

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10355 *Resolución de 5 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Manilva, por la que se suspende la inscripción de una escritura de dación en pago.*

En el recurso interpuesto por doña T.I.S.S., contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Manilva, doña Belén Santa-Olalla Fernández-Figares, por la que se suspende la inscripción de una escritura de dación en pago.

Hechos

I

En Estepona, el 29 de octubre de 2009, ante el notario, don Jorge Moro Domingo, se otorgó escritura de dación en pago por la que don F.R.C, en nombre y representación de don A.R.C. transmite a doña T.I.S.S., una finca rústica sita en Manilva, pendiente de inmatriculación. Así mismo en la cláusula tercera de dicha escritura ambas partes pactan un derecho de compra a favor de don A.R.C. con un plazo de duración hasta el día 11 de septiembre de 2010, pactando la cancelación registral de este derecho por transcurso de seis meses desde la fecha anterior, esto es el día 11 de marzo de 2011.

II

Presentada la citada escritura con fecha 10 de mayo de 2013, causando el asiento 1.668 del Diario 52, acompañada de certificación catastral descriptiva y gráfica expedida el 8 de junio de 2012, informe de 18 de diciembre de 2012 emitido por don F.P.V.L. gerente territorial del catastro de Málaga, copia del título previo, la escritura de compra otorgada el 27 de octubre de 2005 ante el notario de Estepona, don Ignacio Bayón Pedraza, y copia de la escritura de reconocimiento de deuda y promesa de hipoteca otorgada el 11 de septiembre de 2008 ante el notario de Estepona, don Jorge Moro Domingo, retirada posteriormente y devuelta al registro el día 21 de mayo de 2013, fue objeto de la siguiente calificación: «...En el ejercicio de la calificación Registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos I. Documento y presentación: (...). II. En dicho Documento se han observado las siguientes circunstancias que han sido objeto de calificación desfavorable: Defectos: En esta nueva presentación y con la documentación ahora aportada: 1.º El defecto n.º 1 de las últimas calificaciones realizadas el 19 de febrero de 2010, 9 de abril de 2010, 26 de mayo de 2011 y 10 de julio de 2012, 4 de febrero de 2013 y 12 de abril de 2013 no puede considerarse subsanado ya que no se aporta nada nuevo y en su momento manifesté que si bien se aportaba una nueva certificación catastral descriptiva y gráfica, catastrada a favor de la adquirente Sra. S.S., y se aportaba, escritura de reconocimiento de deuda y promesa de hipoteca se mantiene en su integridad pues la descripción de la finca en la citada escritura de compra de 27 de octubre de 2005 n.º 4102 del protocolo del notario Sr. Bayón que sería el título público traslativo previo para poder realizar la inmatriculación es distinta a la que consta en esta escritura de Dación en pago y además no coincide tampoco con la descripción contenida en la nueva certificación catastral descriptiva y gráfica, y dicho requisito es absolutamente necesario tal y como se recoge en el art. 298 del Reglamento Hipotecario y que ha sido reiterado en numerosas ocasiones por las Resoluciones de la DGRN ya establecidas en la anterior calificación por lo que no se reitera su contenido. Se alega por los adquirentes

