

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

1896 *Resolución de 22 de enero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granada n.º 5 a la constancia registral del carácter preferente de un crédito anotado.*

En el recurso interpuesto por la procuradora de los tribunales, doña P. A. L., en representación de la «Comunidad de Propietarios Residencial Vista Elvira, Bloque A», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Granada número 5, don Felipe Martínez del Mármol Albasini, a la constancia registral del carácter preferente de un crédito anotado.

Hechos**I**

Se presenta en el Registro mandamiento de embargo por deudas a la comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Existiendo una hipoteca sobre la finca embargada, y tratándose el embargo de cantidades comprendidas en los términos del artículo 9.1.e de la Ley de Propiedad Horizontal, consta la notificación del procedimiento al acreedor hipotecario, al objeto de hacer constar en el Registro la preferencia correspondiente, según una diligencia de constancia del secretario del Juzgado, «a efectos de la constancia registral de dicha preferencia, por haber cumplido con los requisitos exigidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado». Se adjunta a dicha diligencia testimonio de la Sentencia del Juzgado y auto de aclaración de la misma, expresándose en el fallo de ambos: «Declarándose el carácter preferente de dicho crédito a favor de la demandante en los términos del artículo 9.1.e de la Ley de Propiedad Horizontal», así como la referida notificación de la pendencia del proceso a la Caja titular de la hipoteca anterior, sin que hiciera manifestación alguna.

II

El registrador toma la anotación de embargo correspondiente, denegando la constatación de la preferencia, en méritos de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad número cinco. Acuerdo de calificación. Documento: Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Granada. Expediente, ejecución de títulos judiciales 60/2012. Mandamiento de anotación de embargo, presentado el 14 de septiembre del 2012, asiento 241, Diario 81. Hechos. Los resultantes del documento presentado, en el que se acuerda la anotación preventiva de embargo a favor de C. P. Edificio Vista Elvira Bloque A, contra Promociones Martínez Plazas, S.A., sobre la registral 17096 de Albolote, por impago de cuotas comunitarias de varias fincas integradas en el edificio correspondiente a la comunidad de propietarios demandante. Se acompaña, diligencia de constancia de fecha 25 de junio del 2012, testimonio expedido por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia Número cinco de Granada el 25 de junio del 2012, de la sentencia dictada el 18 de noviembre del 2011 y del auto dictado el 17 de enero del 2012, por el referido Juzgado, solicitando la constancia registral del carácter preferente, de conformidad con el artículo 9.1e) L. P. H., del crédito que por este documento se persigue, a la carga existente sobre dicha finca, a favor de Caixa d'Estalvis de Catalunya, dándose traslado de la demanda a la entidad perjudicada, Caixa d'Estalvis de Catalunya, sin que la misma haya hecho manifestación alguna. Se condena a la demandada a abonar la cantidad de treinta y cuatro mil trescientos sesenta y dos euros con veintiocho euros, en concepto de cuotas

comunitarias adeudadas a fecha 30 de abril del 2011, más el interés legal del dinero desde la fecha del primer requerimiento. Tanto de los documentos relacionados, así como de la consulta de los archivos del Registro, se observa que la demandada es propietaria y titular registral de varias fincas integradas en el mismo edificio. Fundamentos de Derecho. De una parte se cita el principio de especialidad, en el sentido de que se debe especificar la cuantía de las cuotas impagadas de la última anualidad y parte vencida de la corriente, correspondiente a la finca embargada, ya que hay cierta indeterminación sobre la carga que supone la afección real y su preferencia, sobre esta finca en concreto. Y de otra parte, en el procedimiento, sólo ha sido demandado el titular registral, sin que el titular del derecho de hipoteca de la carga existente con anterioridad al embargo que se practica, esto es Caixa d'Estalvis de Catalunya, haya sido parte en el procedimiento, debiendo ser demandado el mismo, no siendo suficiente, que de la parte demandante solicitase que se diera traslado de la demanda en calidad de perjudicada a la repetida entidad Caixa D'Estalvis de Catalunya, a fin de que, se personara en el proceso y reconociera la preferencia del crédito por impago de las mencionadas cuotas, o se opusiera a dicha preferencia por las causas que estimara oportunas, siendo conceptos procesales diferentes; en este último punto se invoca la Resolución General de los Registros y Notariados de 10 de agosto del 2006. Por ello se adopta el siguiente acuerdo: Se practica la anotación de embargo solicitada, y se deniega la constatación registral de la preferencia a la carga anterior, por no venir determinada la cantidad reclamada por la última anualidad vencida y parte vencida de la corriente, correspondiente a la finca embargada, y no estar demandado o que haya sido parte en el procedimiento, la titular de la carga anterior, Caixa D'Estalvis de Catalunya, según los fundamentos de derecho expuestos. Se notifica esta calificación al Juzgado y al presentante del documento. Conforme al art. 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogada la vigencia del asiento de presentación correspondiente hasta sesenta días hábiles siguientes a la práctica de la última de dichas notificaciones. Contra este acuerdo de calificación (...) Granada 18 de septiembre de 2012. El registrador (firma ilegible y sello del Registro)».

