

II. Resoluciones de la Dirección General

Por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

A) RESOLUCIONES COMENTADAS

El procedimiento judicial de elevación a escritura pública de un documento privado tiene por objeto elevar éste a escritura en los mismos términos en que se celebró el negocio jurídico, sin que se puedan alterar éstos, ni hacer figurar como intervinientes en el mismo a los herederos de una de las partes. Se trata de una incongruencia de la resolución judicial con el procedimiento, calificable conforme a la doctrina del artículo 100 del Reglamento Hipotecario. (Resolución de 15 de noviembre de 1996. Boletín Oficial del Estado del 25 de diciembre.)

Hechos. 1. Don Jesús Merino García y don Jesús Antonio Díaz Monedero, casados en régimen de gananciales con doña Francisca Méndez Martínez y doña Felisa Merino Méndez, respectivamente, compraron a «TIR, Sociedad Anónima» (TIRSA), por mitad y *pro indiviso* en documento privado de 25 de junio de 1977, la parcela C-2 (301) de 1.750 metros cuadrados, sita en la urbanización denominada «Residencial Sierra de Tajuña», en la finca Dehesa Boyal de Enfrente, término municipal de Ambite (Madrid). Don Jesús Merino García, que falleció el 27 de abril del año 1985, no había otorgado testamento, declarándose por auto del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid, de 11 de marzo de 1992, a sus hijas María Jesús y Felisa Merino Méndez, sus únicas y universales herederas abintestato por partes iguales, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de la viuda doña Francisca Méndez Martínez.

El día 16 de octubre de 1991, la parte adquirente interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía contra la sociedad TIRSA por incumplimiento de contrato al efecto de que procede a la elevación a escritura pública del documento privado, correspondiente en turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia número 51 de los de Madrid, dictándose Sentencia el día 5 de marzo de 1995.

El día 20 de octubre de 1994, ante el Notario de Madrid don Francisco José López Goyanes, la señora Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 51 de los de Madrid, de oficio, por rebeldía de la sociedad demandada y representación de TIRSA y los señores citados en los dos párrafos anteriores, otorgaron escritura de elevación a público del citado contrato privado de compraventa, en virtud de sentencia dictada por la citada Magistrada-Juez, con fecha 15 de marzo de 1993, en que se condena a la sociedad demandada

a elevación a escritura pública del contrato privado suscrito con los demandantes, en relación con la parcela antes descrita. En la estipulación segunda de la escritura se dice: «Segunda. La señora Magistrada-Juez, doña ..., tal como interviene de oficio, los cónyuges don Jesús Antonio Díaz Monedero y doña Felisa Merino Méndez, doña Francisca Méndez Martínez, doña María Jesús y doña Felisa Merino Méndez, las tres últimas como únicas interesadas en la herencia y en la disuelta sociedad de gananciales de don Jesús Merino García, consuman el contrato de compraventa, perfeccionado en el documento privado dicho, e igualmente aclaran y fijan su contenido en los siguientes términos: 1. TIRSA, según está representada, previa segregación de la finca matriz, vende y transmite, como cuerpo cierto, el pleno dominio de la parcela segregada y descrita en la letra B) del antecedente III, que la compran y adquieren, en condominio, libre de cargas, gravámenes, arrendatarios y ocupantes, las personas y en la proporción siguiente: a) Los cónyuges, don Jesús Antonio Díaz Monedero y doña Felisa Merino Méndez, doce veinticuatroavas partes, en pleno dominio y con carácter ganancial. b) Doña Francisca Méndez Martínez, seis veinticuatroavas partes, en pleno dominio y dos veinticuatroavas partes en usufructo vitalicio. c) Doña María Jesús y doña Felisa Merino Méndez, cada una de ellas dos veinticuatroavas partes en pleno dominio, y una veinticuatroava parte, en nuda propiedad.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares número 4, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado nuevamente a las once cuarenta y cinco horas del día 27 de octubre último, bajo el asiento número 433, del *Diario de Operaciones* número 17, escritura número 2.602, del protocolo del Notario de Madrid señor López Goyanes, de elevación a público de documento privado con fallecimiento de uno de los compradores, suspendo las inscripciones solicitadas por concurrir los siguientes defectos. 1.º El otorgamiento segundo apartado 1 de la escritura calificada es contradictorio con el expositivo II y el documento privado protocolizado, toda vez que, mientras éstos se refieren a la venta realizada por la mercantil TIRSA a don Jesús Merino García y don Jesús Antonio Díaz Monedero, en aquél se formaliza una venta que nunca existió, concretamente a los herederos de don Jesús Merino. 2.º La escritura calificada refleja una especie de «tracto abreviado» en los títulos de atribución patrimonial; en lugar de elevar a público la compraventa y formalizar la herencia, el documento recoge una inexistente venta a los herederos del finado. Este pretendido «tracto abreviado» de títulos materiales es contrario al sistema causalista de nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, a lo dispuesto en los artículos 609 y 1.274 y siguientes del Código Civil. 3.º Como corolario del defectuoso reflejo de los negocios jurídicos se produce alteración de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes transmitidos, toda vez que ciertas participaciones adquiridas por herencia aparecen adjudicadas con carácter ganancial, y si bien la contratación entre cónyuges es posible en nuestro sistema —1.323 y concordantes del Código Civil—, la propia DGRN ha señalado que debe reflejarse el negocio jurídico completo, con expresión de la causa de atribución patrimonial—entre otras—Resolución de 25 de septiembre de 1990, *Boletín Oficial del Estado* de 7 de noviembre; Resolución de 7 de octubre de 1992, *Boletín Oficial del Estado* de 18 de enero de 1993; Resolución de 26 de octubre de 1991, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre y antes las Resoluciones de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989. Esta nota de calificación la extiendo a petición expresa de la notaría autorizante. Contra esta nota cabe

