

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—No es inscribible una escritura de capitulaciones matrimoniales cuando los bienes afectados se encontraban inscritos a nombre de terceras personas. (Resolución de 13 de marzo de 1973.)

Hechos.—“Resultando que por escritura autorizada en Martorell de la Selva, el 13 de diciembre de 1903, ante el Notario don Manuel Bellido Macías, se otorgaron capitulaciones por las que habría de regirse el matrimonio de don Claudio Pons Rius con doña Enriqueta Matas Torrelas, que se celebró canónicamente el día siguiente, 14, y del cual tuvieron tres hijos; don Claudio el primogénito, doña Carmen y doña Concepción; que doña Enriqueta recibió una dote de 15.000 pesetas en garantía de cuya devolución y de una donación de 7.500 pesetas que prometió el esposo, éste ofreció hipoteca sobre una heredad que le pertenecía sita en los términos de San Feliú de Buxalleu y Riudarenas, que fue inscrita más tarde a la entrega de la dote, y posteriormente cancelada cuando se restituyó ésta y el esponsalicio; que en la estipulación sexta de la escritura se decía que “deseando prevenir el caso de una muerte abintestato”, los futuros consortes declaran que en el supuesto de fallecimiento de cualquiera de ellos “sin hacer testamento”, es su voluntad que sea heredero del que fallezca intestado, el primer hijo varón que naciere de su proyectado enlace y en su falta de varón, la hija mayor, y si el que debiera ser heredero no lo fue o siéndolo falleciere sin sucesión, le sustituyen y en lo menester instituyen al que por orden de primogenitura corresponda, también con preferencia de varones a hembras, quedando siempre el cónyuge sobreviviente con hijos, usufructuario de los bienes del premuerto, conservando su viudez; que don Claudio Pons Rius falleció en Barcelona el 11 de julio de 1968, bajo testamento abierto otorgado el 15 de mayo anterior, en el que instituyó heredero a su hijo primogénito, legando a su esposa el usufructo de todos sus bienes y a sus hijas lo que por legítima les corresponda más el ajuar doméstico; y que, en instancia de 24 de febrero de 1972, doña Enriqueta solicitó del Registrador de la Propiedad de Santa Coloma de Farnés, la inscripción de la mencionada escritura de capitulaciones matrimoniales —que acompañó junto con otros documentos complementarios—, en los folios de las fincas que en su tiempo fueron hipotecadas en garantía de la devolución de la dote y el esponsalicio;

Resultando que el citado documento fue calificado con nota de tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: 1) En cuanto a la hipoteca que garantiza la dote y esponsalicio, porque ya fue inscrita junto con otra de entrega de dote otorgada

el doce de agosto de mil novecientos nueve, ante el Notario don Manuel Bellido, según la inscripción cuarta de la finca número sesenta y tres, al folio setenta y uno del libro veinte y tres de San Feliú de Buxalleu, tomo setecientos seis, y la inscripción cuarta de la finca número ciento setenta y tres, al folio diez vuelto del libro veinte y siete de Riudarenas, tomo setecientos trece del Archivo, de fechas quince y dieciséis de octubre de mil novecientos nueve, respectivamente, y figuran canceladas dichas inscripciones de hipoteca por las inscripciones números doce y trece, respectivamente, de dichas fincas. II) En cuanto al heredamiento que pretenden se establece en dichas capitulaciones, porque se estableció con carácter preventivo... "deseando prevenir el caso de una muerte abintestato", puesto que no ha tenido lugar, porque don Claudio Pons Rius falleció bajo testamento otorgado ante el Notario de Barcelona, don Francisco Masip Rovira, el quince de mayo de mil novecientos sesenta y ocho. III) En cuanto a la totalidad del documento porque la finca a que se refiere figuran inscritas a nombre de tercera persona;

Resultando que doña Enriqueta Matas Torrellas y su hijo don Claudio, interpusieron recurso gubernativo, contra la anterior calificación y alegaron: que las escrituras de capitulaciones, una vez celebrado el matrimonio, son la ley fundamental del régimen económico conyugal y cuando se refieren a bienes inmuebles tienen acceso al Registro sin que los titulares de estas oficinas puedan impedirlo, por estimar preferentes otros derechos, ya que esta cuestión corresponde decidirla a los jueces; que el marido de la recurrente falleció bajo testamento abierto, pero su viuda vive en la actualidad, por lo que debe ser inscrito el heredamiento en favor del primogénito varón; que igualmente corresponde a la viuda el usufructo universal de los bienes familiares; y que, como fundamentos de derecho cita los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento;⁴⁹

Resultando que el Registrador informó: que el escrito del recurso carece de toda clase de argumentos jurídicos que puedan hacer dudar de la procedencia de la calificación; que cuando se justificó la entrega de la dote se inscribió la correspondiente escritura de hipoteca que garantizaba su devolución y posteriormente fue cancelada cuando se restituyeron la dote y el esponsalicio; que no se mencionan en la instancia ni en la escritura ningunos inmuebles que figuren a nombre de doña Enriqueta, por lo que no cabe la inscripción del heredamiento con respecto a la misma; y que las fincas que anteriormente estuvieron inscritas a nombre del difunto marido, figuran en la actualidad a nombre de terceras personas, circunstancia que impide en absoluto la práctica de los asientos solicitados;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y los recurrentes se alzaron de la decisión presidencial insistiendo en sus incoherentes argumentos."

Doctrina.—"Considerando que la improcedencia del recurso aparece claramente justificada dado que los inmuebles están inscritos a nombre de terceras personas, lo que de por sí impide que puedan practicarse las inscripciones solicitadas, pero es que, además, la pretensión carece de todo fundamento legal, ya que la hipoteca que garantizaba la dote y esponsalicio

se inscribió a su debido tiempo e igualmente fue cancelada una vez que se hubo procedido a su restitución, y en cuanto al heredamiento preventivo—prescindiendo de si podía o no haber tenido acceso, en su día, al Registro—no cabe actualmente plantearse cuestión alguna, dado que el causante ha fallecido bajo testamento en el que se designa heredero universal a uno de los hijos habidos en su matrimonio.”

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—La aparente sencillez que expresa el resumen de la esencia de la doctrina de la Dirección General, encubre, a mi modo de ver, problemas más profundos, pues de lo que se trata no es de una inscripción de una capitulación matrimonial, sino de la especialidad foral de la inscripción del contenido de una capitulación matrimonial en la que la figura destacada es la de un heredamiento preventivo o, lo que es lo mismo, una de las modalidades de los pactos sucesorios propios de dicha región.

Para proceder con un cierto orden expositivo, y a pesar de que el considerando único de la Resolución sea muy breve, se hace necesario que sigamos el hilo de la nota calificadora del Registrador la cual nos va a dar la posibilidad de examinar los tres puntos claves de esta Resolución que, por ser demasiado simple en apariencia, puede tener amplias aplicaciones en futuros hipotecarios. Con sujeción a ello, distinguimos:

A) *Inscripción de hipoteca para garantizar la dote y esponsalicio.*—El supuesto encaja perfectamente dentro de los casos de hipoteca legal que el artículo 168, 1.º de la Ley Hipotecaria y 175 de la misma recogen. La vigente Compilación en los artículos 26 y siguientes hace constantes alusiones a estos casos de garantía de restitución de dote y de esponsalicio o “excreis”. De los hechos relatados resulta que dicha hipoteca “fue inscrita más tarde a la entrega de la dote, y posteriormente cancelada cuando se restituyó ésta y el esponsalicio”.

Aun suponiendo que las escrituras de capitulación sean la “ley fundamental del régimen económico conyugal”, como los que interponen el recurso alegan en su favor, es evidente que esas capitulaciones no puedan ir en contra de lo dispuesto en la ley y ley, en este caso es la Ley Hipotecaria, que establece la constitución de la hipoteca en garantía de la restitución de la dote y el esponsalicio. Entregados una y otro, se produce una causa de extinción de la hipoteca por carecer de finalidad. De ahí que los hechos demuestren que se produjo la correspondiente cancelación. Pretender ahora que vuelva a constituirse esa hipoteca legal es violentar el ordenamiento hipotecario que sólo concede esta garantía cuando exista el supuesto que le da vida. Restituida la dote y el esponsalicio, desaparece la causa jurídica de la hipoteca legal. Por ello, la Dirección General dice que “la pretensión carece de todo fundamento legal, ya que la hipoteca que garantizaba la dote y el esponsalicio se inscribió a su debido tiempo e igualmente fue cancelada una vez que se hubo precedido a su restitución”.

B) *Inscripción del heredamiento preventivo.*—BARTOLOMÉ GÓMEZ GONZÁLEZ (“Materias de Derecho civil en sus relaciones con el Registro de la Propiedad con especial referencia del Derecho catalán”, 1927) decía que había de entenderse por heredamiento preventivo el que tiene por objeto

evitar la sucesión abintestato y que hacen los que van a contraer matrimonio en capitulaciones. En este heredamiento designan los futuros contrayentes cuál de los hijos que nazcan del mismo matrimonio ha de ser heredero universal de sus bienes, en el caso de que cualquiera de los contrayentes falleciere sin haber dejado testamento. Por regla general es designado como tal heredero el hijo primogénito.

Como se ve —sigue diciendo dicho autor— la efectividad de dicho heredamiento depende del cumplimiento de la condición a que se halla afecto, o sea, la de fallecer los otorgantes o cualquiera de ellos sin disposición testamentaria, y por eso la denominación de preventivos con que se les conoce. Si la condición no llega a cumplirse por haber fallecido el otorgante con disposición testamentaria, el heredamiento caduca, y, por consiguiente, no puede hacerse valer contra lo dispuesto en aquélla. No es, por tanto, inscribible el heredamiento preventivo cuando resulta que el otorgante del mismo falleció bajo testamento. Así lo declara la Resolución de 23 de marzo de 1900.

Es curioso cómo esta cita que hago viene a ofrecernos la solución precisa del caso en el mismo sentido que lo hace la Resolución comentada que, en los "vistos", no hace referencia a la de 23 de marzo de 1900. De esta última Resolución debe destacarse, a los efectos de este comentario crítico, el considerando segundo en el cual se dice: "Considerando que es requisito esencial en todo heredamiento preventivo, según la legislación no escrita o consuetudinaria de Cataluña, atestiguada por la unánime opinión de sus expositores, y confirmada por la jurisprudencia de los Tribunales, que la eficacia del mismo depende de la no realización de una condición cuyo cumplimiento debe depender exclusivamente de la voluntad de la persona que instituye tal heredamiento, es a saber, que ésta fallezca sin haber otorgado testamento ni otra disposición de sus bienes por acto de última voluntad."

Y también resulta curioso la coincidencia entre el caso planteado en la resolución comentada y esa otra que como antecedente traemos a estas páginas, pues en ambas la cláusula *preventiva* viene redactada en los mismos términos, pues no en vano la tradición, la costumbre y la unidad formalista de estas capitulaciones repiten como cláusulas de estilo las que luego han de jugar en la dilucidación de los problemas. Las capitulaciones matrimoniales del matrimonio PONS-MATA decían: "Deseando prevenir el caso de una muerte abintestato, los futuros consortes declaran que en el supuesto de fallecimiento de cualquiera de ellos sin hacer testamento, es su voluntad que sea heredero del que fallezca intestado, el primer hijo varón que naciere de su proyectado enlace y, a falta de varón, la hija mayor..."

Por su parte, el supuesto de hecho que soluciona la Resolución del año 1900 disponía: "Para el caso de fallecer cualquiera de los futuros esposos, Don... y Doña..., sin hacer testamento ni otra disposición de sus bienes, y no de otro modo, heredarán los hijos que Dios se designe encomendarles, no a todos juntos, sino al uno después del otro, prefiriendo los mayores a los menores, y los varones a las hembras..."

Como en las alegaciones que en dicha Resolución del año 1900 se estableciese figuraba aquella de que debía prevalecer el heredamiento pactado en capítulos matrimoniales, por cuanto éste se dejó "para el caso de fallecer

cualquiera de los futuros esposos sin hacer testamento ni otra disposición de sus bienes” y de los supuestos de hecho, resultó que el padre falleció bajo testamento mientras la madre falleció sin otorgar el mismo, debiendo tener respecto de los bienes de esta última validez dicho heredamiento, la Dirección General contestó que “semejante interpretación es notoriamente errónea, ya que conduciría a dos conclusiones imposibles y, por tanto, falsas, con arreglo a la legislación privativa de Cataluña: dar validez a un heredamiento preventivo en el que el cumplimiento de la condición depende de la voluntad de una persona extraña al que lo instituyó y atribuir validez a la renuncia formulada por el cónyuge que sobreviviere, a la facultad de alterar o modificar la disposición de sus bienes hecha para después de su muerte por otro acto de última voluntad, en el caso de que el premuerto hubiera fallecido sin otorgar testamento...”.

Las razones que aquí se alegan son las de que el Registrador no puede valorar los derechos en lucha y determinar los que sean preferentes, pues la cuestión depende de la decisión judicial, aparte de que el marido de la recurrente falleció bajo testamento abierto, pero su viuda vive en la actualidad. Lo paradójico, sin embargo, del caso es que la solicitud de inscripción se hace respecto de los bienes que en su tiempo fueron hipotecados en garantía de la dote y el esponsalicio, o lo que es lo mismo, bienes del marido que al otorgar testamento abierto provoca la caducidad y validez del heredamiento preventivo.

BARTOLOMÉ GÓMEZ GONZÁLEZ, en la obra antes citada, alude a una disposición fundamental contenida en la Constitución denominada “A foragitar fraus” que es la ley única, título 2.º De promesa de dot y donatio per nos, libro 5.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña, según la cual son nulos, de ningún valor e irritos ipso iure, los instrumentos que se otorgan por los hijos a favor de los padres o de cualquiera otra persona en disminución, derogación o perjuicio del heredamiento o donación hecha por los padres a sus hijos o cualquier otro, en tiempo de bodas y prohíbe a los Notarios recibir tales instrumentos. De manera que, con arreglo a ello, no es permitido al padre derogar por última voluntad el heredamiento, sin tampoco puede llevar a efecto contrato alguno en perjuicio o menoscabo del mismo, aun cuando lo hiciere con beneplácito del donatario; todos esos actos o contratos son nulos y del propio modo carecen de validez los celebrados por el hijo a favor del padre o como renuncia o *retrodonación* del heredamiento, reconocimiento de deuda y otros análogos, por cuanto no es el hijo donatario el solo interesado en dicho heredamiento, sino también la nueva familia que se constituya con motivo del matrimonio, o sea, el otro cónyuge y los hijos que puedan tener del citado enlace (Sentencias de 13 de febrero de 1863, 19 de abril de 1865, 26 de mayo de 1876, 16 de marzo y 25 de septiembre de 1883, 7 de mayo de 1896 y 13 de mayo de 1902). Los documentos de cualquiera de la clase expresada, adolecen de un defecto insubsanable. (Resolución de 3 de abril de 1883.)

No hay que olvidar, sin embargo, que esta disposición y sus comentarios se están refiriendo a los heredamientos universales y no a los preventivos. Con la Compilación vigente en la mano no encuentro apoyo jurídico para aplicar la normativa de los artículos 75 y 76 de la misma a los heredamientos

preventivos, regulados por los artículos 89 y 90, ni aún estimando que en el heredamiento preventivo pactado podía destacarse existencia de uno mutuo (por la referencia al usufructo de los bienes a favor del cónyuge sobreviviente) que conforme al artículo 95 de la Compilación se rige por las normas de los heredamientos simples.

La Dirección General, como hemos dicho, es clara en este punto: no cabe plantearse cuestión alguna dado que el causante ha fallecido bajo testamento en el que designa heredero universal a uno de los hijos habidos de su matrimonio. En forma indirecta alude a la posibilidad o no de haber tenido acceso al Registro en su día, dicho heredamiento preventivo. Sobre este punto me remito a lo que es nuestra opinión manifestada en la página 52 a 59 del tomo II de nuestra obra "Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral".

C Imposibilidad sustancial de inscripción.—Aparte de los argumentos ya comentados la Dirección General utiliza uno, primero en su enunciación, y último utilizado por el Registrador en su nota que justifica suficientemente el que la inscripción no pueda realizarse. Al amparo de los artículos 1.º y 20 de la Ley Hipotecaria, debe rechazarse toda inscripción de derechos sobre bienes que estén inscritos a nombre de terceras personas.

Poco explícito es el resultando en el que se aclara la situación, ya que se limita a decir que las fincas que anteriormente estuvieron inscritas a nombre del difunto marido, figuran en la actualidad a nombre de terceras personas, circunstancia que, conforme a los artículos citados, impide que puedan practicarse las inscripciones solicitadas, llevando como consecuencia a la improcedencia del recurso.

