

## III

Don Rafael Álvarez García, en nombre y representación de «Arobin de España, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo frente a la nota de calificación, y en cuanto al defecto transcrito, con base en los siguientes argumentos: Que se han observado escrupulosamente la totalidad de los requisitos legales necesarios para llevar a efecto la operación acordeón; que en el artículo 169 de la Ley de Sociedades Anónimas en que se enmarca dicha operación no se establece que sea necesaria la incorporación de un Balance verificado por auditor que sirva de base a la operación, por lo que no se entienda la postura del Registrador negándose a la inscripción por dicho motivo; que tal operación ha sido contemplada por el legislador como un caso particular, pues el recíproco condicionamiento de la reducción y el aumento de capital simultáneos produce una serie de consecuencias jurídicas, de tal manera que la posición de los acreedores puede quedar incólume en aquellos supuestos en que dicho capital, lejos de disminuir, se mantiene e incluso aumenta como consecuencia de nueva aportaciones; que no existe, por tanto, ningún perjuicio para los acreedores y tampoco para los accionistas a los que se ha respetado su derecho de suscripción preferente, y que, de acuerdo con la Resolución de 19 de mayo de 1995, no es necesaria en esta operación el acuerdo unánime de los accionistas que supondría conceder un derecho de veto contrario al principio mayoritario.

## IV

El Registrador decidió mantener el defecto recurrido fundándose en lo siguiente: Que los claros términos en que se pronuncian los artículos 168 de la Ley de Sociedades Anónimas y 171 del Reglamento del Registro Mercantil justifican la nota de calificación; que el hecho de tratarse de una operación acordeón, regulada en el artículo 169 de aquella Ley, no excluye, pese a la simultaneidad de los acuerdos, que éstos no conserven su propia autonomía y deban observarse los requisitos previstos para uno y otro (Resoluciones de 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995); que en el supuesto contemplado por la Resolución de 19 de mayo de 1991 se trataba de un caso sustancialmente idéntico y se dijo que el acuerdo sólo era posible si precede el balance que acredite las pérdidas, pues el acuerdo de reducción significará para los antiguos accionistas la amortización de sus acciones y su exclusión de la condición de socios, lo cual no puede tener lugar sin respetar su derecho a la liquidación de su cuota en el haber social según el oportuno Balance y respecto del cual las garantías del socio no pueden ser inferiores a las previstas para el caso de disolución.

## V

El recurrente se alzó frente a la decisión del Registrador, reiterando sus argumentos.

**Fundamentos de derecho**

Vistos los artículos 166, 167.1.1.º, 168.2 y 169 de la Ley de Sociedades Anónimas; 171 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de 19 de mayo de 1991, 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995:

1. En el único de los defectos de la nota de calificación que ha sido objeto de recurso se plantea si en el caso de reducción del capital de una sociedad anónima a cero para restablecer el equilibrio entre el mismo y el patrimonio disminuido como consecuencia de pérdidas, con acuerdo simultáneo de aumentarlo en cuantía superior a la que hasta entonces tenía, es necesario justificar la existencia de tales pérdidas incorporando a la escritura el correspondiente Balance debidamente auditado.

2. La reducción y aumento simultáneos del capital social pueden responder a distintas finalidades o cumplir diversas funciones económicas y, en principio, cada uno de tales acuerdos y los actos que los complementan conservan su propia autonomía, no sólo conceptual, sino operativa. No obstante, el primero de ellos, la reducción del capital, plantea especiales problemas en el caso de que, como consecuencia del mismo, la cifra de aquél quede minorada de suerte que no alcance el mínimo legalmente exigible, razón por la que ha merecido una especial atención del legislador. En efecto, el artículo 169 de la Ley de Sociedades Anónimas, desarrollando la exigencia contenida en el Derecho comunitario, en concreto el artículo 34 de la Segunda Directiva, tan sólo permite adoptar un acuerdo en tal sentido si simultáneamente se adopta el de transformación de la sociedad o aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a aquel límite, y extiende las cautelas al condicionar su eficacia, en el segundo caso, a la efectiva ejecución del aumento, imponiendo para su inscripción

en el Registro Mercantil la presentación a inscripción simultánea del de transformación o de aumento de capital, este último con su ejecución, exigencia que, en buena lógica, ha de hacerse extensiva a una calificación favorable a la inscripción de estos últimos.