que el requisito de la total y plena concordancia de la descripción de la finca a inmatricular en el título de dación en pago con la certificación catastral se cumple y que no es necesario que la descripción de la finca en el título público previo acreditativo de la adquisición por el transmitente coincida con el título público a inmatricular ni con la certificación catastral. Ante esta manifestación, reitero lo establecido en la anterior calificación apoyándome en la misma Resolución de la DGRN de 4 de enero de 2008 cuya síntesis es que para practicar la inmatriculación por título público es necesario que la finca descrita en el título previo coincida con la que se refleja en el título inmatriculador, y si existen diferencias que hagan dudar de esa identidad, habrá que complementarlo con la correspondiente acta de notoriedad. Además la diferencia de superficie entre el ante título y el título inmatriculador y la certificación catastral, se considera por la DGRN como uno de los datos a tener en cuenta para considerar o no la existencia de identidad de la finca y sin que sea de aplicación la excepción del art. 45 aludida por los adquirentes al tratarse de una diferencia inferior al 10% y ello es reiterado por la DGRN en diversas Resoluciones cuya síntesis es que Ninguna finca puede ser inmatriculada en el Registro si no se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica de la cual resulte una descripción de la finca totalmente coincidente con la que figure en el título.: Añade la Dirección General que esta regla no admite excepciones, por lo que no puede aplicarse analógicamente la excepción prevista en el art. 45 de la Ley del Catastro, referida a un supuesto distinto (correspondencia entre la referencia catastral y la identidad de la finca cuando entre ambas exista una diferencia de cabida no superior al 10%). (R. 4-12-2007), en las que se añade que tampoco es admisible que se trate de acreditar la realidad de la superficie reflejada en la escritura mediante informe técnico. Doctrina reiterada en R. 3-9-2009, R. 8-9-2009. En esta nueva presentación se aporta además de una nueva instancia con alegaciones de la adquirente Sra. S.S. y un informe de la evolución de la situación gráfica catastral de la parcela que se pretende inmatricular con las modificaciones producidas a lo largo de 10 años desde 2002 hasta 2012, pues bien precisamente este último informe aportado reafirma mis dudas sobre la identidad de la finca que se pretende inmatricular pues de dicho informe se aprecia con claridad una parcelación entre los años 2002 y 2008 y un cambio de forma de la finca entre los años 2010 y 2012 que unido a todas las calificaciones realizadas con anterioridad que constan archivadas en los legajos del Registro, me impiden apreciar la supuesta identidad de la finca cuya inmatriculación se solicita y que se defiende en las alegaciones ahora presentadas. En esta devolución se vuelve a aportar la escritura de reconocimiento de deuda para acreditar que los interesados aceptaban la nueva superficie, pero en la citada escritura únicamente manifestaban ser esa la nueva superficie, pero dicha escritura no se puede considerar como título previo pues no es una escritura traslativa únicamente contiene el reconocimiento de una deuda y una promesa futura de hipoteca. Por tanto reitero el defecto 1.º de falta de identidad de la finca descrita en el antetítulo y la descrita en el título inmatriculador, pues no se ha subsanado por alguno de los medios posibles, bien por Acta de notoriedad o bien rectificando el antetítulo por todos sus otorgantes. 2.º El defecto n.º 2 ya quedó aclarado en otras presentaciones anteriores.–3.º El defecto n.º 3 de las anteriores calificaciones, relativo a la cláusula 3.ª de esta escritura que parece envolver una venta en garantía, no se ha subsanado en esta nueva presentación, por lo que sigue sin poder inscribirse reiterándose la última calificación realizada y además por las siguientes razones: En este sentido la DGRN establece que: Presentada una escritura en que se combina un negocio de dación en pago de deuda con otro de venta con derecho a retraer si se acredita el pago de determinada cantidad de dinero, entiende la Dirección General que existe en tal caso un pacto comisorio (venta en garantía) no inscribible, porque «No ha de valorarse fraccionadamente la total operación realizada, sino de un modo global en coherencia con su carácter unitario, con la íntima vinculación e integración de sus determinaciones, y en función de la efectiva finalidad práctica perseguida, que revela suficientemente que la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva, sino una transmisión provisional y cautelar a consolidar en caso de incumplimiento de una obligación» (R 5 6 91, Existe pacto comisorio (nulo, conforme al