En mi apreciación crítica creo que la doctrina de la Dirección no puede ser más correcta, aunque noto en ella poco elaborada su conclusión. No se refiere a la resolución de 1900 (claro antecedente del caso) y las citas de la Compilación habría que conjugarlas con el aspecto transitorio del problema, aunque el resultado viniera a ser el mismo.

DESCRIPCIÓN DE FINCA.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE EXTINCIÓN DE CENSO QUE NO PLANTEABA NINGUNA DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA AFECTADA, AUNQUE NO SE HACÍAN CONSTAR LA NATURALEZA DE LAS FINCAS COLINDANTES NI EL SEGUNDO APELLIDO DE LOS TITULARES DE ÉSTAS. (Resolución de 21 de marzo de 1973.)

Hechos.—"Resultando que por escritura otorgada en Rubí el 28 de abril de 1969 ante el Notario recurrente, doña Nieves Cañameras y otros declararon extinguido un censo consistente en la pensión anual de 8 pesetas, que tenía a su favor, vendiéndolo por el precio de 1.500 pesetas a don Luis Samuel Casanova, dueño de la finca gravada, descrita en el instrumento como "casa en estado ruinoso sita en Rubí, calle de San Pedro, número 11, compuesta de planta baja y un piso, con patio detrás, de superficie 180 metros cuadrados, de los que están edificados 90. Linda: frente, dicha calle; derecha saliendo con Aurora Martínez; izquierda, con Juan Roca; y espalda, con Magín Torres";

Resultando que presentada en el Registro primera copia del anterior

documento fue calificado con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción del documento que precede por observarse los siguientes defectos: primero, no detallarse en la descripción de la finca la naturaleza de las fincas colindantes ni el segundo apellido de los titulares de éstas; segundo, no salvarse los soberraspados “su capital”, y “tercera”; tercero, no salvarse en forma los enmendados que se realizan en la copia después del Doy Fe de la misma. Se consideran todos como subsanables, no tomándose anotación preventiva de suspensión por no solicitarse;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que desea en primer término hacer patente la poca entidad de los defectos señalados por el Registrador, que normalmente no son tenidos en cuenta en la práctica registral, lo que revela una clara intención de obstaculizar la función notarial por motivos que no son de interés público; que tiene planteado otro recurso basado en análogos defectos puestos por el mismo funcionario calificador; que las Resoluciones de 7 de enero de 1893, 26 de marzo de 1909 y 18 de octubre de 1911 declaran inscribibles las escrituras “aun cuando al designar algún lindero no se precise la naturaleza del predio colindante”; que el criterio de la doctrina científica es igualmente que en estos defectos el Registrador debe facilitar la inscripción y no obstaculizarla; que la descripción está tomada de títulos anteriores que fueron inscritos, lo que refuerza la práctica registral antes aludida; que los soberraspados a que se refiere el Registrador sólo afectan a parte de las palabras citadas, se debieron a simples errores mecanográficos y no altera el sentido de la frase; que además, la legislación notarial contiene normas sobre la salvadura de las enmiendas en las matrices, pero no en las copias; que aun en el supuesto de que la omisión de las salvaduras produzca la nulidad de lo enmendado, es lo cierto que el resto del documento sigue siendo perfectamente válido y con datos suficientes para poder inscribir la redención del censo de que se trata; y que, el último defecto señalado le parece totalmente intrascendente, no entendiendo lo que quiere decir el Registrador —que parece desconocer la existencia de los artículos 153 y 243 del Reglamento Notarial— con la expresión “no salvarse en forma”, el cual debe ser condenado en costas por su ignorancia inexcusable.

Resultando que el Registrador informó: que prescinde de afirmaciones gratuitas del recurrente que están fuera de lugar; que el artículo 51 del Reglamento Hipotecario exige que se expresen en la descripción de la finca los linderos por los cuatro puntos cardinales y la naturaleza de las fincas colindantes, así como cualquier otra circunstancia que impida confundirla con otras que se inscriban; que la consignación de la citada naturaleza es una exigencia legal que hay que cumplir sin que se pueda estimar derogada por una corruptela tolerada a veces por especiales razones; que el no consignar el segundo apellido de los titulares de las fincas colindantes es otro defecto que impide la perfecta identificación de los predios; que el criterio de tolerancia seguido por otros Registradores no obliga al funcionario calificador, como tiene declarado la Dirección General en Resolución de 18 de noviembre de 1960; que aunque el Reglamento Notarial no establezca la nulidad de las copias en que no se salven los errores advertidos, el mis-

mo artículo 243 exige su corrección en igual forma que para la matriz; y que en cuanto al modo de subsanar los defectos advertidos, es indudable que debe ser expresándolo así en la nota de suscripción de la copia, y si fueron observados después del Doy Fe habrá que extender otra nota con nuevo Doy Fe, criterio recogido por la Resolución de 27 de noviembre de 1929 y artículo 243 del Reglamento Notarial, siendo también digna de mención en este punto la Resolución de 1 de febrero de 1890;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que con su extremo rigor, verdadera huelga de celo, entorpece la actividad notarial, habiendo rechazado más de un millar de escrituras al Notario recurrente, por lo que debe ser condenado en costas."

Doctrina.—"Considerando que en este recurso de escasa trascendencia jurídica, la primera de las cuestiones suscitadas aparece ya resuelta desde la lejana Resolución de este Centro de 7 de enero de 1893, reiterada en otras posteriores, de las que se desprende, que aunque para una más exacta determinación del inmueble debe expresarse la naturalza de los predios colindantes y el segundo de los apellidos de sus titulares, tal como para lo primero se previene en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, el no hacerlo así no es motivo bastante para suspender una inscripción, sobre todo, si como en el caso precedente sucede, la descripción coincide con la de los libros registrales, y no puede surgir ninguna duda respecto de la identidad de la finca";

"Considerando que mucha menos trascendencia tienen los defectos segundo y tercero, donde ni casi como falta reglamentaria podría calificarse el soberraspado de alguna letra equivocada en las palabras "capital" y "tercero", que pueden ser subsanados a través de los medios establecidos en el artículo 243 del Reglamento Notarial, pero que en ningún caso ha de servir de justificación para obstaculizar el ingreso en el Registro del documento calificado, a cuyo contenido en nada afecta la nimiedad de la cuestión";

"Considerando que los funcionarios públicos deben desarrollar con presteza el servicio que tienen encomendado, sin plantear problemas intrascendentes en recursos gubernativos que, al retrasar artificiosamente la inscripción, mediante una especie de injustificada huelga de celo, como dice con acierto el Auto Providencial, pueden acarrear perjuicios a los interesados y al normal desenvolvimiento de la Oficina registral, haciendo intervenir por otro lado, con pérdida de tiempo, a otros funcionarios cualificados como son el propio Presidente de la Audiencia y los del Centro directivo, cuya atención debe ocuparse en cuestiones más importantes."

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.

Consideraciones críticas.—Creo que fue en el Seminario de Derecho Hipotecario de la Audiencia de Albacete donde pronuncié una conferencia sobre la penetración de lo jurídico en el campo registral y, al afrontar el esencial principio de la calificación, destacaba las escasas excepciones que existían en las que el funcionario de turno descendía al detalle intrascendente que alejaba dicha función de lo que realmente debe ser su contenido: la auténticamente jurídico. Creo que citaba como lamentable caso el que se contenía en la Resolución de 16 de julio de 1971, al que hay que añadir el de la que ahora se comenta.

En la propensión a la finalidad —decía GONZÁLEZ PALOMINO (Estudios jurídicos de arte menor. Pamplona, 1964)— se diferencia realmente el jurista del leguleyo y del burócrata. El leguleyo es idólatra de la letra de la Ley; el burócrata lo es del requisito; el jurista, de la justicia jurídica del caso concreto, para lo que usa la ley instrumentalmente dándole cumplimiento funcional. Uno de los deportes favoritos del jurista de pura sangre es la “caza del requisito”, pero la caza del requisito en sentido venatorio: para “desrequisitar” los requisitos. Porque la mentalidad jurídica es anti-burocrática por esencia, presencia y potencia. El jurista se esfuerza en resolver los problemas. El burócrata en poner dificultades. Lo primero requiere estudio y talento. Lo segundo no.

Esas excepciones llegan, a veces, a descender a problemas tan secundarios como el de si cuando se rectifica un asiento debe ponerse un “confrontado” o un “confrontando”. Uno es realización de un hecho y otro es acción de realizar el hecho. El Reglamento de 1915 en su artículo 307 (Edición de Leyes de Medina y Marañón, pág. 232, 1943) habla de “confrontado”, mientras que el reglamento de 1947, artículo 321 (Edición de CASERO FERNÁNDEZ, Edit. Aguilar, 1960, pág. 323) añade la ene discutida, hablando de “confrontando”.

De ahí que la Dirección General en sus *considerandos* haga serias advertencias al funcionario calificador en forma indirecta estimando que el “recurso sea de escasa transcendencia jurídica”, que los defectos alegados en segundo y tercer lugar no pueden considerarse “ni casi como falta reglamentaria” y que los funcionarios públicos “deben desarrollar con presteza el servicio que tienen encomendado, sin plantear problemas intranscendentes en recursos gubernativos que, al retrasar artificiosamente la inscripción, mediante una especie de injustificada huelga de celo...”

Fundamentalmente son dos los defectos que el funcionario atribuye en su nota a la escritura presentada:

1.º *No detallarse en la descripción de la finca la naturaleza de las colindantes ni el segundo apellido de los titulares de éstas.*—Sin perjuicio de que, conforme al artículo 98 del Reglamento Hipotecario y del 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador debe penetrar en su calificación en la materia de los requisitos formales de los documentos que se presenten a inscripción y de “la no expresión o la expresión sin la claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y el Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad” es evidente que llevado el mismo en su letra y relacionándolos con el 30 de la misma Ley Hipotecaria, sería muy difícil hacer inscripciones que reuniesen todos y cada uno de los requisitos del artículo 9 de la Ley y 51 de su Reglamento, aparte de las especiales para ciertas inscripciones. Pero al lado de esta norma hay que tener en cuenta —por lo que a la naturaleza de las fincas colindantes se refiere— que la redacción del artículo 51, 2.º del Reglamento no parece dar a la falta de este requisito la sanción de nulidad, pues la frase “cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba” opera el milagro de ser circunstancia adicional cuando la “identidad del predio” está suficientemente comprobada, como en el caso presente.

Esta parece ser la doctrina emanada del Centro Directivo que ya el 7 de

enero de 1893 decía: “que si bien está en lo cierto el Registrador cuando entiende conduce mejor a la exacta determinación de un inmueble la expresión de la naturaleza de los predios colindantes, y así terminantemente lo previene la regla 2.ª del artículo 25 del Reglamento Hipotecario, el no hacerlo así y expresar tan sólo los nombres de los propietarios de esos predios, corruptela muy generalizada que quizá ha nacido de las propias palabras del artículo 12 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874, no es motivo bastante para suspender la inscripción... “La idea la repite la Resolución de 12 de abril de 1909 al decir que “no debe estimarse esta circunstancia como esencial” y la reitera la de 18 de octubre de 1911 al estimar que se pueden “también determinar los linderos por los nombres de los dueños de los predios colindantes”.

La determinación de la naturaleza de los predios colindantes, expresando su carácter rústico o urbano, esta mediatizada por las ordenaciones y planificaciones a que están sometidas las diferentes clases de terrenos. La falta de unidad en la terminología de la finca, el empleo sucesivo de las expresiones terrenos, solares, predios, parcelas, así como las diferentes clasificaciones de terrenos, provoca en la actualidad excesivas dificultades en la matización descriptiva de las fincas que, en última instancia, han quedado simplificadas al nombre y apellidos de los colindantes, cuando no de los herederos de aquéllos. Habría que ir pensando en formas descriptivas más acordes con posibles métodos mecanizables, con la condición de que el legislador unificase criterios en orden a clasificaciones y denominaciones de terrenos.

2.º *No salvarse los soberraspados y enmendados que se citan en la nota calificadora.*—De la redacción de la nota calificadora se deducen dos defectos por falta de salvaduras: uno, por los soberraspados y otro, por los enmendados. Quizá donde esté toda la esencia de la solución del recurso es en la falta de proporción que guardan los defectos con la transcendencia del mismo, pues esos tropiezos mecanográficos suelen ser de una gran frecuencia y se solventan en base de la buena relación notarial-registral sin que medie discusión alguna. En el caso presente, rota la relación, el único medio era el recurso. Bien claro resulta todo ello de los hechos y de los informes de los respectivos funcionarios, negándose el Notario a rectificar, sobre la base de que la legislación notarial contiene normas sobre salvadura de enmiendas en las matrices, pero no en las copias (cosa que el artículo 243 del Reglamento Notarial desmiente), pidiendo incluso la imposición de costas por “ignorancia inexcusable”.

En el programa de oposiciones a Notarías del año 1945 y en el cuestionario sobre la materia hipotecaria, había una pregunta que decía así: “Defectos de los títulos que no tienen la consideración de faltas”. Ya hice alusión a la misma y en estas páginas al comentar la Resolución de 16 de julio de 1971. A los casos que entonces se incluían al contestar la pregunta hay que añadir éste al que la Dirección no duda en adscribir a la categoría de “falta reglamentaria”. Al desaparecer aquella pregunta de los cuestionarios sucesivos parecía que el concepto de “falta reglamentaria” había igualmente desaparecido, no siendo así. Por ello, el concepto de *defecto* que impide o suspende la inscripción y que tiene una doble proyección en

la Ley Hipotecaria a través de las *faltas* subsanables e insubsanables, debe ser entendido en forma extensiva englobando también aquellas “faltas reglamentarias” que no dificultan la registración.

Para precisar si las palabras no salvadas conforme al artículo 243 del Reglamento Notarial tenían esa consideración de “falta reglamentaria”, habría que leerse el documento. Otra cosa hubiese sido, como suele producirse con frecuencia, la discrepancia en el nombre del adquirente que en la comparecencia el Notario asevera que lo conoce y en las estipulaciones se le alteran los apellidos, dando fe el Notario de todo ello. ¿Cuál debe prevalecer?

DESCRIPCIÓN DE FINCA.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRA-VENTA QUE CONTENÍA NIMIOS DEFECTOS COMO NO HACERSE CONSTAR LA NATURALEZA DE LAS FINCAS COLINDANTES, EL NOMBRE DE UN CAMINO LINDERO O EL SEGUNDO APELLIDO DE LOS VECINOS, QUE EN NADA AFECTABAN A LA IDENTIDAD DE LA FINCA. (Resolución de 22 de marzo de 1973.)

