

## IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó:

Que, por aplicación del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en los casos de anotación de embargo en juicio ejecutivo es indispensable que las fincas estén inscritas a nombre del demandado y no de tercera persona, y siendo los socios cooperativistas y la Cooperativa personas distintas, aquel precepto obliga a denegar las anotaciones ordenadas. No se discute si los socios tienen o no responsabilidad por las deudas de la cooperativa, lo cual es un problema a resolver por el Juez.

Que el defecto señalado es insubsanable en base al artículo 20.2 de la Ley Hipotecaria, porque no se puede subsanar ya en este procedimiento sino por la incoación de uno nuevo contra los socios cooperativistas y con las normales oportunidades de defensa que ello implica a favor de los demandados, siendo también necesario, para anotar, un nuevo mandamiento, «un nuevo otorgamiento sustancial» del título.

Que la práctica de las anotaciones solicitadas habría dejado en la más absoluta indefensión a los socios cooperativistas, a los que se les ha privado de la oportunidad de oposición al ejecutivo y a los que ni siquiera se les ha informado del embargo.

Que otro argumento en defensa de la nota es el artículo 38.3 de la Ley Hipotecaria, que llega a ordenar el sobreseimiento de todo procedimiento de apremio en las circunstancias que se indican, lo cual es una consecuencia del principio de legitimación registral y que está en perfecta concordancia con el principio de tracto sucesivo, y también el artículo 140.1 del Reglamento Hipotecario.

Que 58 fincas de las 100 que se pretendió anotar están inscritas a favor de la sociedad conyugal que forma cada cooperativista con su cónyuge, por lo que también habría que cumplir la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario (demanda contra ambos cónyuges o, al menos, notificación al no demandado) y otras 27 han pasado a terceros adquirentes a título oneroso, y es preceptivo suponer que de buena fe, contra los cuales no hay anotación posible.

## V

El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 51 de Madrid informó que el acuerdo por el que se despachó ejecución en el procedimiento se adoptó a la luz de la legislación vigente en el momento en que la cooperativa demandada se constituyó, la cual, si bien fue posteriormente derogada, inspira directamente los Estatutos de la entidad a través de la Ley de Cooperativas vigente en lo que se refiere a responsabilidad patrimonial de los socios frente a las obligaciones de la cooperativa.

## VI

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que, de los artículos 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 38 de la Ley Hipotecaria, resulta que es preceptivo para la anotación de embargo que el titular registral haya sido oído en el procedimiento y, en el presente caso, de las actuaciones practicadas se desprende que los 100 propietarios no han sido requeridos con carácter previo al mandamiento de embargo, aunque los mismos puedan ser cooperativistas de la demandada y puedan tener alguna responsabilidad en las obligaciones contraídas por ésta, la cual tiene que ser reconocida y declarada con anterioridad a despachar el embargo.

## VII

El recurrente apeló el auto presidencial alegando el artículo 24 de la Constitución y la parte dispositiva de auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, el cual se aporta, desestimatorio del recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa Monteverde Las Matas-2 contra el auto dictado en el Juzgado de Primera Instancia número 51 y que dio lugar al mandamiento calificado.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 20, 38 y 42.2 de la Ley Hipotecaria; 22 de la Ley de Propiedad Horizontal, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1992, 24 de agosto de 1993 y 23 de septiembre de 1998:

1. En autos de Juicio Ejecutivo número 00607/1990, seguidos contra la Cooperativa Monteverde Las Matas-2, se trabó embargo de 100 fincas propiedad de los socios cooperativistas. Y, por mandamiento expedido en dicho procedimiento, se solicita la anotación preventiva del embargo trabado sobre aquellas fincas, haciéndose constar que el mismo se hace en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de los Estatutos de la demandada, y que la responsabilidad de cada socio titular lo es mancomunada simple y limitada a sus aportaciones y compromisos adquiridos.

El Registrador «deniega la anotación preventiva de embargo, que se solicita, en todas y cada una de las fincas relacionadas en el mandamiento, por el defecto insubsanable de no haberse dirigido el procedimiento contra los titulares registrales de las mismas, no encontrándose ninguna de ellas inscrita a favor de la Cooperativa Monteverde Las Matas-2».

2. No ha de discutirse ahora sobre la responsabilidad de los socios cooperativistas de la demandada ni sobre si éstos tienen algún tipo de responsabilidad en las obligaciones contraídas por la cooperativa, responsabilidad que, como señala el Auto apelado, tiene que ser reconocida y declarada con anterioridad. En cualquier caso, el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interés legítimos (artículo 24 de la Constitución Española) y los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), suponen que en el procedimiento correspondiente los titulares de las fincas cuya ejecución se pretende hayan sido parte con carácter directo y personal, sin que sea suficiente —como pretende el recurrente— la mera notificación de la existencia del juicio entablado (cfr. Resolución de 23 de septiembre de 1998), por lo que, estando dirigido el procedimiento sólo contra la Cooperativa —que tiene personalidad jurídica independiente de la de sus socios—, debe rechazarse la anotación pretendida.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto y la nota.

Madrid, 25 de febrero de 2000.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

## 5675

*RESOLUCIÓN de 26 de febrero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Isacio Calleja García, en nombre y representación de don Guillermo César Mateo Rodríguez, contra la negativa del Registrador de Majadahonda, don Jesús López Medel, a inscribir una escritura de venta derivada de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Isacio Calleja García, en nombre y representación de don Guillermo César Mateo Rodríguez, contra la negativa del Registrador de Majadahonda, don Jesús López Medel, a inscribir una escritura de venta derivada de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, en virtud de apelación del recurrente.