interponer el denominado recurso gubernativo mediante escrito dirigido al excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, conforme a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Alcalá de Henares, a 15 de noviembre de 1995.—El Registrador, José Ernesto García Trevijano Néstares.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que la perfección y consumación son dos aspectos diferentes de la vida del contrato, que se recogen en el primer párrafo de la estipulación segunda de la escritura calificada. Que el artículo 1.445 del Código Civil define la compraventa como un contrato consensual en cuanto es suficiente el consentimiento para perfeccionarlo y dejar establecidas y nacidas las obligaciones de entregar la cosa y pagar el precio, y lo mismo enseña el artículo 1.450. Este contrato bilateral crea obligaciones recíprocas y, en definitiva, es traslativo del dominio porque facilita el título para la transmisión de la propiedad (artículos 609 y 1.095 del Código Civil). La compraventa se perfecciona por el mero consentimiento, mas la propiedad de la cosa vendida no se transmite si el contrato no va seguido de la tradición o entrega. La compraventa consensual y obligaciones del Código Civil español supone una neta separación entre perfección y consumación del contrato. Estas ideas se ponen de relieve con gran claridad en la Sentencia de 20 de octubre de 1990 del Tribunal Supremo. Que esbozados los anteriores conceptos sobre el contrato de compraventa, la cuestión central sobre la que gira el recurso en los términos planteados por el Registrador consiste en determinar si el documento privado por el que TIRSA vende la parcela a don Jesús Merino García y don Jesús Antonio Díaz Monedero les transmite el dominio de ella, por tener los efectos de la tradición instrumental (*traditio cartae*) o si ese documento privado no tiene jurídicamente esa relevancia, no produciendo esos efectos: a) La estipulación séptima del documento privado en su apartado a) establece un pacto de reserva del dominio a favor de la vendedora. Este pacto aceptado por la jurisprudencia sin reservas tiene por finalidad la de proporcionar al vendedor la garantía de que se le pagará el precio aplazado. En este punto hay que citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1958, que dice que en estos contratos sólo se transfiere la posesión material de la cosa objeto de venta con el exclusivo fin de uso y disfrute mientras que el comprador no adquiere la propiedad una vez pagado el precio. b) Que el documento privado no produce los efectos de la tradición instrumental, salvo en casos excepcionales. El Código Civil contempla la citada tradición en el párrafo segundo del artículo 1.462, siendo necesario para que tenga lugar que la venta se haga mediante escritura pública. Así lo entiende también la doctrina y la jurisprudencia reiterada. Que hay que considerar la Resolución de 28 de marzo de 1936. c) Que la práctica enseña que el documento privado que se lleva a público en la escritura calificada es uno de los muchos que recogen contratos de compraventa tipo, confeccionados en serie por promotores inmobiliarios, sin pasar por la imaginación de las partes que tales documentos hagan las veces o valgan como escritura notarial al objeto de transmitir la propiedad d) Que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 51, de Madrid, valora jurídicamente lo dicho, cuando afirma haberse acreditado la celebración entre las partes de un contrato de compraventa de finca, así como el pago total del precio, condenando a la sociedad demandada a elevar a escritura pública los contratos privados de compraventa. Que hay que añadir que la interpretación del contrato de compraventa perfeccionado en el documento privado ha de realizarse a la luz de los artículos 1.281

y siguientes del Código Civil, sin que tenga aplicación el artículo 1.289. e) El contrato de compraventa se eleva a público para hacer efectivas las obligaciones, nacidas del contrato (artículos 1.279, 128.1.º, 609, 1.095 y 1.402.2 del Código Civil y en relación con el Registro de la Propiedad, artículos 2.1.º y 3.º de la Ley Hipotecaria). f) Que, como conclusión, no hay la contradicción que el Registrador señala, puesto que la venta en documento privado perfeccionada entre TIRSA y los compradores no se ha consumado, de forma que la propiedad de la parcela no ha pasado al patrimonio de los compradores, sí las obligaciones y derechos nacidos del contrato de compraventa. 2.º Que en el defecto segundo de la nota el Registrador insiste en lo que dice en el defecto primero, no obstante introduce algunas novedades que es necesario matizar: a) Que si se entiende que la titularidad de la parcela ya la tiene en su patrimonio don Jesús Merino García cuando fallece, siendo entonces precisa la adjudicación a sus herederas, no es posible por lo expuesto anteriormente. Que lo que sí tiene dicho señor y, por tanto, se halla en su herencia, son los derechos y obligaciones nacidos del contrato de compraventa; es decir, que se le transmita la propiedad de lo comprado mediante la tradición y obligación de pagar el precio, ahí se encuentra la causa del contrato oneroso de compraventa (artículo 1.274 del Código Civil). Que los efectos del contrato sólo se producen entre las partes y sus herederos, a no ser que los derechos y obligaciones nacidas de él no sean transmisibles (artículo 1.257). b) Que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (artículo 659 del Código Civil) y los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones a título universal (artículos 660 y 661). Por tanto, don Jesús Merino García transmite a sus hijas y herederas las obligaciones y derechos que dimanen del contrato de compraventa y, por tanto, a ellas ha de transmitirse la propiedad de la parcela. c) Que no hay «pretendido tracto abreviado». En la escritura calificada tiene lugar simple y llanamente el fenómeno sucesorio en los términos y con las consecuencias dichas y precisamente se cumplen escrupulosamente los artículos 609 y concordantes y 1.274 y siguientes del Código Civil, citados en la nota como vulnerador. La causa de la compraventa es el cambio de cosa por precio, tal como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1985. Que no se produce ningún supuesto de tracto abreviado o comprimido en la escritura calificada. Como casos de esta figura se cita: 1. El artículo 20, número 2.º del párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria. 2. El último párrafo del mismo artículo 20, sobre el que se ha pronunciado la Resolución de 26 de octubre de 1935 que revoca la nota del Registrador. 3. Que el último número de la nota de calificación suscita las siguientes consideraciones: a) Que los esposos contratantes tienen como régimen económico matrimonial el de la sociedad de gananciales y así lo reconocen en la escritura calificada. b) En el documento privado de compraventa dicen que lo hacen *pro indiviso*, es decir, por cuotas, que se presumen iguales, lo que también reconocen en la escritura. c) Que hay que tener en cuenta la presunción del artículo 1.361 del Código Civil. d) Que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho cuando se disuelve el matrimonio, atribuyéndose las ganancias y beneficios por mitad (artículos 1.392.1.º y 1.344). e) Que de lo anterior resulta que a cada matrimonio comprador corresponde en la parcela una mitad indivisa y que en la cuota de don Jesús Merino García y doña Francisca Méndez Martínez, una mitad es herencia del primero atribuyéndose a la viuda y a sus dos hijas y la otra mitad es ganancial de la esposa y así se le adjudica. Que una operación aritmética hace patente que todas las adjudicaciones efectuadas son

las correctas. f) Que los preceptos y resoluciones invocados por el Registrador en su nota nada tienen que ver con el presente supuesto de hecho, pues no hay contratación entre cónyuges y, además, las resoluciones revocan las notas de calificación.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