Hechos.—“Resultando que por escritura otorgada en Rubí el 13 de agosto de 1969 ante el Notario recurrente, doña Carmen Banal Bonavia, casada en régimen de separación de bienes, vendió a don Joaquín Sacristán Collado y su esposa, también casados en régimen de separación de bienes, una finca segregada de otra mayor, cuya descripción (de la parte segregada) era la siguiente: “Terreno edificable en término municipal de Rubí, paraje denominado El Carmelo, de superficie 639 metros cuadrados, 10 decímetros cuadrados, equivalentes a 16.915,84 palmos también cuadrados. Linda: frente en línea de 17,50 metros, como camino; derecha entrando, en línea de 44 metros, con fincas de doña Leonor Tarancón y resto de finca; izquierda, en línea de 46 metros y fondo en línea de 11 metros con resto de finca”, agregándose: “la segregación se efectúa por el Este de la finca matriz, cuya superficie queda disminuida en la extensión de la porción segregada”;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción del documento que precede por observarse los siguientes defectos: 1) no justificarse la toma de razón en el Ayuntamiento de Rubí, a efectos del arbitrio de plusvalía; 2) no detallarse en la descripción de la finca segregada y vendida, si el lindero del frente es un camino conocido por un nombre o es un camino que sirve de separación con otra finca y, en este caso, la naturaleza de la misma y el nombre y apellidos de su propietario; ni consignarse la naturaleza de la finca lindante por su derecha entrando ni el segundo apellido del titular de ésta; 3) no describirse el resto de la finca matriz en la forma preventiva en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario que exigen como mínimo, además del lindero por donde se efectúa la segregación, como consta en la escritura, la modificación de su extensión, no bastando a este efecto decir: cuya superficie queda disminuida en la extensión de la porción segregada; 4) no salvarse en forma los añadidos y enmiendas que se realizan en la copia presentada después

de estampar el Doy Fe de la misma. Se consideran tales defectos como subsanables, no tomándose anotación de suspensión por solicitarse”;

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que deja aparte el primero de los defectos señalados a pesar de que el propio Registrador ha inscrito centenares de escrituras sin tal requisito poniendo nota de afección del citado arbitrio; que en cuanto al segundo defecto, la Resolución de 11 de marzo de 1879 dice que está bien expresado el lindero cuando se indica que la finca linda con un camino sin mencionar el nombre de éste ni ninguna otra circunstancia; que sin embargo, el Registrador no sólo exige se diga el nombre del camino sino también la naturaleza de la finca y el nombre del titular de la situada al otro lado del mismo; que el criterio científico y jurisprudencial sobre este punto es de la máxima tolerancia como demuestran las Resoluciones de 7 de enero de 1893, de 26 de marzo de 1909 y 18 de octubre de 1911, entre otras; que el defecto tercero achaca a la escritura una supuesta infracción de los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario cuando precisamente se han cumplido con rigor sus normas como puede comprobarse a la vista de su texto y de la Resolución de 23 de octubre de 1965; que la práctica notarial y registral es constante en la admisión de segregaciones con menos requisitos que los contenidos en la escritura calificada; que la dureza de la calificación parece que no tiene más finalidad que obstaculizar la labor del Notario autorizante de la escritura; y que el modo de salvar las correcciones o enmiendas, está regulado por el artículo 243 del Reglamento Notarial y se han cumplido con exceso sin que entienda qué quiere decir el Registrador con su expresión de salvar “en forma”;

Resultando que el Registrador informó: que no es cierto que haya admitido centenares de escrituras sin la toma de razón en el Ayuntamiento a efectos del pago del arbitrio de plusvalía, y aunque este defecto no es objeto de recurso, quiere hacerlo constar; que en cuanto al segundo defecto, el artículo 51 del Reglamento Hipotecario no sólo exige que se expresen en la descripción de las fincas sus linderos por los cuatro puntos cardinales, sino también la naturaleza de las colindantes y cualquier otra circunstancia que impida su confusión; que el consignar como lindero un camino sin especificar nombre, no aclara lo suficiente por lo que es necesario señalar otras circunstancias que eviten con otra la finca que se inscriba; que la obligación de expresar la naturaleza de la finca colindante no es un capricho del calificador, sino una exigencia legal que no se puede considerar derogada por una corruptela tolerada a veces por circunstancias especiales; que el no consignar el segundo apellido del dueño de la finca colindante es otro defecto que impide la perfecta identificación de la que se pretende inscribir; que el criterio de tolerancia seguido por otros Registradores no obliga al funcionario calificador, como tiene declarado la Resolución de 18 de noviembre de 1960; que en cuanto al tercer defecto, los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario exigen que se consignen como mínimo, en cuanto al resto de la finca matriz, no sólo el lindero por donde se efectúa la agregación, sino también la modificación en su extensión, y esta exigencia no puede estimarse cumplida con la manifestación de que la superficie de la

misma queda disminuida en la extensión de la porción segregada, sino que debe expresarse con arreglo al sistema métrico decimal, según el espíritu de la Resolución de 23 de octubre de 1965; y que, en cuanto al cuarto defecto, en el caso de subsanación de errores observados después de poner el Doy Fe, debe procederse como previenen las últimas palabras del artículo 243 del Reglamento Notarial cuando habla de nota posterior autorizada de igual modo que la copia, criterio seguido por la Resolución de 27 de noviembre de 1929, siendo también digna de mención en este punto la de 1 de febrero de 1890;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en cuanto a los defectos recurridos, por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente, considerando que el riguroso criterio registral se debe a motivos personales contra el fedatario, como pudo apreciar ya en otro recurso planteado entre los mismos funcionarios, lo cual puede provocar una corriente desinscribitoria, razón por la cual deben imponerse las costas al funcionario calificador.”

Doctrina.—“Considerando que en el presente recurso se plantean algunas de las cuestiones que han sido ya resueltas por este Centro Directivo en la Resolución de 21 de marzo de 1973, en que se declaró que no es motivo suficiente para suspender una inscripción la circunstancia de que la descripción del inmueble contenida en la escritura calificada no se expresa la naturaleza de los predios colindantes, tal como se establece en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario o se omitiese el segundo apellido de los titulares de las mismas —requisito no exigido en ninguna disposición legal o reglamentaria—, máxime cuando la descripción coincide con la de los libros registrales y no puede surgir ninguna duda respecto a la identidad de la finca, y lo mismo habrá igualmente de indicarse respecto al resto de este defecto segundo en relación a la constancia del nombre del camino que sirve de separación con la otra finca, así como a la naturaleza de ésta y el nombre y apellidos, en su caso, del propietario”;

“Considerando que en cuanto al defecto cuarto la indicada Resolución manifestó que en ningún caso podría calificarse como defecto que obstaculizarse el ingreso en el Registro de documento calificado, las enmiendas o soberraspados realizados en la copia presentada, que en último término podrían ser subsanados a través de los medios establecidos en el artículo 243 del Reglamento Notarial, y que en nada afectan al documento en sí”;

“Considerando por último, que en cuanto al defecto tercero, el propio funcionario calificador reconoce en la Nota que se ha cumplido con lo establecido en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario, al indicarse en la escritura el lindero por donde se ha efectuado la segregación; y sin que pueda tomarse en consideración que no se haya hecho constar numéricamente la extensión superficial del resto, pues es indudable que al señalarse la superficie de la totalidad del inmueble, así como la de la porción segregada y expresarse que ha quedado disminuida la primera en esta última extensión, una simple operación de restar despeja la cuestión matemática que podrían plantearse.”

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que re-

vocó los defectos segundo, tercero y cuarto de la Nota de calificación, únicos sobre los que se planteó debate.

Consideraciones críticas.—La presente Resolución aborda problemas similares a la anterior comentada de 21 de marzo de 1973, no ya sólo por ser la relación notario-registral la misma, sino los supuestos de hechos casi similares. La tirantez de relaciones sigue permaneciendo y es lógico que la única defensa del derecho —tozuda o inteligentemente sostenido— tenga el cauce del recurso gubernativo.

De todo ello se deduce que en este comentario crítico no vamos a abordar esa serie de problemas que antes exponíamos en torno a la descripción de las fincas y la naturaleza de las colindantes, así como la problemática de la salvadura de errores y enmiendas hechas en la escritura o copia que se presenta a registración. Es decir, de los cuatro defectos que se alegan, sólo tres de ellos son objeto de recurso, pues la falta de presentación al Ayuntamiento a efectos de plus valía no se incorpora al recurso y, de los tres restantes, sólo uno de ellos aparece como nuevo en el campo del comentario. Se refiere al caso de si en una segregación debe o no describirse el resto de la finca matriz en la forma prevenida en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario que exigen como mínimo, además del lindero por donde se efectúa la segregación, como consta en la escritura, la modificación de su extensión, no bastando a este efecto decir: cuya superficie queda disminuida en la extensión de la porción segregada.

La Dirección General en este punto “abre manga” y estima que no debe “tomarse en consideración que no se haya hecho constar numéricamente la extensión superficial del resto, pues es indudable que al señalarse la superficie de la totalidad del inmueble, así como la de la porción segregada y expresarse que ha quedado disminuida la primera en esta última extensión, una simple operación de restar despeja la cuestión matemática que podría plantearse”.

Es curioso cómo en el momento de la calificación del acto de segregación y, a efectos de permitir su inscripción, se haga uso del cálculo matemático, que no es del todo ajeno a la legislación hipotecaria. Es decir, las matemáticas no suelen estar reñidas con el campo de lo jurídico y, de ahí, que la Dirección intente justificar su decisión a través de este campo que se presume fácilmente dominado por el funcionario calificador. Hay un precepto, de todos conocido, en el que a los efectos del pacto de intereses que pueden perjudicar a terceros el mismo no puede exceder de “cinco años” (artículo 114, 2.º Ley Hipotecaria), permitiéndose en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario que se pacte una “cantidad global para responder del pago de intereses”, pero que no podrá exceder del importe de cinco anualidades, lo cual obliga —como dice LA RICA— “al Registrador a un fácil cálculo matemático para comprobar si la responsabilidad global rebasa o no la autorización legal. En el caso de que excediera, procederá, a mi juicio, inscribir la escritura haciendo constar que la finca sólo queda responsable por intereses de la cantidad máxima autorizada por la Ley, cinco anualidades o la suma equivalente, y denegándose el pacto en cuanto al exceso, ya que estas denegaciones parciales de pactos o cláusulas aisladas está ex-

presamente autorizada hoy por el artículo 434, párrafo segundo, del Reglamento”.

Analizando este precepto y la facultad de cálculo matemático del Registrador vemos que el cálculo debe hacerse a los efectos de hacer o no constar la cantidad global que figura en la escritura, mientras que en el caso de segregación, lo que parece obligar la Dirección al Registrador es a un cálculo, no para saber si es legal “el resto” que queda, sino para hacerlo constar así en la inscripción. Aunque la frase esté incluida en uno de los apartados del artículo 51 del Reglamento Hipotecario que para nada se refiere a las fincas (número 9 del mismo), es evidente que tiene un carácter general de prohibición para el Registrador extensivo a cualquier materia. Me estoy refiriendo a la frase: “sin que sea permitido al Registrador, ni aun con acuerdo de las partes, añadir ni quitar ninguna circunstancia”.

Entiendo que ese argumento y el que la segregación es una de las operaciones más delicadas en las que el funcionario que autorice el documento debe poner su máxima diligencia, precisando extensiones superficiales totales, extensiones segregadas y restos, sobre todo en aquellos casos en los que sobre la parcela que queda se constituye cualquier derecho limitativo del dominio, son razones que me impiden admitir la doctrina de la Dirección General que no la encuentro muy apoyada por resoluciones anteriores ni por razones doctrinales de peso, aparte de estimarla enormemente peligrosa, ya que puede facilitar en su día “una alegre, confiada y viciosa” actuación notarial.

Podríamos citar, en un esquema comprimido, diversas Resoluciones de la Dirección General que no encajan con este argumento matemático que ahora la misma utiliza. Por orden cronológico cito la de 20 de junio de 1945 en la que se dice: “Para conseguir tal objeto, una buena práctica notarial aconseja la descripción hipotecaria no sólo de la parte segregada, sino del resto de la finca primitiva, sin perjuicio de que en el Registro se extienda la nota reglamentaria en términos claros y precisos; evitándose así que al operar sobre el resto de la finca no se identifiquen ésta”. La de 14 de junio de 1963 en la cual se dice que “cuando con anterioridad al contrato de que se trate se haya efectuado alguna segregación de la finca a que se refiera, deberá de precisarse y actualizarse la descripción del resto de la finca matriz en la nueva escritura, conforme exigen los artículos 170 y 171 del Reglamento Notarial”. Por último, la Resolución que utiliza el Notario en sus argumentos es otro a favor de la tesis que sostenemos, pues en la misma (23 de octubre de 1965) se dice que “se haga constar solamente la modificación en la extensión y el lindero o lindero por donde se haya efectuado la segregación” y de las circunstancias de hecho del supuesto resulta que en la escritura no se ha hecho constar la modificación de la extensión, sino que la misma ha de ser DEDUCIDA por el Registrador en base de los datos que se le suministran. Aparte de ser falsa la afirmación de que los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario prescriben que, en lugar de describir la porción restante, se haga constar solamente la modificación de la extensión, ya que el artículo 50 es claro que “aconseja”, si fuera posible, la descripción de la porción restante, y no siendo posible la modificación

de la extensión. Es decir, todo lo contrario de lo que predica esa Resolución.

Todo ello, como es natural, con las necesarias reservas que las directrices del alto organismo me imponen, aunque en este caso mi sentido crítico y práctico hagan inclinar la balanza en contra de las mismas.

SUSPENSIÓN DE PAGOS.—AUNQUE FIGURE ANOTADA EN EL REGISTRO LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL TITULAR DE UNA FINCA, ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE SEGREGACIÓN Y OPCIÓN DE COMPRA OTORGADA CON ANTERIORIDAD, AUNQUE SE PRESENTE DESPUÉS DE EXTENDERSE LA CITADA ANOTACIÓN. (Resolución de 14 de junio de 1973.)

Hechos.—“Resultando que por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don José Luis Martínez Gil, el 8 de julio de 1970, la Compañía Mercantil Construcciones Pujol, S. A., debidamente representada por su Administrador, don Ramón Pujol Planas, segregó de una finca mayor que pertenecía a la Empresa, conocida por “El Rosal” y comprensiva de las parcelas 101 y 111 del Polígono 5 en el término de San Sebastián de los Reyes, un trozo de tierra “al sitio denominado El Burrillo o Prado de San Juan, de una superficie de 15.312 metros cuadrados aproximadamente y que linda al Norte con fincas de Roque Crespo y Juan Ramón, al Sur con finca de herederos de Satorio Sivit, al Este con Juan Ramón y al Oeste con resto de la finca que se segrega; que en la misma escritura, Construcciones Pujol concedió a don Antonio Canal Aguilera “el derecho de opción de compra de la parcela de terreno segregada y descrita”, conviniéndose que la duración de la opción sería de dos años y el precio de venta 100.000 pesetas; y que, en virtud de providencia firme dictada el 5 de agosto de 1970 por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sabadell, se admitió la solicitud de suspensión de pagos de la Sociedad vendedora y librado mandamiento causó anotación preventiva en el Registro de Colmenar, el 17 de diciembre de 1970;

Resultando que presentada en el citado Registro, el 21 de mayo de 1971, primera copia de la referida escritura, fue calificada con la siguiente nota: “NO ADMITIDA la inscripción del precedente documento de segregación y opción de compra, por los siguientes defectos: 1) No constar que la segregación se haya efectuado con la oportuna licencia administrativa. 2) Y figurar ya anotada en el Registro la suspensión de pagos de la Compañía mercantil “Construcciones Pujol, S. A.”, con la consiguiente limitación real en función de los fines que tal procedimiento tiende a cumplir, lo que impide extender dicha inscripción, de conformidad con la Ley de 26 de julio de 1922, por estimarse insubsanable el último defecto”;

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que es improcedente la exigencia del Registrador de licencia administrativa para la segregación realizada, puesto que la finca afectada es rústica, sin que por otro lado se indique en la nota la norma legal infringida; que la suspensión de pagos supone una limitación de capacidad del suspenso, pero no implica una restricción real como parece pretender el Registrador; que ade-

más, las limitaciones que sufre una persona en estado de suspensión de pagos no puede ser calificadas de incapacidad absoluta, sino como restricciones que afectan sólo parcialmente a su capacidad; que no existe precepto legal alguno que equipare al suspenso con el incapaz absoluto como es el caso del loco o del menor de edad, disponiendo por el contrario la Ley de Suspensión de Pagos, en su artículo 6.º, que “el comerciante suspenso conservará la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado”; que por ello entiende que: 1.º La iniciación de un expediente de suspensión de pagos no puede perjudicar derechos anteriores. 2.º Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. 3.º Aun cuando se tratara de actos del suspenso posteriores a la providencia judicial en suspensión, no existe fundamento legal para pensar que tales actos son nulos de pleno derecho, sin perjuicio, en su caso, de las acciones que pudieran corresponder a terceros. 4.º Es dudoso que la intervención de operaciones que prevé la Ley de Suspensión de Pagos alcanza a actividades no mercantiles; y que, como fundamentos de derecho señalaba los artículos 71 de la Ley Hipotecaria, 14 y 142 del Reglamento para su ejecución y 4 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura informó: Que el capítulo 3.º de la vigente Ley del Suelo y Ordenaciones Urbanas de 12 de mayo de 1956, dice en el título 2.º, artículo 77-1, que “se considerará parcelación urbanística la división de terrenos en dos o más lotes, cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada, existente o en proyecto, o esté situada en distancia inferior a 100 metros del borde de la misma”; que el artículo 79, número 2, agrega que “toda parcelación y reparcelación urbanística quedarán sujetas a licencia”; que el número 3 de este mismo artículo establece, en consecuencia, que los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la correspondiente licencia; que la lectura de los citados preceptos se deduce claramente su inaplicabilidad al caso debatido, ya que se trata de una finca rústica que no da frente a ninguna vía pública ni privada ni está situada a menos de 100 metros del borde de la misma; que a las fincas rústicas se refiere el artículo 69 de la citada Ley del Suelo que prohíbe los fraccionamientos de terrenos que rompan la unidad mínima de cultivo señalada en los planes generales; que por todo ello parece evidente que no puede aplicarse en el presente caso lo dispuesto en el artículo 79 de la mencionada Ley del Suelo ni la Circular del Area Metropolitana de Madrid de 17 de junio de 1966, sino que en todo caso surgiría un derecho de retracto conforme a lo dispuesto en la Ley de 15 de julio de 1954; que resulta claro que la segregación de una parcela rústica de 15.312 metros cuadrados no encubre ni puede encubrir una parcelación clandestina que es lo que la Ley del Suelo trata de evitar; que las anotaciones preventivas de resoluciones judiciales de suspensión de pagos, parece que son consideradas por el legislador como anotaciones de demanda de incapacidad y no como prohibiciones de disponer que es como parece las califica el Registrador; que de todos modos no procede el cierre del Registro ya se califique la anotación preventiva de una forma u otra; y que si se califica de inca-

pacidad, los efectos son que la anotación pesa como una amenaza para los posibles adquirentes posteriores del demandado que podrá, sin embargo, inscribir su adquisición sujeta a las contingencias de la resolución que en definitiva se dicte en el procedimiento, y si se califica de prohibición de enajenar, sus efectos son los de impedir el acceso al Registro de actos dispositivos otorgados con posterioridad a la práctica de la anotación de suspensión de pagos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 145 de su Reglamento, en relación con el 1923 del Código Civil;