#### Hechos

##### I

En escritura otorgada el día 17 de enero de 1991, doña M.<sup>a</sup> del Carmen Rodríguez Gutiérrez constituye hipoteca sobre dos fincas de su propiedad, las registrales 7.929 y 7935 del Registro de la Propiedad de Majadahonda, en favor de la entidad «Comave, Sociedad Anónima» en garantía de diversas cantidades que el esposo de la hipotecante, don Guillermo Mateo González reconoce adeudar a dicha sociedad, cuya cuantía, con el interés ya incorporado del 12 por 100 anual asciende a 17.000.000 de pesetas y que habrán de devolverse en cinco cuotas de 3.400.000 pesetas cada una. En la reseñada escritura se estableció que la hipoteca podría ejecutarse, entre otros procedimientos, por el extrajudicial, señalando un domicilio para la práctica de diligencias y notificaciones al deudor y el valor en que las partes tasán las fincas hipotecadas.

Ante el incumplimiento de la obligación de devolución de capital e intereses por el deudor, el día 17 de noviembre de 1993 se inicia ante el Notario de Majadahonda, don José M.<sup>a</sup> Suárez Sánchez-Ventura, el expediente de ejecución extrajudicial de dicha hipoteca, número 103M-10-04-1994.

El día 16 de agosto de 1994 se adjudican las fincas hipotecadas en tercera subasta al único postor, don Carlos Alberto Pintado Losada, por la suma de 7 pesetas.

En diligencia incorporada al acta de ejecución del procedimiento extrajudicial consta que en el plazo de los cinco días siguientes, conforme al artículo 236.g),7 del Reglamento Hipotecario, don Guillermo César Mateo Rodríguez, interviniendo «en nombre y representación de su madre doña M.<sup>a</sup> del Carmen Rodríguez Gutiérrez» y acreditando dicha representación en virtud de autorización escrita a mano por dicha señora, pidió mejorar la postura ofertando la suma de 1.000 pesetas. En dicha autorización incorporada a la mencionada diligencia, la propietaria faculta a sus hijos don Guillermo César, don Daniel y doña Marta Mateo Rodríguez «para cualquiera de ellos en nombre de los tres, presentar postura de mejora, sobre la cantidad ofertada en la tercera subasta de las citadas fincas ...»

Prevía realización de la licitación prevenida en dicho precepto, las fincas hipotecadas fueron definitivamente adjudicadas a don Guillermo César Mateo Rodríguez «en el concepto de su intervención», según consta también en diligencia incorporada al acta notarial cerrada y protocolizada el día 9 de noviembre de 1994.

En escritura otorgada el día 10 de julio de 1996 con el objeto de completar y en su caso aclarar la última diligencia del acta de ejecución extrajudicial, doña M.<sup>a</sup> del Carmen Rodríguez Gutiérrez manifiesta que la autorización a su hijo Guillermo César para mejorar la postura de la tercera subasta, implicaba la actuación del mismo en su propio nombre, es decir, con la posibilidad de que pudiera adjudicarse para sí las fincas objeto de la subasta, y don Daniel y doña Marta Mateo Rodríguez ratifican y aceptan lo manifestado por su madre, «quedando aclarada la referida diligencia de adjudicación, en el sentido de que el adjudicatario de las fincas objeto del procedimiento es don Guillermo César Mateo Rodríguez, que acepta la adjudicación ...».

En escritura otorgada el día 24 de septiembre de 1996, tras hacer constar todos los trámites del procedimiento extrajudicial, doña M.<sup>a</sup> del Carmen Rodríguez Gutiérrez, con el consentimiento de su esposo, conforme al artículo 1.320 del Código Civil, cede y transmite a don Guillermo César Mateo Rodríguez las fincas cuestionadas, solicitando los comparecientes la cancelación de la hipoteca que motivó la escritura y las cargas posteriores a la misma.

Como cargas posteriores a dicha hipoteca constan una anotación preventiva de embargo letra B para la registral 7.929 y letra A para la 7.935 practicada el día 9 de junio de 1994, con posterioridad a la inscripción de la hipoteca y la nota marginal en la que consta la expedición de la certificación de cargas para el procedimiento extrajudicial, derivada de procedimiento administrativo de apremio seguido en la Unidad de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributario de Fuenlabrada contra la entidad «Comave, Sociedad Anónima» sobre reclamación de cantidad en concepto de actas de inspección, ejercicios 1987, 1989 y 1999 y en el que se declara embargado el derecho de hipoteca que sobre las citadas fincas corresponde a la sociedad

Sobre la registral 7.929 consta además una anotación preventiva de embargo letra C a favor del «Banco Central, Sociedad Anónima», practicada el día 23 de julio de 1996.

