

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

2758 *Resolución de 16 de enero de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Marbella n.º 1 a practicar operación registral alguna.*

En el recurso interpuesto por doña M. L. G. B. V. contra la negativa a practicar operación registral alguna por el registrador de la Propiedad de Marbella número 1, don Emilio Company Bermejo.

Hechos

I

Mediante sentencia dictada el día 7 de mayo de 2018 en el procedimiento ordinario número 98/2017, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella, en reclamación de cuotas de comunidad de propietarios en el que figuraba como demandante una comunidad de propietarios y como parte demandada la propietaria del inmueble, doña K. B., y los acreedores inscritos con anterioridad, la entidad «Kutxabank, SA» y el Ayuntamiento de Ojén, se declaraba la preferencia del crédito a favor de la comunidad de propietarios ejecutante por un importe de 3.036 euros frente al acreedor hipotecario «Kutxabank, SA» y los embargos anotados a favor del Ayuntamiento de Ojén. Dicha sentencia fue objeto de anotación, actualmente cancelada por caducidad, en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1, causando la anotación letra H de fecha 29 de julio de 2019 sobre la finca de Ojén, registral número 5.002.

Con fecha 2 de enero de 2020 se practicó la anotación de embargo letra J a favor de la comunidad de propietarios ordenado en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales número 843/2019, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella, solicitando la ejecución de la sentencia reseñada. Por nota al margen de la citada anotación se hizo constar igualmente la preferencia del crédito de la comunidad de propietarios frente a los préstamos hipotecarios y embargos anotados a favor de la entidad «Kutxabank, SA» y el Ayuntamiento de Ojén. Dicha anotación fue posteriormente prorrogada por la letra O.

Celebrada la correspondiente subasta, por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella se dictó decreto de adjudicación de la finca registral número 5.002 a favor de doña M. L. G. B. V. y mandamiento de cancelación de cargas de fecha 18 de diciembre de 2023, ordenándose en este la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Presentado testimonio del decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1 el día 29 de enero de 2024, fue objeto de calificación parcial desfavorable quedando inscrito a favor de doña M. L. G. V., el dominio de la finca a título de adjudicación en subasta judicial; así como quedaron canceladas la anotación de embargo letra J, prorrogada por la O, y las anotaciones de embargos letras K y L, todo ello con fecha 13 de marzo de 2024, suspendiéndose la cancelación de las cargas anteriores al gravamen ejecutado porque el mandamiento tan sólo ordena la cancelación de las cargas posteriores, entendiéndose que la cancelación de las cargas anteriores tampoco podría realizarse como consecuencia de que la ejecución de un crédito privilegiado no altera la prioridad registral, sino que tan sólo otorga al titular

del crédito el derecho a cobrar con preferencia de otros acreedores una vez obtenido un precio de remate, pero no a cancelar las cargas anteriores cuando el embargo ejecutado se haya acordado para garantizar el cobro de este crédito privilegiado.

Dicha calificación fue recurrida ante este Centro Directivo, que resolvió mediante Resolución de 5 de junio de 2024 desestimando el recurso y confirmando la calificación del registrador.

Se presentó el día 23 de septiembre de 2024, en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1, instancia suscrita por doña M. L. G. B. V. de igual fecha, en unión del mandamiento de cancelación de cargas de fecha 18 de diciembre de 2023 antes citado, el cual fue despachado el día 13 de marzo de 2024, recurrido y confirmada la calificación por Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 5 de junio de 2024, que estaba complementado por decreto del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella, de fecha 9 de julio de 2024.

De este último decreto resultaba que «Promontoria Lezama Designated Activity Company», en su calidad de cesionaria del crédito hipotecario que en su día ostentó «Kutxabank, SA» contra el deudor, doña K. B., interpuso recurso de reposición contra diligencia de ordenación de fecha 26 de febrero de 2024, en cuanto al particular relativo a la preferencia registral de su crédito. De su fundamento de Derecho primero resultaba que «Promontoria Lezama Designated Activity Company» consideraba que había incongruencia entre el auto de fecha 29 de noviembre de 2022, según el cual «Promontoria Lezama Designated Activity Company» era titular de un préstamo hipotecario «cuya inscripción en el Registro de la Propiedad es anterior a la carga que se ejecuta, y la diligencia de ordenación recurrida, que se refiere a dicha mercantil como acreedor posterior». De su fundamento de Derecho segundo resultaba que, «al efecto de valorar la incongruencia alegada, hay que remontarse a la sentencia de 7 de mayo de 2028 dictada por el mismo Juzgado en el juicio ordinario 98/17 en la que era demandante la CP (...) y demandados la propietaria del inmueble K. B, la entidad Kutxabanc SA y el Ayuntamiento de Ojén la cual declara que: "(...) el crédito a favor de la Comunidad demandante, por importe de 3.036 euros (cantidad objeto de la cobertura real que previene el art. 9, apartado e inciso segundo la LPH) tiene preferencia frente a los préstamos hipotecarios y embargos que la entidad Kutxabanc y el Ayuntamiento de Ojén ostentan en relación a la finca de este número. La sentencia condena a dichas entidades a estar y pasar por dicha declaración librando los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad". La entidad Kutxabanc sa se allanó a la misma. Mucho después de esto, el 28 de diciembre de 2021, tras comprar aquel crédito Promontoria Lezama Designated Activity Company se persona como adquirente del objeto litigioso "como titular de la hipoteca de segundo rango y acreedor posterior a efectos de un posible remanente tras la subasta del inmueble" (sic)... interesando impulso procesal. Por escrito de 8 de noviembre reitera su condición de titular de crédito posterior subsistente conforme al art. 672.2.º y la entrega del sobrante una vez haya cobrado la CP». Del fundamento de Derecho tercero resultaba que «en fecha 24 de mayo de 2022, se procede a la valoración judicial del inmueble, declarándose que no hay que detraer cargas anteriores al haberse declarado por sentencia como preferentes las anotaciones a favor de la CP (...) De esta valoración se extrae que la recurrente no tiene desde el punto de vista registral la consideración de acreedor anterior al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución, ni dicha preferencia resulta de la certificación registral de dominio y cargas (tal y como exigen el artículo 666 de la LEC). La valoración no fue impugnada por la recurrente. Sin embargo, meses después, el 11 de octubre de 2022 Promontoria, insta la nulidad del decreto de 27 de julio por el que se convocaba la subasta, cuando ya se estaba celebrando (...) El auto de 29 de noviembre de 2022 desestima la nulidad, siendo a partir de ese momento en que se comienza a discutir el rango de su carga. En definitiva conforme a la sentencia analizada y el Registro de la Propiedad, la recurrente no tiene preferencia crediticia o de cobro siendo la misma la que está solicitando el sobrante como acreedora posterior, lo cual es incompatible con la pedida subsistencia de la carga hipotecaria. Nada impide, sin embargo, que por la

recurrente pueda, si a su derecho conviene, ejercitar las acciones que puedan corresponder en defensa de su presunta preferencia desde el punto de vista real». Finalmente, en su parte dispositiva acordaba «desestimar el recurso de reposición interpuesto por parte recurrente Promontoria Lezama Designated Activity Company, contra la diligencia de ordenación de fecha 26 de febrero de 2024 confirmándose la misma en todos sus extremos».