3. Si como consecuencia de ambos acuerdos, la nueva cifra de capital alcanza o supera la que tenía con anterioridad, cabe ciertamente cuestionar si es o no necesario respetar el derecho de oposición a la reducción que el artículo 166 de la citada Ley concede a los acreedores sociales habida cuenta, como argumenta el recurrente, que el aumento experimentado por el patrimonio social supondrá un beneficio para los mismos y, por tanto, si la causa alegada para la reducción es el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por pérdidas (artículo 167.1.1.º de la misma Ley); la realidad de éstas sería intrascendente y, en consecuencia, innecesario justificarlas a efectos de su inscripción registral tal como con carácter general exige el artículo 171.2 del Reglamento del Registro Mercantil para toda reducción que responda a aquella finalidad.

No obstante, como ya advertía la Resolución de este centro directivo de 9 de mayo de 1991, aparte de que el acuerdo de reducción del capital con esa finalidad, que habrá de constar expresamente, requiere la existencia del presupuesto que lo justifica, acreditado a través de un Balance aprobado y auditado (artículo 168.2 de la Ley), no pueden desconocerse sus repercusiones para los accionistas. Aun cuando en estos supuestos de las llamadas operaciones acordeón se refuerza el derecho a la suscripción preferente de las nuevas acciones que habrá de respetarse «en todo caso», lo que permite a los accionistas, a través de su ejercicio, mantener la condición de socio y la misma participación preexistente en el capital social, en cuanto facultad que es para ellos y no obligación (cfr. artículo 145.1 de la Ley), no puede evitar que se produzca alguna de aquellas consecuencias, que pueden llegar en el caso de que la reducción sea a cero, según admite el citado artículo 169, a su exclusión como socio. Y si bien este resultado no es objetable, en cuanto la propia junta podría acordar ante la situación patrimonial de la sociedad su disolución definitiva, sí debe hacerse sin mengua del derecho a su cuota en el haber social, por lo que en cuanto pretenda disminuirse o suprimirse el capital social por razón de pérdidas, habrán de resultar justificadas contablemente con las señaladas garantías previstas por el legislador, so pena de quedar en otro caso aquella exclusión al arbitrio de la mayoría.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando la decisión apelada.

Madrid, 23 de febrero de 2000.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid número XII.

**5673**

*RESOLUCIÓN de 24 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 Trinidad Cantos Galdámez, en nombre del «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, don Daniel Gómez Robles, a cancelar determinadas cargas, en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Trinidad Cantos Galdámez, en nombre del «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, don Daniel Gómez Robles, a cancelar determinadas cargas, en virtud de apelación del recurrente.

**Hechos**

## I

El 22 de junio de 1989, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Barcelona, don José Ramón Mallot Tova, el «Banco Bilbao Vizcaya (Suiza), Sociedad Anónima» concedió un préstamo en divisas a «Intertec, Sociedad Anónima», constituyéndose en garantía de su devolución hipoteca de máximo sobre fincas propiedad del deudor, fincas registrales números 13.511 y 5.197 del Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes. En la referida escritura pública de constitución de hipoteca, «Intertec, Sociedad Anónima» declaró expresamente que ambas fincas se encontraban libres de arrendatarios y en la cláusula 12.<sup>a</sup> se establece entre las obligaciones del prestatario respecto a las fincas hipotecadas, que el

mismo queda obligado a no ceder ni enajenar, total o parcialmente (salvo conformidad del Banco notificada fehacientemente), las fincas hipotecadas, ni a celebrar sobre ellas contratos de arrendamiento, tengan o no carácter de inscribibles en el Registro de la Propiedad, hasta tanto no haya sido cancelada totalmente la hipoteca. Dicha hipoteca fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, con fecha 29 de junio de 1989.

El «Banco Bilbao Vizcaya (Suiza), Sociedad Anónima» tuvo que ejercitar la acción hipotecaria por el procedimiento sumario regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia de Villanueva de los Infantes, autos n.º 84/95.