III

La recurrente impugna la calificación interponiendo el siguiente recurso: Motivos I. Deber de especificar la cuantía de las cuotas impagadas de la última anualidad, y parte vencida de la corriente.—La cuantía del crédito preferente consta determinada en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granada. El juzgador ha concretado en la resolución que la cuantía reclamada se ajusta a lo dispuesto en el artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal. Sin perjuicio de lo anterior, el término final del plazo legal sujeto a la preferencia (del crédito conformado por las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior), se corresponde con la fecha de interposición de la demanda. Dicho esto, y no existiendo solución de continuidad por impago de las cuotas devengadas con posterioridad, es de justicia interesar en sede del proceso en trámite, que se declaren igualmente preferentes, las cuotas vencidas en el transcurso del proceso judicial, y hasta la celebración de la vista, invocando para ello el principio de economía procesal, Se basa la acumulación de créditos preferentes en base a lo autorizado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 23 de abril de 2002, por todas, que autoriza de forma nítida la declaración consecutiva de créditos preferentes, ajustados a los límites temporales fijados en el 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal. En su mérito, el defecto de la determinación del quantum sería inexistente, y en relación al período reclamado, debe ser objeto de mera adición al mandamiento de embargo, previo acuerdo por el juzgador, y se constituiría el defecto en subsanable. Si se toma en consideración en el supuesto presente que la fecha de presentación de la demanda representa, por un lado, el término final del periodo ajustado al 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, y por otro, término inicial del nuevo periodo susceptible de determinación como crédito preferente, igualmente al amparo de la norma citada, para lo que hubo que aportar en el momento procesal oportuno, certificación de liquidación practicada en junta de