II

Presentado dicho decreto complementario en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Presentado el documento adjunto el día 23 de septiembre de 2024, bajo el asiento número 2126 del Diario 2024 y dado que en la resolución judicial de fecha 9 de julio de 2024 no se acuerda la práctica de operación registral alguna, se devuelve el documento al presentante.

Contra la presente nota de calificación (...).

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Emilio Campmany Bermejo registrador/a titular de Registro de la Propiedad n.º uno Marbella a día uno de octubre del dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. L. G. B. V. interpuso recurso el día 29 de octubre de 2024 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Primero. Documento que motiva la calificación.—El día 23 de septiembre de 2024 se presentó en el Registro de la Propiedad de Marbella n.º 1 instancia con firma legitimada de la presentante, mandamiento de cancelación de cargas de fecha 18 de diciembre de 2023, dictado por el Juzgado de primera instancia n.º 8 de Marbella, derivado del procedimiento ETJ 843/2019, dimanante de procedimiento ordinario 98/2017, y como documento complementario del anterior, decreto del mismo Juzgado de fecha 9 de julio de 2024. En dicha instancia se solicita cancelación de una serie de cargas, que recaen sobre la finca 5002 de Ojén:

1. Hipoteca a favor de Bilbao Bizkaia Kutxa, cedida a Promontoria Lezama Designated Activity Company para responder de 275.000 euros de principal. (inscripción 7.^a).
2. Embargo a favor del Ayuntamiento de Ojén para responder de 2.074,39 euros de principal.
3. Embargo a favor del Ayuntamiento de Ojén para responder de 1.644,56 euros de principal.

Segundo. Calificación. Conforme a la calificación (...) el registrador deniega la inscripción solicitada: "...dado que en la resolución judicial de fecha 9 de julio de 2024 (decreto) no se acuerda la práctica de operación registral alguna, se devuelve el documento al presentante".

La calificación fue notificada el día 1 de octubre de 2024.

No considerando conforme a derecho la anterior calificación interpone ante esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública recurso gubernativo contra la misma en base a las siguientes alegaciones.

- Alegaciones jurídico procesales (...).
- Alegaciones jurídico-materiales.

Hechos y antecedentes.

Esta parte considera necesario para la correcta comprensión de esta litis por parte del Juzgador, hacer una breve referencia a los antecedentes de donde procede la causa de este recurso:

Primero. Mediante Sentencia n.º 101/2018 dictada en el Procedimiento Ordinario 98/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Marbella, en reclamación de cuotas de comunidad de propietarios en el que figura como demandante la Comunidad de Propietarios "(...)" y como parte demandada la propietaria del inmueble D.ª K. B. y los acreedores inscritos con anterioridad (la Entidad Kutxabank y el Ayuntamiento de Ojén), después de los Antecedentes de Hechos y los Fundamentos Jurídicos, se falló lo siguiente:

Se declara que "(...)" el crédito a favor de la Comunidad demandante, por importe de 3.036 euros, tiene preferencia frente a los préstamos hipotecarios y embargos que la Entidad Kutxabank y el Ayuntamiento de Ojén ostentan en relación a la finca de este número. Condenando a dichas Entidades a estar y pasar por dicha declaración librando los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad".

Es fundamental, esta parte del fallo, porque el Juzgador "condena a dichas Entidades a estar y pasar por dicha declaración, librando los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad". Pues si el Juzgador de Primera Instancia hubiera considerado que dicha preferencia, solo despliega sus efectos en el ámbito crediticio o personal, no hubiera ordenado librar los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad, pues los mismos, si no tienen alcance real, tienen vetado su acceso a dicho Registro (...).

Segundo. Dicha Sentencia fue objeto de anotación en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Marbella causando anotación letra H de fecha 29 de julio de 2019 sobre la Finca de Ojén (Málaga). Registral n.º 5002. En dicha anotación se puede leer "que conforme a dicha sentencia quedaba declarada la preferencia del crédito de la Comunidad de propietarios por importe de tres mil treinta y seis euros frente a los préstamos hipotecarios y embargos que la Entidad Kutxabank y el Ayuntamiento de Ojén ostentan en relación a la finca de este número. En su virtud se toma anotación de dicha sentencia en los expresados términos" (...).

Tercero. Con fecha 2 de enero de 2020 se procedió a anotar embargo (Anotación J prorrogada por la O) a favor de la Comunidad de Propietarios dictado en el Procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales n.º 843/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Marbella, solicitando la ejecución de la sentencia reseñada. Vuelve a tener acceso al Registro de la Propiedad dicha preferencia (...) Dicha anotación fue prorrogada por la Letra O de 12 de septiembre de 2023. Procedimiento que finalizó con la venta en pública subasta de la citada finca y adjudicación a mi favor como mejor postora.

Cuarto. Se procede a la presentación en el Registro de la Propiedad del Testimonio del Decreto de Adjudicación y el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas. El Registrador emite nota de calificación negativa, denegando la cancelación de las cargas solicitadas. Calificación registral confirmada en la Resolución del Recurso Gubernativo interpuesto.

En dicha resolución, se llega a la conclusión en su Fundamento de Derecho tercero. (citamos literalmente):

3. El efecto natural de una declaración de preferencia del crédito en los términos del art. 9.1.c) de la LPH sin más aditamentos y sin el consentimiento de los titulares registrales de créditos anteriores que resulten afectados o perjudicados o de su intervención como parte en el correspondiente juicio, solo permitiría alegar dicha preferencia a su titular a través de una tercería de mejor derecho. Por tanto, si el mandato se limita a que el asiento de anotación haga referencia al carácter privilegiado del crédito reclamado se trata de una cuestión absolutamente ajena a la materia inscribible en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, cuando por el contrario, la preferencia declarada tiene carácter real, por tratarse de un derecho de tal trascendencia, entonces la constancia registral de tal preferencia puede dar lugar a una anteposición en el rango registral con la consiguiente postergación de derechos reales anteriores que pueden resultar perjudicados, así como a la cancelación automática de los mismos como consecuencia de esa modificación de rango cuando se consume la ejecución y adjudicación.

