

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11697 *Resolución de 20 de mayo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad n.º 39 de Madrid, a practicar una anotación preventiva de crédito refaccionario.*

En el recurso interpuesto por don J. M. G. V., en nombre y representación de doña M. C. S. G., contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Madrid número 39, doña María Josefa C. Pérez Martín, a practicar una anotación preventiva de crédito refaccionario.

Hechos

I

Mediante escrito presentado en el citado Registro de la Propiedad el 16 de octubre de 2009, doña M. C. S. G. solicitó la práctica de una anotación preventiva de crédito fraccionario sobre determinadas fincas, sobre la base de que el veintitrés de abril de dos mil tres, dicha señora había ingresado en la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell», con la finalidad de obtener una vivienda de protección pública de las que aquella promocionaba, siendo la empresa «Gespozuelo, S. L.», la que promovía esa Cooperativa. Manifestaba la solicitante que con el dinero que aportó en su día se compraron determinadas fincas registrales inscritas en dicho Registro a nombre de la citada Cooperativa, que detalla, aclarando que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social en los años 2005 y 2006, por lo que solicitaba la «anotación preventiva del crédito refaccionario sobre el proyecto de construcción de la vivienda en su apartado de compra de terrenos por importe de 48.874,04 euros».

II

Dicho documento fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe: «...Previa calificación del precedente documento, no se practica la anotación del crédito refaccionario en él solicitada en base a los siguientes hechos y fundamentos de derechos: Hechos. El dieciséis de octubre de dos mil nueve, a las 11,05 horas, se presenta en el Asiento 1498 del Diario 28, una solicitud de anotación preventiva de crédito refaccionario, a solicitud de doña M. C. S. G. Dicha solicitud se basa en que el veintitrés de abril de dos mil tres decidió ser parte de la Cooperativa «El Balcón de O'Donnell S. C. M. V.», para obtener una vivienda de protección pública, y que la empresa que promueve esa Cooperativa es «Gespozuelo, S.L.». Según la solicitante con el dinero que aportó se compraron las fincas registrales 11144 y 11146. (Aclarando que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social en el año 2003). En el apartado D de la instancia también se dice: «Que esta fecha de compra y por lo tanto de crédito para la misma es anterior a la que realiza la Cooperativa a favor de la Cam por lo que no sería necesario ningún convenio entre el refaccionario y la Cam». Dicha instancia tiene la firma ratificada ante la Registradora el 16 de octubre de 2009. A dicha instancia se acompañan los siguientes documentos: 1.º Un escrito de fecha 18 de febrero de 2009, del Consejo Rector de la Cooperativa El Balcón de O'Donnell S. C. M. V., en el que se comunica la cantidad aportada por doña M. C. S. G. a la Cooperativa; la fecha en la cual el Consejo aceptó y calificó su baja como voluntaria, Acta de 15 de septiembre de 2008, el artículo 14 de los estatutos que prevén las consecuencias de la baja y los reembolsos que deben producirse. Dicho escrito no tiene las firmas legitimadas. 2.º Fotocopia de la nota simple de la finca 11146. 3.º Un informe del despacho de Abogados... sobre el Crédito