## II

Presentada la anterior escritura de 24 de septiembre de 1996, acompañada de la escritura de constitución de hipoteca, de copia del acta de ejecución extrajudicial y de la escritura de aclaración citadas en el Registro de la Propiedad de Majadahonda, fue calificada con la siguiente nota: No practicada la inscripción de «compraventa» a que se refiere el precedente documento, al que -a solicitud del Registrador- se han acompañado: 1. Escritura de «reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca», de 17 de enero de 1991; 2. «Acta» de ejecución, iniciada el 17 de diciembre de 1993 y concluida el 9 de noviembre de 1994, y 3. Escritura de «aclaración» al Acta de 10 de julio de 1996. Los defectos advertidos son:

1.º Infracción del artículo 234.1.º del Reglamento Hipotecario (en su anterior redacción) y la del artículo 234.3.º (en la dada por el Real Decreto 29/1992, de 27 de febrero) en cuanto a la exigencia, para la ejecución hipotecaria extrajudicial, de la «persona concreta que en su día hubiera de otorgar la escritura de venta». 2.º Infracción del artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario (en la nueva redacción) por estimar que los «reconocimientos de deuda», las hipotecas de mera garantía, o las de mera seguridad, o de máximo, están excluidas de este procedimiento ejecutivo extrajudicial. 3.º Los advertidos a lo largo de la subasta: a) Respecto a los plazos, en cuanto a que se ha producido una desviación en la aplicación del artículo 236.3.g),1 del Reglamento Hipotecario, ya que el Acta, iniciada ante el Notario de Majadahonda, don José María Suárez Sánchez-Ventura,

el 17 de noviembre de 1993, se concluyó el 9 de noviembre de 1994, y la escritura de «cesión-transmisión» es de 24 de septiembre de 1996. En el intermedio del procedimiento hubo de hacerse una escritura de aclaración, el 10 de julio de 1996, para completar la «representación» de don Guillermo César Mateo Rodríguez, al que, por «mejora del remate» se adjudicaron las fincas de su madre, doña María del Carmen Rodríguez Gutiérrez. El señor Mateo Rodríguez había actuado en «concepto de intervención». La escritura de aclaración no puede tener efecto retroactivo frente a que la titular registral «había autorizado a sus tres hijos, Guillermo, Daniel y Marta, para que, cualquiera de los tres presentase una postura de mejora», subsanación que implicaría un acto de «representación a posteriori», que no encaja en el ejecutivo extrajudicial, dados su carácter expeditivo, de orden público-civil, y el propio artículo 234.3.º del Reglamento Hipotecario.

b) La adjudicación de ambas fincas, números 7.929 y 7.935 por 7 pesetas, fue a don Carlos Alberto Pintado Losada, el 16 de agosto de 1994, susceptible de mejora en el plazo de cinco días. El 23 de agosto interviene el hijo de la titular registral, como «persona autorizada» adjudicándose las fincas por 1.000 pesetas, con lo que se altera el sentido de la «representación», lo que, tanto por los plazos como por la forma, pudieran envolver -respetuosamente decimos- una 4.ª subasta, con infracción del artículo 236.g),7 del Reglamento Hipotecario, en cuyo precepto se precisa quién, cómo y en qué plazo puede «mejorar la postura» de la 3.ª subasta. 4.º En todo caso, no sería pertinente la cancelación del embargo letra B de la finca 7.929, al folio 68 del tomo 2.341, libro 404 de Majadahonda, ni la cancelación del embargo letra B de la finca 7.935, al folio 192 del tomo 1.252, libro 133 de Majadahonda, a favor del Estado, por débitos fiscales que afectan a los derechos del acreedor «Comave, Sociedad Anónima», que se refieren a los ejercicios 1987, 1989 y 1990, por importe de 29.884.189 pesetas, débitos anteriores a la escritura de reconocimiento de deuda, aunque posteriores a la nota de expedición de certificación, anotaciones que, en la escritura de «compraventa», no se ordena expresamente su cancelación, ni se examina su preferencia. 5.º Aun cuando en la escritura de compraventa se hace alusión «genérica» al cumplimiento de «requisitos legales», es de advertir que no se expresan de manera concreta los específicos del artículo 236.K, puntos 1, 2 y 3 del Reglamento Hipotecario, en cuanto a la constancia del pago, al sobrante, acreedores preferentes y posteriores, gastos, y, en definitiva, una auténtica liquidación. Los defectos 1.º y 4.º tienen carácter de insubsanables, el 5.º, subsanable. Contra esta calificación cabe recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de cuatro meses (artículo del Reglamento Hipotecario). Majadahonda a 30 de diciembre de 1996.—El Registrador, Firma ilegible.

## III

El Procurador de los Tribunales, don Isacio Calleja García, en representación de don Guillermo César Mateo Rodríguez interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó: 1. Que la falta de designación de mandatario del deudor no puede considerarse defecto de la escritura de adjudicación ni del procedimiento ejecutivo, sino de la escritura de constitución de la hipoteca que, no obstante, el propio Registrador consideró entonces inscribible. Además, la omisión del citado requisito, una vez inscrita la hipoteca, resulta irrelevante en los casos, como el que nos ocupa, en que la escritura de venta la otorga el propio deudor-hipotecante y dueño de las fincas, ya que la única virtualidad de dicho requisito es la de hacer posible la ejecución eludiendo la intervención judicial y resolviendo los problemas de la rebeldía del ejecutado, y tal problema se desvanece cuando es el propio ejecutado quien comparece ante Notario y otorga la escritura. 2. Que en relación al segundo defecto apuntado, la doctrina es unánime al interpretar el artículo 235 del Reglamento Hipotecario, conviniendo en que lo que se trata de rechazar por este procedimiento extrajudicial son las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, de máximo, con cláusula de estabilización y en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, y la hipoteca que nos ocupa no está incluida en ninguno de los supuestos indicados: No estamos ante un mero reconocimiento de deuda personal, sino con garantía hipotecaria; la cuantía de esta hipoteca aparece inicialmente determinada en la escritura de su constitución y, en todo caso, el defecto señalado debería haberse advertido al tiempo de inscribir la escritura de constitución de la hipoteca, no al calificar la escritura de adjudicación. 3. Que por lo que respecta al tercer defecto, la aplicación del artículo 236.g),7 del Reglamento Hipotecario plantea dos problemas: A) ¿Qué debe entenderse por «tercero autorizado por ellos»? Para el Registrador es aquel que actúa en nombre y por cuenta del acreedor no rematante o del dueño de la finca y la adjudicación debe entenderse hecha a favor de dichas personas, lo cual supone que la autorización concedida por doña M.<sup>a</sup> Carmen Rodrí-