Continúa diciendo la resolución recurrida en su Fundamento Jurídico Quinto, que dicha declaración de preferencia por sí sola, no implica alteración alguna del rango registral.

Es cierto y así lo tiene reconocido mayoritariamente, tanto la doctrina como la Jurisprudencia [sic] menor y la de nuestro Tribunal Supremo, que la preferencia del artículo 9.1. e) de la Ley de Propiedad Horizontal por sí sola, es una preferencia crediticia, personal, obligacional y no real. Y que el citado artículo no establece por sí solo una preferencia registral.

Dicha preferencia real, se produce precisamente por el mandato judicial de la anotación y por el acceso al registro de dicha preferencia, tanto en virtud de la anotación de sentencia como por la anotación del embargo, en la que consta expresamente la preferencia frente a los créditos postergados. Como desarrollaremos más ampliamente a continuación, en los Fundamentos Jurídicos Materiales, si el Registrador que anotó la sentencia permitió el acceso de la preferencia al Registro de la Propiedad, es por que [sic] bajo su criterio y según su función calificador, la misma tenía alcance real y reunía todos los requisitos necesarios para su inscripción, con la consiguiente consecuencia de alteración de rango de los créditos pospuestos, cuyos titulares aparecen como demandados en el procedimiento y por lo tanto con posibilidad de defensa u oposición. Si el Registrador, en cambio, hubiera considerado dicha preferencia con exclusivamente efectos crediticios, personales u obligacionales y sin efecto por lo tanto real, o los titulares de créditos pospuestos no hubieran sido parte en el procedimiento, hubiera vetado su acceso al Registro de la Propiedad, por mandato del artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución. (Cfr. RDGSJFP 19 de marzo de 2024, en la que el mismo registrador –N.º 1 de Marbella– deniega la práctica de anotación preventiva porque estima que el objeto de la demanda tiene solo efectos personales y no es susceptible de anotación, de conformidad con el artículo 42.1. 2 de la Ley Hipotecaria.)

Se nos ocurren por tanto tres posibles hipótesis:

1.ª Que la preferencia del crédito a favor de la comunidad reconocido en sentencia, en ningún caso, pueda alterar el rango hipotecario de los derechos inscritos, incluso aunque los titulares de dichos derechos inscritos hubieran sido demandados en el procedimiento. Si estuviéramos en dicha situación, nunca hubiera accedido al Registro de la Propiedad dicha preferencia al no tener alcance real.

2.ª Que la preferencia del crédito a favor de la comunidad reconocido en sentencia tenga alcance real, pero no hayan sido demandados en el procedimiento los titulares de dichos derechos postergados. Si la situación fuera esta, nunca hubiera accedido al Registro de la Propiedad dicha preferencia por el principio de Seguridad Jurídica (Artículo 24 de la Constitución). Todo titular de derecho inscrito es protegido legalmente, y su rango solo puede ser modificado, mediante una sentencia firme dictada en un procedimiento, en el que dichos titulares hayan sido demandados (no basta con notificarles el procedimiento) y hayan podido por lo tanto oponerse y plantear las excepciones que a su derecho convengan.

3.ª Que la preferencia del crédito a favor de la comunidad reconocido en sentencia tenga alcance real y por lo tanto sea inscribible y hayan sido demandados todos los interesados, es decir, todos los titulares de derechos que por ser pospuestos en su rango registral puedan resultar perjudicados y se fije la cantidad líquida sobre la que recae dicha preferencia. En dicho supuesto, la Sentencia será anotable en el Registro de la Propiedad y por lo tanto dicha preferencia tendrá efectos reales, afectando al rango de los derechos inscritos preferentes que se verán pospuestos, cuyos titulares han sido demandados.

Sólo por tanto, en este tercer supuesto dicha preferencia tendrá alcance real, con postergación de rango de las anotaciones o inscripción postpuestas a favor del embargo anotado por la Comunidad de Propietarios. Por lo que la ejecución del mismo llevará irremediabilmente aparejada la cancelación como carga posterior de dichos derechos postpuestos.

Esto es lo que ha sucedido en el presente caso. Los titulares de los derechos postpuestos fueron demandados y se fijó la cantidad líquida que gozaba de preferencia. Incluso, la titular del derecho de hipoteca se allanó en su escrito de contestación. Con ese acceso al Registro de la Propiedad de la preferencia fallada por dicha Sentencia, mediante su anotación, se produjo la postergación de los rangos. Si como dice la resolución del recurso gubernativo frente a la primera calificación, dicha preferencia solo operara en el ámbito crediticio-personal-obligacional, no hubiera tenido acceso registral y en cambio sí lo tuvo, publicando por lo tanto el registro la citada preferencia dando publicidad de la misma frente a terceros contratantes.

Es por tanto totalmente contradictorio el argumento de la resolución dictada por esta Dirección General y la conclusión a la que llega.

En primer lugar, nos da los presupuestos para que esa preferencia tenga alcance real: Mandato judicial con alcance real (lo que permite su anotación en el Registro de la Propiedad) y que los titulares de derechos inscritos, que van a ver postergados sus rangos, hayan intervenido en el correspondiente juicio.

En segundo lugar, verifica que, en el presente caso, el mandato judicial de anotación de sentencia ha tenido acceso al Registro de la Propiedad mediante la anotación letra H y que los titulares de derechos que van a ser postergados han intervenido en el juicio correspondiente.

Y en tercer y último lugar, una vez fijados los presupuestos para que la preferencia anotada tenga alcance real y verificados que los mismos se han cumplido en el presente caso, deniega la eficacia real de postergación de rangos de la preferencia anotada.

Con todo el respeto ante esta DG, mayor contradicción es imposible.

Quinto. Confirmada por lo tanto la primera calificación registral con la resolución del recurso gubernativo, esta parte ha obtenido pronunciamiento judicial sobre el carácter real de la preferencia, en base a los hechos reseñados en el Decreto de 9 de Julio de 2024.

El Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Marbella, en el que se dictó la sentencia que establecía la preferencia registral del crédito ejecutado, y en el que se tramitó la ejecución de la misma, ha dictado el Decreto de 9 de Julio de 2024, en el que se declara que la preferencia del crédito ejecutado tiene alcance no solo crediticio sino también real, porque así lo declaró la sentencia y así se ordenó anotar en el Registro de la Propiedad. Por lo que el crédito hipotecario constituido en la Inscripción 7.^a (constituido a favor de BBK y cedido a Promontoria Lezama DAC) debe considerarse y así ha sido en todo el procedimiento de ejecución (sin restar del avalúo su importe y poniendo a disposición del acreedor hipotecario, como acreedor posterior, el remanente) como crédito posterior al ejecutado y por lo tanto cancelable por el mandamiento expedido.

Establece dicho Decreto en su Fundamento de Derecho Tercero:

“Tercero. En fecha 24 de mayo de 2022, se procede a la valoración judicial del inmueble, declarándose que no hay que detraer cargas anteriores al haberse declarado por sentencia como preferentes las anotaciones a favor de la CP (...) De esta valoración se extrae que la recurrente no tiene desde el punto de vista registral la consideración de acreedor anterior al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución, ni dicha preferencia, resulta de la certificación registral de dominio y cargas (tal y como exige el artículo 666 de la LEC). La valoración no fue impugnada por la recurrente. Sin embargo, meses después, el 11 de octubre de 2022 Promontoria, insta la nulidad del decreto de 27 de julio por el que se convocaba la subasta, cuando ya se estaba celebrando. A esta se opone la CP poniendo en evidencia la su no oposición a ninguna de las resoluciones ejecutivas dictadas por el juzgado desde su personación. El auto de 29 de noviembre de 2022 desestima la nulidad, siendo a partir de este momento en que se comienza a

discutir el rango de su carga. En definitiva, conforme a la sentencia analizada y el Registro de la Propiedad, la recurrente no tiene preferencia crediticia o de cobro siendo la misma la que está solicitando el sobrante como acreedora posterior lo cual es incompatible con la pedida subsistencia de la carga hipotecaria, Nada impide, sin embargo, que por la recurrente pueda, si a su derecho conviene, ejercitar las acciones que le puedan corresponder en defensa de su presunta preferencia desde el punto de vista real.”

Frente a dicho Decreto cabe recurso de revisión, pero el mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 454 bis 1.º de la LEC carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto. Por lo que dicho Decreto que resuelve sobre las [sic] preferencia registral de las cargas inscritas, incluso recurrible por revisión, obligatoriamente debe ser llevado a efecto.

Por lo que una vez aclarado, por dicho Decreto, el alcance del mandato judicial sobre el carácter real de la preferencia anotada, se vuelve a presentar el mandamiento de cancelación de cargas posteriores, complementado con el Decreto que aclara, el carácter real de dicha preferencia y que afecta a la subsistencia de la carga hipotecaria pospuesta.

Fundamentos jurídicos.

Art. 24 de la Constitución Española; 1923 del cc.; 150,522.1, 613,614,620,668,669 y 670 LEC; y 322 LH. Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9/2/1987, 1/6/1989, 15/1/1997, 3/4/1998, 26/3,7/5 [sic] y 26/12/1999, 10/8/2006, 22/1/2013, 23/6/2014, 16/1 y 23/11/2016, 10/7/2017 y especialmente la de 12/4/2018.

Primero. Deniega el Registrador en su calificación registral la cancelación de los derechos inscritos solicitados en la Instancia, porque según su criterio: “...en la resolución judicial de fecha 9 de julio de 2024 (decreto) no se acuerda la práctica de operación registral alguna, se devuelve el documento al presentante”.

Ya hemos visto en los antecedentes, que ya en su primera calificación registral, el Registrador denegó la cancelación de las cargas solicitadas, porque en definitiva consideró que la preferencia inscrita no tenía alcance real. Calificación registral que fue ratificada por esta Dirección General. Ambas resoluciones olvidan, que si efectivamente dicha preferencia no tuviera alcance real tendría vetado su acceso al registro de la propiedad, algo que no ocurrió pues dicha preferencia sí tuvo acceso al Registro.

Por supuesto que el Decreto de 9 de julio de 2024 no acuerda la práctica de operación registral alguna, sino que el Decreto se limita a dejar claro que el embargo ejecutado es preferente registralmente a las cargas que fueron pospuestas y así fue tratado en todo el procedimiento. Lo que conlleva irremediamente que, en base a dicho Decreto aclaratorio, en el mandato contenido en el Mandamiento de cancelación de cargas posteriores presentado, dichas cargas pospuestas deben de ser canceladas como cargas registrales posteriores.

Se solicita por tanto, la inscripción de un documento principal (Mandamiento de cancelación de cargas), acompañado de un documento complementario (Decreto sobre carácter real de la preferencia), que cumplen todos los requisitos para acceder al Registro: son documentos públicos, auténticos –CSV–, contiene directamente el acto inscribible, el documento hace fe con el complementario de las formalidades exigidas.

Si la calificación registral de todo mandamiento de cancelación de cargas se debe extender a la existencia de remanente y su consignación a favor de quien corresponda, es relevante el hecho del cobro por el acreedor hipotecario del remanente (en este caso ha cobrado la totalidad del remanente 157.225,65 e.) a efectos de considerar la posposición de su carga, y en consecuencia la cancelación de la misma.

Si su carga no hubiera sido pospuesta, el acreedor hipotecario estaría incólume ante una ejecución posterior, y no tendría derecho a cobrar nada del remanente.

Tal y como establece el Decreto de fecha 9 de Julio de 2024 (Decreto ahora recurrido) en su Fundamento de Derecho Tercero:

“Tercero. En fecha 24 de mayo de 2022, se procede a la valoración judicial del inmueble, declarándose que no hay que detraer cargas anteriores al haberse declarado por sentencia como preferentes las anotaciones a favor de la CP (...) De esta valoración se extrae que la recurrente no tiene desde el punto de vista registral la consideración de acreedor anterior al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución, ni dicha preferencia resulta de la certificación registral de dominio y cargas (tal y como exige el artículo 666 de la LEC). La valoración no fue impugnada por la recurrente. Sin embargo, meses después, el 11 de octubre de 2022 Promontoria, insta la nulidad del decreto de 27 de julio por el que se convocaba la subasta, cuando ya se estaba celebrando. A esta se opone la CP poniendo en evidencia la su no oposición a ninguna de las resoluciones ejecutivas dictadas por el juzgado desde su personación. El auto de 29 de noviembre de 2022 desestima la nulidad, siendo a partir de este momento en que se comienza a discutir el rango de su carga, En definitiva, conforme a la sentencia analizada y el Registro de la Propiedad, la recurrente no tiene preferencia crediticia o de cobro siendo la misma la que está solicitando el sobrante como acreedora posterior lo cual es incompatible con la pedida subsistencia de la carga hipotecaria.”