Resultando que el Registrador informó: que dado el texto literal del artículo 77 de la Ley del Suelo, generalmente interpretado con amplitud y por estar la finca objeto del recurso en el término municipal de San Sebastián de los Reyes, expresamente sujeto a las normas dictadas por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid, así como por implicar la segregación de que se trata una división de terrenos de secano en la que tanto la superficie de la porción segregada como la del resto de la finca matriz son inferiores a 2,5 hectáreas, el Registrador tiene obligación de exigir la oportuna licencia administrativa para poder practicar la inscripción, de conformidad con el número 2 del Acuerdo de dicha Comisión, de 20 de abril de 1966, comunicado a la Dirección General de los Registros y del Notariado y publicado por ésta en Resolución de 17 de junio del mismo año, por lo que la falta de tal licencia constituye un defecto subsanable; que la dificultad para la inscripción de la opción de compra no radica en que ésta no reúna los requisitos legales, sino en la oposición a un asiento registral vigente; que la suspensión de pagos es un procedimiento de ejecución universal que procura la igualdad de todos los acreedores salvo los que tengan la condición de especialmente privilegiados; que por ello quedan en suspenso hasta la terminación del expediente todos los juicios ordinarios o ejecutivos en que se persigan bienes del deudor, excepto aquéllos que estén especialmente hipotecados o pignoralados; que, en consecuencia, el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos impide la práctica de todos los embargos y administraciones judiciales una vez que se haya solicitado la suspensión, ordenando que sean los interventores nombrados quienes actúen a partir de ese momento, los cuales no podrán lícitamente satisfacer su crédito a ningún acreedor singular, como declaró la Resolución de 14 de noviembre de 1968; que la citada Resolución y la de 26 de los mismos mes y año confirmaron la denegación por el Registrador de anotaciones preventivas de embargos decretados con anterioridad a la fecha de la declaración del estado de suspensión de pagos del deudor, por oponerse a ello la naturaleza, efectos y consecuencias del expediente y el asiento registral de la suspensión; que el Registro de la Propiedad se rige por el principio "prior tempore potior iure" y cuando se presentó la escritura de opción de compra ya figuraba anotada la suspensión de pagos de la Sociedad otorgante de la opción; que sin necesidad de examinar la conocida distinción entre incapacidades y prohibiciones de disponer, aunque el artículo 142 del vigente Reglamento Hipotecario considera incapacidad la situación de suspenso, de la norma 4 del artículo 166 parece deducirse, como opina un ilustre comentarista, que "en el caso del suspenso no existe ningún

problema de capacidad, sino de simple limitación real en función de los fines que el procedimiento tiende a cumplir"; y que el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, al disponer que los bienes inmuebles o derechos reales sujetos a anotación preventiva pueden ser enajenados o gravados, no establece una norma tan absoluta que carezca de excepciones, sino que establece una regla general que permite la inscripción de dichas enajenaciones o gravámenes, salvo que la anotación implique el cierre del Registro, impidiendo la inscripción de tales actos como sucede en la prohibición de enajenar o en el legado de cosa específica inmueble propia del testador o cuando refleja la suspensión de pagos del titular registral;

Resultando que el Presidente de la Audiencia, aceptando razonamientos de las partes contendientes, confirmó la nota del Registrador en cuanto al defecto primero, considerando subsanable (falta de licencia administrativa), revocándola respecto del segundo (anotación de la opción de compra) por haber sido otorgada la escritura con anterioridad a la anotación de suspensión de pagos;

Resultando que el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos."

Doctrina.—"Considerando que al haber sido confirmado por el Auto presidencial el primero de los defectos señalados en la nota calificatoria, sin que contra dicho pronunciamiento se haya recurrido, la única cuestión planteada en este expediente consiste en determinar si es inscribible una escritura de segregación y concesión de opción de compra otorgada en nombre y representación de una sociedad anónima cuando, con posterioridad al otorgamiento pero antes de ser presentada la escritura en el Registro, aparece extendida la anotación preventiva de suspensión de pagos de dicha sociedad";

"Considerando que la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 procura proteger los intereses de los acreedores del comerciante suspenso y evitar que el mismo pueda realizar actos dispositivos en perjuicio de aquéllos, por lo que una de las limitaciones que expresamente se le impone, conforme al artículo 6.º de la citada Ley, es la de necesitar el acuerdo de los interventores, o autorización del Juez, si éstos no hubiesen tomado posesión de su cargo, "para toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato", con posible responsabilidad penal en caso de incumplimiento, y la sanción de nulidad para los actos que realice sin dichas intervención o autorización";

"Considerando que al quedar ampliamente afectada la situación patrimonial del comerciante declarado en estado de suspensión de pagos, el artículo 4.º de la Ley Especial ordena que la providencia en la que se tenga por solicitada tal declaración se anote en el Registro de la Propiedad donde estén inscritos los inmuebles del suspenso, precepto que se reitera en el artículo 142 del Reglamento Hipotecario, sin que ofrezca dificultad la solución, que habrá de ser forzosamente negativa, en los supuestos de actos dispositivos otorgados con posterioridad a la anotación y que hayan sido realizados exclusivamente por el comerciante suspenso";

"Considerando que en cuanto a los actos verificados antes de producirse el estado de suspensión del comerciante, pero que acuden al Registro de la Propiedad una vez practicada la anotación que declara esta situación, han

de ser admitidos y producen su inscripción, y ello tanto si se estima —cuestión muy debatida— que se trata de una incapacidad y se aplica el artículo 142 del Reglamento Hipotecario al ser válidos los actos realizados por el incapaz antes de la fecha en que surte efectos hipotecarios la declaración de incapacidad, como si se considera que se está ante una prohibición de disponer, pues en virtud del artículo 145 del mismo Reglamento las anotaciones de este tipo no son obstáculo para que se practiquen las inscripciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación”;

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó el defecto segundo de la nota del Registrador, único que ha sido objeto de debate.”

Consideraciones críticas.—Las razones justificativas de la aparición de las suspensiones de pagos suelen venir motivadas por desequilibrios económicos de difícil diagnóstico. Hace algún tiempo —cuando aparecía en el campo español la figura de la suspensión de pagos con su amenaza de masividad— escribí un comentario en el “Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores” (número 92, junio 1974, pág. 335), sobre el aspecto fiscal de la suspensión, vaticinando la problemática que se iba a plantear con la profusión de la figura.

Simultáneamente el Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón estudió el aspecto hipotecario de las anotaciones preventivas al hilo de los pronunciamientos de la Dirección General y, posteriormente, afronté en otra publicación la naturaleza jurídica de la situación del suspenso en orden a sus posibles repercusiones hipotecarias. Sin embargo, quedaba marginado el problema que la Resolución actual plantea, pues el cierre o no del Registro, una vez anotada la situación de suspensión no se refiere a actos posteriores a la misma, sino a actos “anteriores”, que se presentan con posterioridad a la anotación preventiva dicha.

No hace mucho —en el *ABC* de mediados del mes de abril de 1975 y en sus páginas de economía— leía un artículo sobre el “Beneficio de la suspensión de pagos”, que firmaba JOSÉ LUIS ORTIZ CAÑAVATE, y en él se decía, con mucho humor, que la Ley de 26 de julio de 1922 fué promulgada para que los comerciantes privados de liquidez, pero con activo patrimonial superior al pasivo crediticio, se acogieran a sus beneficios, evitando así esa “ley de la selva” en que los acreedores con menos escrúpulos, mayor frialdad o mejor asesorados, se llamaran a la “parte de león” y con ejecuciones rápidas, fueran los únicos que cobrasen, dejando los “huesos” para los restantes acreedores. Con estas desenfadadas frases el autor citado viene a explicarnos el fundamento y la razón de la anotación preventiva que evita, por el juego de la publicidad registral, el que el Registro pueda servir de apoyo a esas posibles maquinaciones fraudulentas.

Quizá en ese fundamento de la anotación esté toda la esencia del pronunciamiento de la Dirección General, pues no cabe duda que la normativa legal en torno a la suspensión de pagos está ideada como un beneficio que trata de evitar —con actos posteriores— ciertos perjuicios. El mecanismo de la retroacción —típico de la quiebra— no entra, en principio, para la evaluación

de los actos "anteriores" y sólo se centra en lo que se refiere a los actos "posteriores".

Hemos centrado exclusivamente el comentario al problema de la suspensión, pues aun cuando el Registrador puso al documento que pretendía la inscripción dos defectos, sólo al que se refiere la inscripción del acto "anterior" a la suspensión se circunscribe la decisión de la Dirección. Como en la misma, sin embargo, se hace referencia, aunque no se soluciona el problema de la naturaleza de la anotación preventiva (si es de incapacidad o de prohibición de disponer), así como se hace referencia a la postura de las anteriores resoluciones que intentaron solucionar otros casos, creo que es oportuno plantear en este comentario tres apartados que van a esquematizar los puntos en los que se mueve la doctrina de la Dirección.

A) *Naturaleza de la anotación de suspensión.*—Notarialmente es conocida la evolución histórica legislativa, que con tanto acierto trató OLIVENZA RUIZ (*Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, 1963), y que va desde la legislación hipotecaria de 1861, en el que no se mencionaba para nada a los supuestos de suspensión de pagos y quiebras y que sólo por asimilación cabían dentro de la frase "modificaciones de capacidad" de que hablaba el Reglamento en su artículo 4.º, hasta la legislación actual, que "regresa" al buen camino iniciado por la legislación de 1861 al considerar a dichas anotaciones como de "incapacidad", sin perjuicio de la legislación de 1909 y, sobre todo, del Reglamento de 1915, en los que había argumentos para configurar dicha anotación como de "prohibición de disponer".

Doctrinalmente, la postura que priva es la de estimar que el vigente Derecho hipotecario deja de encajar el reflejo registral de situaciones concursales en los supuestos de prohibición de enajenar (número 4, del artículo 42 de la Ley Hipotecaria), y plantea nuestro tema en el plano de las modificaciones de la capacidad de las personas, volviendo con ello a la primitiva legislación de 1861. Así opina el autor antes citado —OLIVENZA RUIZ— y sostiene dicha postura ROCA SASTRE, estimando que la referencia que del artículo 42, 5.º, hace el artículo 142 del Reglamento Hipotecario es correcta, pues reiterada jurisprudencia tiene declarado que la quiebra entraña "incapacidad", como bien claramente dispone el artículo 878 del Código de Comercio al expresar que el declarado en quiebra queda inhabilitado para la administración de sus bienes. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE sigue esta misma línea, diferenciando las llamadas prohibiciones de disponer de las declaraciones de prodigalidad, que sólo impiden al incapacitado la enajenación de sus bienes.

Frente a esta clara posición de la doctrina dominante, el Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón, en el artículo antes citado, entiende que la doctrina, al perfilar la situación de incapacidad, se está refiriendo a la de quiebra, pero no a la de suspensión, pues no puede predicarse lo mismo de una y otra. Mientras la suspensión conduce a una conservación de la capacidad de administración y a una limitación de los actos de enajenación, la quiebra supone un supuesto de inhabilitación especial. De ahí que la suspensión de pagos deba encuadrarse más en el ámbito de las prohibiciones de disponer que en el de las incapacidades.

Mi posición es distinta de todas éstas. Entiendo que la suspensión de pagos coloca al suspenso en una situación semejante a la del emancipado,

que, conforme al artículo 318 del Código civil, está habilitado para ejercer todos los derechos sobre su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que no llegue a la edad de mayoría no puede tomar dinero a préstamo, gravar ni vender los bienes sin el consentimiento de su padre, madre o tutor. Las diferencias de ambas situaciones, perfectamente encajables dentro de la teoría del estado de las personas, es que la emancipación concede derechos antes inexistentes, mientras que la suspensión restringe los que antes se disfrutaban. Niego, por ello, que pueda tratarse de una prohibición de disponer y sí creo que se trata de un estado especial de la persona sujeta a unos controles para ciertos actos decisivos que puedan perjudicar la situación de los acreedores. De ahí que en la disyuntiva de adscribirse a una clase de anotaciones, debe inclinarse la balanza en razones de analogía por las de "incapacidad", en base del número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria que habla de "cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes".

Pero lo importante del caso es que, aun precisada la naturaleza de la anotación preventiva de la solicitud (pues luego de esta anotación cabe la práctica de la inscripción en el libro de incapacitados, artículos 386 y sigs. del Reglamento Hipotecario y la inscripción, en su día, de la declaración de suspensión, concurso o quiebra en los libros de inscripciones), lo cierto es que en nada influye para decidir la inscripción de los actos "anteriores" a la declaración de suspensión. Es la tesis que mantiene el Notario en su informe —con una ligera variante a la que aludiremos— y que recoge la Dirección General en su cuarto considerando: "... y ello tanto si se estima —cuestión muy debatida— que se trata de una incapacidad y se aplica el artículo 142 del Reglamento Hipotecario al ser válidos los actos realizados por el incapaz antes de la fecha en que surte efectos hipotecarios la declaración de incapacidad, como si se considera que se está ante una prohibición de disponer, pues en virtud del artículo 145 del mismo Reglamento, las anotaciones de este tipo no son obstáculo para que se practiquen las inscripciones basadas en asientos vigentes anteriores a la del dominio o derecho real, objeto de la anotación".

Entiendo que el razonamiento no puede ser más lógico, pues si con anterioridad a la solicitud de suspensión de pagos, el "futuro" suspenso era plenamente capaz y no quedaba limitada su actuación por ninguna clase de restricciones, es evidente que dichos actos eran plenamente válidos y susceptibles de producir toda clase de efectos, así como ser amparados por una publicidad registral que les diese su eficacia total. Negar la inscripción de dichos actos anteriores a la petición de suspensión es perjudicar a un posible "tercero" con un "derecho adquirido" y torcer el principio de voluntariedad de la inscripción que sufriría en este caso la dura sanción de que, por no haber acudido en su momento "oportuno", se ve relegado por la aparición de una anotación preventiva de solicitud de suspensión de pagos, cuya función fundamental es prevenir a los posibles adquirentes de la situación en que se encuentra el transmitente.

No encuentro muy afortunada la cita del artículo 1923 del Código civil, que hace el Notario en su informe —y me imagino que referida al número 4.º de dicho artículo—, pues la situación "concurzal" es diferente de la inter-

media de la "suspensión de pagos", aparte de que el artículo habla de "créditos anotados en virtud de "embargo, secuestros o ejecución de sentencias" y aquí lo único que hay es una solicitud de suspensión y un mandamiento judicial en el que se ordena al Registrador "anotar preventivamente" la solicitud de suspensión. Entiendo que la semejanza es peligrosa en cuanto estas asimilaciones entre suspensiones, concursos y quiebras pueden provocar la temeraria aparición de la "retroacción" de la quiebra, excepción al principio de fe pública registral (artículo 878 del Código de comercio y la conocida Sentencia de 17 de marzo 1958).

Pudiera ser que la solución del presente caso estuviese en una interpretación "abierta" del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, donde la frase "no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible", da pie para especular doctrinalmente sobre esa oposición o incompatibilidad que no parece encajar en el presente caso. Acaso tenga razón —y esto ya lo he dicho en otra ocasión— TIRSO CARRETERO cuando me reta a profundizar en la distinción entre prioridad sustantiva (artículos 32 y 145, 2.º, de la Ley Hipotecaria) y la prioridad formal (artículo 17 y 313 de la misma). El caso que se ofrece en este problema entra en eso que el autor citado llama "prioridad sustantiva", que supone una alteración del principio "prior tempore, potior iure".

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Son varias las resoluciones que la Dirección General ha dedicado al problema de la suspensión de pagos, abordando fundamentalmente el problema de si son o no inscribibles las anotaciones de embargo posteriores a la anotación preventiva de la solicitud de la suspensión de pagos. Es curioso que los "vistos" de la Resolución no se cita más que una de ellas, haciéndose mención de otras que tratan de supuestos diferentes, aunque relacionados.