I. Argumentos para rechazar la posición del Notario. Este denomina la escritura «compraventa judicial de elevación de contrato privado a escritura pública», pero en su clausulado se aparta de tal contenido; así, en su estipulación segunda, en lugar de cumplir la sentencia bajo la fórmula «aclaran y fijan su contenido» lo que en realidad está haciendo el Notario es refundir en un solo acto compraventa y herencia. En efecto, en el contrato de compraventa se establece que «los compradores efectúan esta operación en *pro indiviso*» y así lo admite el recurrente en su exposición de hechos. En cambio, cuando se trata de cumplir la sentencia, los derechos que sobre la finca adquirió el hoy finado aparecen adquiridos por compra por sus herederos. Que se rechaza de plano la argumentación del señor Notario expuesta en el hecho III desde el punto de vista material porque incurre en un inaceptable maniqueísmo y desde el punto de vista procedimental es una cuestión que no se plantea en la nota de calificación. a) Que cabe preguntarse si existen otros modos de adquirir admitidos en nuestro derecho, distintos a la tradición escrituraria. Que se considera que el modo de adquirir por excelencia es la entrega material de la cosa, como se deduce del artículo 1.462 del Código Civil. b) Que la posesión se transmitió en el propio contrato, como así lo reconoce la sentencia, los adquirentes disfrutaron de una posesión a título de dueño, con título justo, pública, pacífica y de buena fe y por plazo que se acerca a veinte años y con numerosos actos de afirmación posesoria. Que esta cuestión de hecho corresponde fijarla, en su caso, a los Jueces y Tribunales. c) Que el contrato de compraventa de 25 de junio de 1977, en la cláusula tercera se afirma: «Posesión: Con la firma del presente contrato la compradora adquiere y toma posesión de «cosa» objeto de compraventa que la admite de su conformidad renunciando posterior reclamación»; y en las cláusulas siguientes se reglamenta la posible resolución por incumplimiento y la obligada devolución de la cosa a la vendedora. Por ello al señor Notario le debería bastar la lectura de dicho contrato de compraventa para comprobar que hubo adquisición. En este punto cabe recordar lo exigido por el Código Civil en su artículo 1.228. d) Que el señor Notario, que carece de función jurisdiccional, enmienda la plana a la ilustrísima Magistrada-Juez que, con fecha 20 de octubre de 1994, dicta sentencia en la que condena a la demandada a que proceda a la elevación a escritura pública de documentos privados de compraventa considerando en el fundamento jurídico primero de la citada sentencia que «de la apreciación conjunta y racional de la prueba... ha quedado acreditado la adquisición» y el señor Notario considera que no hay adquisición hasta el otorgamiento de la escritura pública e) Que como ya ha resaltado la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones en el marco del recurso gubernativo no cabe discutir cuestiones distintas de las planteadas en la nota de calificación, y en el presente caso, en la nota de calificación en modo alguno se alude a la *traditio*, por la sencilla razón de que, a la vista del contrato de compraventa y la sentencia, la adquisición aparece acreditada, al menos a los efectos de inscripción. II. Explicación de la nota. Que aceptado, conforme al contrato privado y la sentencia, que la adquisición se produjo en el año 1977, se considera que la nota de calificación resulta

redactada con meridiana claridad: a) Rechazo del negocio existente. TIRSA nunca vendió a los herederos y, por tanto, se niega que el Registro publique una titularidad derivada de un negocio inexistente (apartado primero de la nota). b) La formalización de la herencia como exigencia legal. Que esa pretendida venta a los herederos implica una refundición de títulos materiales de adquisición (venta y herencia) que es completamente extraña a nuestro sistema causalista, ya que la protección que el Registro otorga al tercer adquirente es distinta según cuál sea el título de adquisición (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) (apartado segundo de la nota) Que sobre lo que se entiende con la frase «formalizan la herencia», se aclara: 1.º La subrogación del heredero en las titularidades transmisibles del causante se produce *ope legis*, por ministerio de la Ley (artículo 609 del Código Civil) y desde el momento de su fallecimiento (artículo 657 del Código Civil). Esta regla es también aplicable a la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios (artículo 440 del Código Civil). Que si bien el título material de adquisición existe, hay que crear el título formal inscribible. 2.º Que la subrogación no es tan sencilla y automática como pretende el recurrente, pues en la redacción elegida de la escritura calificada olvida que hay una sociedad de gananciales, cuya liquidación es una operación previa que debe reflejar el título formal inscribible. c) Alteraciones patrimoniales entre cónyuges en negocio jurídico. Que en el apartado tercero de la nota se explica la consecuencia que se produce por la confusión o refundición de los títulos materiales de adquisición. Que al estar las dos herederas casadas en régimen de gananciales se están convirtiendo en bienes comunes los que son bienes privados.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en lo alegado por éste en su informe.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 661 y 1.259 del Código Civil; 919, 923 y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 18 de la Ley Hipotecaria, y 100 del Reglamento Hipotecario:

1. En el presente recurso se debate sobre la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado de compraventa y que es otorgado por el Juez en rebeldía del demandado, habida cuenta que a) En el documento privado aparecían como compradores dos personas «en *pro indiviso*»; y b) En la escritura pública que es otorgada por uno de los adquirentes y por los herederos de otro anteriormente fallecido, se dice textualmente «... Segunda: La señora Magistrada-Juez, doña . , tal como interviene de oficio, los cónyuges don Jesús Antonio Díaz Monedero y doña Felisa Merino Méndez; doña Francisca Méndez Martínez, doña María Jesús y doña Felisa Merino Méndez, las tres últimas como únicas interesadas en la herencia y en la disuelta sociedad de gananciales de don Jesús Merino García, consuman el contrato de compraventa, perfeccionado en el documento privado dicho, e igualmente aclaran y fijan su contenido en los siguientes términos: 1. «TIR, Sociedad Anónima», según está representada, previa segregación de la finca matriz, vende y transmite, como cuerpo cierto, el pleno dominio de la parcela segregada y descrita en la letra B) del antecedente III, que la compran y adquieren, en condominio, libre de cargas, gravámenes, arrendatarios y ocu-

pantes, las personas y en la proporción siguiente. a) Los cónyuges don Jesús Antonio Díaz Monedero y doña Felisa Merino Méndez, doce veinticuatroavas partes, en pleno dominio y con carácter ganancial b) Doña Francisca Méndez Martínez, seis veinticuatroavas partes, en pleno dominio, y dos veinticuatroavas partes, en usufructo vitalicio. c) Doña María Jesús doña Felisa Merino Méndez, cada una de ellas dos veinticuatroavas partes, en pleno dominio, y una veinticuatroava parte, en nuda propiedad»