art. 1859 CC) cuando la venta con pacto de retro se instrumentaliza como garantía de un crédito preexistente. (STS 5-6- Respecto a este 3.º defecto, se vuelve a alegar, como en la anterior presentación, por los adquirentes en su escrito que ya ha transcurrido el plazo para su ejercicio que fue el 11 de septiembre de 2010, pero omitían el punto 3º de dicha cláusula tercera, en la que se establecían 6 meses más para poder pedir la cancelación de dicho derecho y dichos 6 meses no habían transcurrido todavía, ahora puede que haya caducado el plazo para el ejercicio del derecho pero no hay que confundir entre el plazo de ejercicio del derecho de recompra (de caducidad), que será el pactado por las partes, y el de la acción encaminada a proteger, en este caso al vendedor o cedente que es de prescripción, y está sujeta al plazo general de quince años del art. 1964 CC. Se añade en las alegaciones ahora presentadas que no se puede hablar de venta en garantía, sino que el negocio jurídico es una dación en pago, pues bien con todos mis respetos nunca se ha negado que se trate de una dación en pago sino lo que se ha puesto en duda como reiteradamente se ha hecho constar en todas las calificaciones anteriores que esta dación envuelve una venta en garantía o pacto comisorio, remitiéndome a las anteriores calificaciones respecto a los fundamentos de derecho. Por ello se reitera íntegramente su denegación, teniendo en cuenta además que la no inscripción del pacto de recompra o derecho a retraer que se reserva el vendedor, puede tener trascendencia para el total de la operación querida por las partes interesadas, no basta solo con el consentimiento del presentante y de los adquirentes sino que dicho consentimiento de inscripción parcial de la dación en pago sin que conste en el Registro el derecho de recompra o. derecho a retraer a favor del vendedor, exige el consentimiento expreso de ambas partes (cedente y adquirentes) bien en escritura pública, o bien mediante instancia con firmas legitimadas notarialmente. Y ello por aplicación del principio de rogación y del art. 19 bis de la Ley hipotecaria y conforme a la Resolución de 28 de mayo de 2005 en la que en síntesis establece. En transmisión sujeta a condición resolutoria no puede inscribirse aquélla y denegarse ésta.—Ya antes de la entrada en vigor del actual art. 19 bis LH y había declarado la Dirección General que en el Registro de la Propiedad español no se inscriben abstractamente las titularidades reales inmobiliarias, sino el completo hecho, acto o negocio que las causa, cualquiera que sea su clase; no puede desconocerse la unidad negocial tal como aparece configurada por los otorgantes, de modo que, si éstos han querido constituir una condición resolutoria explícita, no podrá inscribirse la transmisión y denegarse el acceso registral de la cautela resolutoria, pues ello implicaría la alteración del equilibrio negocial pretendido y atribuir a 1 negocio efectos distintos de los queridos por los interesados. A ello añade ahora el Centro Directivo que, en la actualidad, el párrafo segundo del art. 19 bis LH parte del presupuesto de que la inscripción parcial (que permitiría la inscripción de la transmisión sin la garantía resolutoria) debe solicitarla el interesado, y es claro que en un caso como el debatido interesado sólo puede serlo el vendedor, sin que baste el consentimiento del presentante, ni aun cuando éste sea el propio notario. (R. 28-5-2005 y ello es reiterado en la Resolución de 2 de octubre de 2006 en la que establece que: Conforme al art. 19 bis de la LH, en los casos de denegación parcial de algún pacto que afecte a la esencia del negocio celebrado, el registrador debe actuar a solicitud de parte, siendo únicamente el interesado, en ningún caso el presentante, quien debe prestar la conformidad al efecto. (R. 2-10-2006) 4.º El defecto n.º 4 de las anteriores calificaciones, también se mantiene en su integridad, pues con la documentación aportada no se han aclarado las dudas sobre la finca que se trata de inmatricular. Además existen dudas sobre la falta de inmatriculación de esta finca, pues en esta escritura no coincide la descripción realizada con la certificación catastral que se aporta ni tampoco con la descripción del antetítulo, aunque ahora ya aparece catastrada a nombre de la adquirente; se solicitó una certificación en este Registro en base a otra descripción catastral y se dio negativa, pero como ya se estableció en otras calificaciones anteriores, esta finca ya ha pretendido inmatricularse en diferentes ocasiones, con distinta pero parecida descripción, y con distinta titulación pública y no se aportaba una certificación catastral coincidente. Por todas las razones expuestas, siguen existiendo dudas más que razonables, de la