guez Gutiérrez a favor de sus hijos con carácter solidario sólo legítima a los autorizados para obrar en nombre y por cuenta de aquélla y que la adjudicación debe entenderse hecha a favor de la misma. Pero el Notario, según se infiere de lo actuado por él, considera que existiendo voluntad por parte del autorizante y de los autorizados la adjudicación puede entenderse hecha a favor de estos últimos o de cualquiera de ellos, y ante la duda surgida en el proceso de ejecución, es el Notario, como controlador único de la legalidad constituida quién debe clarificar este extremo. B) ¿Qué debe entenderse por «se abrirá nueva licitación entre estos postores»? El Registrador defiende que esa nueva licitación se realiza sólo cuando quienes desean mejorar la postura de la tercera subasta son el acreedor no rematante, el dueño de la finca o un tercero autorizado por ellos, mientras que el Notario, por aplicación analógica del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, entiende que la licitación se realiza entre estas personas o cualquiera de ellas y también la persona que distinta de aquéllas, hubiese sido rematante de la tercera subasta. 4. Que en relación al cuarto defecto procede la cancelación de la anotación letra B, en aplicación del artículo 236.L.3 del Reglamento Hipotecario y porque en ningún precepto se menciona que el Notario deba ordenar expresamente, «nominatim» la cancelación de las cargas posteriores, bastando la fórmula genérica de que se solicita la cancelación de éstas. En cuanto a la duda que parece albergar el Registrador acerca de la cuestión de preferencia o no de la anotación a la hipoteca objeto del procedimiento de ejecución, está resuelta por los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, 1.923.4 del Código Civil y 132 de la Ley General Tributaria, de cuya interpretación armónica se concluye que la anotación preventiva, al ser posterior a la hipoteca debe ser cancelada automáticamente al inscribir la escritura de adjudicación, y no cabe pensar que este caso quede comprendido en el ámbito del artículo 194 de la Ley Hipotecaria, regulador de las hipotecas legales tácitas. 5. Que en lo referente al quinto defecto, el montante obtenido de la última licitación derivada de la mejora de la postura no pudo destinarse al pago del acreedor ejecutante, como preceptúa el artículo 236.K del Reglamento Hipotecario, pues dicho importe, merced a la anotación letra B, quedó a disposición del anotante y consiguientemente no procede la aplicación de los párrafos 2.º y 3.º del precepto pues no existe sobrante para el pago del acreedor principal o, en su caso, de otros posteriores, ni de los gastos notariales derivados de los trámites seguidos.

## IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1. Que tanto el antiguo artículo 234.1 como el actual 234.1 circunstancia 3.ª del Reglamento Hipotecario exigen que en la escritura de constitución de la hipoteca conste «la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante», y en caso de considerar que el actual precepto es el aplicable (disposición adicional al Real Decreto 290/1992 de 27 de marzo), la exigencia de esta circunstancia es más incuestionable ya que la redacción precedente hablaba de «mandatario» y la actual habla de «designación», con lo que estamos ante un requisito de legalidad preconstitutiva que no puede ser objeto de subsanación posterior. 2. Que el nuevo artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario restringe igualmente la regulación anterior al exigir que se trate de hipotecas no sólo con cuantía inicialmente determinada, sino con criterios precisos para su liquidación, y aquí se trata del reconocimiento de una deuda de cantidades diversas, sin especificar «cuantías», fechas y causas y al igual que en el defecto anterior, debe insistirse en la aplicación de la nueva normativa, y se ha de calificar la naturaleza de la obligación garantizada por hipoteca, que exige un crédito previo con determinación minuciosa de intereses, costas y gastos, es decir, liquidable y no de mera garantía. 3. Que por lo que respecta a los defectos advertidos en la subasta, cada uno de ellos y todos en su conjunto vician a ésta de nulidad. Uno de los efectos indirectos de todas las irregularidades es una cuarta subasta cuando precisamente una de las diferencias concretas entre este procedimiento y el judicial sumario es que en el segundo el número de subastas puede ser indefinido y en aquel es de tres. De hecho, se ha producido esa cuarta subasta hábilmente, pasando del rematante-intermediario al hijo de la deudora. 4. Que la generalidad del artículo 236.L.3 del Reglamento Hipotecario no excluye al Notario de referenciar expresamente los asientos de cargas posteriores que éste conoce por la certificación registral. Los derechos del acreedor hipotecario son embargados a favor del Estado por débitos fiscales anteriores a la escritura de hipoteca y, por tanto, son preferentes. No se puede obviar el tema sin entrar en la calificación de tales créditos, ya que sería un tratamiento privilegiado respecto al procedimiento judicial sumario y contrario a la doctrina registral. 5. Que aún cuando en la escritura se hace alusión genérica a que «se ha dado cumplimiento a todos los requisitos legales», se ha inaplicado el actual artículo 236.K.1.2.3. del Reglamento Hipotecario, lo cual produce dos efec-

