendería ha sido parte en el procedimiento.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 23 de junio de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.