identidad de la finca a inmatricular. 5.º El defecto n.º 5 de la anterior calificación ya fue subsanado. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes: Fundamentos de Derecho I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los arts. 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho II, debe tenerse en consideración: Además De los establecidos en las anteriores calificaciones, los siguientes: artículos 53.10 y 53.7, de la Ley 13/1996, 199, 200 y 203 de la Ley Hipotecaria, 298 de su Reglamento y las Resoluciones de esta Dirección General de 26 de abril de 2003, 17 y 18 de febrero de 2004 y 2 de junio de 2005. Artículos 205 de la Ley Hipotecaria, 298 de su Reglamento y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2002 y 18 de diciembre de 2003 y 4 de enero de 2008. Arts. 3, 9, 21, 201, 202, y 205 de la Ley Hipotecaria y 51, 272 a 287 y 298 de su Reglamento. Resoluciones de la DGRN de 16 de febrero y 30 de mayo de 1988, 5 de julio de 1991, 24 de Enero de 1994, 9 de octubre de 2000 13 de septiembre de 2002, 17 de enero de 2003. Arts. 50, 51 y 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Arts. 3, 9, 21, 205 de la Ley Hipotecaria y 51, 298 de su Reglamento en relación con el art. 53, 8 y 10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre declarados vigentes por el RDleg 1/2004 de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, arts. 3, 9, 21 de la Ley Hipotecaria y 7, 33, 651 de su Reglamento. Resoluciones de la DGRN de 12 de mayo de 1998 y 8 de enero de 2002 y 9 de mayo de 2003. Arts. 1, 3, 20, 21, 205, 208, de la Ley Hipotecaria y 298, 300 y 308 de su Reglamento. Resoluciones de la DGRN de 7 de marzo de 1994, 4 de mayo de 1998, 7 de noviembre de 2000, 20 de enero de 2003, 11 de febrero de 2004, 9 de marzo de 2004, 2 de abril de 2004, 23 de noviembre de 2004, 28 de diciembre de 2004, 17 de febrero de 2005, 2 de abril de 2005, 8 de enero de 2005 y 24 de enero de 2006, art. 53.8º y 10º de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, declarados vigentes por el RDleg 1/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Resoluciones de la DGRN de 4-3-1996, 23-10-2000 y 13 de junio de 2002. Resoluciones de la DGRN de 16 de febrero y 30 de mayo de 1988, 5 de julio de 1991, 24 de enero de 1994, 9 de octubre de 2000, 13 de septiembre de 2002, 17 de enero de 2003. Resoluciones de la DGRN de 16 de febrero y 30 de mayo de 1988, 5 de julio de 1991, 24 de enero de 1994, 9 de octubre de 2000, 13 de septiembre de 2002, 17 de enero de 2003. Arts. 50, 51 y 53 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, los artículos 9, 199, 205 y 327 de la Ley Hipotecaria y 51, 300 y 306 de su Reglamento, así como las Resoluciones de 23 de octubre de 1965, 27 de enero, 11 de febrero y 23 de noviembre de 2004, 29 de julio de 2005 y 24 de enero, 9 de marzo y 17 de octubre de 2006, 15 de marzo de 2007 y 4 de diciembre de 2007, art. 53.8º y 10º de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Resoluciones de la DGRN de 4-3-1996, 23-10-2000 y 13 de junio de 2002. Los arts. 3, 9, 14 y 21 de la Ley Hipotecaria y 76.1º, 78 y 80 de su Reglamento, arts. 34, 36 y 37 del Reglamento Hipotecario y 9, 10, 11, 1.259 y 1.280.5º del Código Civil. Las Resoluciones citadas en el apartado defectos. Principio de rogación y art. 19 bis de la Ley Hipotecaria. Resolución de 28 de mayo de 2005 en la que en síntesis establece que en transmisión sujeta a condición resolutoria no puede inscribirse aquélla y denegarse ésta.– Ya antes de la entrada en vigor del actual art. 19 bis LH, había declarado la Dirección General que en el Registro de la Propiedad español no se inscriben abstractamente las titularidades reales inmobiliarias, sino el completo hecho, acto o negocio que las causa, cualquiera que sea su clase; no puede desconocerse la unidad negocial tal como aparece configurada por los otorgantes, de modo que, si éstos han querido constituir una condición resolutoria explícita, no podrá inscribirse la transmisión y denegarse el acceso registral de la cautela resolutoria, pues ello implicaría la alteración del equilibrio negocial pretendido y atribuir a 1 negocio efectos distintos de los queridos por los interesados. A ello añade ahora el Centro Directivo que, en la actualidad, el párrafo segundo del art. 19 bis LH parte del presupuesto de que la inscripción parcial (que permitiría la inscripción de la transmisión