Por lo tanto, la valoración del inmueble para la subasta sin detraer cargas anteriores, la cual no fue impugnada por el ahora recurrente, solo puede realizarse si el préstamo hipotecario es considerado como carga posterior al embargo de la Comunidad de Propietarios ejecutado, en virtud de la preferencia del embargo ejecutado que publica el Registro de la Propiedad frente al préstamo hipotecario. Y dice más el LAJ “que la preferencia del préstamo hipotecario no resulta de la certificación registral de dominio y cargas tal y como exige el artículo 666 de la LEC” pues en dicha certificación consta inscrita la preferencia, y si consta inscrita, volvemos a repetir, su alcance es real.

Con ello la Calificación Registral vulnera dos Principios Fundamentales de nuestro derecho en general y de nuestro Derecho Hipotecario en particular, cuales son el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) y el principio de fe pública registral (artículos 32 y 34 de la LH).

Respecto al principio de seguridad jurídica, principio basado en la “certeza del derecho”, tanto en el ámbito de su conocimiento como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público a la hora de desarrollar una determinada actividad en las relaciones con los demás ciudadanos, y organizaciones públicas y privadas.

Este principio de Derecho viene recogido con carácter general en el artículo 9.3 de la Constitución cuando dispone que la misma “garantiza” junto al principio de legalidad, el de jerarquía de las normas, su publicidad, etc., también “la seguridad jurídica”. Y ha sido reiteradamente analizado por el Tribunal Constitucional para llegar a un concepto del mismo que la STC 234/2012, de 13 de diciembre, con cita de la STC 136/2011, de 13 de septiembre, según el cual este principio debe entenderse como “la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STS 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo FJ 4)”; habiendo recalcado igualmente la importancia de este principio al señalar cómo “sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre”, pues “es la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico”.

Respecto al principio de fe pública, pilar básico de nuestro sistema registral, en definitiva es, la tranquilidad o protección de la confianza del tercero que adquiere basándose en los pronunciamientos registrales.

La que ahora suscribe, adquirió la finca descrita en subasta pública, derivada de un procedimiento ejecutivo, en la que no hubo en el avalúo minoración de cargas anteriores, porque el Juzgado entendió que dichas cargas eran posteriores en base a la preferencia inscrita en el Registro de la Propiedad (principio de seguridad jurídica) y adquirió la finca, en la situación que constaba en la certificación registral de titularidad y cargas que constaba en el expediente ejecutivo del que trae causa la subasta, certificación en la que consta inscrita dicha preferencia del crédito ejecutado (Principio de fe pública registral). Por ello decimos que la Calificación ahora recurrida, vulnera no solo la abundante y consolidada Doctrina de esta DGRN en esta materia (preferencia artículo 9.3 de la LPH) sino ambos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Por todo lo cual, solicito se revoque la calificación recurrida y se ordene la cancelación como cargas posteriores inscritas de la que fue objeto de ejecución, de la carga hipotecaria objeto de la inscripción 7.^a modificada por la 9.^a, inscrita a favor de Kutxabanc y de los embargos objeto de las anotaciones D y E a favor del Ayuntamiento de Ojén, conforme a lo ordenado judicialmente en el mandamiento de cancelación de cargas complementado con el decreto aclaratorio y la instancia presentada.»

IV

El registrador de la Propiedad emitió informe en defensa de su calificación el día 7 de noviembre de 2024 ratificándola en todos sus extremos y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1923 del Código Civil; 150, 522.1, 613, 614, 620, 668, 669 y 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 9.1.e) y 21 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 9, 20, 72, 73 y 322 de la Ley Hipotecaria; 100 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1990, 26 de enero de 2000, 6 de marzo de 2003, 19 de noviembre de 2004, 20 de febrero de 2006, 22 de abril de 2015 y 4 de mayo de 2022, 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, 3 de abril de 1998, 26 de marzo, 7 de mayo y 26 de diciembre de 1999, 10 de agosto de 2006, 22 de enero de 2013, 23 de junio de 2014, 16 de enero y 23 de noviembre de 2016, 10 de julio de 2017 y 12 de abril de 2018.

1. Son datos a tener en cuenta para la resolución de este expediente los siguientes:

Mediante sentencia dictada en el procedimiento ordinario número 98/2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella, en reclamación de cuotas de comunidad de propietarios, en el que figura como demandante una comunidad de propietarios y como parte demandada la propietaria del inmueble, doña K. B., y los acreedores inscritos con anterioridad, la entidad «Kutxabanc, SA» y el Ayuntamiento de Ojén, se declara la preferencia del crédito a favor de la comunidad de propietarios ejecutante por un importe de 3.036 euros frente los préstamos hipotecarios y los embargos que la entidad «Kutxabanc, SA», hoy la sociedad «Promotoría Lezama Designated Activity Company», y el Ayuntamiento de Ojén ostentan sobre la finca 5.002. Al margen de la hipoteca constituida por la inscripción 7.^a, modificada por la 9.^a, que posteriormente fue cedida por la 10.^a, consta expedida certificación de dominio y cargas para el procedimiento de ejecución hipotecaria número 1212/2017.

Dicha sentencia fue objeto de anotación, actualmente cancelada por caducidad, en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1, causando la anotación letra H de fecha 29 de julio de 2019 sobre la citada finca registral 5.002.

Con fecha 2 de enero de 2020, se practicó la anotación de embargo letra J a favor de la comunidad de propietarios ordenada en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales número 843/2019 del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella,

solicitando la ejecución de la sentencia reseñada. Por nota al margen de la citada anotación, se hizo constar igualmente la preferencia del crédito de la comunidad de propietarios frente a los préstamos hipotecarios y embargos de la entidad «Kutxabank, SA» y el Ayuntamiento de Ojén. Dicha anotación fue posteriormente prorrogada por la letra O.