Refaccionario del Constructor en el Concurso de Acreedores. 4.º Contrato de inscripción en el Balcón de O'Donnell S. C. M. V., con número de socio 169, promoción entrega del Sur-Este de Vicálvaro, Madrid (UZP 2.01, UZP 2.02; UZP 2.03; UZP 2.04) de fecha 23 de abril de 2003, (Con el anexo donde constan las cantidades entregadas) suscrito entre la solicitante de la anotación y la Cooperativa representada por don L. E. C. V., doña M. I. G. H. y don J. G. M., en calidad de Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Cooperativa. Así como la memoria de calidades. Dicho documento se encuentra compulsado con el original por el Secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero el día 26 de octubre de 2009. Pero en el documento original las firmas no están legitimadas. 3.º Modificación al contrato de inscripción antes citado, de fecha 26 de marzo de 2008, suscrito por las mismas partes. Se modifica la vivienda a adquirir, que pasa a ser de 90 metros cuadrados y cuatro dormitorios y adquiere un número distinto de cooperativista, el número 250. Dicho documento se encuentra compulsado con el original por el Secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero el día 9 de octubre de 2009. Pero en el documento original las firmas no están legitimadas. La situación de las fincas sobre las que se solicita la anotación, registrales 11144 y 11146: Figuran inscritas a favor de la Cooperativa El Balcón de O'Donnell Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas, en pleno dominio, y además de las notas de afección al Impuesto de las inscripciones 1.ª y 2.ª, y la de estar incluida en la Junta de Compensación del UZP. 2.04 Desarrollo Este. Los Berrocales, quedando afectas al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación o expropiación en caso de propietarios no adheridos, habiéndose expedido la certificación de dominio y cargas, aparece gravada con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, que causó la inscripción 4ª, respondiendo cada una de las finca de un principal de un millón de euros, más responsabilidades accesorias. Fundamentos de Derecho: No se practica la anotación de crédito refaccionario solicitada habida cuenta de que dicha anotación debe practicarse cuando el crédito que garantiza tenga ese carácter de crédito refaccionario, carácter que no es a la legislación hipotecaria a la que corresponde definir, (lo que debe entenderse por crédito refaccionario), sino a la legislación civil sustantiva, perteneciendo a la legislación hipotecaria solo el ámbito de la publicidad en materia inmobiliaria. Se trata pues de dilucidar «si los reembolsos» de las aportaciones hechas por un socio de una cooperativa de vivienda que ha causada baja justificada en la misma tienen o no el carácter de crédito fraccionario. La doctrina, ya que no hay un concepto establecido legalmente de refacción sino que el código se limita a establecer su preferencia en relación con otros créditos, ha ido perfilando junto con la jurisprudencia los contornos del concepto; refacción quiere decir etimológicamente acción de hacer o reparar una cosa, pero hoy es mantenido casi unánimemente que debe ser interpretado en un sentido amplio y que podría abarcar desde la reconstrucción de un edificio, la rehabilitación, mejora, e incluso la construcción ex novo. También es cierto que es unánime la doctrina y la jurisprudencia al interpretar que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo en el sentido técnico jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido de modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario. No parece estar restringido el privilegio exclusivamente a un contrato de préstamo ya fuere de dinero o de efectos, sino que privilegia al que tuviere un crédito, de cualquier tipo, derivado de haber invertido en la construcción o conservación de una cosa que sin su actividad no estaría en el patrimonio del deudor. (Así la Ley Hipotecaria habla de cantidades «que de una vez o sucesivamente se anticiparen»). En definitiva cualquier contrato por el que se pretenda financiar tiene por causa conceder crédito sin necesidad de fingir que se constituye un préstamo. Por último es claro que el fundamento del privilegio refaccionario es el aumento de valor del bien refaccionado introducido por el acreedor en el patrimonio del deudor, pero también parece claro que siempre referido a una construcción ya sea su realización, modificación, mejora, rehabilitación, etc. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1987, serán refaccionarios todos los créditos surgidos como consecuencia, directa o indirecta, de un contrato de obra, de modo que cualquier financiación de una obra consistente en construir, reparar, mejorar, o conservar, será