2. El principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, en cuya virtud nadie puede actuar en nombre de otro sin estar autorizado por éste o tener por ley su representación legal (cfr. artículo 1.259 del Código Civil), impide la inscripción del negocio formalizado en la escritura calificada; la falta de representación del Juez que, de oficio y por rebeldía del demandado, actúa en su nombre, es ostensible. En efecto, ningún obstáculo hubiera existido si en la escritura calificada, el Juez, actuando en nombre del demandado, el adquirente sobreviviente y los herederos del adquirente premuerto, actuando éstos en el lugar de su causante y en su calidad de sucesores del mismo en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 del Código Civil), se hubiera limitado a manifestar que da forma pública al concreto contrato contenido en el documento privado, ratificando su celebración en la fecha y en los propios términos consignados en el mismo documento (que a ello se reduce la denominada elevación a escritura pública de un documento privado, y tal era el contenido del fallo judicial a ejecutar, en el que se dice literalmente que «debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada .. condenando a dicha demandada a elevar a escritura pública los contratos privados de compraventa suscritos con los demandantes.. debiendo reflejarse en dicha escritura todos los pactos y estipulaciones que se contienen en el referido contrato, y bajo apercibimiento que de no hacerlo la demandada se procederá por el pagador a otorgar en su nombre la correspondiente escritura) y, posteriormente, los herederos del adquirente premuerto, previa justificación de su calidad de únicos interesados en su herencia, hubiesen procedido a adjudicarse el bien en cuestión en pago de parte de sus respectivos derechos hereditarios, lo que ocurre es que en la escritura calificada se documenta un contrato clara y sustancialmente diferente del recogido en el documento privado al que se trataba de dar forma pública, tanto en el aspecto subjetivo como en el propio contenido del negocio, pues la relación contractual establecida entre la demandada y uno de los dos demandantes es sustituida por una relación directa entre aquélla y los herederos del demandante premuerto, que aparecen así como adquirentes inmediatos, no de su causante, sino del transmitente de su causante, con las consiguientes repercusiones de todo orden, jurídicas (la ya señalada por el propio Registrador, de la alteración del carácter de las cuotas respectivas, que debiendo ser privativas, aparecen como gananciales de los adquirentes casados; el diferente alcance de la protección registral, al reflejar una adquisición onerosa en favor de los adquirentes cuando debían, en su caso, figurar como adquirentes a título gratuito, la sustracción del bien en cuestión a la eventual responsabilidad por deudas de la sociedad conyugal del causante premuerto, etc.), fiscales (en cuanto se eludiría el impuesto sucesorio correspondiente a la transmisión hereditaria de dicho bien), etc.; y esa actuación excede inequívocamente de las facultades representativas que corresponden al Juez, que debía limitarse a la ejecución del fallo, en los términos en que se produjo (cfr. artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 919, 923 y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues, de otro modo, se

provocaría una clara indefensión para el demandado al involucrarlo, sin su consentimiento, en una relación jurídica distinta de la que él establecería y a cuya formalización pública, únicamente, fuera condenado (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), correspondiendo al Registrador, en el ámbito de su función calificadora, la apreciación de este defecto, conforme resulta de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, al tratarse de un obstáculo que surge del Registro en función de la incongruencia entre la actuación judicial calificada y el procedimiento seguido.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 15 de noviembre de 1996.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Comentario.—Esta resolución cabalmente recoge un supuesto donde tiene aplicación la calificación registral de documentos judiciales por razón de la incongruencia de la resolución judicial dictada con el procedimiento seguido.

La tan debatida calificación registral de documentos judiciales tiene aquí un ejemplo más de cómo es posible que el Registrador deniegue la inscripción de un título, sin que ello signifique en absoluto quiebra del principio constitucional de unidad de jurisdicción.

Sólo puede entenderse dicha calificación si se atiende a que la sentencia produce efectos *inter partes*. En atención a ellos, el Registrador nada tiene que decir. Sin embargo, la inscripción de una sentencia (como de cualquier otro título en el Registro) va a implicar la eficacia *erga omnes* de la misma, para lo cual se exige cumplir con los requisitos establecidos por la legislación hipotecaria y sustantiva, calificables conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento (artículos 98 y ss.).

En este caso, un procedimiento judicial de elevación a escritura pública de un documento privado culmina en el otorgamiento de una escritura en términos distintos a los consignados en el documento privado. En concreto, figuran como adquirentes no quien intervino como tal en el momento de formalizarse el documento privado, sino sus herederos. En lugar de elevarse a escritura pública el documento privado tal como se pactó, se eleva poniendo los bienes a nombre de los herederos del adquirente.

El Registrador correctamente deniega y la Dirección General le da la razón, porque lo contrario significaría una alteración del carácter de las titularidades inscritas: reflejaría el inmueble como adquirido a título oneroso, cuando los herederos lo han adquirido a título gratuito; sustraería el inmueble a las eventuales deudas de la sociedad conyugal del causante, cuya liquidación no consta; se eludiría el pago de los impuestos; etcétera.

En definitiva, es un ejemplo correcto de calificación registral de documento judicial (otorgado por el Juez en rebeldía del vendedor y en virtud de una resolución judicial estimatoria de la demanda) en el que el Juez se ha excedido de sus competencias, delimitadas por el preciso procedimiento seguido, que en absoluto facultaban para elevar el documento privado en términos distintos de los resultantes del mismo.

La mera interposición de una demanda de reclamación de cantidad, aunque esté basada en un título ejecutivo, ni el auto despachando ejecución cuando aún no se ha practicado la traba del embargo, no son susceptibles de motivar anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, ni siquiera por defectos subsanables. El defecto es insubsanable, debiendo en su día practicarse un nuevo asiento de presentación con efectos desde su fecha. (Resoluciones de 7 y 8 de noviembre de 1996 *Boletín Oficial del Estado* 25 de diciembre).