sin la garantía resolutoria) debe solicitarla el interesado, y es claro que en un caso como el debatido interesado solo puede serlo el vendedor, sin que baste el consentimiento del presentante, ni aun cuando éste sea el propio notario. (R. 28-5-2005 y ello es reiterado en la Resolución de 2 de octubre de 2006 en la que establece que: Conforme al art. 19 bis de la LH, en los casos de denegación parcial de algún pacto que afecte a la esencia del negocio celebrado, el registrador debe actuar a solicitud de parte, siendo únicamente el interesado, en ningún caso el presentante, quien debe prestar la conformidad al efecto. (R. 2-10-2006) 609, 1.261, 1.274 a 1.277, 1.281, 1.445, 1.450, 1.859 y 1.884 del Código civil; 9 y 18 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de 23 de mayo de 1935, 20 de mayo de 1943, 7 de enero y 25 de mayo de 1944, 23 de febrero de 1954, 14 de diciembre de 1955, 4 de enero de 1956, 8 de marzo de 1963, 14 de marzo, 11 de junio y 15 de octubre de 1964, 18 de febrero de 1965 y 19 de mayo y 2 de junio de 1982 y la Resolución de 16 de junio de 1922, artículos 609, 1.203, 1.204, 1.261, 1.274 a 1.275, 1.278, 1.280, 1.507 a 1.520 y 1.884 del Código Civil, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1951, 8 de octubre de 1981, 19 de mayo y 2 de junio de 1982 y 5 de julio de 1982, y las Resoluciones de 29 de septiembre de 1927, 10 de junio de 1986 y 30 de junio de 1987. Concretamente los fundamentos de Derecho de la Resolución de 5 de junio de 1991, que fueron transcritos literalmente en la anterior calificación por lo que se omite su reiteración. A los efectos de proceder a la inmatriculación por título público, el registrador ha de calificar no sólo éste, sino también el título previo de adquisición, que por tanto ha de ser aportado por el presentante. (R. 26-7-2011. Ninguna finca puede ser inmatriculada en el Registro si no se aporta certificación catastral, cuya autenticidad esté acreditada (por lo que no sirve un borrador), de la cual resulte una descripción de la finca totalmente coincidente con la que figure en el título. A estos efectos, la certificación catastral (arts. 41, 47.1 y 83 de la Ley del Catastro) puede ser, bien la firmada manualmente por el funcionario competente del Catastro, bien la obtenida telemáticamente por el notario autorizante de la escritura, en la cual la autenticidad de la certificación se acreditará mediante el correspondiente código seguro de verificación. No es por ello admisible, en el caso debatido, el borrador de certificación que se incorpora a la escritura, al no cumplir los requisitos exigidos por la legislación catastral para asegurar su autenticidad. Res. DGRN de 28 de octubre de 2011. Formas de subsanación. Rectificando lo que proceda, de manera que exista identidad entre la finca que se pretende inmatricular y la descrita en la escritura de compra de 2005 y en la certificación catastral. Bien rectificando el título previo y este título ahora presentado por todos los otorgantes o bien realizando un Acta de notoriedad complementaria. La cláusula 3ª no se inscribiría por ser contraria a Derecho. Y si se quiere inscripción parcial, despachándose únicamente la dación en pago sin la cláusula 3ª y 4ª de la escritura relativa al derecho de recompra a favor del cedente, será necesario el consentimiento en escritura pública de las 2 partes interesadas, o bien instancia suscrita por ambas partes y cuya firma sea legitimada notarialmente, no bastando solo el consentimiento del presentante de la escritura o solo el de los adquirentes. Pues el interesado en dicho derecho de recompra es precisamente el cedente. En su virtud, acuerdo mantener la suspensión de la inscripción del documento objeto de la presente calificación y mantener la denegación de las cláusulas 3.ª y 4.ª, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la presente nota, al concurrir los defectos indicados en los Fundamentos de Derecho II de la misma nota. De conformidad con los arts. 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación por el plazo de 60 días, contados desde la fecha de la última notificación. Pudiendo, no obstante, el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de 60 días antes referido, solicitar la práctica de la anotación preventiva prevista en el Art. 42,9 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título en el plazo máximo de 10 días contados desde esta fecha. Contra la anterior (...). Manilva, a 27 de mayo de 2013. La Registradora (firma ilegible). Fdo. Belén Santa-Olalla Fernández-Fígares.»

III

Contra la anterior calificación se interpuso recurso por doña T.I.S.S., mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro con fecha 17 de junio de 2013, en el que resumidamente expone que la referencia catastral se expresa, acompañándose certificación catastral de fecha 8 de junio de 2012, además de la que se inserta en el título y que de ellas y de los documentos aportados, incluida la certificación de la gerencia catastral, resulta la perfecta identidad de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción que de la finca se hace en dicho título. Reproduce la descripción de la finca en los títulos y señala que la registradora no puede fundar sus dudas en otros títulos anteriores al traslativo previo e inmatriculador, a la certificación catastral descriptiva y gráfica y a la falta de inscripción de la finca en el título inmatriculador, a los que ha de ceñirse la calificación. Que en cuanto a la no inscripción del derecho de compra, habiendo transcurrido sobradamente el plazo para su ejercicio es innecesaria la prestación del consentimiento expreso de los otorgantes para la inscripción parcial, no obstante en cuanto al derecho de venta señala que no es aplicable la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 1991, ya que en este caso la dación tiene una causa lícita, solventar una deuda vencida, líquida y exigible y por tanto anterior y no ilícita de garantizar una deuda posterior o simultánea, venta en garantía. En este caso vencida y liquidada la deuda se conviene la entrega de un bien en pago de la misma, supuesto este admitido (Resolución de 13 de marzo de 2000).