Celebrada la correspondiente subasta, por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella se dictó decreto de adjudicación de la finca registral 5.002 a favor de la recurrente, doña M. L. G. B. V., y mandamiento de cancelación de cargas de fecha 18 de diciembre de 2023. En el citado mandamiento, se ordena la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Presentado testimonio del decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1 el día 29 de enero de 2024, fue objeto de calificación favorable quedando inscrito a favor de doña M. L. G. B. V., el dominio de la finca a título de adjudicación en subasta judicial; así como quedaron canceladas la anotación de embargo letra J, prorrogada por la O, y las anotaciones de embargos letras K y L, todo ello con fecha 13 de marzo de 2024, suspendiéndose la cancelación de las cargas anteriores al gravamen ejecutado porque el mandamiento tan sólo ordena la cancelación de las cargas posteriores y porque la cancelación de las cargas anteriores tampoco podría realizarse porque la ejecución de un crédito privilegiado no altera la prioridad registral, sino que tan sólo otorga al titular del crédito el derecho a cobrar con preferencia de otros acreedores una vez obtenido un precio de remate, pero no a cancelar las cargas anteriores cuando el embargo ejecutado se haya acordado para garantizar el cobro de este crédito privilegiado.

Dicha calificación negativa fue recurrida ante este Centro Directivo, que resolvió mediante Resolución de 5 de junio de 2024 desestimando el recurso y confirmando la calificación del registrador.

Se presenta el día 23 de septiembre de 2024, en el Registro de la Propiedad de Marbella número 1 instancia suscrita por doña M. L. G. B. V. con igual fecha, en unión del mandamiento de cancelación de cargas de fecha 18 de diciembre de 2023 antes citado, el cual fue despachado el día 13 de marzo de 2024, recurrido y confirmada la calificación por Resolución de esta Dirección General de fecha 5 de junio de 2024, que ahora está complementado por el decreto del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella, de fecha 9 de julio de 2024.

De este último decreto resulta que «Promontoria Lezama Designated Activity Company», en su calidad de cesionaria del crédito hipotecario que en su día ostentó «Kutxabank, SA» contra el deudor, doña K. B., interpuso recurso de reposición contra diligencia de ordenación de fecha 26 de febrero de 2024, en cuanto al particular relativo a la preferencia registral de su crédito. De su fundamento de Derecho primero resulta que «Promontoria Lezama Designated Activity Company» considera que hay incongruencia entre el auto de fecha 29 de noviembre de 2022, según el cual «Promontoria Lezama Designated Activity Company» es titular de un préstamo hipotecario «cuya inscripción en el Registro de la Propiedad es anterior a la carga que se ejecuta, y la diligencia de ordenación recurrida, que se refiere a dicha mercantil como acreedor posterior». De su fundamento de Derecho segundo resulta que, «al efecto de valorar la incongruencia alegada, hay que remontarse a la sentencia de 7 de mayo de 2028 dictada por el mismo Juzgado en el juicio ordinario 98/17 en la que era demandante la CP (...) y demandados la propietaria del inmueble K. B, la entidad Kutxabanc SA y el Ayuntamiento de Ojén la cual declara que: "(...) el crédito a favor de la Comunidad demandante, por importe de 3.036 euros (cantidad objeto de la cobertura real que previene el art. 9, apartado e -inciso segundo la LPH) tiene preferencia frente a los préstamos hipotecarios y embargos que la entidad Kutxabanc y el Ayuntamiento de Ojén ostentan en relación a la finca de este número. La sentencia condena a dichas entidades a estar y pasar por dicha declaración librando los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad. La entidad Kutxabanc sa se allanó a la misma. Mucho después

de esto, el 28 de diciembre de 2021, tras comprar aquel crédito Promontoria Lezama Designated Activity Company se persona como adquirente del objeto litigioso “como titular de la hipoteca de segundo rango y acreedor posterior a efectos de un posible remanente tras la subasta del inmueble” (sic)... interesando impulso procesal. Por escrito de 8 de noviembre reitera su condición de titular de crédito posterior subsistente conforme al art 672.2.º y la entrega del sobrante una vez haya cobrado la CP». Del fundamento de Derecho tercero resulta que «en fecha 24 de mayo de 2022, se procede a la valoración judicial del inmueble, declarándose que no hay que detraer cargas anteriores al haberse declarado por sentencia como preferentes las anotaciones a favor de la CP (...) De esta valoración se extrae que la recurrente no tiene desde el punto de vista registral la consideración de acreedor anterior al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución, ni dicha preferencia resulta de la certificación registral de dominio y cargas (tal y como exigen el artículo 666 de la LEC). La valoración no fue impugnada por la recurrente. Sin embargo, meses después, el 11 de octubre de 2022 Promontoria, insta la nulidad del decreto de 27 de julio por el que se convocaba la subasta, cuando ya se estaba celebrando (...) El auto de 29 de noviembre de 2022 desestima la nulidad, siendo a partir de ese momento en que se comienza a discutir el rango de su carga. En definitiva conforme a la sentencia analizada y el Registro de la Propiedad, la recurrente no tiene preferencia crediticia o de cobro siendo la misma la que está solicitando el sobrante como acreedora posterior, lo cual es incompatible con la pedida subsistencia de la carga hipotecaria. Nada impide, sin embargo, que por la recurrente pueda, si a su derecho conviene, ejercitar las acciones que puedan corresponder en defensa de su presunta preferencia desde el punto de vista real». Finalmente, en su parte dispositiva acuerda «desestimar el recurso de reposición interpuesto por parte recurrente Promontoria Lezama Designated Activity Company, contra la diligencia de ordenación de fecha 26 de febrero de 2024 confirmándose la misma en todos sus extremos».

La recurrente alega que ha obtenido pronunciamiento judicial sobre el carácter real de la preferencia, en base a los hechos reseñados en el decreto de fecha 9 de julio de 2024, que se limita a dejar claro que el embargo ejecutado es preferente registralmente a las cargas que fueron pospuestas y así fue tratado en todo el procedimiento. Ello conlleva irremediamente que, en base a dicho decreto aclaratorio, en el mandato contenido en el mandamiento de cancelación de cargas posteriores presentado, dichas cargas pospuestas deben de ser canceladas como cargas registrales posteriores.

2. El artículo 9.1.e) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, establece como una de las obligaciones de los propietarios: «Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización».

La preferencia al cobro de los importes debidos por los propietarios por este concepto se sitúa en el párrafo siguiente que señala que: «Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1.923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo».

Continúa el referido artículo 9.1.e señalando: «El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, 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 a los tres años naturales anteriores. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación».