Hechos —I. El día 27 de diciembre de 1994 se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Decano de los de Orense, a instancia de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, demanda de juicio ejecutivo contra la entidad «Promociones Las Burgas, Sociedad Limitada», a la que se acompañaron los títulos ejecutivos y liquidación de los saldos deudores, según se acredita por diligencia expedida por el Secretario del citado Juzgado de la misma fecha.

II. Por auto de fecha 30 de diciembre de 1994, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Orense, se acordó despachar ejecución contra los bienes de los demandados, requerir de pago al deudor y para el caso de no verificarlo proceder al embargo de bienes de su propiedad suficientes para cubrir la cantidad debida.

III. El 23 de diciembre del mismo año se presentó en el Registro de la Propiedad de Pontevedra número 1 escrito solicitando la práctica de anotación preventiva de embargo, en virtud del testimonio de la interposición de la demanda, habiéndose retirado el 28 del mismo mes, y vuelto a presentar el 17 de febrero de 1995 junto con el testimonio del auto acordando despachar ejecución antes citado.

IV. El anterior escrito fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la anotación de embargo solicitada por adolecer de los siguientes defectos. 1.º No acreditarse el pago del impuesto, artículo 254 del Reglamento Hipotecario. 2.º No estar ordenada por Juez o Tribunal competente artículos 3, 42, apartados 2.º y 3.º, 73, 74 y 257 de la Ley Hipotecaria, y 140, 141 y 165 del Reglamento Hipotecario, y 1 409 y 1 453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo el segundo insubsanable no se toma anotación preventiva. Contra esta calificación cabe, si se estima procedente, interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia, en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de esta nota conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Pontevedra, 23 de febrero de 1995 —El Registrador, Carlos de Olavarrieta Masdeu.»

V. Don Miguel Fernández-Pedraza Gozalo interpuso recurso gubernativo en cuanto al segundo defecto basándose en que la certificación judicial expedida por el Secretario, de la demanda, junto con los títulos ejecutivos, son suficientes para practicar la anotación preventiva de embargo o, al menos, para practicar anotación preventiva por defecto subsanable. En el escrito de interposición de recurso impropriamente se solicita que, al menos, se practique «asiento de presentación» (siendo así que el asiento de presentación ya se había practicado), aunque del contexto del recurso se deduce que lo que se pretende es una publicidad provisional del embargo, que se convierta en definitiva en virtud del mandamiento de embargo que ulteriormente expida el Juez.

El objetivo sería lograr que ganase prioridad la demanda ejecutiva frente a préstamos hipotecarios o créditos anotados en el *interin*.

VI. El Registrador de la Propiedad informó que tanto el escrito de solicitud como la copia de la demanda que se acompaña son documentos privados; que la anotación preventiva de embargo debe ser ordenada por Juez o Tribunal competente en virtud de mandamiento por duplicado en el que se inserte literalmente la resolución recaída, y que entretanto la documentación presentada adolece de defecto insubsanable, ya que el ulterior mandamiento de embargo que, en su caso, expidiera el Juez no subsanaría ningún defecto, ya que la finca estaría embargada desde la fecha en que el Juez lo ordenase y no antes.

VII. El excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó la nota de calificación registral denegatoria de la anotación preventiva en base a que tan sólo es la resolución judicial ordenando el embargo la que puede determinar la afectación del bien al pago de la deuda, y porque la mera diligencia de presentación de una demanda ejecutiva en un Juzgado no confiere a ésta la cualidad de documento público.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 280 y 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6 del Real Decreto 429/1988, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, los artículos 3, 42, apartados 2.º y 3.º, 257 de la Ley Hipotecaria, los artículos 33, 140, apartado 1.º, y 141 del Reglamento Hipotecario, el artículo 1.216 del Código Civil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de junio de 1989; 3 de septiembre de 1992; 5 de octubre de 1993, 28 de octubre de 1993, y 3 de junio de 1996 y la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995:

1. Este recurso versa sobre la posibilidad de practicar anotación preventiva de embargo o, en su defecto, anotación preventiva por defecto subsanable, en virtud de una certificación expedida por Secretario judicial acreditativa de la interposición por el recurrente de una demanda en juicio ejecutivo.

Se da la circunstancia de que cuando se pretende la anotación no se ha practicado aún la traba del embargo, sino que tan sólo consta la presentación de la demanda ejecutiva, si bien posteriormente se acompaña un auto judicial por el que se acuerda despachar ejecución, requiriendo el pago al deudor «y para el caso de no verificarlo proceder al embargo de bienes de su propiedad suficientes para cubrir la cantidad adeudada».

El recurrente alega que la mera presentación de la demanda, junto con los títulos ejecutivos, es suficiente para practicar la anotación o, al menos, para considerar la falta de mandamiento judicial como defecto subsanable. Con ello se ganaría prioridad frente a otros posibles anotantes posteriores.

2. Dicha pretensión no puede ser estimada. Para que pueda practicarse la anotación de embargo es necesario que conste la existencia de la traba que pretende anotarse; ahora bien, debe tenerse en cuenta que el embargo tan sólo existe jurídicamente desde que se decreta judicialmente y se practica la diligencia prevenida en los artículos 921, 1.404, 1.405 y 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La traba de embargo no se produce de manera automática por la mera interposición de la demanda, aunque se base en títulos que lleven

aparejada ejecución (cfr. artículos 1.401 y 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículos 140, apartado 1.º, y 141 del Reglamento Hipotecario), ni por el solo auto en que se despacha ejecución contra el deudor

3. La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene eficacia real en cuanto que vincula *erga omnes* el bien trabado al procedimiento en el que se decreta (cfr. Resolución de 3 de junio de 1996) y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto de los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (artículo 1.923, apartado 4.º, del Código Civil), siendo la fecha de aquella traba determinante a efectos de tercerías (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995), precisándose la necesaria aportación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (cfr. artículos 69 y 71 de la Ley Hipotecaria).