IV

La registradora emite su informe con fecha 1 de julio de 2013, manteniendo su calificación, forma expediente, acreditando que se notificó la interposición del recurso a los notarios autorizantes del título inmatriculador y previo, sin que se hayan recibido informes, y lo eleva a esta Dirección General.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 7, 18, 82, 199 y 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento; 1.255, 1.274 a 1.279, 1.859 y 1.884 del Código Civil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2002, 18 de diciembre de 2003, 4 de diciembre de 2007, 4 de enero y 12 de mayo de 2008, 3 y 8 de septiembre de 2009, 13 de julio y 16 y 23 de diciembre de 2010, 7 de marzo de 2011 y 16 de junio y 16 de octubre de 2012; Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982 y 20 de mayo de 1986, 18 de febrero de 1997, 13 de mayo de 1998, 15 de junio de 1999, 26 de abril de 2001 y 5 de junio de 2008; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 1991, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 13 de marzo de 2000, 24 de septiembre de 2007, 26 de noviembre de 2008 y 21 y 22 de febrero y 20 de julio de 2012.

1. En este expediente se discuten básicamente dos cuestiones, aunque articuladas en tres defectos, que son, en primer lugar, la necesidad de identidad de la descripción de la finca en el título inmatriculador y en su previo, y la inexistencia de dudas fundadas en cuanto a si la finca consta previamente inmatriculada, defectos 1.º y 4.º de la nota de calificación. Y en segundo lugar, si la combinación de una dación en pago y posterior pacto de venta a favor del transmitente anterior, que se recogen en la escritura, constituyen un pacto comisorio no inscribible, defecto 3.º El resto de defectos, procedentes de previas notas de calificación por las sucesivas presentaciones del mismo documento, se dicen subsanados.

2. En cuanto a la primera de las cuestiones, defecto número 1 de la nota de calificación, en el título previo al inmatriculador, escritura de compra otorgada el 27 de octubre de 2005, se dice que la finca ocupa una superficie de tres mil seiscientos ochenta

y ocho metros cuadrados y hacen constar las partes que medida recientemente tiene una superficie de cuatro mil ochocientos ochenta y nueve metros con treinta y dos decímetros cuadrados. Sin embargo en el título inmatriculador, escritura de dación en pago otorgada el 29 de octubre de 2009, se describe la finca a inmatricular conforme a la certificación catastral que se incorpora, con la cual es totalmente coincidente, salvo por la actualización que se hace en el título en cuanto a uno de los linderos, y con una superficie de cinco mil doscientos ochenta y siete metros cuadrados. En este título no se hace referencia alguna a que la superficie sea diferente ni a que se haya instado la oportuna modificación del catastro para incorporar a este la superficie real.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en caso de inmatriculación de fincas el registrador debe extremar el celo calificador y no solo es exigible que la descripción del inmueble en cuestión en la certificación catastral descriptiva y gráfica sea idéntica a la se haga en el título inmatriculador, sino que también debe haber entre este y el título previo similitudes suficientes para que no haya dudas sobre la identidad de la finca cuyo acceso al registro se pretende. Existiendo diferencias entre la descripción de la finca en el título previo y la que de la misma figura en el título inmatriculador, en términos tales que permitan albergar una duda razonable acerca de que se trate de la misma finca, no puede entenderse cumplido el requisito establecido tanto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria como, posteriormente, en el artículo 298 de su Reglamento, de la necesaria acreditación fehaciente por el transmitente de su adquisición de la finca o derecho con anterioridad a la fecha del título inmatriculador.

Además posteriormente se ha actualizado la descripción catastral de la finca, según el informe de 18 de diciembre de 2012 emitido por don F.P.V.L., gerente territorial del catastro de Málaga relativo a la evolución de la situación gráfica catastral de la parcela, atribuyéndole finalmente una superficie de cuatro mil ochocientos ochenta y nueve metros con treinta y dos decímetros cuadrados coincidente con la que se invocaba en el título previo. Esta circunstancia, la de su medida superficial real, debió hacerse constar en el título inmatriculador pues también es doctrina reiterada de este Centro Directivo que ninguna finca puede ser inmatriculada en el Registro si no se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica de la cual resulte una descripción de la finca totalmente coincidente con la que figure en dicho título. Por lo que procede rectificar este para recoger la superficie actual de la finca, según la modificación catastral efectuada, que ya sería coincidente con la descripción recogida en el título previo.