Así, la de 8 de marzo de 1943 (en los vistos erróneamente se dice que es de 2 de marzo de 1943) enfoca y resuelve un problema de "prohibición de enajenar" reflejada registralmente a través de una anotación y que excluye la aplicación del artículo 71 de la Ley Hipotecaria. La de 7 de febrero de 1959 referente al principio de prioridad y al juego de los actos anteriores a la anotación de prohibición de enajenar, conforme a la doctrina del artículo 145 del Reglamento Hipotecario. La de 24 de abril de 1959 se refiere al caso de una quiebra y el problema de la retroacción de la misma. Por último, la Resolución de 26 de mayo de 1965, aunque aborda el problema de la prioridad parte de un supuesto totalmente distinto del que ahora se plantea. En la Resolución existía pendiente de despacho la constitución de una hipoteca y antes de procederse a su inscripción llega al Libro Diario de presentación un mandamiento ordenando anotación por razones de incapacidad del titular registral. En el caso que contemplamos sucede todo lo contrario, ya que previamente consta la anotación de suspensión de pagos y posteriormente se presenta la escritura de segregación y opción de compra otorgada antes de la anotación.

Las Resoluciones que verdaderamente afrontan el problema de la suspensión de pagos en cuanto a la posible práctica de asientos posteriores de otras anotaciones, son las de 15 de febrero de 1962, que entiende que a pesar de la anotación preventiva de suspensión cabe la práctica posterior de la

anotación preventiva de embargo “dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho”. La Resolución de 14 de noviembre de 1968 entiende todo lo contrario de la Resolución anterior y estima que no cabe la práctica de la anotación de embargo, pues es fundamental mantener el principio de igualdad de todos los acreedores al amparo de lo que dispone el artículo 9.º, párrafos 4 y 5 de la Ley de Suspensión de Pagos. Las Resoluciones de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971 (citada la primera de ellas en los “vistos”) siguen la misma línea apuntada de admisibilidad de las anotaciones posteriores en base de la misma idea de aseguramiento. Por último, la Resolución de 23 de noviembre de 1973 intenta una posición conciliadora que resulta desconcertante: no se admite la anotación de embargo, pues estando anotada la suspensión de pagos, se observa el defecto subsanable de no contener el mandamiento la salvedad de no llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente de suspensión. Es decir, se esgrime la posibilidad de practicar la anotación, con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que se permita la ejecución mientras no se solucione el expediente de suspensión. La solución no puede ser más híbrida, peligrosa y, en el fondo, llena de candidez.

Como vemos, es muy difícil extraer de la doctrina de la Dirección una solución para el caso presente, pues todos los supuestos se refieren a casos que surgen con posterioridad a la práctica de la anotación de suspensión, lo cual no quiere decir que esta doctrina deba ser aplicable al caso especial que la Resolución plantea.

C) *Solución para el caso de actos anteriores.*—El Notario en su informe vierte —tal y como lo extraigo del resumen oficial de que dispongo— una idea inexacta en torno a los efectos de la anotación de petición de suspensión, ya que dice que si la anotación se califica como similar a las de incapacidad “los efectos son que la anotación pesa como una amenaza para los posibles adquirentes posteriores del demandado, que podrá, sin embargo, inscribir su adquisición sujeta a las contingencias de la resolución que, en definitiva se dicte en el procedimiento”. Digo que esta frase es inexacta, pues tomada en un sentido literal parece que “cualquier” acto otorgado con posterioridad a la petición de suspensión puede inscribirse y quedar sujeto a esa especie de condición que la solución del expediente ha de despejar. Y no es así, ya que el Registro solamente debe permitir la entrada de los actos realizados por el suspenso con las debidas autorizaciones que la Ley de Suspensión de Pagos impone.

Aunque la semejanza de esta anotación es grandísima con las de demanda, aquí surge un “algo” que impide su plena asimilación. No hay que olvidar que la suspensión de pagos genera un estado especial en el que el suspenso queda sujeto a unas exigencias que limitan su capacidad dispositiva, cosa que no sucede en los casos de anotaciones preventivas de demanda, las cuales permiten la inscripción posterior de los actos, quedando los mismos sujetos a las posibles contingencias del pleito planteado. La anotación preventiva es —en las de demanda— el “farolillo rojo” que anuncia la existencia de un litigio que puede vincular al adquirente de los bienes, conforme a ingeniosa

frase de la más conocida doctrina hipotecarista. Así lo viene a reconocer la Resolución comentada, quitando la razón a ese argumento notarial y sentando una doctrina muy acorde con de los años 1968, anteriormente vistas, pues dice que “sin que ofrezca dificultad la solución, que habrá de ser forzosamente negativa, en los supuestos de actos dispositivos otorgados con posterioridad a la anotación y que hayan sido realizados exclusivamente por el comerciante suspenso”.

En el último considerando es donde se perfila la doctrina nueva de la Dirección para el caso de inscripción de “actos anteriores”. Sabemos ya la solución positiva que al caso se da, pero con ser justa la misma, carece, a mi entender, de apoyo doctrinal suficiente. Cerradas las puertas de la calificación jurídica de la anotación, pues se descarta que se trate de una anotación de incapacidad ni una de prohibición de disponer, queda la Dirección sin argumento de analogía, pues bien pudo pronunciarse por la calificación de incapacidad y aplicar extensivamente la normativa reglamentaria del artículo 145 del Reglamento Hipotecario. Y si esta posición pudiera estimarse como muy forzada, la solución estaba en el principio de prioridad desentrañando el sentido de esos *actos contradictorios* de que nos habla el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

En suma, creo que aquí sí hubiera sido necesario profundizar en esa distinción de prioridades sustantivas y formales a que al comienzo nos referíamos y que, enlazada con el juego de fechas de presentación y de inscripción, podrían poner en claro la amplitud y límites del principio por el que se rige nuestro sistema: “*prius tempore, potior iure*”.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA OTORGADA EN REPRESENTACIÓN DE LA JUNTA DE COPROPIETARIOS, EN QUE SE LLEVAN A EFECTO ACUERDOS TOMADOS POR AQUÉLLA Y REFERENTES A DESVINGULACIÓN DEL LOCAL DESTINADO A PORTERÍA, ATRIBUCIÓN AL MISMO DE LA CORRESPONDIENTE CUOTA Y SU VENTA A UN TERCERO. (Resolución de 15 de junio de 1973.)

Hechos.—“Resultando que la casa número 17 de la calle de Daganzo de Madrid, fué vendida por pisos con anterioridad a la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, por el sistema, entonces posible, de segregación y venta de cada piso separadamente; que previamente habían sido redactados unos estatutos de comunidad que fueron protocolizados por acta ante Notario recurrente; que en estos estatutos, inscritos en el Registro de la Propiedad, se citaba como elemento común la vivienda del portero; que la Junta de Propietarios de la casa, en sesión de 15 de noviembre de 1962, con la concurrencia de la totalidad de los propietarios, acordó por unanimidad la supresión del servicio de portería, la configuración de la antigua vivienda del portero como finca propia e independiente, fijando su descripción y cuota, la venta de la misma, la modificación de cuotas de los restantes pisos de la casa y la adaptación de los estatutos a la Ley de Propiedad Horizontal; que por no haberse podido realizar la venta, el referido acuerdo no fué llevado a efecto en ninguna de sus partes; que la propia Junta de Propietarios, en otra sesión celebrada el 25 de mayo de 1970, después de hacer

constar que no se habían podido formalizar los acuerdos de la anterior, acordó: 1.º Poner en práctica lo convenido en la sesión anterior en el sentido de desvincular la vivienda de portería que pasaría a ser un piso más de la casa, desprovisto de su carácter de elemento común y su venta a don Gregorio Rodríguez Castellano en el precio de sesenta mil pesetas. 2.º Rectificar las cuotas de los restantes pisos de la casa. 3.º Derogar los estatutos, estableciendo como normas de la comunidad, las de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960. 4.º Notificar a los propietarios de los pisos 1.º D, 3.º A y 3.º B, que no concurrieron a la Junta, los acuerdos recaídos a los efectos del artículo 16 de la Ley, y 5.º Facultar al Presidente para todos los actos necesarios en relación con los anteriores acuerdos, otorgando las correspondientes escrituras públicas o documentos que se precisen; que en cumplimiento del acuerdo cuarto que se acaba de relacionar, se notificó el Acta de la sesión a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos (piso 3.º derecha, interior) y a doña María Sájarra Martínez o sus herederos, sin que durante los treinta días siguientes a la notificación hicieran manifestación alguna en contrario; que respecto del otro piso que no estuvo representado en la Junta, su dueña, doña Fermina Jiménez Cura, prestó su consentimiento a los acuerdos de aquélla en escritura otorgada ante Notario recurrente, el 8 de julio de 1970; y que, en ejecución de lo acordado, el 16 de julio de 1970 se otorgó, ante el nombrado Notario, la correspondiente escritura, en la cual se procedió: 1.º A suprimir el servicio de portería y desvincular la vivienda de la misma, fijando su descripción y cuota. 2.º A rectificar las cuotas de los restantes pisos de la casa. 3.º A vender la vivienda desvinculada a don Gregorio Rodríguez Castellano, y 4.º A derogar los antiguos estatutos que regían la comunidad, estableciendo como normas de las mismas las de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960;

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del documento que precede, al que se acompañan los complementarios que se dirán, por observarse los siguientes defectos: 1.º En cuanto a la compraventa que en el mismo se comprende, falta de capacidad de la Comunidad de Propietarios para realizar la enajenación, toda vez que dicho acto no se halla comprendido en la Ley de Propiedad Horizontal por la que se rige. 2.º En relación con el defecto anterior, falta de previa inscripción a favor de quien proceda, con infracción del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. 3.º Falta del consentimiento que previene el artículo 1.413 del Código civil para actos de disposición de bienes inmuebles de las esposas de los titulares registrales casados. 4.º Falta de autenticidad en las notificaciones hechas a dos de los propietarios no asistentes o sus herederos, no apareciendo en cuanto a los últimos justificado dicho carácter y si son uno o varios, a fin de determinar si pueden ostentar la representación de la herencia yacente y calificar su capacidad. 5.º Falta de previa inscripción a favor de doña Fermina Jiménez Cura, del piso primero exterior derecha, que aduce comprado en la escritura de consentimiento, a los acuerdos adoptados, así como la falta de previa inscripción a favor de los herederos de los dos propietarios notificados, caso de su fallecimiento. 6.º Infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto que procediéndose a una alteración en los elementos

comunes, el acuerdo adoptado no fija el titular o titulares del nuevo piso, que se ha desafectado de la condición que anteriormente tenía de elemento común, sino que directamente se procede a su venta. 7.º Tratándose, como se desprende de la cláusula quinta, de una adaptación de la propiedad horizontal a la Ley de 1960, falta de expresión de número correlativo a cada uno de los pisos, como preceptúa el artículo 5.º de dicha Ley. Y siendo *insubsanable* el primero de los defectos consignados, no procede anotación preventiva de suspensión, la cual tampoco se ha solicitado. Se acompañan como complementarios los siguientes documentos: Testimonio librado el 15 del pasado abril por el propio Notario, señor Sanz Fernández, comprensivo de las Actas de las reuniones celebradas el 15 de noviembre de 1962 y 25 de mayo de 1970 por la Junta de Condueños de la casa; copia autorizada por el mismo Notario del Acta, por él formalizada el 8 de junio último, por la que se notifica a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos y a doña María Sájara Martínez o sus herederos, los acuerdos referidos de la Comunidad; y otra copia autorizada del Acta formalizada por el mencionado fedatario el 8 de julio próximo pasado, por la que doña Fermina Jiménez Cura presta su conformidad a los acuerdos repetidos de la Junta”;

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la Resolución de 25 de mayo de 1970, que fue tenida en cuenta y sirvió de pauta para el otorgamiento de la escritura calificada, resuelve prácticamente la cuestión al decidir un caso idéntico en líneas generales al planteado; que entrando en el análisis de los varios extremos de la Nota, prescindiendo de su ambigua redacción, es evidente que el poder dispositivo sobre los elementos comunes de una casa en régimen de propiedad horizontal, ha de corresponder a la Comunidad, entendiéndose por tal el conjunto de propietarios de pisos del inmueble; que el problema estará en determinar qué órgano de la Comunidad es el legitimado para ejercer este poder dispositivo; que los órganos de gestión establecidos en la Ley de Propiedad Horizontal (artículos 12 y 13) son tres: El Administrador, el Presidente de la Junta con fines representativos y la Junta de Propietarios, Órgano Supremo con plena facultad decisoria; que teniendo en cuenta las peculiaridades de la propiedad horizontal y la legislación y jurisprudencia aplicables, hay que concluir que toda clase de asuntos que afecten al interés común son de la competencia de la Junta General, conforme al número 5 del artículo 13, cualquiera que sea su naturaleza, sin que quepa excluir, puesto que en él no se establece limitación alguna, los actos de disposición y enajenación de elementos comunes como es la vivienda de portería; que así lo ha reconocido la Dirección General en la Resolución de 5 de mayo de 1970 y el presente caso se presenta con caracteres aún más claros y terminantes, puesto que en aquél hubo dos acuerdos: uno de desafectar la vivienda del portero y otro de enajenación y aquí existe un acuerdo conjunto y un sólo instrumento para formalizarlo; que de no admitirse la venta por la Junta de Propietarios tendrían que realizarla éstos, lo que no se ajusta a la realidad, pues es la Comunidad la que vende y sería además contrario a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal que no faculta a todos los propietarios individualmente considerados para realizar ningún acto de interés general de la Comunidad; que en cuanto al segundo defecto

al relacionarlo con el anterior y carecer éste de fundamento conforme queda expuesto, cae por su base y queda también sin valor; que el artículo 20 queda cumplido al ser la vivienda portería un elemento común de la Comunidad, que al desafectarlo y venderlo pasa directamente de la misma al adquirente, mientras que si se pretendiese una inscripción intermedia, sería extraña, sin saberse a ciencia cierta a nombre de quién tendría que hacerse, como resulta de la propia nota que se limita a decir vágamente que debería practicarse "a favor de quien corresponda"; que debe tenerse presente que en la propiedad horizontal, la inscripción de las transmisiones separadas de cada uno de los pisos no supone la extinción de la inscripción general de aquélla, la cual subsiste con carácter permanente y en base para los actos dispositivos de elementos comunes desafectados, como lo prueba el hecho de que, aunque hubiesen concurrido a la venta, individualmente, todos los propietarios de pisos, no se habría exigido la previa inscripción a favor de la vivienda-portería; que en cuanto al tercer defecto, supone también una confusión relacionada con las anteriores, puesto que, como hemos dicho, no son los propietarios de pisos quienes venden, sino la Comunidad, razón por la cual el consentimiento de los cónyuges de los copropietarios no es preciso; que en cuanto al cuarto defecto, la notificación se ha hecho por correo certificado con acuse de recibo, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 202 del Reglamento Notarial confirmado por la Resolución de 1 de abril de 1965 y por lo que se refiere a la representación de un copropietario fallecido, insiste en que la propiedad horizontal no es un condominio romano, sino una comunidad de especiales características, cuya actividad no puede quedar paralizada por cuestiones que afecten privativamente a los titulares de pisos, como se aprecia claramente si se piensa en unas reparaciones urgentes que hubiese que realizar; que por ello procedió bien la Junta al dirigir la notificación a los respectivos propietarios o a sus herederos, de acuerdo con lo declarado en la repetida Resolución de 5 de mayo de 1970; que en cuanto al quinto defecto, doña Fermina Jiménez Cura prestó su consentimiento en la escritura de 8 de julio de 1970 y si el momento de la calificación no había llegado al Registro, al inscribirse desaparecerá toda cuestión, y respecto a los herederos de los propietarios fallecidos, se remite a lo dicho al hablar del defecto primero, invocando de nuevo como tantas veces, cierta perplejidad, pues contra lo que dice la nota del Registrador, en el acuerdo de la Junta de condueños se cumple exactamente el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo claro que la persona a quien ha de corresponder el nuevo piso es don Gregorio Rodríguez Castellano, a quien se vende, constituyendo en un sólo acto la desafectación de su anterior destino y la venta al adquirente; que en cuanto al séptimo defecto, su inconsistencia e inexistencia quedan patentes si se tiene en cuenta que la asignación de un número correlativo lo exige la Ley en su artículo 5.º, para el título constitutivo solamente, pero no para los Estatutos a cuya adaptación se refiere la misma Ley, y en la Junta de 1970, se acordó la derogación de éstos adoptando como normas por las que debía regirse la Comunidad, los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, acuerdo que se recoge en la cláusula 5.ª de la escritura calificada;