tos: Uno formal, que el Notario debe reflejar en la escritura el detalle de la liquidación, lo que no ha hecho; otro sustantivo, pues el precio del remate no ha sido destinado al pago del acreedor y tampoco ha sido recibido por la Administración, ya que no hay sobrante y por ello las 1.000 pesetas del precio no se han depositado en un establecimiento público y tampoco se habla de liquidación de gastos. No sólo se ha incumplido el artículo 236.K del Reglamento Hipotecario sino que la subasta se ha cerrado en falso y ha quedado incompleta, porque aquel precepto es semejante a la normativa del procedimiento judicial sumario y porque es la garantía formal mínima respecto a los acreedores.

## V

El Notario autorizante de la escritura de venta informó: Que para un examen de la legalidad del procedimiento ejecutivo que nos ocupa hay que distinguir con base a la nueva normativa entre presupuestos para la tramitación y presupuestos procesales. Que los presupuestos para la tramitación son dos: pacto de sujeción de los contratantes a este procedimiento en la escritura de constitución de la hipoteca (artículo 234.1 del Reglamento Hipotecario), que aparece contenido en la escritura de 17 de enero de 1991, y que la cuantía de la obligación garantizada aparezca inicialmente determinada (artículo 235.1), lo cual también se da en la hipoteca que nos concierne, que no es del tipo de las de seguridad o de máximo al no existir indeterminación ni en la obligación principal ni en los restantes elementos accesorios de la misma, que están «ab initio» claramente concretados, existiendo además un recogimiento explícito de la entrega del dinero por la vía de la confesión de ambas partes contratantes. Que distintos de los requisitos de tramitación son las circunstancias que deben constar en la escritura de constitución de la hipoteca y que son requisitos de inscripción de la misma, entre los cuales está la designación de mandatario que represente al deudor en la fase de otorgamiento de la escritura de venta, designación que obedece exclusivamente al hecho de la posible negativa del deudor a otorgar en favor del rematante la escritura de venta, pero si es el propio deudor quien otorga tal escritura la falta de tal designación no puede suponer un defecto que anule el procedimiento ejecutivo, ya que el propio artículo 236 del Reglamento Hipotecario da por válida la ausencia de esta circunstancia cuando prevé el supuesto de que la escritura de venta sea otorgada por el dueño de la finca o por el mandatario designado conforme al artículo 234, y además admitir lo contrario supondría contradecir toda la teoría general de la representación voluntaria. Que los presupuestos procesales están taxativamente señalados en el artículo 236 del Reglamento Hipotecario y por lo que se refiere al trámite de las subastas en el presente caso conviene precisar: Que se cumplieron las reglas del procedimiento enviando información sobre el estado de ésta a la Agencia Tributaria de Fuenlabrada con anterioridad al remate de la finca y tras efectuarse éste para comunicarle el resultado de la subasta a los efectos del artículo 111 de la Ley General Tributaria; que las cuatro subastas celebradas se ajustan a la regulación del Reglamento Hipotecario, ya que dentro del término de cinco días que señala el artículo 236.g.7 un tercero autorizado por el dueño de la finca mejoró la postura y a raíz de esta mejora es cuando se entiende que por analogía con el procedimiento judicial sumario procede abrir nueva licitación (cuarta subasta) entre el mejorante y el único postor de la tercera subasta; que en cuanto a quienes pueden mejorar la postura y la expresión del Reglamento Hipotecario «un tercero autorizado por ellos», esta frase lleva implícita una cesión de remate a favor del tercero autorizado, que actuaría en su propio nombre y no en nombre y por cuenta del autorizante. Que la cancelación de las cargas consignadas en el Registro con posterioridad a la inscripción de la escritura de hipoteca no depende del Notario ni del funcionario calificador, sino que opera automáticamente, según el artículo 236.L.3 del Reglamento Hipotecario.

## VI

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste.

## VII

El recurrente apeló el Auto Presidencial manteniéndose en sus alegaciones.

## Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1923 del Código Civil; 1, 11, 79 y 131.12.ª de la Ley Hipotecaria; 1506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 174, 234, 235,

236.2, 236.g).7, 236.k) y 236.l) del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 14 de junio de 1933, 16 de junio de 1936 y 11 de febrero de 1998.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren las siguientes circunstancias:

1.º El 17 de noviembre de 1993 se inicia el procedimiento de ejecución extrajudicial de una hipoteca constituida por doña María del Carmen Rodríguez Gutiérrez, en favor de la entidad «Comave, Sociedad Anónima», en garantía de un préstamo que don Guillermo Mateo González reconoce haber recibido de dicha sociedad y cuya cuantía, con el interés ya incorporado del doce por ciento anual, asciende a 17.000.000 de pesetas, y que habría de devolverse en cinco cuotas de 3.400.000 pesetas cada una. En el preceptivo requerimiento de pago al deudor practicado por el Notario el 14 de enero de 1994 consta que la cantidad total reclamada asciende a 14.181.500 pesetas, de la que corresponden 12.662.053 pesetas al principal, y un 1.519.447 pesetas a intereses.