3. Continuando con la inmatriculación, en el defecto 4.º de la nota, además de reiterar las discrepancias antes vistas, fundamenta la registradora sus dudas en cuanto a la posible inscripción en que ya se pretendió inmatricular anteriormente la finca en varias ocasiones con diferente descripción y distinta titulación pública, concretamente con los títulos previo y anterior a éste. El defecto no puede mantenerse. Como ya ha señalado esta Dirección General, el registrador al calificar no puede tener en cuenta sino los títulos presentados, con asiento de presentación vigente, no los caducados que a efectos del procedimiento registral es como si no hubieran estado presentados nunca (cfr. artículos 17 y 18 de la Ley Hipotecaria), siendo la información que puede tener el registrador como consecuencia de estos extrarregistral y por lo tanto ajena a la calificación.

4. En cuanto al defecto número 3 de la nota de calificación, referente a la existencia de un pacto comisorio son hechos relevantes, los siguientes:

– En escritura otorgada el 11 de septiembre de 2008, ante el notario de Estepona, don Jorge Moro Domingo, don S.R.O., casado con doña T.I.S.S. entrega en concepto de préstamo la cantidad de treinta y seis mil euros, mediante cheque nominativo que se inserta en la escritura, a don F.R.C. que actúa en su propio nombre y en representación de don A.R.C. En la misma escritura se pacta que la deuda deberá pagarse en el plazo de un año, es decir antes del día 11 de septiembre de 2009, devengando un interés de 7%, resultando una total cantidad a devolver por el deudor, incluidos intereses gastos e impuestos de cuarenta y cinco mil setecientos euros. Las partes pactaron así mismo que

para el caso de no pagarse la deuda el obligado debería constituir hipoteca sobre la finca de su propiedad, que es la misma cuya inscripción se pretende ahora, por dichas cantidades además de en garantía de intereses de demora y costas que se fijan en el propio título. Es evidente que dicha hipoteca no pudo constituirse al no estar inscrita la finca.

– El 29 de octubre de 2009, mediante escritura otorgada ante el notario de Estepona, don Jorge Moro Domingo, objeto de este expediente, don F.R.C., en nombre y representación de don A.R.C. transmite a doña T.I.S.S. que adquiere para su sociedad de gananciales con don S.R.O. como dación en pago de la deuda citada, si bien se fija esta en cuarenta y tres mil setecientos euros, cantidad en que se valora la finca, en la que se comprenden treinta y seis mil euros de principal, mas siete mil setecientos euros en concepto de intereses, gastos e impuestos devengados. Diferencia esta que no se ha reflejado en la nota de calificación, si bien en cualquier caso con la dación la parte acreedora otorga carta de pago total de la deuda antes mencionada.

– A continuación, en la cláusula tercera de la escritura ambas partes pactan un derecho de compra a favor de don A.R.C. por el importe del valor de la finca más los impuestos y gastos derivados de la compra. Dicho derecho se establece hasta el día 11 de septiembre de 2010.

La registradora afirma en su nota que la cláusula 3.^a de esta escritura parece envolver una venta en garantía.

Ciertamente, el Código Civil siguiendo el ejemplo del Derecho Romano, rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (Resolución de 20 de julio de 2012, que reitera otras muchas anteriores como las de 10 de junio de 1986, 29 de septiembre de 1987, 5 de mayo y 22 de septiembre de 1992, 30 de septiembre de 1998 y 26 de noviembre de 2008). La prohibición del comiso, es imperativa y de orden público (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril 2001), considerándose comúnmente que tiene un doble fundamento, que gira en torno a la exigencia de conmutatividad de los contratos. En primer lugar se destaca que su ratio descansa en el riesgo de que, dadas las presiones a las que se puede someter al deudor necesitado de crédito al tiempo de su concesión, las cosas ofrecidas en garantía reciban una valoración muy inferior a-la real, o que, en todo caso, tengan un valor superior al de la obligación garantizada. Se trata en definitiva de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado. También se ha fundamentado la prohibición en la necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su «*ius distraendi*», protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta. Asimismo, el pacto de comiso plantea problemas respecto a posibles titulares de asientos posteriores, que no se dan en caso de ejercicio del «*ius distraendi*», en que está prevista la suerte de los mismos.