refaccionario. No existen pronunciamientos jurisprudenciales, al menos que me consten, que traten sobre la adquisición de terrenos para construir (ni en el ámbito cooperativista) como créditos refaccionarios, y lo que sí remarca toda la jurisprudencia es que el concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza su extensión indiscriminada a todo el que tenga origen en un suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles. Ciñéndonos al caso que nos ocupa hay que apreciar: 1.º Que los bienes sobre los que se pide la refacción son fincas a nombre de la Cooperativa El Balcón O'Donnell, una de ellas en cuanto a la participación del cincuenta por ciento, pero que se trata de fincas rústicas. (Aunque inmersas en una actuación urbanística por compensación). 2.º Que sobre dichas fincas no existe ninguna declaración de obra nueva, ni en construcción ni terminada. 3.º Que solamente existe una adquisición de los terrenos (en los que posiblemente se pretenda edificar). Que dicha adquisición no se puede determinar –es una cuestión de prueba– (que el registrador no está legitimado para apreciar de la documentación aportada) si se realizó o no con el capital social de la cooperativa, aunque el solicitante de la anotación asevera que fue con las aportaciones de los socios y no con el capital social. Cuestión difícil de entender si se tiene en cuenta que según el artículo 49 de la Ley de Cooperativas de Madrid (4/1999, de 30 de marzo) que el capital social está constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de sus socios y en su caso asociados, y el artículo 45 de la Ley de Cooperativas (Ley 27/99, de 16 de julio), que viene a establecer lo mismo, y que conforme a los artículos 7 de ambas Leyes: La Cooperativa desde el momento de su inscripción tiene personalidad jurídica. No parece que haya una refacción, un aumento del valor de bien como consecuencia de las obras, (reparación, mejora rehabilitación o construcción) en el patrimonio del deudor (hasta ahora solo ha habido la adquisición del terreno) ya que como antes decía las fincas siguen calificadas como rústicas y no existe declaración de obra nueva. Por otro lado los artículos 15.4 de la Ley Estatal y 55.5 de la Ley Autonómica fijan la responsabilidad del socio que causa baja en la cooperativa. «Responderá personalmente de las deudas sociales... durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio de las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja hasta el importe... Parece el criterio establecido en estos preceptos contrario a la idea del privilegio que otorga la refacción. Puesto que hace responsable al cooperativista que causa baja de las deudas contraídas por la cooperativa. Parece colocar en situación más privilegiadas a los acreedores de la cooperativa que al propio cooperativista. La resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 2006 ratifica los criterios mantenidos en esta nota. En materia estrictamente hipotecaria se aprecia también una serie de defectos conforme a los artículos 42.8, 55, 59 a 64, 68.2, 92 y 93, 95 de la Ley Hipotecaria, y antes 155 a 160, 166-7, 197.5 y 206.8 del Reglamento Hipotecario. El artículo 155 exige para solicitar la anotación la comparecencia de todos los interesados en la anotación, ya sea personalmente o debidamente representados. Salvo que las firmas estén legitimadas notarialmente (cuestión que no se da en el presente supuesto). Es decir, haría falta o bien la comparecencia de ambas partes de la forma determinada en el artículo 155, es decir que haya acuerdo entre el deudor y el acreedor para solicitar la anotación (o que al menos el deudor titular registral tenga conocimiento de que se va a practicar la anotación, desde mi punto de vista, si admitiéramos que el crédito es refaccionario, véase artículo 55 del Reglamento Hipotecario, que exige al Juez la audiencia de todo el que tenga intereses en contradecir la anotación), o bien solicitarlo por vía judicial, recomendando al interesado que anote preventivamente la demanda que entable para conseguir anotación del artículo 42.8 de la Ley Hipotecaria. Existe además sobre las fincas una hipoteca inscrita, con lo cual el supuesto se desplazaría al artículo 61 del Reglamento Hipotecario, que exige convenio unánime en escritura pública o una providencia judicial. Conforme al artículo 63, faltaría determinar el valor de las fincas refaccionadas antes de empezar las obras. Choca este precepto de nuevo con la calificación de este crédito como refaccionario, puesto que se habría incrementado el patrimonio del deudor como consecuencia de la adquisición de los terrenos, pero no se ha producido un incremento de valor de los terrenos como consecuencia de la refacción. Por los argumentos expuestos: La dudosa clasificación del crédito como crédito refaccionario, ya que la

prestación no parece haberse invertido inmediatamente en la refacción (mejora, construcción, rehabilitación, etc de una obra); Preceptos de la Ley de Cooperativas que hacen responsable al socio que ha causado baja de las deudas de la cooperativa frente a otros acreedores (a los que sí parece atribuirles preferencia frente al socio); Calificación de terrenos como rústicos, inexistencia de declaración de obra nueva; Falta de fijación del valor inicial de las fincas objeto de refacción; Y falta del convenio unánime en escritura pública o providencia judicial; el Registrador que suscribe deniega la anotación preventiva solicitada. Contra el acuerdo de calificación anterior, que se comunica al presentante, podrán los interesados reclamar potestativamente o ante la... Madrid, 5 de noviembre de 2009.–El Registrador. [Firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la Registradora]».

III

El representante de la solicitante de la anotación preventiva interpuso recurso contra la anterior calificación, alegando, en síntesis:

1. Que es suficiente un contrato en el que figure el compromiso de financiar para que el mismo sea considerado crédito refaccionario, pues es evidente la voluntad de financiar la vivienda con el mismo, toda vez que la solicitante de la anotación aportó las cantidades que en el contrato se indican. Por ello, ha de entenderse que simplemente las aportaciones de cantidad a una promoción son causa directa para ser considerado aquel como préstamo refaccionario. Además, en este caso se compraron terrenos rústicos y se convirtieron en urbanos realizándose una mejora de los mismos.