2.º El día 16 de agosto de 1994 se adjudicaron las fincas hipotecadas al único postor, don Carlos Alberto Pintado Losada, por la suma de 7 pesetas.

3. Según se expresa en la correspondiente diligencia, durante el plazo de los cinco días siguientes, don Guillermo César Mateo Rodríguez, «en nombre y representación» de la dueña de las fincas «acreditándose dicha representación «en virtud de autorización escrita a mano por dicha señora», conforme al artículo 236.g).7 del Reglamento Hipotecario, pidió mejorar la postura, ofreciendo la suma de 1.000 pesetas. Previa realización de la licitación prevenida en dicho precepto, las fincas hipotecadas quedaron definitivamente adjudicadas al señor Mateo Rodríguez, «en el concepto de su intervención», según consta en acta notarial cerrada y protocolizada el día 9 de noviembre de 1994.

En la referida autorización escrita por la dueña de las fincas hipotecadas para mejorar la postura se expresa que dicha señora faculta a sus hijos don Guillermo César, don Daniel y doña Marta Mateo Rodríguez «para cualquiera de ellos en nombre de los tres, presentar postura de mejora, sobre la cantidad ofertada en la tercera subasta de las citadas fincas ...».

4.º Mediante escritura otorgada el día 10 de julio de 1996 por doña María del Carmen Rodríguez Gutiérrez y sus tres mencionados hijos, al efecto de aclarar y rectificar la última diligencia del acta de ejecución extrajudicial de la hipoteca, manifiesta aquella señora que la referida autorización para mejorar la postura de la tercera subasta implicaba la actuación de su hijo don Guillermo César Mateo Rodríguez en su propio nombre, es decir con la posibilidad de que dicho hijo pudiera adjudicarse para sí las fincas objeto de la subasta; y don Daniel y doña Marta Mateo Rodríguez ratifican y aceptan lo manifestado por su madre, «quedando aclarada la referida diligencia de adjudicación, en el sentido de que el adjudicatario de las fincas objeto del procedimiento es don Guillermo César Mateo Rodríguez, que acepta la adjudicación ...».

5.º Mediante escritura autorizada el 24 de septiembre de 1996, en la que se hacen constar los trámites y diligencias practicados en el procedimiento, la dueña de las fincas hipotecadas cede a su hijo don Guillermo César Mateo Rodríguez el pleno dominio de dichas fincas.

2. El primero de los defectos invocados por el Registrador, que se centra en la infracción del artículo 234 del Reglamento Hipotecario por no haber sido designada en la escritura de constitución de la hipoteca la persona concreta que en su día hubiera de otorgar la escritura de venta, no puede ser confirmado, ya que si se tiene en cuenta el fundamento de dicha exigencia reglamentaria (evitar que la negativa del propietario de la finca hipotecada a otorgar la escritura de enajenación impida la adjudicación de aquélla en el procedimiento especial y se vea obligado el rematante a exigir el otorgamiento en el correspondiente juicio declarativo ordinario), la omisión debatida carece de relevancia en este caso, al haber sido otorgada dicha escritura por la única dueña de las fincas hipotecadas, conforme al propio artículo 236.l).1 del Reglamento Hipotecario.

3. En el segundo de los defectos el Registrador alega que se infringe el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario, «por estimar que los «reconocimientos de deuda», las hipotecas de mera garantía, o las de mera seguridad, o de máximo, están excluidos de este procedimiento ejecutivo extrajudicial». Mas tal objeción no puede ser mantenida en el presente caso, pues, aparte que la hipoteca está inscrita con el pacto de sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial y, por tanto, se trata de un asiento que está bajo la salvaguarda de los Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), lo cierto es que, según la escritura de constitución de la hipoteca, ésta se constituye para garantizar la devolución de un préstamo que el deudor reconoce haber recibido y cuya cuantía aparece sin duda

alguna inicialmente determinada, de modo que no hay incertidumbre alguna sobre la existencia y cuantía definitiva del crédito asegurado.

4. Según el tercer defecto, considera el Registrador, por una parte, que la escritura de aclaración no puede tener efecto retroactivo y la subsanación «implicaría un acto de «representación a posteriori», que no encaja en el ejecutivo extrajudicial, dados su carácter expeditivo, de orden público-civil, y el propio artículo 234.3.º del Reglamento Hipotecario; y, por otra parte, que interviene el hijo de la titular registral como «persona autorizada», adjudicándosele las fincas, con alteración del sentido de la representación de modo que, por los plazos y la forma, pudiera envolver una cuarta subasta, con infracción del artículo 236.g).7 del Reglamento Hipotecario, que precisa quién, cómo y en qué plazo puede mejorarse la postura de la tercera subasta.

Antes de entrar en el examen del asunto a que se refiere este defecto, debe recordarse que el recurso gubernativo ha de ceñirse a las cuestiones directa e inmediatamente relacionadas con la calificación del Registrador (artículo 117 del Reglamento Hipotecario), por lo que ahora no puede ser discutida, como pretende éste en su informe, la circunstancia de que la autorización concedida por la dueña de las fincas hipotecadas para mejorar la postura de la tercera subasta, incorporada al acta de ejecución, no consta formalizada notarialmente.