4. Precisamente por la importancia que la traba del embargo tiene en el patrimonio del deudor, nuestro Derecho reserva al Juez la adopción de esta medida cautelar, sin que las facultades de impulso procedimental atribuidas a los Secretarios judiciales les permita decidir la adopción de tal medida cautelar, máxime si se tienen en cuenta su carácter limitativo de derechos (cfr. artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Es más, se precisa para la práctica de la anotación preventiva de embargo trabado, que el respectivo mandamiento contenga la providencia judicial ordenándola (cfr. artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual, por otra parte, no supone contradicción con las facultades que para la expedición del mandamiento competen a los Secretarios judiciales en el ejercicio de su actividad de documentación, comunicación ordenación e impulso procedimental (cfr. Resolución de 28 de octubre de 1993, en cuanto a los testimonios de los autos de adjudicación; Resolución de 5 de octubre de 1993, en cuanto a las prórogas de anotaciones de embargo, Resolución de 3 de septiembre de 1992, en cuanto a la solicitud de certificación de cargas en procedimiento de apremio, y Resolución de 28 de junio de 1989, en materia de cancelación de cargas derivadas del procedimiento ejecutivo).

5. La mera interposición de la demanda ejecutiva, aun cuando esté acreditada mediante testimonio expedido por Secretario judicial, no puede, por tanto, equipararse, ni en sus efectos ni en su prioridad, a la traba de embargo, lo contrario significaría introducir una alteración injustificada en el sistema de preferencias credituales querido por nuestro ordenamiento jurídico (cfr. artículo 1.923.4 del Código Civil).

6. Por otra parte, el principio de legalidad, básico de nuestro sistema inmobiliario registral, no significa la admisión al Registro de cualquier documento autorizado por un funcionario público, sino que se exige la concurrencia de ulteriores requisitos, como es la competencia para su autorización por parte de dicho funcionario, circunstancia ésta que lo eleva a la condición de documento público o auténtico (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 1.216 del Código Civil), y que contenga un acto o negocio susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, requisito este último que no concurre en la mera certificación acreditativa de la presentación de una demanda (cfr. artículos 1, 2 y 42.2 de la Ley Hipotecaria)

7. Por eso es correcta la consideración como insubsanable del defecto de que adolece el documento calificado, de modo que el embargo que pueda en

su día trabarse nunca tendría efectos retroactivos al momento de la presentación de la demanda ejecutiva y se exigiría una nueva presentación del mandamiento judicial correspondiente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado la confirmación del auto apelado y la nota de calificación registral.

Madrid, 7 de noviembre de 1966.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña.

Resolución de 8 de noviembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Miguel Fernández-Pedreira Gozalo, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Pontevedra, número 1, a practicar una anotación preventiva de embargo, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Miguel Fernández-Pedreira Gozalo, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Pontevedra número 1, a practicar una anotación preventiva de embargo, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos. I. El día 12 de diciembre de 1994 se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Decano de los de Orense, a instancia de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, demanda de juicio ejecutivo contra la entidad «Construcciones Gradín, Sociedad Limitada», y contra doña Mercedes Goiburu Iparraguirre, don José Álvarez Carpintero y don Cándido Ortells Carbonell, a la que se acompañó el título ejecutivo con la correspondiente liquidación del saldo deudor, según se acreditó por diligencia de fecha 21 del mismo mes expedida por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 1, en que se turnó la demanda.

II. Por auto de fecha 30 de diciembre de 1994, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Orense, se acordó despachar ejecución contra los bienes de los demandados, requerir de pago a los deudores y para el caso de no verificarlo proceder al embargo de bienes de su propiedad suficientes para cubrir la cantidad debida.

III. El 23 de diciembre del mismo año se presentó en el Registro de la Propiedad de Pontevedra número 1, escrito solicitando la práctica de anotación preventiva de embargo, en virtud del testimonio de la interposición de la demanda, habiéndose retirado el 28 del mismo mes y vuelto a presentar el 17 de febrero de 1995 junto con el testimonio del autor acordando despachar ejecución antes citado.

IV. El anterior escrito fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la anotación de embargo solicitada por los siguientes defectos: 1.º No acreditarse el pago del impuesto, artículo 254 del Reglamento Hipotecario. 2.º No estar ordenada por Juez o Tribunal competente, de conformidad con los artículos 3, 42, apartados 2.º y 3.º, 73, 74 y 257 de la Ley Hipotecaria, y 140, 141 y 165 del Reglamento Hipotecario y 1.409 y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil. Siendo el segundo defecto insubsanable, no se toma anotación preventiva. Contra esta calificación cabe, si se estima procedente, interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de esta nota conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Pontevedra, 23 de febrero de 1995.—El Registrador, Carlos Olavarrieta Masdeu.»

V. Don Miguel Fernández-Pedreira Gozalo interpuso recurso gubernativo basándose en que la certificación judicial expedida por el Secretario, de la demanda, junto con los títulos ejecutivos, son suficientes para practicar la anotación preventiva del embargo o, al menos, para practicar anotación preventiva por defecto subsanable. En el escrito de interposición de recurso impropriadamente se solicita que, al menos, se practique «asiento de presentación» (siendo así que el asiento de presentación ya se había practicado), aunque del contexto del recurso se deduce que lo que se pretende es una publicidad provisional del embargo, que se convierta en definitiva en virtud del mandamiento de embargo que ulteriormente expida el Juez.

El objetivo sería lograr que ganase prioridad la demanda ejecutiva frente a préstamos hipotecarios inscritos o embargados anotados en el *interin*.

VI. El Registrador de la Propiedad informó que tanto el escrito de solicitud como la copia de la demanda que se acompaña son documentos privados; que la anotación preventiva de embargo debe ser ordenada por Juez o Tribunal competente en virtud de mandamiento por duplicado en el que se inserte literalmente la resolución recaída, y que entretanto la documentación presentada adolece de defecto insubsanable, ya que el ulterior mandamiento de embargo que en su caso expidiera el Juez no subsanaría ningún defecto, ya que la finca estaría embargada desde la fecha en que el Juez lo ordenase y no antes.

VII. El excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó la nota de calificación registral denegatoria de la anotación preventiva en base a que tan sólo es la resolución judicial ordenando el embargo la que puede determinar la afectación del bien al pago de la deuda, y porque la mera diligencia de presentación de una demanda ejecutiva en un Juzgado no confiere a ésta la cualidad de documento público.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de derecho —Vistos los artículos 280 y 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6 del Real Decreto 429/1988, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, los artículos 3, 42, apartados 2.º y 3.º, 257 de la Ley Hipotecaria; los artículos 33, 140, apartado 1.º, y 141 del Reglamento Hipotecario, el artículo 1.216 del Código Civil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de junio de 1989; 3 de septiembre de 1992; 5 de octubre de 1993; 28 de octubre de 1993; 3 de junio de 1966, y 7 de noviembre de 1996, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995.