2. Que en línea con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1987, son créditos refaccionarios todos los surgidos como consecuencia, directa o indirecta, de un contrato de obra, de modo que cualquier financiación de una obra consiste en construir, reparar, mejorar o conservar será refaccionario, y precisamente lo presentado al Registro es un contrato de obra concertado entre la solicitante y la Cooperativa, para realizar una vivienda, no para comprar una parcela, aunque esto último sea necesario para el resultado final perseguido.

En todo caso se muestra la conformidad con la nota, en el sentido que se exija por el registrador la concurrencia de la solicitante y de la Cooperativa, toda vez que el crédito debe de ser inscrito con la aportación de legitimidad de las firmas de ambas partes –sic–; estando también conforme con la aplicación del artículo 61 del Reglamento Hipotecario, «pero sobre las fincas que se compra con el dinero puesto para el proyecto con el Cam es decir a las posteriores al 2005» (sic).

3. Que sólo el hecho de la firma de un contrato de construcción es suficiente causa para ser considerado como crédito refaccionario, independientemente de que el promotor o la cooperativa «se lo gaste en tierras, licencias o lo que sea», pues la calificación jurídica se da con independencia de que la vivienda se realice o no.

IV

Mediante escritos de 30 de noviembre de 2009, la Registradora de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 3 de diciembre de 2009).

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1923 del Código Civil; 15 y 51 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; 23.1, 49 y 55 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; 42, 55, 59 a 64 y 92 a 95 de la Ley Hipotecaria; 18, 20 a 23, 26, 27 y 35 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval; 90.1.3.º y 90.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 155 a 160, 166, 197 y 206 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1975, 21 de mayo de 1987, 30 de marzo de 1990, 5 de julio de 1990, 9 de julio de 1993, 22 de julio de 1994, 21 de julio de 2000 y 6 de febrero de 2006; y las

Resoluciones de este Centro Directivo de 14 de junio de 1899, 9 de junio de 1911, 29 de marzo de 1954, 10 de diciembre de 1999, 12 de marzo de 2004 y 6 de abril de 2006.

1. En el presente recurso debe decidirse si puede o no considerarse como crédito refaccionario, susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, el originado por la aportación que de una determinada cantidad de dinero ha realizado una persona al ingresar como cooperativista en una cooperativa de viviendas de la que posteriormente causa baja.

El solicitante de dicha anotación alega que con el dinero que aportó se compraron las fincas inscritas en dicho Registro a nombre de la citada cooperativa, para construir viviendas de protección pública, y que dichos terrenos se compraron con las aportaciones de los socios y no con el capital social de dicha entidad.

La Registradora de la Propiedad deniega la práctica de la anotación preventiva solicitada por entender, en esencia, que el eventual derecho de reembolso de la aportación en su día realizada no tiene la cualidad de crédito refaccionario. Considera que la adquisición de terrenos para construir no da lugar al nacimiento de créditos refaccionarios y que, además, en el Registro únicamente consta la mera adquisición de los terrenos, sin que figure ninguna declaración de obra nueva y sin que se pueda apreciar de la documentación aportada si se realizó o no con el capital social de la cooperativa.

2. En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que defina el crédito refaccionario. El Código Civil se limita a establecer determinada preferencia legal en favor de los créditos refaccionarios sobre los inmuebles que hubiesen sido objeto de la refacción, distinguiendo según consten o no en el Registro de la Propiedad (cfr. artículo 1923, números 3 y 5). La Ley Hipotecaria dispone que el acreedor refaccionario puede exigir anotación preventiva –con los efectos de la hipoteca– sobre la finca refaccionada (cfr. artículo 59 en relación con los artículos 42.8º, 60 a 65 y 92 a 95). Asimismo, se regula la preferencia del crédito refaccionario en la Ley de Hipoteca Naval (cfr. artículos 18, 20 a 23, 26, 27 y 35) y en la Ley Concursal (artículos 90.1.3.º y 90.2).

Para la Real Academia Española de la Lengua, el calificativo «refaccionario», referido a un crédito, viene a indicar que procede de dinero invertido en fabricar o reparar algo, con provecho no solamente para el sujeto a quien pertenece, sino también para otros acreedores o interesados en ello.

Puede afirmarse que se considera crédito refaccionario el contraído en la construcción, conservación, reparación o mejora de una cosa, generalmente un inmueble. Tradicionalmente se ha exigido a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada. Y, según la evolución jurisprudencial, el crédito deriva de la anticipación de dinero, material o trabajo con dicha finalidad.