propietarios, y prueba de impago de las cuotas devengadas hasta la fecha de celebración de la vista, circunstancia que verificó el juzgador, en uso de sus competencias. Se señala el defecto de la determinación, como inexistente, o subsidiariamente, susceptible de aclaración por el juzgador, mediante la oportuna diligencia de adición, en los términos expuestos; II. Suficiencia de la notificación de la demanda a la entidad perjudicada. A fin de cumplir expresamente con lo exigido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de agosto de 2006. Constaría acreditado, mediante la sentencia dictada, y el auto aclaratorio, que la existencia del procedimiento se notificó debidamente a la entidad perjudicada por la declaración, «Caixa d'Estavis de Catalunya», por lo que practicada la misma, quedaría desvirtuada la situación de indefensión, cuya protección ampara la Resolución citada. Lo consignado en el fundamento de Derecho segundo del acuerdo de calificación recurrido, entiende la recurrente que dicha fundamentación no se encuentra ajustada a Derecho, habida cuenta de los que la Resolución citada establece. En su mérito, no se comparte la insuficiencia expresada en la calificación recurrida, y ello porque en la citada Resolución se afirma que, para la constancia registral de la preferencia, «el perjudicado ha tenido que tener posibilidad de excepcionar la afección SIC». El traslado de la demanda practicada habilita dicha posibilidad de excepción. Por tanto, la posibilidad de excepción por parte del perjudicado debe entenderse una vez se comunica al perjudicado –por cualquier medio admitido en derecho– la existencia del proceso en cuyo mérito pudiera verse mermada su garantía real, pero desde la perspectiva procesal, el perjudicado no debería ostentar la cualidad de demandado, como obliga el registrador en su acuerdo de calificación. Desde la perspectiva procesal legal, el artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece: «Por disposición del Tribunal, también se notificará la pendency del proceso a las personas que, según los datos de los mismos autos, puedan verse afectadas por la resolución que ponga fin al procedimiento». Por tanto, se defiende el traslado y notificación de la demanda, por conducto judicial, practicada a la entidad «Caixa d'Estalvis de Catalunya» como acto suficiente para enervar la situación previa de indefensión, por conocimiento de la existencia del proceso y, por tanto, suficiente para que se ajuste a derecho el acceso registral del crédito al que ha sido condenada la mercantil «Promociones Martínez Plaza, S.A.» con carácter preferente. Por lo expuesto, se defiende igualmente que «Caixa d'Estalvis de Catalunya» resulta, desde la perspectiva procesal, persona jurídica afecta por la declaración de preferencia ambicionada, pero en ningún caso se constituiría como titular de la relación jurídico procesal. Contrario a Derecho que los terceros perjudicados llamados a pleito en calidad de demandados, queden obligados como titulares de la relación jurídico-litigiosa, condición que en modo alguno ostentan, quedando, además, vinculados sistemáticamente al pronunciamiento judicial en materia de costas, en virtud de la teoría del vencimiento (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) supuesto que se constituye en un contundente abuso de derecho, contrario a la buena fe, y todo ello, con el fin de reconocer un supuesto de hecho contemplado en la citada norma, con rango de Ley. Se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de 14 de enero de 2008 (en dicha resolución, la apelante interesaba la revocación de costas a la que había sido condenada, tras presentar escrito de allanamiento, en supuesto de hecho análogo al presente. En su fundamento de Derecho segundo, la sentencia considera respecto del pronunciamiento que frente a dicha entidad se solicitaba, esto es, la declaración de afección real de la vivienda, no era precisa su solicitud, toda vez que se trata de una afección real que opera de modo automático. Es un pronunciamiento legal, que no precisa de correlativo pronunciamiento judicial si nadie lo cuestiona). La mera anotación preventiva de la demanda en el Registro, con indicación expresa de que la reclamación se contrae a obligaciones establecidas en el 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, debiera ser suficiente para cumplir con lo exigido por la Resolución de 10 de agosto de 2006, ofreciendo a través de la publicidad registral la posibilidad de intervención voluntaria en el proceso judicial a los terceros perjudicados, a fin de excepcionar las pretensiones por motivos de origen, plazos y conceptos del crédito objeto de reclamación, y ello, para el único supuesto consistente en

que las pretensiones interesadas en el escrito de demanda no se ajusten a la norma legal, única circunstancia que justificaría la titularidad en la relación jurídica, ex artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero en todo caso, constituida de modo voluntario por el tercero que vea sus legítimos derechos lesionados, debiendo postular la oposición en dicho motivo. En su mérito, se defiende la suficiencia, a efectos de hacer valer el acceso registral de la preferencia del crédito al que ha sido condenado la mercantil «Promociones Martínez Plaza, S.A.», del acto procesal consistente en el traslado y notificación de la demanda al tercero titular de la carga existente al tiempo de la interposición, ofreciéndose, por tanto, la posibilidad de excepción, amparada por la Resolución citada. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 12 de noviembre de 2010 confirmaría el argumento sustentado. En el supuesto de hecho presente, la comunidad de propietarios demandante pretendió que la entidad bancaria traída a pleito en condición de demandada (en su calidad de perjudicada por la declaración de preferencia), fuera condenada a pasar y estar por la declaración judicial relativa a que el crédito reclamado es preferente a al crédito hipotecario que grava la vivienda. La resolución acompañada califica la pretensión de «inútil», habida cuenta que dicha declaración está resuelta por el legislador. Dicha resolución hace expresa referencia a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 15 de enero de 1997, que, a su vez, afirma que la afección real preferente consta suficientemente, aunque con cierta indeterminación, en garantía de pago por las cuotas comunes, preferente a cualquier crédito concurrente, por ello no debe obstaculizarse la legal preferencia. Ni aun cuando sobre los bienes existen anotados o inscritos hipotecas o embargos posteriores.