1. Este recurso versa sobre la posibilidad de practicar anotación preventiva de embargo o, en su defecto, anotación preventiva por defecto subsanable, en virtud de una certificación expedida por Secretario judicial acreditativa de la interposición por el recurrente de una demanda en juicio ejecutivo.

Se da la circunstancia de que cuando se pretende la anotación no se ha practicado aún la traba del embargo, sino que tan sólo consta la presentación de la demanda ejecutiva, si bien posteriormente se acompaña un auto judicial por el que se acuerda despachar ejecución, requiriendo de pago al deudor «y para el caso de no verificarlo proceder al embargo de bienes de su propiedad suficientes para cubrir la cantidad adeudada».

El recurrente alega que la mera presentación de la demanda, junto con los títulos ejecutivos, es suficiente para practicar la anotación o, al menos, para considerar la falta de mandamiento judicial como defecto subsanable. Con ello se ganaría prioridad frente a otros posibles anotantes posteriores.

2. Dicha presentación no puede ser estimada. Para que pueda practicarse la anotación de embargo es necesario que conste la existencia de la traba que pretende anotarse, ahora bien, debe tenerse en cuenta que el embargo tan sólo existe jurídicamente desde que se decreta judicialmente y se practica la diligencia prevenida en los artículos 921, 1.404, 1.405 y 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La traba de embargo no se produce de manera automática por la mera interposición de la demanda, aunque se base en títulos que lleven aparejada ejecución (cfr. artículos 1.401 y 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículos 140, apartado 1.º, y 141 del Reglamento Hipotecario), ni por el solo auto en el que se despacha ejecución contra el deudor.

3. La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene eficacia real en cuanto vincula *erga omnes* el bien trabado al procedimiento en el que se decreta (cfr. Resolución de 3 de junio de 1996) y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto de los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (artículo 1.923, apartado 4.º, del Código Civil), siendo la fecha de aquella traba, determinante a efectos de tercerías (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995), precisándose la necesaria anotación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (cfr. artículos 69 y 71 de la Ley Hipotecaria).

4. Precisamente por la importancia que la traba del embargo tiene en el patrimonio del deudor, nuestro Derecho reserva al Juez la adopción de esta medida cautelar, sin que las facultades de impulso procedimental atribuidas a los Secretarios judiciales les permita decidir la adopción de tal medida cautelar, máxime si se tiene en cuenta su carácter limitativo de derechos (cfr. art. 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Es más, se precisa para la práctica de la anotación preventiva del embargo trabado, que el respectivo mandamiento contenga la providencia judicial ordenándola (cfr. artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual, por otra parte, no supone contradicción con las facultades que para la expedición del mandamiento competen a los Secretarios judiciales, en el ejercicio de su actividad de documentación, comunicación, ordenación e impulso procedimental (cfr. Resolución de 28 de octubre de 1993, en cuanto a los testimonios de los autos de adjudicación; Resolución de 5 de octubre de 1993, en cuanto a las prórrogas de embargo; Resolución de 3 de septiembre de 1992, en cuanto a la solicitud de certificación de cargas en procedimientos de apremio, y Resolución de 28 de junio de 1989, en materia de cancelación de cargas derivadas del procedimiento ejecutivo).

5 La mera interposición de la demanda ejecutiva, aun cuando esté acreditada mediante testimonio expedido por Secretario judicial, no puede, por tanto, equipararse, ni en sus defectos ni en su prioridad, a la traba de embargo; lo contrario significaría introducir una alteración injustificada en el sistema de preferencias credituales querido por nuestro ordenamiento jurídico (cfr. artículo 1.923.4 del Código Civil).

6. Por otra parte, el principio de legalidad, básico en nuestro sistema inmobiliario registral, no significa la admisión al Registro de cualquier documento autorizado por un funcionario público, sino que se exige la concurrencia de ulteriores requisitos, como es la competencia para su autorización por parte de dicho funcionario, circunstancia ésta que no eleva a la condición de documento público o auténtico (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 1 216 del Código Civil), y que contenga un acto o negocio susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, requisito este último que no concurre en la mera certificación acreditativa de la presentación de una demanda (cfr. artículos 1, 2 y 42.2 de la Ley Hipotecaria).

7 Por eso es correcta la consideración como insubsanable del defecto de que adolece el documento calificado, de modo que el embargo que pueda en su día trabarse nunca tendría efectos retroactivos al momento de la presentación de la demanda ejecutiva y se exigiría una nueva presentación del mandamiento judicial correspondiente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado la confirmación del auto apelado y la nota de calificación registral.

Madrid, 8 de noviembre de 1996.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña

Comentario.—De estas interesantes resoluciones merecen destacarse tres aspectos fundamentales:

a) El relativo a la trascendencia real de los derechos inscribibles.

Nos recuerdan estas resoluciones que las anotaciones de embargo no pueden practicarse hasta que la reclamación de cantidad se traduzca en un acto de trascendencia real. Por eso no es suficiente la mera reclamación de cantidad en virtud de demanda, ni siquiera aunque ésta se base en un título ejecutivo. Tampoco basta que se haya dictado judicialmente auto despachando ejecución, ya que éste sólo tiene por objeto requerir de pago al deudor y para el caso de no verificarlo contiene la orden judicial para proceder al embargo.

Lo que se requiere es que se haya trabado el embargo, en virtud de diligencia que podrá ser extendida en virtud del auto despachando ejecución. Pero hasta que no exista traba, no hay acto de trascendencia real alguno que pueda motivar asiento en el Registro de la Propiedad, ni siquiera provisional.