Con posterioridad al inicio de la ejecución hipotecaria y la expedición de la certificación de cargas, el deudor formalizó un contrato de arrendamiento de las fincas referidas mediante escritura pública ante el Notario de Madrid, don Luis Sánchez Marco, de fecha 17 de octubre de 1995, el cual se inscribe el 6 de mayo de 1997.

El 6 de junio de 1997 en el procedimiento judicial sumario se dictó auto de adjudicación de las dos fincas hipotecadas, a favor del «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», que causó las inscripciones 22.ª y 16.ª en las respectivas hojas registrales de las fincas.

En cumplimiento de lo dispuesto en la regla 17.ª del artículo 139 de la Ley Hipotecaria, el Juzgado de Primera Instancia de Villanueva de los Infantes, con fecha 17 de junio de 1997, remitió mandamiento por duplicado al Registro de la Propiedad de dicha localidad, ordenando la cancelación de la hipoteca y la de todas las inscripciones posteriores.

## II

Presentado el citado mandamiento en el Registro de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, fue calificado con la siguiente nota: «Practicada la cancelación de la hipoteca en los siguientes: Tomo 1252, libro 191, folio 53 vuelto. Finca 13511, inscripción 22.ª, y tomo 1.241, libros 190, folio 214 vuelto, finca 5197, inscripción 16.ª Denegándose la cancelación de las inscripciones 22.ª y 17.ª del derecho de arrendamiento sobre las mismas fincas por predicarse respecto de este derecho la subsistencia del mismo no obstante los cambios de titularidad, conforme al artículo 74 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos del 31-XII-80. Contra la presente nota podrá anteponerse recurso previsto en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario con los plazos y en la forma que en los mismos se indican ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Villanueva de los Infantes, a 22 de julio de 1997. El Registrador. Fdo. Daniel Gómez Robles.

## III

El Procurador de los Tribunales, don Trinidad Cantos Galdámez, en representación del «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: I. Que la nota de calificación que se recurre deniega la cancelación de la inscripción de arrendamiento posterior a la hipoteca. Que tal calificación no distingue entre los efectos sustantivos y los hipotecarios o meramente registrales que conlleva la ejecución hipotecaria respecto al arrendamiento posterior inscrito. Que, en efecto, sin la ejecución de la hipoteca extingue o no el arrendamiento posterior, es una cuestión que corresponde determinar a los Tribunales de Justicia en el procedimiento adecuado, sin que el Registrador tenga competencia para pronunciarse sobre su subsistencia o no, debiendo su calificación contraerse exclusivamente a la perspectiva registral. II. Los efectos sustantivos de la ejecución hipotecaria sobre los contratos de arrendamiento posteriores a la hipoteca. La posibilidad de su extinción. 1. Que a la luz de la actual doctrina y jurisprudencia, el arrendamiento posterior a la hipoteca es inoponible al adjudicatario del bien subastado en el sumario hipotecario, cuando tal arrendamiento es fraudulento o simulado. 1. La jurisprudencia tradicional. La doctrina clásica del Tribunal Supremo se contiene en las sentencias de 22 de diciembre de 1945, 22 de mayo de 1963, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, entre otras. 2. La moderna jurisprudencia. Esta tendencia doctrinal quiebra a partir de las conocidas sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1990, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991 y 23 de junio de 1992, dictadas todas ellas en relación con arrendamientos especialmente protegidos. Esta moderna corriente advierte que la no extinción de los arrendamientos posteriores sólo puede predicarse respecto de aquellos arrendamientos que gocen de presunción de licitud. En este sentido hay que citar las Sentencias de 20 de abril de 1995 y 9 de mayo de 1996. 3. La inicial doctrina del Tribunal Constitucional. Que en primera sentencia sobre la materia otorgó una protección preferente a los derechos del ejecutante en juicio sumario hipotecario. Sin embargo, en Sentencia de 16 de enero de 1992 declaró que no es compatible con la legalidad