IV

El registrador se mantuvo en su criterio, remitiendo las actuaciones a este Centro Directivo, con el oportuno informe, con fecha 29 de noviembre de 2012.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 20 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento; 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal; 150 y 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero de 1987, 1 de junio de 1989, 15 de enero de 1997, 26 de diciembre de 1999 y 10 de agosto de 2006.

1. Se presenta en el Registro un mandamiento de embargo por deudas a la comunidad de propietarios de un piso en régimen de propiedad horizontal, junto con diligencia de constancia del secretario judicial y testimonio de una sentencia y auto aclaratorio, ambos firmes. Se solicita en la diligencia de constancia del secretario no sólo la anotación de embargo decretada en el mandamiento, sino que se haga constar en el Registro la preferencia derivada del artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, a cuyo efecto se acredita la notificación del procedimiento a la titular de una hipoteca sobre el piso embargado, pero sin que haya sido demandada.

2. El registrador practica la anotación preventiva de embargo en virtud del mandamiento, pero no hace constar la preferencia: a) por no resultar qué parte de la cantidad embargada corresponde a la última anualidad y a la parte transcurrida de la anualidad corriente; y, b) por no haber sido demandado el acreedor hipotecario, no bastando la notificación del procedimiento. La interesada recurre.

3. El artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, en su redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, regula los efectos de la preferencia del crédito de la comunidad de propietarios por las cuotas impagadas, pero lo hace de modo distinto a como resultaba de la primitiva ley antes de su modificación, en que se mezclaba la preferencia con la afección del piso, ya que ahora en la nueva redacción del precepto, se distingue en párrafos separados, según se trate de la afección respecto al adquirente de un piso o

local o de la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble.

4. Por lo que se refiere al adquirente de un piso o local, dice el citado precepto establece que éste «responde» con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior, quedando el piso o local legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación y de ahí la necesidad, para evitar la indefensión del adquirente, de que en la escritura conste si el piso o local transmitido está al corriente en el pago de los gastos generales o se exprese los que adeude, acreditándolo con certificación de la comunidad de propietarios.

En cambio, la cuestión de la preferencia del crédito de la comunidad de propietarios respecto a otros créditos, se regula de distinta manera, pues actualmente ya no se alude a ninguna afección, sino que sólo se habla de preferencia, si bien como crédito singularmente privilegiado remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 1923 del Código Civil. Esta diferencia de redacción con motivo de la reforma del artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal ha planteado un vivo debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de esa preferencia, y concretamente si tiene efectos reales o se trata de una preferencia de alcance personal aunque sea un crédito singularmente privilegiado.

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

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

Aunque se excluyera la naturaleza de hipoteca legal tácita, todavía podría discutirse si se trata de alguna otra figura jurídica que permitiera su acceso al Registro como preferencia de carácter real y no meramente personal. Pero el carácter real tampoco resulta de las resoluciones judiciales dictadas, que se limitan a la «declaración de preferencia del crédito en los términos del artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal», frase esta que aparece en el fallo de la Sentencia y del auto aclaratorio de la misma, pero sin que se haga referencia a su constancia registral, a su carácter real ni a la modificación del rango del titular de la hipoteca que ha sido notificado pero no demandado.

Es en la diligencia de constancia del secretario judicial en que se añade que se haga la constancia registral de la declaración de preferencia del crédito en los términos del artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal, adjuntándose a dicha diligencia el testimonio de la sentencia y auto aclaratorios del magistrado-juez, de los que no resulta tal constancia registral.

6. Por tanto, no resulta en este caso que las resoluciones judiciales que se adjuntan atribuyan carácter real a la preferencia ni que decreten su constancia registral, por lo que para que procediera su constancia tendría que resultar o de una resolución judicial firme en que hubieran sido parte en el proceso como partes todos los interesados, o que de la

nueva redacción del artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal en virtud de Ley 8/1999, de 6 de abril, resultara no sólo el carácter preferente del crédito de la comunidad de propietarios por la anualidad en curso (en el momento de la demanda) y por el año natural anterior, sino además su carácter real y concretamente su efecto de modificación del rango respecto a una hipoteca inscrita con anterioridad, lo que a su vez determinaría la cancelación automática de dicha hipoteca con motivo de la presente ejecución del crédito de la comunidad de propietarios.