Cabe distinguir en este precepto dos efectos cuya finalidad es procurar el cumplimiento de la obligación de contribución a los gastos de comunidad, la afección del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local y la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble. La afección real solo entra en juego cuando la propiedad del inmueble se transmite y entonces cumple la función de vincular al nuevo propietario al abono de una parte de la deuda que pueda dejar insatisfecha el titular anterior.

En el caso de este expediente la acción ejercitada no se funda en la afección real del inmueble por la que debe responder un nuevo adquirente, sino en el derecho de preferencia, reconocido en la sentencia que se ejecuta, que la Ley otorga al crédito comunitario, a los efectos del artículo 1923 del Código Civil, y que preceden para su satisfacción a los enumerados en los apartados tercero, cuarto y quinto de dicho precepto y por tanto, con preferencia también respecto del crédito hipotecario y las anotaciones de embargo a favor del Ayuntamiento de Ojén inscritos en el Registro de la Propiedad sobre la finca objeto de la ejecución.

3. Esta Dirección General ha elaborado una dilatada doctrina (vid. «Vistos»), relativa a las preferencias crediticias y a su impacto registral.

Ciñiéndonos a la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble, por constituir el objeto de este expediente, como resulta de la norma antes transcrita, el crédito tiene la condición de crédito singularmente privilegiado, lo que 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.

Se ha señalado que se trata de una hipoteca legal tácita respecto a la anualidad en curso y a los tres años naturales inmediatamente anteriores, 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.

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.

Como ha señalado la doctrina de esta Dirección General, para que proceda la constancia en el asiento de anotación preventiva del carácter real de la preferencia, es necesario que resulte dicho carácter real de una resolución judicial firme en que hubieran sido parte en el proceso todos los interesados, o que de la nueva redacción del artículo 9.1.e) de la Ley sobre 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 los tres años naturales anteriores, sino además su carácter real y concretamente su efecto de modificación del rango respecto a una carga inscrita con anterioridad, lo que a su vez determinaría la cancelación automática de dicha carga con motivo de la ejecución del crédito de la comunidad de propietarios.

Como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 22 de enero de 2013, 23 de junio de 2014, 23 de noviembre de 2016, 10 de julio de 2017 y 12 de abril de 2018), si en la resolución judicial no se añade a la declaración de preferencia el aditamento de derecho real, que no resulta directamente como declaración legal del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal, dicha preferencia se desenvuelve en el plano puramente obligacional y no puede dar lugar a modificaciones del rango registral, ni a eventuales 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 que resulten afectados o perjudicados, o de su intervención como parte en el correspondiente 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 de un 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.

Por tanto, si el mandato se limita a que el asiento de anotación haga referencia al carácter privilegiado del crédito reclamado, se trata de una cuestión absolutamente ajena a la materia inscribible en el Registro de la Propiedad pues, como ya se ha adelantado, las preferencias crediticias han de hacerse valer, en su caso, mediante la oportuna tercería en los términos recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. artículos 613, 614 y 620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El carácter privilegiado del crédito en los términos del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal no viene determinado por el hecho de la práctica de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad (que le confiere un rango registral), sino porque así lo dispone la citada ley; la constancia en el asiento de una preferencia determinada es una cuestión extraña al contenido del Registro que tiene por objeto la publicidad del dominio y demás derechos reales así como de las cargas que pesen sobre los mismos (vid. artículos 72 y 73 de la Ley Hipotecaria); es la sujeción del bien a las resultas del procedimiento, el embargo, lo que tiene carácter real y su anotación en el Registro le proporciona la necesaria oponibilidad frente a terceros. Si como consecuencia del juego del rango hipotecario el ejercicio de una carga anterior supone la cancelación de la anotación de embargo practicada con posterioridad (artículos 692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 134 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 175.2.^a de su Reglamento), así se hará sin perjuicio de que el acreedor del crédito entonces anotado y ahora cancelado haya hecho valer su preferencia en la tercería correspondiente para obtener, con cargo al importe de la subasta, el pago de su crédito (artículo 616 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Ahora bien, cuando por el contrario la preferencia declarada tiene un carácter real, por tratarse de un derecho de tal trascendencia, entonces la constancia registral de tal preferencia puede dar lugar a una anteposición en el rango registral con la consiguiente postergación de derechos reales anteriores que puedan resultar perjudicados, así como a la cancelación automática de los mismos como consecuencia de esa modificación de rango cuando se consume la ejecución y adjudicación.

Por ello, el rango registral no puede en ningún caso confundirse con la preferencia de créditos, esto es, con el mejor derecho al cobro de uno u otro de éstos. La distinción entre el rango y la preferencia de crédito ha sido aclarada por este Centro Directivo, entre otras, en las Resoluciones de 3 de abril de 1998 y de 7 de mayo de 1999. Así, la Resolución de 3 de abril de 1998 afirma que «la mera preferencia de un crédito y la especial afección de un bien hipotecado o pignorado a la seguridad de la deuda garantizada, operan pues, en planos diferentes; aquélla, en cuanto modalización del criterio de la *par condicio creditorum*, se desenvuelve únicamente cuando hay concurrencia de acreedores que intentan hacer valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial universal de su común deudor, ya en juicio universal, ya en una ejecución singular por medio de una tercería de mejor derecho; en cambio, cuando un acreedor con garantía hipotecaria o pignoratícia ejercita su acción real, en modo alguno pide el desenvolvimiento de la responsabilidad patrimonial universal del deudor sino la actuación de un derecho real que integra su propio patrimonio (y ello se pone de manifiesto cuando el bien dado en garantía pertenece a persona distinta del deudor). Jurídicamente no hay colisión, ni, por tanto, comparación entre la simple preferencia de un crédito y la garantía real de que goza otro acreedor del mismo deudor, ni siquiera cuando una y otra se proyectan sobre el mismo objeto (...)».

4. Sobre este tema se ha pronunciado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la importante Sentencia de 4 de mayo de 2022, en la que fija la determinación del momento inicial o «dies a quo» del período de «la anualidad en curso y los tres años anteriores» a

que se extiende el privilegio, y que refiriéndose a la naturaleza de este señala en su fundamento de Derecho tercero lo siguiente:

«5. Con arreglo a la regulación contenida en el art. 9.1 e) LPH, tras su modificación por la Ley 8/1999, al margen de la responsabilidad solidaria del propietario que transmitió su vivienda o local sin comunicarlo a la comunidad por las deudas devengadas con posterioridad a la transmisión, en el precepto hay que distinguir con claridad dos aspectos distintos: el privilegio crediticio (preferencia del crédito de la comunidad respecto de otros créditos sobre el mismo inmueble) y la afección real del inmueble. Esta última solo se activa cuando la propiedad del inmueble se transmite, en cuyo caso cumple la función de vincular al nuevo propietario al abono de una parte de la deuda que pueda dejar insatisfecha el titular anterior, de la que “responde con el propio inmueble adquirido”, no como deudor personal (sentencia 211/2015, de 22 de abril).