constitucional el proceder en el seno del procedimiento sumario hipotecario al lanzamiento del arrendatario de una vivienda sin ser oído en juicio. Los fundamentos de dicha sentencia fueron reproducidos en la de 28 de febrero de 1995. 4. la modificación de la propia doctrina del Tribunal Constitucional. Que las críticas a la anterior doctrina y sus efectos devastadores sobre las hipotecas y el crédito territorial han motivado que el Tribunal Constitucional haya iniciado una línea claramente moderadora. Que ante la proliferación de «arrendamientos posteriores» para provocar la ineficacia de la ejecución hipotecaria, el Tribunal Constitucional en el Auto de 14 de noviembre de 1994, en contra de la doctrina anterior, afirma que es perfectamente acorde con la Constitución Española, declarar extinguido el contrato de arrendamiento posterior en el propio proceso sumario hipotecario, si dicho arrendamiento es fraudulento. Que la orientación del Tribunal Constitucional es patente, por un lado matiza que su anterior doctrina sólo sería aplicable a los arrendamientos de vivienda con prórroga forzosa y por otro lado, advierte que dicha doctrina no puede aplicarse a los arrendamientos fraudulentos. Esta nueva orientación viene confirmada en ulteriores resoluciones y en la Sentencia de 9 de mayo de 1995 del citado Tribunal. Que la doctrina constitucional en la materia se ha consumado con la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 158/1997, de 2 de octubre. 5. La llamada jurisprudencia menor. Hay que citar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 1992, la Sentencia de 2 de julio de 1993 de la Audiencia Provincial de Gerona, la Sentencia de 13 de marzo de la Audiencia Provincial de Sevilla, el auto de la Audiencia Provincial de La Coruña de 9 de mayo de 1999, el auto de 18 de mayo de 1994 de la Audiencia Provincial de Barcelona, el auto de 21 de febrero de 1996 de la Audiencia Provincial de Lérida, el auto de 7 de octubre de 1996 de la Audiencia Provincial de Madrid y otros autos y sentencias más. 6. Conclusiones. Que de acuerdo con todo lo que antecede puede afirmarse que a la luz de la actual doctrina del Tribunal Constitucional, jurisprudencia del Tribunal Supremo y resoluciones de las Audiencias Provinciales, es perfectamente posible y lícito que la propia ejecución hipotecaria provoque la extinción de hecho del contrato de arrendamiento posterior, previa constatación de la fraudulencia o simulación del contrato. III. La extinción de los arrendamientos rústicos por la ejecución hipotecaria. Que los arrendamientos rústicos como el que es objeto de este recurso, si se extinguen por el hecho de la ejecución de la hipoteca constituida con anterioridad, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, aún en el supuesto de no ser simulados o fraudulentos. Que tal afirmación es compatible con la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 (artículos 13, 74 y 78). Que según la doctrina y jurisprudencia en la materia, la ejecución hipotecaria es un supuesto de resolución del derecho del arrendador que provoca la resolución del arrendamiento rústico, siendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1945 la que marcó la pauta y posteriormente las Sentencias de 22 de mayo de 1963 y 31 de octubre de 1986. Que el Registrador debió cancelar el arrendamiento posteriormente inscrito, en cumplimiento de las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987. Que en conclusión los Tribunales de Justicia habrán de pronunciarse sobre la simulación y fraudulencia del arrendamiento inscrito e incluso, sobre su extinción producida por la ejecución hipotecaria, en contra de lo que afirma el Registrador en su nota quien debió limitarse a calificar los efectos hipotecarios del mandamiento de cancelación y no dilucidar la cuestión sustantiva subyacente. IV. Los efectos registrales de las ejecuciones hipotecarias sobre los contratos de arrendamiento inscritos con posterioridad a la hipoteca. La obligatoriedad de su cancelación. Que la citada Sentencia de 5 de febrero de 1945 distingue entre los efectos registrales que producen la cancelación de la inscripción si lo estuviese como derecho real y sustantivos que deshace el derecho del arrendador. Que el Registrador debió cancelar la inscripción del arrendamiento posterior, en virtud de lo que dice el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, pues de esta manera, incumple el mandamiento del Juez. Que la tesis de la ejecución de hipoteca provoca la cancelación de la inscripción de arrendamiento es incluso compartida por la Sentencia de 9 de junio de 1990. Que, en definitiva, hipotecariamente debe cancelarse la inscripción del arrendamiento posterior, sin perjuicio de que la subsistencia del derecho personal sea discutida y resuelta ante los Tribunales de Justicia a través del procedimiento adecuado.

## IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos es el único precepto legal vigente que ofrece una solución a la problemática originada por la confrontación entre los principios del deseo de fortalecer la estabilidad del arrendamiento ante los cambios del titular de la finca arrendada y la conveniencia de proteger y dar seguridad al crédito territorial. La

armonía entre ambos principios resulta imposible cuando entran en contacto ya que ambos responden a necesidades socioeconómicas de primer orden que no admite postergación ante otros de índole superior. Que la necesidad de protección demandada por la situación de los arrendamientos rústicos está cubierta por el sistema de prórrogas forzosas que aparece en los artículos 25 a 28 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y 28 de la Ley de 4 de julio de 1995 de Modernización de Explotaciones Agrícolas. Que frente a tal regulación se sitúa la hipoteca, como derecho de garantía que incide, repercute o se concreta sobre el valor económico de realización de la finca hipotecada, el cual no puede quedar minorado por ninguna causa o gravamen que se constituya con posterioridad. Así lo impone el artículo 1858 del Código Civil. Que, sin embargo, la presencia de un arrendamiento rústico sometido a la Ley especial, como ocurre en este supuesto, puede provocar una quiebra importante en el sistema. Que bajo la denominación de «purga hipotecaria» se resumen las consecuencias derivadas de la culminación de un procedimiento de ejecución judicial dirigido a dar efectividad al derecho de realización del valor, que apareció contemplada en el artículo 131, 17 de la Ley Hipotecaria. Que las normas que disciplinan la purga son mandatos concretos dirigidos al Registrador de la Propiedad, por conducto judicial o notarial, según los casos, las cuales tienen su apoyo y fundamento en los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código Civil. Que resulta muy difícil extender el ámbito extintivo a los derechos personales, sobre todo a los no inscritos. Además, a diferencia de los derechos reales inmobiliarios, los derechos personales inmobiliarios, como el arrendamiento rústico, son perfectamente oponibles a terceros sin necesidad de su inscripción, conforme al artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por lo que malamente se puede admitir que las normas que disciplinan la purga puedan acabar con ellos y en el caso de los arrendamientos rústicos su sistema de prórrogas forzosas y las normas que predicen su subsistencia no obstante la transmisión de la finca arrendada, les dota de suficiente fuerza erga omnes como para permitirse vivir ignorando el resto de las normas que disciplinan nuestro sistema inmobiliario. Que resulta que el arrendamiento rústico tiene proyección a terceros por sus propias normas, luego no necesita del sistema registral para alcanzar lo que este sistema le ofrece. Que un arrendamiento rústico puede inscribirse conforme al artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria y siguiendo al artículo 131, 17 de la Ley Hipotecaria, la purga afecta a todo derecho inscrito con posterioridad a la hipoteca cualquiera que sea su naturaleza. Entonces el efecto purgatorio sólo afectará a los derechos inscritos, lo cual cristaliza en dos conclusiones: 1.º Que el derecho personal no inscritos es de mejor condición que el real; 2.º Que el derecho inscrito es de peor condición que el no inscrito. Que los arrendamientos rústicos especiales viven y sobreviven al margen del sistema registral. El arrendamiento rústico no inscrito no se extingue por consecuencia de la pretendida fuerza extintiva del artículo 131,17 de la Ley Hipotecaria. Que en cuanto a los arrendamientos rústicos inscritos hay que señalar que el arrendamiento es un derecho personal. Que en el sistema inmobiliario español ocurre que hay derechos inmobiliarios no reales que se protegen como éstos. Que las normas procesales que disciplinan la purga no son indicativas de la extinción del arrendamiento posterior a la hipoteca. Esta opinión es la del Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de junio de 1990 y de mayo de 1991. 2.º Que el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos ofrece un criterio general aplicable en el caso de que se transmita la finca arrendada, que desautoriza la aplicación de la solución del artículo 1571 del Código Civil, y aquel precepto es también aplicable a los casos de venta en subasta pública. Que se considera, que según lo anterior, todo adquirente de la finca arrendada, ya sea por venta voluntaria o judicial, deberá subrogarse en la posición jurídica del transferente y asumir el arrendamiento. 3.º a) Que subjetivamente hablando ni en la perspectiva del propietario arrendador ni en la del acreedor hipotecario, como titular de un derecho real limitado en el tiempo, es susceptible de aplicación el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Las dificultades se tornan aún mayores desde el punto de vista objetivo, pues dicho artículo excluye de su ámbito el arrendamiento concertado por el propietario. Que no parece que el artículo 13 sea el más adecuado para regular situación derivada de la preexistencia de una hipoteca. Que si la invocación del artículo citado resulta inoportuna, no puede ser más desafortunada la del artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en primer lugar porque la purga se caracteriza por el automatismo y en segundo lugar, dicho artículo parte de una premisa que es la de que el derecho del arrendador se resuelve. Que los artículos 13 y 78 regulan casos distintos a los que plantea la ejecución hipotecaria. En este sentido hay que citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1990. 4.º Que hay que observar lo que dicen el artículo 100 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 28 de febrero de 1977, 7 de noviembre de 1990 y 3 de junio de 1992. Que las cancelaciones ordenadas en la Regla 17 del artículo 131, tienen un ámbito que queda reducido a los