Resultando que el Registrador informó que, en toda la argumentación del

recurrente late la idea de que la Comunidad de Propietarios en la Propiedad Horizontal es un ente jurídico con personalidad propia distinta de cada uno de sus miembros componentes; que entiende por el contrario que tal Comunidad no es una persona jurídica, de acuerdo con lo que afirman la generalidad de los tratadistas, y no siéndolo, no puede ser titular del derecho de propiedad y por consiguiente no radica en ella el "ius disponendi", uno de los más importantes del dominio; que si se acepta esta orientación de la doctrina, confirmada en el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, es indudable que la Comunidad de Propietarios carece de capacidad para vender por sí ninguno de los elementos comunes de la Propiedad Horizontal; que de los tres acuerdos de la Junta de Propietarios son de su indudable competencia los dos primeros (desvinculación de la vivienda de su destino a portería y modificación de las cuotas de copropiedad), pero no así la venta de de la portería que es facultad exclusiva de los propietarios en quienes radica el poder dispositivo, y en este punto faltó un acuerdo para determinar a favor de quién o quiénes habría de inscribirse el piso que fue portería; que el recurrente pretende que el acuerdo de desafectación y venta fue único o simultáneo, siendo así que debe considerarse anterior el de desafectación y posterior el de venta; que las pesetas importe del piso son de exclusiva pertenencia de todos y cada uno de los dueños y si se depositan en poder de la comunidad se lucra de ellas el propio comprador que al comprar pertenece a la Comunidad; que las facultades de la Junta de propietarios se refieren a las cuestiones de interés general para la comunidad en los casos de uso común y si se enajena un local no puede decirse que sea para el mejor servicio de la Comunidad; que si una cosa deja de ser común pasará a ser privativa, en este caso de los condueños que son los propietarios colectivos de las cosas comunes; que en la propiedad horizontal, conforme a lo establecido en el artículo 8, apartados 4 y 5 de la correspondiente Ley, se practican dos clases de inscripciones: Por un lado los inmuebles sujetos a tal régimen de dominio y por otro los distintos pisos o locales que lo integran; que en la práctica registral se pueden presentar dos casos: El del Propietario único que inscribe a su favor el edificio y en folios separados cada uno de los pisos o locales que puede luego vender a distintos adquirentes, y el de varios dueños que inscriben a nombre de los mismos y sus esposas si son casados, el edificio en régimen de propiedad horizontal y en folios separados a nombre de cada uno de ellos los pisos o locales que se les hayan adjudicado conforme al reparto estipulado; que esta última figura la llama la Ley Fiscal, cesación de comunidad y la líquida como disolución de sociedad, lo que nos hace ver con gran claridad que no existe una persona jurídica, sino distintos propietarios con derecho a una cuota sobre cosas comunes las cuales, para desafectarlas de su destino y venderlas como cosa propia tendrían que inscribirlas previamente a su nombre y si se entiende que es la Comunidad quien enajena, tendrían igualmente que inscribirse antes a nombre de la misma; que al calificar no se ha querido decir expresamente que falta la previa inscripción a favor de la Comunidad, por entender que tal inscripción es inviable puesto que dicha Comunidad no es persona jurídica y en consecuencia, resulta incapaz de ostentar un derecho dominical y figurar por tanto como titular de una inscripción de dominio,

por lo que se ha preferido utilizar la expresión "a favor de quien corresponda"; que persistiendo en la idea ya expresada de que la Comunidad de propietarios no es persona jurídica, la transmisión de la vivienda-portería no pueden hacerla más que aquellos que ostentan la cualidad de dueños, que son los copropietarios de los pisos o locales del inmueble en la parte que les corresponda; que a esta enajenación le son aplicables todas las normas legales en materia de transmisión y por consiguiente, también el artículo 1.413 del Código Civil sobre consentimiento de la mujer casada, así como toda la legislación referente a la transmisión sucesoria; que en cuanto a la notificación, existe falta de autenticidad respecto a las personas a quienes se verifica, ya que se dirige a doña María Sájara Martínez o a sus herederos y a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos, firmando la primera María Luisa Solís y la segunda E. Mejías, no justificándose en la recepción de la misma el carácter de herederos de ninguno de ellos, ni si son uno o varios quienes pueden ostentar la representación de la herencia yacente, ni sus circunstancias personales para poder apreciar su capacidad; que de este modo se da una indebida beligerancia a la posesión, sufriendo un duro golpe el dominio titulado que debía constar en el Libro de Actas de la Junta, extrañando al calificador que si ha ocurrido el fallecimiento de los nombrados, haya pasado desapercibido para los convecinos; que en la propiedad horizontal la titularidad de todos los bienes pertenece a los condueños y si existiese una titularidad a favor de la Comunidad tendría su manifestación en un Acta de inscripción; que en cuanto al defecto quinto, como doña Fermina Jiménez Cura aparece como titular registral del piso adquirido y consiente en escritura presentada a los acuerdos adoptados, deja sin efecto en cuanto a ella la falta señalada, pero la mantiene respecto a los dos titulares fallecidos cuyos herederos deberán acreditar su personalidad y prestar su consentimiento con la participación de sus esposas; que en cuanto al defecto sexto, desvinculado el piso-portería de su normal destino y convertido en local de aprovechamiento independiente dejando de ser elemento común, el acuerdo adoptado debió fijar el titular o titulares del nuevo piso como determina el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, y en forma alguna puede estimarse cumplido este requisito designando al futuro comprador, puesto que el derecho de éste nacerá en un contrato bilateral de realización jurídica posterior en el tiempo, siendo así que el titular del piso deberá tener un derecho sobre él, anterior al acuerdo, que este titular anterior a la enajenación no cabe duda de que son todos los propietarios individuales de pisos que integran la Comunidad; que en cuanto al defecto séptimo, trátase o no de una adaptación del régimen establecido con anterioridad a la Ley de 1960, es lo cierto que ésta, en su artículo 5.º, determina con carácter imperativo la asignación de número correlativo a cada piso o local y la disposición transitoria primera establece la obligatoriedad de adaptación de los Estatutos en lo que estuvieren en contradicción con sus preceptos, a lo dispuesto en ella, por lo que, al hacerse una modificación profunda del título constitutivo de la propiedad horizontal, no hay duda de que en esa modificación debió incluirse el citado dato del número, máxime cuando a los pisos existentes se ha añadido otro por desafección de la portería como elemento común y su conversión en espacio delimitado de aprovechamiento independiente;

y que con igual fundamento que se han modificado las cuotas de participación a que se refiere el artículo 3.º, debió consignarse el número a que alude el artículo 5.º, sobre todo teniendo en cuenta que en la escritura se describen todos los pisos primitivos y el nuevo desafectado y en la práctica no habría sido necesario más que consignar una numeración correlativa en todos los pisos descritos;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por estimar como éste que la facultad de enajenar un piso desafectado no corresponde a la Comunidad a la que represente el Presidente de la Junta de propietarios para administrar, pero no para disponer;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores razonamientos, aclarando o desarrollando algunos extremos de su argumentación.

Doctrina.—“Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si la Junta de Copropietarios puede, con arreglo a la Ley de Propiedad Horizontal, en virtud de acuerdo unánime de sus miembros, desafectar la portería como elemento común del inmueble y proceder a su enajenación para que como vivienda separada e independiente se inscriba en los libros registrales con la correspondiente cuota de participación y demás circunstancias exigidas en la legislación vigente”;

“Considerando que como ha puesto de relieve reiteradamente la jurisprudencia de este Centro y se ha recogido ya en el artículo 3 de la Ley, en todo edificio constituido en régimen de propiedad horizontal hay que diferenciar la existencia de un derecho singular y exclusivo de su propietario sobre el piso o apartamento individualmente considerado por ser susceptible de aprovechamiento independiente, y además una copropiedad compartida con los restantes condueños, sobre los elementos comunes, y que en principio es susceptible de ser utilizada por todos”;

“Considerando que esta parte de copropiedad, en la que pueden distinguir unos elementos tan esenciales, como suelo, cimientos, paredes maestras, etcétera, que constituyen el soporte de la propiedad individual del piso o apartamento, y otros, que no lo son, pero que cumplen una finalidad comunitaria, y se encuentran al servicio de todos los propietarios individuales en su aprovechamiento y utilización, tanto unos como otros requieren de la existencia de un órgano que se encargue de su administración y régimen, y así lo ha reconocido la vigente Ley que en su artículo 12 y 13 establece las facultades que a la Junta de Propietarios corresponden”;

“Considerando que sin haber llegado nuestra legislación a atribuir personalidad jurídica independiente de la de los copropietarios a la mencionada Junta, ello no obstante, no cabe duda que la Ley de Propiedad Horizontal ha superado el clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división o el derecho de retracto y por eso ha tratado de que el régimen de esta comunidad —que al fin y al cabo constituye el núcleo básico para que pueda existir el de propiedad individual sobre cada piso—, tenga una regulación personalísima en la que los intereses comunitarios predominen sobre el individual y encuentren su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala”;

“Considerando que entre las facultades que corresponden a la Junta de Condueños se encuentra, según declaró este Centro Directivo en Resolución de 5 de mayo de 1970, la de poder desafectar un elemento común, como la portería, y proceder o bien a adjudicarlo a todos los propietarios del edificio que lo adquirieran en proindivisión y podrían inscribirlo a nombre de todos ellos en el Registro de la Propiedad o bien a enajenarlo directamente a un extraño, pero tanto en uno como en otro caso, una vez se se haya hecho la previa redistribución de cuotas, ya que el número de copropietarios ha aumentado en una unidad”;

“Considerando que la posibilidad de que la Junta de Propietarios pueda enajenar directamente un elemento común que ha sido desafectado aparece fundamentada, según expresó la mencionada Resolución, en la verdadera naturaleza del acto realizado, ya que al no pasar dicho elemento común —portería en este caso— en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo, han de aplicarse las normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad en régimen de propiedad horizontal, o sea las establecidas en los artículos 12 y 13 y sobre todo el 16 de la Ley especial que entrañan la concesión a la Junta de unas facultades que exceden de las meramente administrativas, ya que pueden suponer auténticos actos de disposición, y por eso precisamente se exige la unanimidad en la forma que dicho artículo ordena para que el acuerdo sometido a la competencia de la Junta sea válido”;

“Considerando que de lo expuesto aparecen resueltos algunos de los otros defectos de la nota calificadora que están íntimamente relacionados con el primero que acaba de estudiarse, como son el número 6.º en cuanto que al estar facultada la Junta de Propietarios para realizar la desafectación y subsiguiente venta no ha habido infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, por cuanto que no son los propietarios individualmente quienes enajenan el elemento común, sino la primera que es la que tiene el poder de disposición, ni tampoco infracción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria —defecto segundo—, ya que no se vulnera por las mismas razones antes indicadas el principio de tracto sucesivo, y por ello no es procedente la previa inscripción del elemento común desvinculado a favor de los propietarios de los restantes pisos o locales en pro-indiviso, ni por último y por idéntico motivo se concluya el artículo 1.413 del Código Civil, ya que al no disponer individualmente cada uno de los copropietarios no se requiere el consentimiento de las, en su caso, respectivas esposas”;

“Considerando al examinar el defecto número 4 se observa que la notificación fue realizada en la forma prevista en el artículo 202 del Reglamento Notarial al ser remitida por correo certificado al titular del piso o a sus herederos en la propia finca, por lo que hay que estimarla como suficiente tal como ya declaró la Resolución de 1 de abril de 1965, y sin que sea necesario para no repetir la argumentación entrar en el examen del resto del defecto, así como en la parte del quinto del que no han desistido los funcionarios calificadores, ya que al no tratarse de un condominio romano, y dadas las facultades de la Junta de Condueños, el cumplimiento de las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, con la consiguiente unanimidad lograda, hacen que el acuerdo sea vin-

culante, y que pueda el Presidente en base a ellos otorgar la escritura de compraventa discutida”;

“Considerando, por último, que en cuanto al defecto 7.º hay que advertir que al haberse otorgado el título constitutivo antes de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Horizontal que no exigía que además de describir el inmueble en su conjunto se asignase a cada piso o local un número correlativo, y aunque podría haberse aprovechado al otorgarse la escritura calificada —al igual que se ha hecho para adaptar los Estatutos a la nueva Ley— para cumplir con lo prevenido en el artículo 5.º de la Ley y haber numerado correlativamente los distintos pisos del inmueble, no parece, sin embargo, que tal omisión —para un edificio inscrito con anterioridad— sea motivo suficiente para confirmar el defecto, máxime cuando la finalidad del precepto es procurar una mejor identificación de las fincas registrales y en el caso presente se encuentran plenamente identificadas.”

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—Algún autor, como DE LA CÁMARA (“La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal”. Conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad en el curso de 1973) ha puesto de relieve la serie de lagunas que la normativa sobre este punto tiene, diciendo que “Las leyes, en la hora en que vivimos, sobre todo si versan sobre materias muy concretas, vienen al mundo marcadas por un destino triste o, al menos, desairado. Se quedan rápidamente anticuadas. El ritmo vertiginoso a que evoluciona la Sociedad moderna determina la aparición continua de nuevos hechos. Surgen formas inéditas de relación, que, escaparon en su día a la previsión legislativa. El legislador, ante esta situación insoslayable, puede reaccionar de dos maneras distintas. O bien intenta ponerse rápidamente al día, a través de reformas totales o parciales dirigidas a cubrir los huecos que la disposición primigenia dejó al descubierto, o por el contrario, conserva la calma y abre un margen de confianza a los intérpretes, sobre todo a los juristas prácticos, para que éstos, mediante la utilización de todos los recursos técnicos a su alcance, busquen las soluciones apetecidas extrayéndolas de los principios que inspiran la ley especial o los más generales del ordenamiento jurídico”.

Esta opinión, recogida en su segunda disyuntiva, parece ser que es la que adopta la Dirección General de los Registros al solucionar en forma semejante a la Resolución de 5 de mayo de 1970 el presente caso que guarda cierta similitud con el que sirvió de base a la misma. Se trata, pues, de una jurisprudencia interpretativa, evolutiva y progresiva, aunque, por supuesto, alejada de la letra de la ley vigente y con el pensamiento de lo que “debe ser” la futura legislación sobre propiedad horizontal. La interpretación de la norma jurídica, forma evolutiva de su aplicación, entiendo que debe de tener un límite que no puede ser traspasado, pues en ese caso estaríamos en la primera disyuntiva que el autor nos plantea; la necesidad de una reforma legislativa.

En el comentario que hice a la Resolución de 5 de mayo de 1970 en estas mismas páginas (tomo XXVI, fascículo I) encabezaba el mismo con estas palabras: “Cuando los argumentos que se emplean para justificar una

decisión jurisprudencial no encajan plenamente en el ordenamiento vigente, se hace preciso pensar en razones de equidad o en técnicas de progresos jurídicos como ideales a conseguir. En el presente caso, creo que esta Resolución no pasa de ser un "ensayo de criterio progresivo" de lo que puede ser en su día la regulación de la propiedad horizontal, otorgando a la Junta de Propietarios unas facultades de disposición o sobre un elemento común de la comunidad o sobre un piso de propiedad de todos y cada uno de los partícipes". La motivación y desarrollo del presente caso me obligan a repetir las mismas palabras y a lamentar que tenga que hacerlo. El progreso, la facilidad, la evolución, etc., tienen sus cauces, pero a su lado está el principio de legalidad y los recursos interpretativos que en ningún caso deben transformar lo que se denomina "lege data" por el anhelo de la "lege ferenda".

Hace ya algunos años era una frase muy utilizada en Bilbao, referida a los Notarios existentes en la villa, de que en la misma sólo existían dos: Don Fulano de tal (hoy representado por sus hijos) y todos los demás. Con el mismo estilo la Dirección General ahora soluciona el fundamental defecto que el Registrador le atribuye a la escritura y, luego por deducción, soluciona todos los demás. Ello nos va a vincular a los efectos de este comentario, pues debemos solucionar, en primer lugar, si la Junta de Propietarios tiene o no la capacidad para realizar el acto que se declara inscribible y luego pasar revista a los demás defectos alegados. Debemos aclarar que el Registrador, en su profesión, procedió correctamente, pues aun existiendo una Resolución contraria a su criterio, lo que el mismo pretendía defender era la legalidad vigente, cosa que el Notario autorizante del documento no hizo, pues apoyándose en una interpretación de los textos legales, quiso transformar la "lege data" en "lege ferenda".

A) *Facultades de la Junta y de la Comunidad de Propietarios.*—Dice LA CÁMARA, en el artículo antes citado, que "La Junta o asamblea general de los copropietarios es el órgano soberano de la comunidad. Se trata, en rigor, de un verdadero órgano. Fundo esta afirmación no tanto en la propia terminología de la Exposición de Motivos, sino en la función que compete a la Junta. Ciertamente, la comunidad o conjunto de copropietarios no constituye una persona jurídica, pero la Junta es el medio de expresión de la voluntad colectiva de aquellos. Todas las decisiones que los copropietarios quieran adoptar sobre los elementos comunes han de expresarse precisamente a través de su reunión en una Junta o asamblea y merced a los acuerdos que en ella se adopten". He traído aquí esta cita inicial de la opinión de un Notario prestigioso, y de Madrid como el autorizante de la escritura, para hacer resaltar más el carácter objetivo de este comentario, pues si bien el precedente de la Resolución de 5 de mayo de 1970 puede ser una buena excusa para el otorgamiento de la escritura, por encima de ello está el razonar jurídico. Resplandece el mismo en los argumentos notariales, pero lamentablemente falla en el considerando cuarto de la Resolución, donde parece querer atribuirse personalidad jurídica a la Junta de Propietarios, cuando en rigor a la que correspondería dicha distinción es a la Comunidad de Propietarios, pues no es lo mismo órgano (Junta) que persona (Comunidad).