Por lo que se refiere al fondo de la cuestión, es necesario interpretar adecuadamente la norma del artículo 236.g).7 del Reglamento Hipotecario, en cuanto dispone que si la postura de la tercera subasta ya celebrada «fuese inferior al tipo de la segunda, el acreedor que no hubiese sido rematante, el dueño de la finca o un tercero autorizado por ellos podrán mejorar la postura en el término de cinco días». La finalidad de este precepto es evitar que la finca hipotecada sea adjudicada por una postura exigua (cfr., respecto del procedimiento judicial sumario, el artículo 131.12.º de la Ley Hipotecaria) y, por ello, se permite que pueda ofrecer dicha mejora un tercero «autorizado» por el acreedor no rematante o por el dueño de la finca, lo que habrá de entenderse en el sentido de que la adjudicación puede hacerse a este tercero también en nombre propio (no es necesario que esté legalmente prevista la posibilidad de que los legitimados para mejorar la postura de la subasta intervengan a tales efectos mediante un verdadero representante. Cfr., por lo demás, el artículo 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a la «presentación» de una persona que mejore la postura). Admitida tal posibilidad, debe rechazarse, no obstante, en el presente supuesto la pretendida aclaración de los extremos de la diligencia del acta de ejecución referidos a la «autorización» alegada, ya que ésta permitía presentar la postura de mejora únicamente «en nombre de los tres» hijos autorizados y no para que se adjudicara la finca, mediante la mejora de la postura, a uno sólo de ellos (vid. el precedente fundamento de derecho 1), por lo que la admisión de la aclaración cuestionada implicaría una posterior alteración subjetiva de la mejora de la postura de la tercera subasta que no se aviene bien con las normas imperativas sobre el plazo y legitimación para ofrecerla establecidas en el artículo 236.g).7 del Reglamento Hipotecario y perjudicaría ostensiblemente a tercero -el primer postor-.

5. Por el defecto cuarto se deniega, en relación con las dos fincas que son objeto de la adjudicación en el procedimiento, la cancelación de sendas anotaciones de embargo -practicadas después de la nota de expedición de cargas del derecho del acreedor hipotecario en favor del Estado por deudas fiscales -de los ejercicios de 1987, 1989 y 1990- anteriores a la constitución de la hipoteca.

Respecto de una de las fincas -la registral 7.929- debe estimarse que ha decaído el interés del recurrente, habida cuenta que según escrito por éste aportado al presente expediente se expresa que dicho embargo ha quedado cancelado, según consta en la correspondiente nota marginal.

En relación con la otra finca, el defecto tampoco puede ser mantenido sin desconocer la virtualidad cancelatoria de la escritura de adjudicación ex artículo 236.l).3 del Reglamento Hipotecario, que deriva de la propia naturaleza de la hipoteca; extinguido este derecho como consecuencia de la enajenación de las fincas objeto de la garantía y cancelada, en su caso, ésta, ha de ser cancelada también la anotación de embargo que afecta al derecho del acreedor hipotecario (cfr. artículos 79 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento).

6. En el quinto defecto de la nota objeto el Registrador que en la escritura de compraventa calificada no se expresan de manera concreta los requisitos establecidos en el artículo 236.k), apartados 1, 2 y 3 del Reglamento Hipotecario, respecto de la constancia del pago, el sobrante, acreedores preferentes y posteriores, gastos y, en definitiva, una auténtica liquidación.

Conforme al artículo 236.l).2 del Reglamento Hipotecario, en la escritura pública se harán constar los trámites y diligencias esenciales practicados en cumplimiento de lo establecido en los artículos anteriores. Entre tales diligencias esenciales aquél precepto señala la circunstancia de que el

importe de la venta o adjudicación fue -como acontece en el presente caso- inferior al importe total garantizado por la hipoteca y así lo expresa la escritura calificada. En cambio, en ésta no se indica que el precio del remate ha sido pagado al acreedor que instó la ejecución -como resulta del artículo 236.k)1 del Reglamento Hipotecario- (ni la retención del dicho precio en favor de quienes hubieran obtenido anotación de embargo sobre el mismo derecho de hipoteca, como ocurre en el presente supuesto, según manifiesta el recurrente en su escrito de recurso), por lo que constituyendo el precio un elemento esencial de la compraventa -aunque sea ésta forzosa (cfr. artículos 1445 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria), ha de confirmarse el defecto únicamente en cuanto a este extremo y no así respecto de lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 236.k) del Reglamento Hipotecario, toda vez que resulta de la escritura calificada que no hay sobrante y la liquidación de gastos que ha de practicar el Notario no puede alcanzar la consideración de trámite o requisito esencial que trascienda a la eficacia de la enajenación realizada.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, y revocar el auto y la nota, respecto de los defectos 1.º, 2.º, 4.º y determinados aspectos del defecto 5.º y desestimarlos, confirmando aquéllos, respecto del defecto 3.º y la parte restante del 5.º según resulta del último de los precedentes fundamentos de derecho.