Por el contrario, el privilegio o preferencia crediticia puede hacerse valer por la comunidad de propietarios frente al propietario-deudor, a través de la correspondiente tercería de mejor derecho, con la finalidad de anteponerse en el cobro a otros titulares de derechos de crédito que concurren con el crédito comunitario. La preferencia es una cualidad de algunos derechos de crédito que puede ejercitarse por su titular frente a los titulares de otros derechos crediticios que carecen de ella, o que la ostentan en menor grado (conforme a las reglas legales de prelación), y que, por tal motivo, han de ser postergados en sus legítimas expectativas de satisfacción. Este es el caso que se presenta en esta litis.

6. Desde un punto de vista objetivo o material, la preferencia reconocida a los créditos comunitarios por el párrafo segundo del art. 9.1 e) LPH se extiende respecto de otros créditos sobre el mismo inmueble, en concreto sobre los créditos hipotecarios y refaccionarios inscritos y anotados en el Registro de la Propiedad, los créditos preventivamente anotados en dicho Registro por mandamiento judicial (por embargos, secuestros o ejecución de sentencias) y los refaccionarios no anotados ni inscritos (sobre los inmuebles objeto de la refacción). En el caso de la litis entran en concurrencia el crédito de la comunidad demandante con un crédito garantizado por hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad en trámite de ejecución.

7. El efecto natural de este privilegio crediticio, como ha señalado la doctrina, sin perjuicio de otras posibles vías para ejercitar la preferencia, es permitir que la comunidad titular del crédito pueda hacer valer su derecho de cobro preferente a través de una tercería de mejor derecho con motivo de la ejecución del derecho de cualquier acreedor no preferente, incluso aunque se trate de un acreedor hipotecario inscrito (RDGRN de 22 de enero de 2013).

Conviene recordar que en los procedimientos de tercería de mejor derecho la cuestión fundamental a resolver radica en la determinación de la preferencia del título de crédito invocado por el tercerista frente al del ejecutante, a efectos de la aplicación del importe que se obtenga con la venta judicial al pago de uno de los créditos en disputa o, más precisamente, “hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolver la tercería” –además de reintegrar al ejecutante en las costas de la ejecución– (art. 616.1 LEC). Como declaramos en la sentencia 494/1990, de 23 de julio, es en la tercería “donde se ventila la naturaleza y carácter del crédito de los comuneros, su comparación con (el crédito concurrente con el que pugna –en aquel caso de la Seguridad Social–)” y se decide, con la participación del titular de este crédito concurrente como demandado, “mediante sentencia de carácter declarativo de las preferencias”. Ello, como razona la misma Sentencia, aunque en el proceso judicial previo en que se declaró la deuda del comunero, aquel o aquellos titulares de créditos en convicto, que concurren en la misma ejecución (como ejecutantes), no hubieran sido parte:

“Que la sentencia base de la tercería reconociera el crédito de la comunidad de propietarios y condenara al moroso sin razonar el carácter de las deudas tampoco obsta a la estimación de la tercería, porque es en este proceso donde se ha determinado la

inclusión de la deuda en el art. 9, 5.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, decisión ésta que no es contraria a la de aquella sentencia que declaró que 'Percusa' debía una cantidad 'por los conceptos determinados en la demanda' (...)».

Y corresponde al tercerista acreditar la existencia, vencimiento y preferencia del crédito.

Y en el punto 11 del citado fundamento tercero añade: «El privilegio de los créditos del párrafo segundo del art. 9.1,e) LPH no es una hipoteca legal tácita (sólo son hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter –art. 158 LH–). Pero, en la medida en que como créditos singularmente privilegiados atribuyen un derecho de preferencia que permite anteponer su cobro a otros créditos que tienen el carácter de preferentes sobre determinados bienes inmuebles con los que entre en convicto o concurrencia en una ejecución (art. 1923, 3.º, 4.º y 5.º CC), esta interpretación es también la que armoniza mejor con el principio de seguridad jurídica y con las reglas generales sobre prioridad y publicidad que rigen en nuestro derecho hipotecario, y con las normas civiles que reconocen a los créditos hipotecarios una prelación y derecho de preferencia vinculado a su rango registral (art. 1927.2.º CC). Normas generales que solo pueden excepcionarse en los casos expresamente previstos en la ley, y con arreglo a un criterio de interpretación estricto.»

5. Del historial registral resulta que la sentencia dictada en procedimiento en el que intervinieron los acreedores anteriores, declara la preferencia del crédito a favor de la comunidad de propietarios ejecutante por un importe de 3.036 euros frente al acreedor hipotecario «Kutxabank, SA» y los embargos anotados a favor del Ayuntamiento de Ojén, sin hacer pronunciamiento alguno respecto a una modificación del rango de las citadas cargas, por lo que debe entenderse que la declaración de preferencia del crédito de la comunidad de propietarios lo es en cuanto al cobro de la cantidad pero no en cuanto al rango o prioridad registral. Tampoco se infiere dicha declaración del decreto de 9 de julio de 2024, dictado como consecuencia de la resolución de un recurso interpuesto por el acreedor hipotecario y en el cual no tuvo intervención el otro acreedor Ayuntamiento de Ojén, que termina, en su Fundamento tercero, dejando a salvo el posible ejercicio de acciones de dicho acreedor hipotecario en defensa de su presunta preferencia desde el punto de vista real. Dicha declaración posibilitaría, conforme se ha expuesto, que la comunidad titular del crédito pueda hacer valer su derecho de cobro preferente a través de una tercería de mejor derecho con motivo de la ejecución del derecho de cualquier acreedor declarado no preferente, aun cuando tenga su derecho inscrito con anterioridad, pero esta declaración por sí sola no implica alteración alguna del rango registral.

Tampoco resulta del mandamiento de cancelación expedido en el procedimiento de ejecución de la referida Sentencia seguido ante el Juzgado de Primera instancia número 8 de Marbella, en el que tuvo intervención el acreedor hipotecario, ya que no se ordena expresamente la cancelación de las cargas solicitadas por la recurrente, no pudiendo inferirse tal alteración de la expresión genérica de «cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores».

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

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, 16 de enero de 2025.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.