Se me hace muy cuesta arriba admitir esa superación de que habla la Dirección ante la transformación de la propiedad romana de cuotas (al no

admitirse la acción de división ni el derecho de retracto) y el predominio que los intereses comunitarios tengan sobre los individuales. Todo ello contrasta un poco con el considerando segundo, en el que se habla de derechos "singulares y exclusivos" de cada propietario y comunidades sobre los elementos que sirven a la comunidad (esenciales y no esenciales). ¿Cómo es posible hablar de personalidades jurídicas cuando se parte de la base de propiedades individuales?

LA CÁMARA, en el trabajo, ya citado, partiendo de la distinción entre el necesario consentimiento y el "cuasi-consentimiento" (unanimidad y cuasi-unanimidad) del artículo 16, 1.º, y regla segunda, estima que no es lo mismo consentir que "cuasi-consentir" y que, por ello, la Junta no es siempre omnipotente. Lo que la Junta no puede hacer, porque ningún precepto le atribuye esta facultad y porque la facultad de disposición corresponde al propietario, es, so pretexto de modificar el título constitutivo o los estatutos, otorgar verdaderos actos dispositivos sobre las partes privativas o sobre los elementos comunes. Así lo confirma la propia Ley al exigir el consentimiento de los titulares afectados (y ya hemos dicho que consentimiento no equivale a "cuasi consentimiento") para ciertos actos, como son la división o agrupación de pisos o locales. Pero el derecho de cada propietario no sólo comprende las partes privativas, sino que, además, se extiende a los elementos comunes. Extravasa, por tanto, la competencia de la Junta (y será, por consiguiente, necesario el consentimiento de todos los copropietarios y no sólo el "cuasi consentimiento" del artículo 16, regla 1.ª, párrafo 2.º) para la enajenación o gravamen de algún elemento común, con la singular excepción de que alguno de dichos elementos sea objeto de enajenación cuando se trate de "reemplazarlo" por otro similar, pues entonces la Junta actúa su facultad de alterar o modificar los elementos comunes, para lo que sí es competente, como resulta del artículo 11 de la misma Ley, precepto que se alega en el recurso y que no lo fue en el del año 1970.

La Junta de propietarios, inicialmente con unanimidad, y posteriormente con "cuasi-unanimidad" realiza dos actos jurídicos que son: la desafectación de la vivienda del portero para convertirla en elemento privativo, sin sustituirla por otra similar, la estructuración de las cuotas y la enajenación de dicha vivienda a persona extraña a los copropietarios.

— En la Resolución del año 1970 había también una *desafectación*, y entonces se me ocurrió comentar lo siguiente: desafectar algo, en términos administrativos, es alterar la naturaleza de los bienes que de estar sometidos al uso general o al servicio público se transforman en patrimoniales. Ello no supone un cambio de titularidad, sino una alteración del uso o destino a que estaban entregados. Cambia su régimen jurídico, pero no su titularidad. Si esto es así, al desafectar la vivienda del portero a ese servicio y convertirse en un bien patrimonial de la comunidad, la titularidad del mismo no ha debido cambiar: seguirá perteneciendo, en la parte proporcional, a cada uno de los partícipes en la comunidad. La desafectación ha provocado, por así decirlo, el levantamiento de la prohibición que sobre este elemento común pesaba en virtud del artículo 396, 2, del Código

civil y 1,2 de la Ley de Propiedad Horizontal: las partes en copropiedad... sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable.

Ahora hay que repetir lo mismo. Entre los poco hábiles argumentos que la Dirección ofrece, éste figura en primera fila. Y es que siempre ha resultado dificultoso emplear terminologías ajenas a un derecho tratándolas como originarias. El quinto considerando de la Resolución acusa la endeblez del argumento, pues a la facultad de la "desafección" del elemento común se le da una posible alternativa que no tiene base en buena normativa jurídica: o bien adjudicarlo a todos los propietarios del edificio que lo adquirirán en proindivisión y podrían inscribirlo a nombre de todos ellos en el Registro de la Propiedad o bien enajenarlo directamente a un extraño. Todo ello, cae por su propio peso. La desafección no supone alteración de propiedad, sino de destino y, por ello, si cabría su inscripción en el Registro a nombre de todos los copropietarios para su posterior enajenación, pero lo que no cabe es que la Junta lo enajene sin estar inscrito a nombre de la misma, pues ello contraría el principio de tracto sucesivo, el de legitimación, etc. (artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Al carecer de personalidad jurídica la Junta (que como órgano nunca la podría tener) y la comunidad de propietarios, se hace necesario entender que los únicos legitimados para la enajenación son los copropietarios, aparte de que la pretendida vivienda del portero al ser desafeccionada nunca provocó "cambio de titularidad".

En igual sentido el considerando sexto incide en un nuevo error conceptual, pues aun admitiendo la "desafección", que no implica cambio de titularidad, sino de destino, se niega que la portería haya pasado en ningún momento a ser "local privativo". En pureza de conceptos eso es cierto, pero con matizaciones: la portería era elemento común perteneciente a todos en la parte proporcional de sus cuotas y al ser "desafeccionada" les sigue perteneciendo, pero no como elemento común, sino como privativo comunitariamente, pues de lo contrario no podrían inscribirlo especialmente, como reconoce el considerando quinto.

Aparte de los posibles "avances" que en la Resolución se han pretendido, entiendo que la mayor laguna doctrinal es la de la precisión conceptual de este término administrativo que, aplicado a la Ley de Propiedad Horizontal —aparte de seguir esa inevitable dirección de desprivatización del Derecho— provoca desajustes en el razonamiento. En vez de "desafección" —término utilizado en el año 1970 y que nunca debió repetirse en el 1973— pudo bien emplearse otro de raigambre privatista, como el de "alteración de destino", "modificación" u otros semejantes y menos comprometedores.

— Como consecuencia de la "desafección" se hizo imprescindible la modificación de cuotas, realizando posteriormente la enajenación. ¿Por qué se hizo la modificación de cuotas si, como dice la Dirección General, la vivienda del portero no pasó nunca "en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo"? Estamos de

nuevo en la gran contradicción que suponen los considerandos quinto y sexto, pues si el último de los citados hace la afirmación dicha el anterior exige el cambio de cuotas, pues tanto en el caso de que la finca se adjudique a los copropietarios como si se enajena a un extraño “el número de copropietarios ha aumentado en una unidad”.

La argumentación que se utiliza para justificar la enajenación realizada por el Presidente de la Comunidad en base de un acuerdo tomado por unanimidad —y estoy reproduciendo cosas que ya dije en otra ocasión— se concreta a los artículos 12, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. Pero repasando la literalidad y el espíritu que informó la Ley de Propiedad Horizontal en los artículos que se citan, no cabe ver en ellos esas facultades de disposición que se pretende conceder. El artículo 12 habla de representación en juicio y fuera de él, siendo el artículo 13 el que enumera los actos que “fuera de juicio” pueden realizarse, siendo todos ellos de “gestión y administración”, salvo el del número 5 que habla genéricamente de “demás asuntos interés general”. Cuando la norma jurídica hace una enumeración y termina con un criterio de amplitud genérica para tratar de comprender aquellos supuestos no previstos en el momento de redactarla, lo hace siempre bajo fórmulas parecidas a éstas: “u otros cualesquiera reales” (artículo 2.º de la Ley Hipotecaria), “y otros de naturaleza análoga” (artículo 1.800, Código civil), etc. Todo ello sobre la base de referirse a actos semejantes o análogos o de la misma naturaleza enunciados anteriormente. Pretender contradecir esta norma interpretativa, es abrir un cauce de muchas dimensiones en el que pueda caber cualquier facultad onímoda que en el momento determino se quiera atribuir a la Junta. Por último, el artículo 16, al hablar del criterio de “unanimidad” lo refiere a los actos que enumera el artículo 13, entre los cuales no están los de enajenación. Por ello, ese sistema de notificaciones puede servir perfectamente para esos actos de gestión y administración, pero resulta peligrosísimo aplicarlo a los de disposición.

B) *Restantes defectos alegados.*—La Dirección General, consecuente con su solución, va excluyendo el juego de los demás defectos, y así entiende que no se infringe el artículo 20 de la Ley Hipotecaria ni su principio de tracto sucesivo, cosa que sólo podría ser verdad si a la Comunidad de Propietarios se le concediese personalidad y fuese la Junta, como órgano temporal de representación, la que dispusiere. Por las mismas razones queda incumplido el requisito de las licencias del artículo 1.413 del Código civil, pues son los propietarios y no la comunidad la que “debió” proceder al acto dispositivo. En igual sentido hay que rechazar la argumentación que sobre la infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal hace la Dirección.

Los dos últimos considerandos de la Resolución comentada se refieren a las notificaciones y su falta de autenticidad para el logro de esa “cuasi-unanimidad” de que habla LA CÁMARA, así como a la descripción actual de los pisos, conforme al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Creo

que en estos puntos la Dirección sigue una línea más acertada, aunque podría, basándose en los argumentos que ofrece LA CÁMARA en el trabajo citado, profundizarse un poco para descubrir si hubo de verdad consentimiento, pues "sólo pueden llamarse acuerdos los que versen sobre temas que la asamblea puede resolver por mayoría o por "cuasi-unanimidad", aparte de su valor probatorio.

EXPEDIENTE DE DOMINIO.—NO ES INSCRIBIBLE EL TESTIMONIO JUDICIAL DE UN EXPEDIENTE DE DOMINIO PROMOVIDO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUPTO, CUANDO NO HUBO REALMENTE INTERRUPTIÓN DEL MISMO, Y ADEMÁS NO SE HA CUMPLIDO CON LO ORDENADO EN EL ARTICULO 202 DE LA LEY HIPOTECARIA, NI SE ORDENA EN EL AUTO LA CANCELACIÓN DE ASIENTOS CONTRADICTORIOS. (*Resolución de 16 de julio de 1973.*)

Hechos.—"Resultando que la finca denominada Casaluenga y también La Cartuja, en los términos de la Rinconada y Alcalá del Río, con una cabida de dos mil quinientas cuarenta hectáreas, veinte áreas, diez centiáreas aparecía por título de herencia inscrita a nombre de doña María de los Angeles Marañón Lavín; que dicha señora falleció sin sucesión directa el 9 de noviembre de 1950 bajo testamento otorgado en Sevilla el 7 de abril de 1954 ante el Notario de esta Capital, don Antero Iglesias Garrido y de un segundo testamento ológrafo que previos los trámites legales para su adversión fue protocolizado en virtud de acta notarial de 3 de diciembre de 1951, autorizada por el Notario don Rafael González Palomino; que practicada la liquidación de la Sociedad conyugal y las operaciones particionales se adjudicó en pleno dominio un 45,4 por 100 a su viudo don Miguel Sánchez-Dalp y Calonge de Guzmán, y el 54,6 por 100 restante de la finca descrita en primer usufructo a su mencionado viudo, para pasar este último a su fallecimiento, también en usufructo vitalicio, a los sobrinos carnales de la testadora, hijos de sus hermanos don José y doña María Josefa Marañón Lavín que sobrevivan a su marido, y la nuda propiedad la heredarán por estirpes los hijos legítimos que dejen los sobrinos usufructuarios, o sea, cada grupo de hijos de sobrino los correspondientes a su padre o madre, y si algún sobrino hubiere fallecido sin hijos su parte acrecerá en pleno dominio a la de los demás grupos de hijos de sobrinos que entonces existan;

Resultando que don Miguel Sánchez-Dalp y Calonge de Guzmán falleció el 21 de febrero de 1969 y sus herederos son don Javier, don Manuel y don Miguel Sánchez-Dalp y Marañón; que en virtud de acta de notoriedad de fecha 15 de febrero de 1962, autorizada por el Notario de Madrid don Alberto Ballarín Marcial, se acredita que con relación a la sucesión de doña María de los Angeles Marañón Lavín son herederos usufructuarios en segundo llamamiento doña Ana y don Ramón Sáinz de Rozas y Marañón, y en plena propiedad don Manuel, don Ildefonso, doña Carmen y doña Angeles Marañón y Sáinz Rozas, don José-Manuel Sáinz de Rozas, don Luis, doña Angeles, doña Dolores, don Juan y doña Teresa Lizarriturri y Sáinz de Rozas, doña María Josefa, doña Elvira, don Teodoro y don José Arana Sáinz de Rozas; don Manuel, doña María Dolores, doña Pilar y doña María de la Milagrosa

Sáinz de Rozas y Gallán, don Ramón Sáinz de Rozas y don Andrés y don José Laso de la Vega Marañón;

Resultando que, por escritura de 14 de mayo de 1969, otorgada ante el Notario de Sevilla don Angel Olavarría Téllez, doña Angeles, don José-Luis, doña Dolores, don Miguel, don Juan y doña María Teresa Lizarriturri y Sáinz de Rozas; doña Pilar, don Manuel, doña María Milagrosa y doña María de los Dolores Sáinz de Rozas y Gallán, y don Teodoro, don José-Ramón, doña Elvira, doña María Josefa y doña Angeles Arana y Sáinz de Rozas vendieron a la Sociedad Anónima Agrícola San Martín la hacienda rústica denominada "Hacienda de San Martín de Porres", que procede de la primitiva finca descrita Casaluenga y Cartuja, con una superficie de doscientas ochenta y ocho hectáreas, veintiséis áreas y setenta y cinco centiáreas, pero sin que la segregación se hiciera constar en el Registro de la Propiedad;

Resultando que la Sociedad compradora incoó expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido de la anterior finca segregada, ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sevilla, dado que la inscripción precedente a la de la fecha de la escritura de compra no tenía treinta años de antigüedad; que en dicho expediente se citaron a los herederos de don Miguel Sánchez-Dalp y Calonge de Guzmán y de doña María de los Angeles Marañón Lavín, a la persona a cuyo favor estaba catastrada la finca, a quienes pudiesen alegar algún derecho sobre la misma y, por último, a los titulares de las fincas colindantes; que los herederos de don Miguel Sánchez-Dalp y Calonge, que comparecieron personalmente, manifestaron que no existían otros interesados distintos a los citados; que los causahabientes de los titulares registrales del predio vendido manifestaron en el expediente que "La Sociedad actora es propietaria, por título de compra, de la hacienda vendida, que poseen de una manera pacífica, quieta e ininterrumpida, constándoles de antemano cuantos hechos se consignan en el escrito inicial, afirmaciones que hacían propias y no sólo se oponían a que la finca fuera inscrita a nombre de dicha Sociedad, sino que se avenían expresamente a tal petición"; y que el expediente de dominio terminó con Auto favorable a la inscripción si bien con la mención expresa de que en la misma se hiciese constar la condición suspensiva de que "no existen en el futuro hijos de doña Elvira y don José Marañón Jiménez, a más de los consignados según se ha solicitado por la parte actora y el Ministerio Fiscal";

Resultando que presentado en el Registro testimonio judicial del anterior Auto, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: "No admitida la inscripción del presente documento, por los defectos siguientes: 1.º Que del contexto de la inscripción de la finca en el Registro se deduce una manifiesta falta de capacidad para disponer, de los transmitentes, que afecta tanto a la facultad para la segregación como para la venta que sirven de apoyo al expediente, con el que no es realmente una reanudación del tracto interrumpido lo que se obtiene, sino una cancelación de derechos inscritos cuya transmisión, de haber existido capacidad, no necesitaba de titulación supletoria inaplicable a la situación registral de esta finca. 2.º Que no teniendo la inscripción treinta años, sino que es bien reciente, no se ha cumplido en la tramitación del expediente las tres citaciones de todos los interesados, y una de ella personalmente conforme dispone el artículo 202 de la Ley

Hipotecaria, dada la existencia de herederos inciertos y posibles. 3.º No ordenarse expresamente la cancelación de los asientos contradictorios, conforme preceptúa el artículo 286 del Reglamento Hipotecario. Y siendo el primero de dichos defectos insubsanable, no procede la anotación de suspensión”;