Dentro del ámbito de la prohibición, el Tribunal Supremo ha incluido en repetidas ocasiones el negocio de transmisión de propiedad en función de garantía, articulada a través de un medio indirecto consistente en la instrumentación de una compraventa simulada (cfr. Sentencias de 2 de junio de 1982, 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras).

También este Centro Directivo ha señalado que no ha de valorarse fraccionadamente la total operación realizada, sino de un modo global en coherencia con su carácter unitario, con la íntima vinculación e integración de sus determinaciones, y en función de la efectiva finalidad práctica perseguida, que revela suficientemente que la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva, sino una transmisión provisional y cautelar a consolidar en caso de incumplimiento de una obligación (cfr. Resolución de 5 de junio de 1991).

Ahora bien no puede presumirse que el hecho de que se pacte un negocio complejo en el que tras la dación en pago se otorgue al cedente la posibilidad de recuperar la finca implique por sí solo la simulación de la transmisión.

La dación en pago es una categoría contractual que está ampliamente admitida por la jurisprudencia y por la práctica jurídica. Nuestro Alto Tribunal, viene estableciendo una constante doctrina que se concreta en los siguientes postulados: a) «que la datio pro soluto, significativa de adjudicación del pago de las deudas... se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989); b) En cuanto a su régimen jurídico «bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo (...) ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989); y c) Por su parte, esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, «determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes, sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación». Se configura así como «elemento esencial» configurador de este contrato la concurrencia de un crédito, que se extingue con la adjudicación de los bienes, que ha de ser «un crédito cierto», lo que implica su concreta determinación: «crédito líquido que sirva de contraprestación a la entrega o adjudicación de bienes hecha con la finalidad de extinguir aquél» (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996).

En consecuencia el comiso prohibido, es el que se conviene «ex ante» o con carácter simultáneo. La ratio de la prohibición no es sino asegurar, en los términos vistos, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevalece de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto cuando más se pone de relieve es cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se Jiga su efectividad la dación en pago.

En el caso que nos ocupa, la deuda es anterior, está documentada en instrumento público, el medio de entrega de la deuda es un cheque bancario incorporado a dicho documento, el plazo de devolución se ha cumplido, en consecuencia la deuda ha devenido líquida y exigible. Partiendo de este antecedente no cabe suponer que la dación efectuada tenga otra finalidad que la solutoria. La finca no permanece, como en las transmisiones simuladas, suspensivamente en el patrimonio del deudor «enajenante» que puede recuperar la finca mediante el pago de la obligación, si no que se ha producido una transmisión plena. A esto no obsta que se pacte un derecho de compra a favor del cedente, que constituye así mismo un pacto legal, derecho que por otra parte no ha sido ejercitado, por lo que se ha consolidado la transmisión. Por lo tanto el pacto de compra resulta inscribible.

5. Por último, en cuanto alega el recurrente que habiendo transcurrido con exceso el derecho de compra a favor del cedente el defecto decae, no siendo necesario el consentimiento expreso de todas las partes para su cancelación en el caso de que llegara a inscribirse, opone la registradora que puede que haya caducado el plazo para el ejercicio del derecho pero que no hay que confundir entre el plazo de ejercicio del derecho de recompra (de caducidad), que será el pactado por las partes, y el de la acción encaminada a proteger, en este caso al vendedor o cédeme que es de prescripción, y está sujeta al plazo general de quince años del artículo 1964 del Código Civil. Pero este argumento no puede sostenerse ya que las partes pactaron un derecho sujeto a plazo y convinieron que si transcurridos otros seis meses a partir de la fecha límite de ejecución no constare en el registro su ejercicio los cónyuges doña T.I.S.S. y don S.R.O., podrían cancelar el derecho mencionado, por lo tanto, la existencia de una cláusula que contiene esta limitación temporal de la facultad concedida al cedente habría determinado, caso de

inscribirse que del propio Registro se desprendiese, una vez transcurrido el tiempo pactado la extinción del derecho inscrito, siendo de aplicación las normas relativas a la caducidad de los asientos como consecuencia de la limitación convencional del plazo para el ejercicio de las correspondientes acciones (artículo 82.2 in fine de la Ley Hipotecaria y 177 de su Reglamento), sin que sea necesario que el cedente preste su consentimiento pues ya lo hizo anticipadamente en la propia escritura.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso en cuanto a los defectos tercero y cuarto de la nota el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en cuanto al primero, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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