derechos reales y para los personales, como el arrendamiento, es necesario la existencia de un precepto extintivo que lo reconozca o lo que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que culmina con la Sentencia de 2 de octubre de 1997, es necesario abrir la pieza procesal donde el arrendatario haya tenido la oportunidad de alegar en el propio procedimiento lo que tenga por conveniente para su defensa y siempre sin perjuicio de las acciones oportunas en el juicio declarativo posterior que corresponde. Que si se hubiera procedido de la manera sugerida por el recurrente, el Registro podría publicar una falsedad, en virtud de lo establecido en el artículo 97 de la Ley Hipotecaria. Que no es el Registro ni el Registrador los órganos adecuados para apreciar la circunstancia fraudulenta ni puede presumirse a la hora de practicar un asiento registral, exigiéndose la apertura de un cauce procesal para dilucidar la cuestión. Que nuestro sistema registral es causal y no se debe admitir excepción alguna (el principio de consentimiento formal) cuando de lo que se trata es de reflejar en el Registro, por vía de un asiento, de cancelación, la extinción de un derecho inscrito, pues en estos casos el asiento de cancelación, aunque con forma propia, tiene naturaleza genérica y los efectos de las inscripciones y al Registro deben acceder los títulos por los que se extingan los derechos inscritos, según se desprende del artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Que hay que señalar lo que expresa la Resolución de 2 de noviembre de 1992.

## V

La señora Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia de Villanueva de los Infantes, informó sobre los trámites del procedimiento judicial sumario n.º 84/95 y consideró que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 9 de junio de 1996, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, 6 y 23 de junio de 1992) ha de ser en un procedimiento declarativo ordinario donde con la necesaria contradicción e igualdad de partes se discuta sobre el carácter fraudulento o simulado o la existencia de confabulación como sobre la declaración de nulidad de la inscripción y consiguiente cancelación de la misma; pues en el ámbito de un procedimiento sumario hipotecario ni se ejercita una acción declarativa de este tipo, ni por consiguiente, se puede resolver sobre la misma, a menos que se incurra en incongruencia, y si bien la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no afecta a los derechos personales como el arrendamiento, no inscritos, no sería coherente que afectase a los derechos personales inscritos, produciendo su extinción.

## VI

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha confirmó la nota del Registrador fundándose en que ante la tendencia jurisprudencial más reciente, que se inclina, en principio, por la tesis de la no extinción del contrato de arrendamiento concertado con posterioridad de hipoteca, hay que concluir sobre la improcedencia de extinción de los arrendamientos de forma automática, por lo que hay que estar a lo que decida el órgano jurisdiccional en cada caso concreto, no siendo posible separar el aspecto registral y el sustantivo.