Resultando que la Sociedad “Agrícola San Martín, S. A.”, representada por don Arturo Otero Castelló, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que los tres extremos de la nota calificadora infringen totalmente el contenido del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, fundamental en esta materia, ya que ninguna de las razones en que se basa el Registrador su negativa a la inscripción del testimonio presentado, se refiere a la competencia del Juzgado, a la congruencia del mandato con el procedimiento, a las formalidades intrínsecas del documento —salvo un punto que luego rebatirá— ni a los obstáculos que surjan del Registro; que el Registrador, confunde capacidad con legitimación, ya que la primera no ofrece ninguna duda y lo más que podría hacer el funcionario calificador sería discutir su legitimación; que la redacción de la nota es oscura, puesto que no se entiende qué quiere decir cuando afirma que el expediente base del Auto no es realmente una reanudación del tracto sucesivo; que tampoco entiende qué se quiere decir cuando se afirma que de haber existido capacidad no necesitaba titulación supletoria; que el segundo defecto señalado infringe el contenido del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, ya que dicho precepto distingue claramente dos supuestos: uno el regulado en el párrafo segundo, donde establece la obligación fundamental de que el titular de la inscripción contradictoria o sus causahabientes sean oídos en el expediente, y el otro, regulado por el párrafo tercero, que indica que cuando no hubiesen sido oídos deberán ser citados tres veces, una de ella, al menos, personalmente; que en el presente caso los causahabientes han sido citados personalmente y oídos en el expediente, por lo que no hay razón para que se les cite más veces, de acuerdo con el precepto indicado y de la interpretación lógica que al mismo da la doctrina; que este extremo de la nota, cuando habla de que el incumplimiento de las citaciones está basado en la existencia de herederos inciertos y posibles, infringe totalmente la interpretación doctrinal del citado precepto legal y desconoce además el contenido del testimonio del Auto, cuya inscripción se deniega; que infringe la interpretación doctrinal de dicho precepto, puesto que por un lado el artículo 285, en relación con el 279 del Reglamento Hipotecario, establece que no es preciso para que se inicie un expediente de dominio de reanudación de tracto sucesivo, justificar documentalmente la cualidad de causahabientes de los citados y que se entenderá por causahabientes de la persona de quien procedan los bienes, sus herederos; que la doctrina más acreditada sostiene que basta con citar a los herederos del titular inscrito que lo sean al tiempo de la citación, prescindiendo de los postherederos, o sea, de los fideicomisarios o destinatarios, llamados en rango sucesivo; que, por tanto, no puede hablarse de la existencia de herederos inciertos y posibles cuando todos los existentes han sido oídos en el expediente, con lo que no influye para nada el requisito de las tres aludidas citaciones; que da la impresión de que la nota desconoce el contenido del testimonio presentado, en donde se

expresa que en la inscripción que se practique se haga constar la condición suspensiva de que no existan en el futuro hijos de doña Elvira y don José Marañoñ Jiménez”, de acuerdo con la doctrina sentada en la Resolución de 14 de abril de 1969; y que en cuanto al tercer defecto, la nota vuelve a desconocer totalmente la doctrina hipotecaria, ya que en este expediente no se pretende cancelar nada, sino poner la titularidad inscrita a nombre del dueño actual:

Resultando que el Registrador informó: que el fundamento principal de su nota denegatoria arranca de la situación registral de la finca objeto del recurso, cuya transcripción literal recoge los nombres de todos sus titulares con indicación del título de su adquisición, de donde se deduce que no es para reanudar un tracto sucesivo interrumpido, por lo que se incoó el expediente, sino por las dificultades de una titulación que en algunos extremos puede aparecer dudosa, por lo que ha recurrido a este sistema supletorio, inadmisibles en el presente caso; que como ha proclamado la Resolución de 30 de septiembre de 1925, el expediente de dominio es inaplicable a fincas y derechos cuya propiedad aparece inscrita en el Registro cuando se trata de obtener la extinción de asientos definitivos sin las garantías que el juicio declarativo ofrece a sus respectivos titulares; que la Resolución de 15 de enero de 1952 declara que no es inscribible un expediente de dominio en el cual, mediante una confabulación familiar se pretendió dejar sin efecto una prohibición de enajenar inscrita, lo que por analogía es aplicable al presente caso en que existe una condición suspensiva a favor de herederos inciertos y posibles; que en similar sentido se manifiestan las Resoluciones de 23 de julio de 1924, 31 de enero de 1931 y 19 de noviembre de 1960, de las que se deduce que no procede inscribir, aunque se dejan a salvo los derechos desconocidos; que todo lo expuesto se refiere al primer defecto señalado como insubsanable, de la nota; y que en cuanto a los dos siguientes se apoyan en concretos preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecario;

Resultando que el Magistrado Juez de Primera Instancia, que intervino en el procedimiento describió en su informe los trámites seguidos en el curso del procedimiento incoado para la reanudación del tracto sucesivo, terminando con la transcripción de la parte resolutive del Auto que estimó justificado el dominio de la finca y ordenó practicar la inscripción con mención expresa de la condición suspensiva a que ya se ha hecho referencia;

Resultando que el Presidente de la Audiencia estimó la capacidad jurídica y de obrar de los vendedores, por lo que, en todo caso, únicamente procedería apreciar la falta de legitimación motivadora del rompimiento e interrupción del tracto sucesivo que con el expediente de dominio tramitado intenta reanudar “Agrícola San Martín, S. A.”, razón por la cual hay que tener por inexistentes el primer defecto de la nota calificadora; que lo mismo ocurre respecto al tercer defecto por cuanto los artículos 203 de la Ley Hipotecaria y 286 de su Reglamento disponen la inscripción de los expedientes de reanudación de tracto sucesivo interrumpido, aunque en el Registro aparezcan inscripciones contradictorias, lógicamente inevitables cuando se trata de reanudar el tracto; que en consecuencia estos dos defectos deben tenerse por inexistentes; y que en cuanto al segundo defecto es evidente su existencia, ya que del propio testimonio resulta que ni fueron oídos todos

los titulares de las inscripciones contradictorias o sus causahabientes ni practicadas las tres sucesivas citaciones —una al menos personal— que en tal caso exige el párrafo 3.º del ya invocado artículo 202 de la Ley Hipotecaria, sin que tengan valor procesal alguno las manifestaciones hechas en nombre de los no comparecientes, en razón a que, no cabe que en actuaciones judiciales —art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— los represente quien no sea Procurador de los Tribunales y menos delegar el testimonio o cualquier género de manifestaciones sobre fundamentales hechos o circunstancias personales que han de tenerse en cuenta y producir efectos en resoluciones jurisdiccionales;

Resultando que tanto el Registrador de la Propiedad como la Sociedad recurrente se alzaron de la decisión presidencial en lo que no fueron estimadas sus respectivas pretensiones, añadiendo a sus anteriores alegatos el representante de “Agrícola San Martín, S. A.”, que el artículo 4.º señalado por el Presidente de la Audiencia está encuadrado en la Sección 1.ª del título 1.º de la Ley Procesal, que se titula “De los litigantes, Procuradores y Abogados”, por lo que no es aplicable a un procedimiento como el recurso gubernativo, que constituye más bien un acto de jurisdicción voluntaria.”

Doctrina.—“Considerando que el expediente de dominio, además de un medio inmatriculador puede servir de acuerdo con el artículo 200 de la Ley Hipotecaria para que los titulares de fincas que con anterioridad habían ingresado en el Registro, puedan reanudar el tracto sucesivo que se encuentra interrumpido por no haberse practicado alguna inscripción intermedia, y así obtener de esta manera un título que acredite su derecho y sirva de base para extender el correspondiente asiento en los libros registrales”;

“Considerando que como ya declaró la Resolución de 25 de mayo de 1948, la protección dispensada por nuestra legislación inmobiliaria a quienes pudieron inscribir sus títulos y dejaron de hacerlo durante mucho tiempo, no ha de servir para que tal desidia impida a quienes demuestren en el procedimiento adecuado y a juicio de la autoridad competente ser dueños de una finca, proveerse de la necesaria titulación a fin de reanudar el tracto sucesivo y concordar los libros del Registro con la realidad jurídica, si que el auto dictado conste para que se pueda incoar juicio contradictorio por cualquier persona que estime lesionado su derecho, conforme a lo preceptuado en el artículo 284 del Reglamento Hipotecario”;

“Considerando que en el presente expediente hay que resaltar como particularidades: a) que aparecen como vendedores de la finca —por cierto sólo una fracción de la que figura inscrita en el Registro— aquellas personas que en su día podrían ser dueños de parte del dominio del inmueble transmitido una vez se cumplan las previsiones que la causante estableció en su testamento y se encuentran reflejadas en los libros registrales dado que se inscribió la participación que a su fallecimiento se formalizó; b) que de la porción proindiviso que pertenece al otro titular—viudo de la causante— fallecido en 1969, se indica en el expediente de dominio que comparecieron sus herederos para no oponerse a su tramitación”;

“Considerando que como fácilmente se deduce de los resumidos hechos anteriores, en el presente caso, no hay ningún tracto interrumpido que restaurar, pues aparecen claras en el Registro las titularidades del inmueble, si

bien en una de las cuotas en pro-indivisión no quedarían determinados hasta que por el fallecimiento de los segundos usufructuarios se sepa a quién se atribuirá con carácter definitivo el pleno dominio de la misma, por lo que hay que concluir que el procedimiento utilizado no es el idóneo —sin que baste para salvarlo reserva de condición que se ordena—, sino que habrá que acudir a los medios normales para su inscripción y evitar así que por un procedimiento indirecto y no adecuado al caso, puedan quedar incumplidas las prevenciones ordenadas por la causante en su última voluntad”;

“Considerando que confirmado el primero de los defectos que tiene carácter de insubsanable, no sería necesario entrar en el examen de los otros dos, no obstante, sucede que en cuanto al segundo de los defectos señalados en la nota, no se ha cumplido con lo ordenado en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, pues como con acierto señala el Auto presidencial, gran parte de los interesados al no hacerlo por sí mismo deberían haber comparecido por medio del Procurador, como exige ineludiblemente el artículo 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no cabe en actuaciones judiciales se delegue en otra persona que no sea Procurador de los Tribunales para testimoniar o hacer manifestaciones sobre hechos o circunstancias personales que han de tenerse en cuenta y producir efectos en resoluciones judiciales”;

“Considerando por último en cuanto al tercer defecto, que salvo en la parte relativa al condicionamiento contenido en la inscripción de la finca matriz, no se ordena en el Auto la cancelación de los restantes asientos contradictorios, y por eso aparece como un obstáculo que es necesario salvar para que la inscripción pueda practicarse el que el inmueble se encuentra ya inscrito y que de conformidad con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria hay que cumplir con el tracto sucesivo.”

Esta Dirección General ha acordado que, con revocación parcial del Auto apelado, procede confirmar la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—La aparente sencillez con la que la Dirección resuelve el presente caso, en el que se demuestra la inaplicación del expediente de dominio cuando no existe tracto sucesivo que reanudar, encubre una serie de cuestiones relacionadas con la calificación registral de los documentos judiciales, las facultades judiciales en orden a la aceptación de una tramitación de expediente de dominio, las facultades dispositivas de los titulares registrales cuando existe en el Registro una condición suspensiva y la observancia de formalidades en la tramitación del expediente citado. De todas ellas voy a elegir, pues el resto vienen relacionadas, tres solamente: la que se refiere a la amplitud de la calificación registral, el problema de la disposición cuando la titularidad está afectada a una condición suspensiva y lo que se refiere a la observancia o no de las formalidades que citaremos.

A) *Calificación registral de documentos judiciales.*—Con cierta insistencia se está intentando aislar el documento judicial del minucioso examen a que la calificación registral obliga, sin pensar que muchas veces el encaje de las vías de actuación que señala el artículo 99 del Reglamento Hipotecario resulta desmentido por la práctica y la realidad.

Es curioso como una de las primeras alegaciones del que interpone el recurso es precisamente esa: la calificación registral no encaja en este caso dentro de los moldes del artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Pero el

Registrador en este caso no se excedió, pues dentro de las facultades calificadoras de los documentos judiciales —como he demostrado en otros lugares— está la de la determinación del título hábil para la práctica de la posible inscripción. Y en el presente caso el testimonio del auto en el que termina el expediente de dominio con la finalidad de reanudar el tracto sucesivo no resultó ser documento bastante para ello, entre otras cosas, porque no había necesidad de reanudar el tracto sucesivo, pues “aparecen claras en el Registro las titularidades del inmueble, si bien en una de las cuotas en pro-indivisión no quedarían determinados hasta que por el fallecimiento de los segundos usufructuarios se sepa a quién se atribuirá con carácter definitivo el pleno dominio de la misma, por lo que hay que concluir que el procedimiento utilizado no es el idóneo —si que baste para salvarlo la reserva de la condición que se ordena—, sino que habrá que acudir a los medios normales para su inscripción...”. He aquí cómo la Dirección plasma efectivamente la amplitud de la calificación registral que rechaza el auto judicial, pues en el presente caso la titulación ordinaria basta para lograr lo que a través de este procedimiento no se obtuvo.

Sería muy difícil llegar a conclusiones procesales en torno a la posición judicial de admisión o no de dicho expediente, pues la finalidad del mismo es el logro de un enlace registral de titularidades, justificándose las adquisiciones intermedias realizadas, pero no documentadas hábilmente a esos efectos. Pero donde el Juez ya nunca pudo pronunciarse —pues con ello se excedía en sus funciones— es en “imponer la mención expresa en la inscripción de la condición suspensiva de que no existan en el futuro más hijos de doña Elvira y don José Marañón Jiménez”, pues con ello ataca la titularidad registral y altera su contenido, traspasando los límites del expediente que sólo a la reanudación del tracto debe referirse. Lo que en el expediente de dominio se pretendía era suprimir la posible adquisición de los hijos nacederos de los usufructuarios segundos, cosa que en el Registro estaba patente. Traspasados esos límites conceptuales del expediente y su finalidad esencial, queda claro que el auto no podía nunca ser inscrito, pero porque el procedimiento en que se dictó no era el idóneo para dicha finalidad.

B) *Titularidad y capacidad dispositiva.*—Se ataca por el que interpone el recurso la nota calificadora, alegando que el Registrador desconoce la distinción entre capacidad y legitimación. Cosa que posteriormente recoge el Presidente de la Audiencia en su decisión.

Creo que sería preciso aclarar algún punto a este respecto. En el Registro figuraban una serie de titulares con capacidad y legitimación para disponer, pero también se dice que existe “una condición suspensiva a favor de herederos inciertos y posibles”. Es decir, estamos dentro de la figura del “nondum concepti” y sus posibles derechos eventuales, de los que no se puede predicar ni capacidad ni legitimación.

El problema de la enajenación de esos bienes afectos a esa condición ha sido tratado con reiteración por la Dirección General en una serie de Resoluciones de las que se pueden citar, apoyando la decisión ahora comentada, la de 23 de julio de 1924, 31 de enero de 1931, 15 de enero de 1952 y 19 de noviembre de 1960.

Las situaciones provocadas son muy semejantes al viejo problema de la enajenación de los bienes sujetos a fideicomiso que con tanto derroche de inteligencia han tratado en la doctrina española LA CÁRAMA ("Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria". Reve-rendo D. P., 1948), GONZÁLEZ PALOMINO ("Enajenación de bienes pseudo usu-fructuados", A. A. M. N., vol. II), LACRUZ BERDEJO ("Derecho de sucesiones" de Julius Binder en pág. 239) y DÍEZ-PICAZO ("Estudios sobre la Jurispru-dencia Civil". Tomo II, pág. 713).

Conforme a las conclusiones del último de los autores citados hemos de concluir estas notas entendiendo que, por ahora, la aplicación analógica de los artículos 164 del Código civil y los artículos 804, 185 y 186 del mismo, no son viables totalmente, pues en el caso del 164 la autorización judicial de bienes de menores, no suple el obstáculo de la "falta de consentimiento", pues los "nondum concepti" no existen. Por su parte, los artículos 804 y 185 del Código civil presuponen una puesta de la herencia en administración y una facultad para enajenar atribuida al administrador, cosa que es de fácil encaje en estas situaciones de condiciones suspensivas.

C) *Formalidades incumplidas.*—Según el relato de los hechos, el auto del Presidente de la Audiencia, las notas calificadoras y los dos últimos consi-derandos de la Resolución, en las formalidades llevadas a cabo para la tramitación del expediente de dominio se incumplió el requisito de las tres citaciones del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, ya que a los no nacidos, ni siquiera concebidos, no se les pudo citar personalmente.

Para el Presidente de la Audiencia y el recurrente no se hace preciso el cumplimiento del artículo 386 del Reglamento Hipotecario que ordena que el auto contenga la decisión de cancelación de las inscripciones contradic-torias. Sin embargo, el Registrador y la Dirección, entienden necesario el cumplimiento de este requisito. Si la reanudación del tracto sucesivo trata de salvar un espacio jurídico no reflejado en el Registro y a él se opone una inscripción contradictoria, es evidente que se hace precisa dicha cancela-ción, pues de otra forma no quedaría plenamente clara la conexión de trans-misiones base y razón del tracto.