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

7. Partiendo de las consideraciones previas anteriormente indicadas, procede entrar en los defectos señalados en la nota calificadora y en las alegaciones del recurrente.

La nota calificadora objeto del recurso señala dos defectos: uno referido al principio de especialidad, por falta de determinación de la cuantía a la que se refiere la preferencia y el otro defecto, referido a los obstáculos del Registro, al no constar como parte demandada la titular del crédito hipotecario que se pretende postergar, no bastando su notificación.

Así, en cuanto a la alegación del principio de especialidad, se dice en la nota calificadora como primer defecto, que «se debe especificar la cuantía de las cuotas impagadas de la última anualidad y parte vencida de la corriente, correspondiente a la finca embargada, ya que hay cierta indeterminación sobre la carga que supone la afección real y su preferencia, sobre esta finca en concreto».

Aun prescindiendo ahora del carácter real o personal de la preferencia, no planteado en la nota calificadora ni en el escrito del recurso, lo que resulta necesario en todo caso para su constancia registral es la determinación de la cuantía a la que se refiere dicha preferencia, conforme al principio de especialidad, que exige la extensión del derecho inscrito con plena determinación en cuanto a su cuantía y conceptos a que se refiere, dado lo dispuesto en el artículo 51.regla 6.ª del Reglamento Hipotecario, máxime cuando la pretensión es que afecte a otros derechos reales de garantía y a su rango. El propio recurrente, aunque de modo subsidiario, acepta la posibilidad de que exista el defecto al admitir que podría subsanarse mediante la correspondiente adición al mandamiento presentado. Por todo ello, procede confirmar el primer defecto de la nota calificadora.

8. En cuanto al segundo defecto señalado en la nota calificadora, consistente en la no intervención como parte demandada de la entidad titular de la hipoteca afectada por la constancia registral de la preferencia del crédito de la comunidad de propietarios, sin que baste la mera notificación, acotado el debate en la forma resultante del presente recurso atendiendo a los términos de la nota calificadora y a las alegaciones del recurrente, procede confirmar también el defecto señalado en dicha nota, teniendo en cuenta que la constancia registral de la preferencia no da lugar a una mera cualidad del crédito sino a la consecuencia propia de los asientos registrales, que es la modificación del rango del derecho real anterior, que exige su consentimiento expreso, o bien una sentencia dictada en procedimiento en que haya sido parte el titular del derecho real anterior, y no

simplemente notificado, lo cual podría ser suficiente a los meros efectos de la declaración de la preferencia del crédito en su aspecto personal, pero no cuando se trata de una modificación del rango y consiguiente rectificación del orden de los asientos, estando éstos bajo la salvaguarda de los Tribunales, conforme al artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria, y siendo necesario para su rectificación, el consentimiento del titular registral o la resolución judicial expresa en cuyo procedimiento haya sido parte como demandado el titular registral, conforme establece el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria. En este punto, ya se ha indicado anteriormente, que tanto la sentencia como el auto aclaratorio no suponen ningún obstáculo para esta solución, pues sólo «declaran la preferencia del crédito en los términos del artículo 9.1.e de la Ley de Propiedad Horizontal» y no su constancia registral. En cambio, si lo que se pretende y solicita, como hace la diligencia de constancia del Secretario, es la constancia registral de la preferencia, ello daría lugar a una modificación del rango y al efecto inmediato de cancelación de la hipoteca del acreedor anterior sin haber sido demandado ni consentido, lo cual no es posible a efectos registrales, y en este aspecto se confirma también el segundo defecto.

9. Por otro lado, en cuanto a lo que se expresa en la diligencia de constancia registral del secretario judicial, en que se dice que la notificación es «a efectos de la constancia registral de dicha preferencia, por haber cumplido con los requisitos exigidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado», hay que observar que la Resolución de 10 de agosto de 2006, que cita el registrador en su nota calificadora, declara que no basta la mera notificación, sino que es necesario que al titular registral de la hipoteca anterior se le demande como parte, según se verá más adelante.

10. Por tanto, este segundo defecto de la nota calificadora, sobre el que ahora hay que resolver, con independencia de lo dicho respecto de las posibles discusiones doctrinales sobre la naturaleza de la preferencia, se refiere al obstáculo registral consistente en que la entidad titular del crédito hipotecario cuyo rango se pretende postergar con todas las consecuencias que ello implica, no ha sido parte demandada en el proceso, como exige el principio de tracto sucesivo del párrafo primero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria así como el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, sin que baste que se le haya notificado la demanda, conforme al artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no haciendo manifestación alguna al respecto, como aquí ha sucedido.