## VII

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que la calificación del Registrador debe contraerse a la perspectiva registral y pronunciarse sobre si por aplicación de la Ley Hipotecaria debe purgarse la inscripción del arrendamiento posterior, sin perjuicio de que en el procedimiento jurisdiccional correspondiente se ventile la existencia, subsistencia o inexistencia del derecho personal. Que la jurisprudencia sobre la materia no debe ser la ratio decidendi para la estimación o desestimación del presente recurso, en el que lo que se examina es la calificación registral del mandamiento judicial desde un punto de vista exclusivamente hipotecario, mientras que la jurisprudencia hace referencia a la extinción o subsistencia del derecho sustantivo. 2. Que lo único que se pretende es que se aplique la Ley Hipotecaria del mismo modo que si se tratara de un derecho de opción inscrito con posterioridad a la hipoteca. Se cancelaría dicho asiento, sin perjuicio de que el beneficiario de la opción puede actuar su derecho personal, reclamando al concedente de la opción lo que le correspondiera en función de lo pactado entre ambos. 3. Que la calificación recurrida se fundamenta en la no aplicabilidad del artículo 131. 17.ª de la Ley Hipotecaria, pero si este precepto fuera obvio, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos no hubiera regulado la cuestión en la forma que lo hace. Que las consideraciones doctrinales que existen respecto al derecho de opción son directamente aplicables, por analogía, al supuesto objeto del presente con-

trato. Que con independencia del notorio carácter fraudulento del arrendamiento de fincas que se trata, lo cierto es que el mismo no goza de los privilegios y beneficios de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por exceder claramente las extensiones máximas a que la misma se refiere, por lo que queda sometido al principio hipotecarios de la prioridad registral y, en consecuencia, sometido al mandato genérico de purga del artículo 131, 17.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1297 del Código Civil, 2, 3, 13, 17, 18, 20, 32, 129 y 131 de la Ley Hipotecaria, 7, 13, 18, 74 y 78 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y 28 Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1985, 16 de enero de 1992, 28 de febrero de 1995 y 2 de octubre de 1997, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1945, 22 de mayo de 1963, 23 de diciembre de 1988, 17 de noviembre de 1989, 9 de junio de 1990, 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, 23 de junio de 1992 y 9 de mayo de 1996 y las Resoluciones de 27 de enero de 1986 y 19 de noviembre de 1987.

1. Se debate en el presente recurso acerca de si deben o no cancelarse los arrendamientos sobre fincas rústicas inscritas con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta en virtud de mandamiento de cancelación de cargas dictado por el Juez ante el que se tramitó el procedimiento judicial sumario. Si bien es cierto que, en caso de enajenación de una finca arrendada, el nuevo propietario, aunque reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debe subrogarse en el arrendamiento constituido sobre la finca por el transmitente (cfr. artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), tal subrogación no puede imponerse al adquirente posterior a la celebración del contrato de arrendamiento cuando su adquisición es consecuencia de la enajenación forzosa del derecho del arrendador en virtud de un derecho, la hipoteca, que es anterior al mismo arrendamiento (cfr. artículos 13 y 78 de Ley de Arrendamientos Rústicos).

2. La subrogación establecida por el referido artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos debe entenderse concretada a aquellas obligaciones relativas al bien en cuestión, asumidas por el anterior titular en cuanto dueño pleno, libre e incondicionado, excluyendo las contraídas una vez que su derecho como arrendador queda temporalmente limitado, ya sea de modo definitivo, ya eventualmente; así lo establece expresamente la Ley de Arrendamientos Rústicos para el caso de resolución (cfr. su artículo 78 que, en el ámbito de esta legislación específica, supera incluso al criterio recogido en el artículo 1.520 del Código Civil), y para el caso de sobrevenencia del hecho extintivo que fijaba desde su nacimiento la dimensión temporal del derecho de aquél (cfr. artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos); y así debe ocurrir también en el caso de que la extinción provenga del ejercicio de un derecho real como la hipoteca que puede comportar la enajenación forzosa del bien. Tal conclusión viene avalada, además, por la necesaria interpretación estricta de un precepto como el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que contra el principio general del sistema (cfr. artículo 1.257 del Código Civil), traslada al adquirente de un bien, determinadas obligaciones que en relación con él ha contraído su titular; y de la exigencia de interpretación sistemática de los textos legales (cfr. artículo 3 del Código Civil), pues no sería lógico que la ejecución hipotecaria comportara la extinción de verdaderos derechos reales de goce sobre la cosa, constituidos después de la hipoteca ejecutada, como el usufructo, la enfiteusis o la superficie, (cfr. Artículos 17 y 131, regla 17.<sup>a</sup> de la Ley Hipotecaria) y que, en cambio, debieran subsistir derechos a los que no corresponde tal carácter, y es que, en definitiva, aquel criterio de purga de las cargas posteriores no evidencia sino que el «ius distrahendí», inherente a la hipoteca determinará, que la transmisión, en su caso, del bien o derecho gravado, se producirá con el alcance y contenido que este derecho tiene al tiempo de constitución de la hipoteca.