Madrid, 26 de febrero de 2000.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

## 5676

*RESOLUCIÓN de 28 febrero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso-Cortés, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valladolid número 1, don Luis Antonio Fernández Moreno, a inscribir una escritura de desafectación de vivienda de portero y compraventa, en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso-Cortés, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valladolid número 1, don Luis Antonio Fernández Moreno, a inscribir una escritura de desafectación de vivienda de portero y compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

### Hechos

#### I

En escritura autorizada por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso-Cortés el día 25 de septiembre de 1996, la comunidad de propietarios de la casa número 35 de la calle Puente Colgante, de Valladolid, representada por su Presidenta, doña María de los Ángeles Sobaler Seco, debidamente facultada por acuerdo unánime de la Junta general de propietarios, según resulta de certificación expedida el día 27 de junio de 1996, procede a la desafectación como elemento común de la referida casa de la vivienda del portero y su conversión en elemento privativo, asignándole una cuota de participación en los elementos comunes y con modificación de las cuotas de los demás elementos privativos del edificio, para su posterior venta, que se realiza en la misma escritura, a favor de doña Ana López Toral.

Algunos de los pisos y locales que componen el mencionado edificio están gravados con hipoteca constituida por sus respectivos propietarios en favor de entidades acreedoras distintas.

#### II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Valladolid, fue calificada con la siguiente nota: «Presentada en este Registro de la Propiedad número uno de Valladolid, a las once cincuenta y cinco horas del día 11 de octubre de 1996, bajo el número de asiento 2.294/1, del diario número 142, escritura autorizada por el Notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso-Cortés el día 25 de septiembre de 1996, por la que se desafecta la vivienda del portero del edificio, en Valladolid, en la calle Puente Colgante, número 35, y que es objeto de venta, la califico con la siguiente nota:

1.º Se trata de una propiedad horizontal en la que se ha hecho una inscripción extensa en la matriz y luego se han inscrito como fincas independientes cada uno de los elementos que no son comunes.

En dicha propiedad horizontal inscrita, expresamente en su inscripción matriz, se dice que es elemento común, todo ello de conformidad con el artículo 396 del Código Civil.

Cada propietario es dueño no solamente de su vivienda propiamente dicha, sino también proporcionalmente de todos y cada uno de los elementos comunes, entre los cuales está la vivienda que se trata de desvincular y vender.

En los documentos ahora presentados la comunidad, por unanimidad, acuerda la desvinculación y posterior venta.

Al pretender inscribir estos actos nos encontramos con el gravísimo inconveniente que cada uno de los condueños (la mayor parte de ellos) han constituido hipoteca sobre su respectiva propiedad.

Estos acreedores hipotecarios tienen un crédito no sobre sus exclusivas propiedades, sino también a una parte alícuota sobre todos y cada uno de los elementos comunes, por lo que si estos acreedores hipotecarios no han prestado su consentimiento a la desvinculación, se les sustrae una parte de la finca hipotecada. Por otro lado se trata de un valor de importancia material, cual es el precio de una vivienda. Para mayor abundamiento, el párrafo segundo del citado artículo 396 del Código Civil, dice que las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división, y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de las que son anejos inseparables.

En consecuencia, sólo con el consentimiento de los acreedores hipotecarios se puede desvincular y vender la vivienda del portero.

Este defecto se califica de subsanable. (...)

Contra la presente nota cabe recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de esta nota, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Valladolid, a 9 de diciembre de 1.996.—El Registrador.—Firma ilegible.»

#### III

El Notario autorizante de la escritura, don Julián Manteca Alonso-Cortés, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó:

Que no es necesario que los acreedores hipotecarios consientan la segregación, división, desafectación o cualquier acto jurídico que sobre la cosa hipotecada o sus elementos accesorios realicen su propietarios; se creará una hipoteca solidaria y el acto realizado no tendrá efectos frente a dichos acreedores hipotecarios mientras no lo consientan, con los efectos previstos en los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria (Resolución de 15 de junio de 1993).

Que la cita del artículo 396 del Código Civil está fuera de contexto: Los elementos comunes son inseparables de los privativos, y no se puede disponer separadamente de ellos, pero esto es para el propietario singular, no para la comunidad de propietarios (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1994).

Que, si bien en principio parece que las consecuencias para los acreedores hipotecarios de los pisos y locales de la desafectación de la vivienda de portero y su posterior venta sería la aplicación de los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria (que la hipoteca de las fincas de origen gravaría la cuota que correspondía al propietario de la finca gravada en la vivienda desafectada y que el acreedor podría repetir sobre ella y el potencial comprador de dicha vivienda no podría pedir la liberación de la misma aunque se pague parte del crédito hipotecario), con ello resultaría que un acto dispositivo realizado por su propietario sobre un elemento privativo conduciría en la práctica a una limitación de las facultades dominicales de la comunidad de propietarios, ya que si las hipotecas van a recaer sobre el elemento común desafectado, el acto dispositivo o gravamen realizado por un propietario conduciría a la imposible disposición como libre del elemento común convertido en privativo, ya que nadie va a adquirir dicho elemento. Ante semejante situación de intereses en juego, el de los acreedores hipotecarios y el de la comunidad, hay que determinar cuál es el prevalente, entendiendo que el de este último, ya que si en la comunidad ordinaria la posición del acreedor hipotecario de un comunero que ha hipotecado su cuota está subordinada a la de dicha comunidad, en nuestro caso, en que se trata de una comunidad accesoria y especial del elemento principal hipotecado -piso o local, que es lo que el acreedor ha tenido a la vista para conceder su crédito hipotecario- no puede ser diferente. Es decir, que no son aplicables los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria, sino los artículos 399 y 403 del Código Civil, de manera que los actos