Se trata de una cuestión que va más allá del ámbito procesal y entra de lleno en la calificación registral del obstáculo registral resultante del Registro cuya calificación registral prevé el citado artículo 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al «dejar a salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica.» Así, cuando, como aquí sucede, consta un titular registral con un derecho inscrito que está bajo la salvaguarda judicial según se ha indicado, conforme al artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria, y cuya rectificación exige que preste su consentimiento o se dicte contra él sentencia judicial (cfr. artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, respecto a cualquier otra causa de rectificación de asiento registral de las que menciona el precepto), y que también en caso de cancelación se exige el consentimiento del titular registral o sentencia firme en juicio dirigido contra el mismo (cfr. artículo 82.1.º de la Ley Hipotecaria, emparentado con este caso en que si se hace constar la preferencia, se producirá automáticamente la cancelación de la hipoteca como consecuencia de la ejecución de la carga que haya quedado como preferente en el Registro), y que en materia de modificación de rango, también está previsto el consentimiento del titular registral afectado (y no la simple notificación) (cfr. artículo 4.3 de la Ley de subrogación de préstamos, ley 2/1994, de 30 de marzo, según redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que incluso alude al consentimiento aunque sea para otro supuesto, pero diciendo que es «de conformidad con la normativa hipotecaria vigente»), no es posible hacer constar en el Registro una modificación del rango registral como consecuencia de una declaración judicial de preferencia de otro crédito, si en el proceso en que esta se declara no ha sido parte el titular registral cuyo derecho real se pretende postergar.

11. En cuanto a la Resolución de este Centro Directivo de 10 de agosto de 2006, alegada en la nota calificadora del registrador, confirma efectivamente la decisión del

registrador, pues dice que «cuando existiendo cargas anteriores se pretende el reflejo registral de la afectación, es obvio que este reflejo habrá de perjudicar a los titulares de aquéllas, que se verán postergadas, por lo que es necesario que dichos titulares hayan sido parte en la relación jurídico procesal, lo que requerirá que la demanda se extienda a ellos. Así lo imponen –continúa diciendo la Resolución– tanto el principio constitucional de tutela judicial efectiva como la relatividad de la cosa juzgada, que impiden oponer a un tercero la declaración de preferencia de una carga real, aunque esté establecida por la ley, sin que este haya podido excepcionarla. Con esta doctrina –dice la propia Resolución– se evitan dos indeseables consecuencias: que ejecutada la carga preferente se cancelen sin más las cargas anteriores, y que si se ultima antes una de éstas la adjudicación de ella derivada se produzca con la subsistencia de la afectación preferente. Todo ello con independencia de que el carácter preferente de la afectación sea hecho valer por su titular en el procedimiento ejecutivo o concursal que proceda».

12. Alega el recurrente que la entidad acreedora cuyo crédito hipotecario va a quedar postergado, fue notificada del procedimiento y que se le dio traslado de la demanda. Pero el obstáculo registral no se salva con la mera notificación, pues el artículo 150.2 que alega el recurrente, no es aplicable cuando existe un obstáculo registral, según se ha indicado. Para estos casos, el precepto aplicable conforme a la legislación hipotecaria a la que se refiere el artículo 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el apartado 3 del propio artículo 150, que hace referencia a «la notificación de la pendencia del proceso «a los terceros en los casos en que lo prevea la Ley». La entidad titular de la hipoteca anterior es un tercero al que le van a afectar las consecuencias de la postergación de rango si se consigna registralmente la preferencia, sin que esté previsto en la Ley Hipotecaria que baste la notificación procesal para la modificación del rango, sino todo lo contrario, la necesidad de que sea parte en un proceso dirigido contra él, en caso de que no haya prestado su consentimiento. Y ello teniendo en cuenta que no se trata sólo de la declaración de una preferencia, como señalan la sentencia y el auto aclaratorio, sino de una constancia registral de esa preferencia, que tampoco concuerda con el carácter personal y no real de la misma.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota calificadora en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

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