En efecto, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. la Sentencia de 21 de julio de 2000 y las demás citadas en los «Vistos» de la presente Resolución), a la hora de proporcionar rasgos definitorios de esta figura, ha puesto de manifiesto que el crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a dicho contrato, sino también de aquellos otros contratos que hayan contribuido, por modo directo, al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, refiriéndolo a toda relación jurídica que implique un adelanto por el contratista al propietario; y que la palabra anticipar, empleada por el artículo 59 de la Ley Hipotecaria para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo el término «cantidad» una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el artículo 1273 del Código Civil, máxime cuando el artículo 60 de aquella ley se refiere al «dinero o efectos en que consistan los mismos créditos». Todo ello, superando anteriores pronunciamientos del mismo Tribunal Supremo que habían aplicado el que se podría calificar como concepto estricto de crédito refaccionario, ciñéndolo al derivado de un contrato de préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio.

Ahora bien, en dicha jurisprudencia también se pone de relieve que tal «concepto amplio de crédito refaccionario no autoriza, empero, su extensión indiscriminada a todo el

que tenga su origen en el suministro de bienes o servicios que guarden cualquier tipo de relación con bienes inmuebles». Y es que, en aquellos casos también calificados como supuestos de crédito refaccionario por el Alto Tribunal, se desprendía que el acreedor había ejecutado la propia obra del edificio o bien había suministrado elementos, integrados de forma fija en el inmueble en cuestión.

3. En el caso del presente recurso, y como acertadamente pone de relieve la Registradora en su calificación (que da perfecta cuenta de los antecedentes de hecho del caso y del contenido de los libros del Registro), a la vista de la pretensión de la solicitante de la anotación no puede afirmarse que estemos en presencia de una refacción, de un aumento de valor del bien como consecuencia de las obras, y además las fincas sobre las que pretende la anotación siguen calificadas como rústicas y no existe declaración de obra nueva sobre las mismas, debiendo recordarse, de nuevo, que es la incorporación del valor en el bien objeto de refacción –y no en el patrimonio del deudor– lo que tradicionalmente ha venido a justificar la preferencia reconocida en favor del crédito refaccionario y, por ende, la posibilidad de practicar la anotación preventiva del mismo.

Por lo demás, también deben compartirse los razonamientos que la Registradora expresa en su nota al interpretar el alcance de los artículos 15.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, estatal, y 55.5 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, pues tales preceptos determinan la responsabilidad del socio que causa baja en la cooperativa, estableciendo que aquél responderá personalmente de las deudas sociales (obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja y previa exclusión del haber social), durante cinco años desde la pérdida de su condición de socio y hasta el importe reembolsado, por lo que resulta evidente que al hacer responsable al cooperativista con esa extensión, coloca a los acreedores sociales en situación más privilegiada que a aquél; algo, por tanto, opuesto al privilegio que otorga la refacción.

Pero es que, además, la expresión «reembolso» que emplea la legislación sobre cooperativas no deja de ser en cierto sentido impropia, pues parece dar a entender devolución o recuperación exacta de lo que el cooperativista hubiera aportado, y lo que realmente ha de tener lugar, al causar aquel baja en la entidad, es una liquidación, puesto que el capital aportado es un capital de riesgo, sometido a pérdidas o incrementos, de modo que el socio que causa baja a lo que tiene derecho es a que le liquiden su aportación al capital, cuyo valor puede haber aumentado o disminuido. Esta idea es recogida por la legislación cuando alude a la «liquidación de estas aportaciones», que necesariamente conduce a referenciar «la aportación por liquidar», no a «parte alícuota del patrimonio social», sino a «parte alícuota del capital social» (parte alícuota del patrimonio neto repartible reflejado en el pasivo del balance por el capital social, dentro de los fondos propios).

Añádase a lo anterior para concluir, y como refuerzo de la consideración de mera pretensión personal que tiene el derecho de reembolso del socio, que el Tribunal Supremo ha encuadrado la acción para reclamarlo en el ámbito del artículo 1964 del Código Civil (plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan fijado un término especial).

4. Por último, tampoco cabe olvidar las objeciones formales que se contienen en la parte final de la nota de calificación y que el recurrente admite en su escrito, por lo cual queda reforzada, aun más, la negativa a la práctica de la anotación pretendida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 20 de mayo de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.