3. Ahora bien, que el adjudicatario en la enajenación forzosa del bien hipotecado no deba subrogarse en el arrendamiento constituido sobre el bien con posterioridad a la hipoteca, no quiere decir que la adjudicación haya de producir de forma automática la extinción del arrendamiento, pues, la alternativa que el artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Rústicos ofrece al nuevo titular, en previsión de que las condiciones económicas del arriendo convengan al nuevo titular, y que consiste en que éste pueda optar entre la extinción o la subsistencia del arriendo, también debe aplicarse al adjudicatario del bien hipotecado. Por ello el mandamiento de cancelación de cargas consecuente al auto de adjudicación no es suficiente para cancelar el arrendamiento posterior a la hipoteca, sino que es necesario que conste, de un modo adecuado para producir efecto en el Registro de la Propiedad, la voluntad del nuevo propietario de resolver el contrato de arrendamiento.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado confirmar la nota y el auto apelado en los términos que resultan de los fundamentos anteriores.

Madrid, 24 de febrero de 2000.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha.

## 5674

*RESOLUCIÓN de 25 de febrero de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Construcciones Juan Redondo, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Las Rozas, don Francisco Villanueva Castellano, a practicar una anotación preventiva de embargo, en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Rodríguez Pechín, en nombre de la entidad mercantil «Construcciones Juan Redondo, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Las Rozas don Francisco Villanueva Castellano, a practicar una anotación preventiva de embargo, en virtud de apelación del recurrente.

#### Hechos

##### I

En autos de juicio ejecutivo número 607/1990, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 51 de Madrid, a instancia de la entidad «Construcciones Juan Redondo, Sociedad Anónima», contra la Cooperativa Monte Verde Las Matas-2, se trabó embargo sobre 100 fincas propiedad de los socios cooperativistas para responder de 40.881.856 pesetas de principal más 18.000.000 de pesetas presupuestadas para intereses y costas, expidiéndose el oportuno mandamiento que ordena la anotación preventiva de embargo correspondiente el día 18 de julio de 1996, en el que se hace constar que el embargo trabado se hace en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de los Estatutos de la entidad demandada y que la responsabilidad de cada socio titular es mancomunada simple y limitada a sus aportaciones y compromisos adquiridos.

##### II

Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Las Rozas, fue calificado con la siguiente nota: «Se 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 Monte Verde Las Matas-2.—Las Rozas de Madrid, a 24 de julio de 1996.—El Registrador.—Firma ilegible».

##### III

La Procuradora de los Tribunales, doña María Teresa Rodríguez Pechín, en nombre de la entidad «Construcciones Juan Redondo, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación y alegó:

Que desde el momento en que por el Juzgado se acuerda la mejora o la ampliación del embargo sobre las 100 viviendas cuya titularidad registral ostentan ahora los cooperativistas y que antes ostentaba la cooperativa, el procedimiento se entiende dirigido contra los 100 socios cooperativistas, y el exigir que en el mandamiento conste expresamente tal circunstancia resulta demasiado riguroso y formalista e infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

Que aún en el caso de que el Registrador entendiera que en el mandamiento ha de constar que el procedimiento se ha dirigido contra los 100 cooperativistas y que la resolución mediante la cual se ha acordado se haya notificado a los mismos, la omisión de tales menciones son subsanables librando nuevo mandamiento en el que consten tales circunstancias, y no insubsanables.