Es la traba la determinante de la afección *erga omnes* del bien a la satisfacción del crédito reclamado (o del que pueda triunfar en la correspondiente tercería entablada en el procedimiento), de manera que mientras la traba no exista, no cabe anotación preventiva de embargo, ni siquiera por defectos subsanables, porque de momento no hay sino reclamación de cantidad de eficacia puramente personal. Lo contrario sería alterar el régimen de prefe-

rencias establecido por nuestro Ordenamiento jurídico, significaría beneficiar a un acreedor en perjuicio de los demás.

b) El relativo al concepto de titulación auténtica a efectos de inscripción

Siguiendo esta argumentación, la mera interposición de una demanda de reclamación de cantidad, aunque esté certificado por el Secretario Judicial, no es título auténtico a efectos de inscripción. En realidad, no debería ni haber sido presentado en el Libro Diario. No obstante, en el supuesto de que haya sido objeto de presentación (como en el caso de las resoluciones comentadas), deberá denegarse el despacho de tal documentación, porque para que exista título auténtico a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento, no basta con que se expida por funcionario público, sino que además sea éste competente y se contenga un acto o negocio susceptible de inscripción o anotación, lo cual no ocurre en este caso.

No cabe confundir este supuesto con el mandamiento judicial ordenando la anotación preventiva de demanda al amparo del artículo 42, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, ya que tal supuesto se refiere a demandas de carácter real o de trascendencia jurídico-real (lo que no ocurre en la mera reclamación de cantidad), y además se basa en una resolución cautelar adoptada por el Juez (cfr. artículo 139 del Reglamento Hipotecario).

c) El relativo al concepto de falta subsanable e insubsanable.

Estas resoluciones aceptan la tesis de quienes (como Gómez Gállico) basan la distinción entre falta subsanable o insubsanable en la eficacia registral provisional o definitiva de la titulación presentada; en definitiva (tesis también de García García), en la retroacción de los efectos al primitivo asiento de presentación (falta subsanable) o en la necesidad de practicar un nuevo asiento de presentación con efectos desde su fecha (falta insubsanable). Ya no hace referencia la Dirección General a la necesidad o no de un nuevo otorgamiento como criterio distintivo de la clasificación. Y se aparta así de criterios clásicos, hoy parcialmente superados, que entendían (como Roca) que insubsanable es la falta de un título que exige un nuevo otorgamiento. Porque, en realidad, una falta es insubsanable, aunque no requiera un nuevo otorgamiento del título; lo importante es si puede conservar la prioridad derivada del asiento de presentación primitivamente practicado o no (un ejemplo muy sencillo es la falta de tracto sucesivo, que salvo que resulte del título la concatenación de asientos *ex* artículo 105 del Reglamento Hipotecario, motivará una calificación denegatoria, aunque luego pueda llevar a tener eficacia, sin carácter retroactivo, pero sin necesidad de un nuevo otorgamiento, si el transmitente llega a ser titular registral).

En el caso de las resoluciones comentadas, aciertan plenamente al recoger la certificación judicial de la demanda de reclamación de cantidad como un caso de falta insubsanable, ya que aunque luego se acompañe el título de la acreditación de la traba del embargo, ésta nunca tendría efectos retroactivos al momento de interposición de la demanda ejecutiva.

FRANCISCO-JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

La resolución de una compraventa con precio aplazado ante el impago de éste, conforme al artículo 1 504 del Código Civil, requiere la conformidad de los interesados o la subsidiaria declaración judicial que acredite la concurrencia de todos los supuestos de hecho que producen la resolución y que no resultan del

Registro, por lo que al tiempo de entablarse la demanda de resolución contra el comprador habrá de citarse a los titulares de cargas posteriores que traigan causa de éste y anotarse preventivamente la demanda, no pudiendo cancelarse dichos asientos posteriores en caso contrario. (Resolución de 19 de noviembre de 1996, *Boletín Oficial del Estado* de 25 de diciembre.)

Hechos—I. El día 2 de diciembre de 1985, mediante escritura pública otorgada ante el Notario don Antonio Torres Martí «Promociones de Viviendas Sierra, Sociedad Limitada», vendió a los esposos don José Amable Alcón Pardo y doña Amparo López Bruell una vivienda de su propiedad sita en la calle Santísimo Cristo de la Fe y de la Providencia, número 4, 1.º - 1.ª de Almacera (Valencia). En dicha escritura, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Valencia número 3, se estableció una cláusula resolutoria expresa a favor de la vendedora al objeto de amparar el cobro del precio aplazado.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Moncada se siguió proceso de menor cuantía con el número 66/1991, a instancia de la entidad vendedora contra los citados cónyuges, sobre resolución de contrato de compraventa de la vivienda, dictándose sentencia el día 15 de octubre de 1991, que alcanzó firmeza, y en cuyo fallo se estimaba la demanda declarando resuelto el contrato de compraventa antes dicho, en virtud de la cláusula resolutoria expresa contenida en el mismo, por causa del impago del precio pactado y pendiente de pago, circunstancias, tanto del contrato como de su cláusula resolutoria expresa, que tuvieron acceso al Registro de la Propiedad de Valencia número 3. Además, en dicha cláusula se establecía que tal resolución contractual lo era con todas sus consecuencias registrales, que conlleve aparejadas, a fin de inscribir la vivienda a nombre del actor, entre otros pronunciamientos que no afectan al caso.

Como consecuencia de la referida sentencia, el día 27 de julio de 1992 se libró mandamiento al señor Registrador de la Propiedad de Valencia número 3, en el que se contenía íntegra y textualmente el fallo de la sentencia, así como los demás pormenores de identificación de las partes y de la vivienda y en el que se expresa «que se proceda a la reinscripción de la mencionada vivienda a favor de «Promociones de Viviendas Sierra, Sociedad Limitada», cancelando todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la citada venta con condición resolutoria».

II. Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Valencia número 3, fue calificado con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos. 1. Por constar la finca inscrita a nombre de un tercero, que no ha sido demandado ni ha prestado su consentimiento para la cancelación, y que ha adquirido su derecho del comprador, único contra quien se dirige la demanda (artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). 2. Por no acompañarse testimonio de la sentencia para la reinscripción a favor de la entidad demandante, sino sólo un mandamiento que ordene aquella inscripción (artículos 3 y 257 de la Ley Hipotecaria). 3. Porque como consecuencia del defecto anterior no se indica en el documento presentado si el precio satisfecho por el demandado a la entidad demandante se entregó a esta sociedad o quedó, en su caso, a disposición de titulares de derechos posteriores, según lo dispuesto en el párrafo 6.º del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. Teniendo el primer defecto el carácter de insubsanable, no se toma anotación preventiva de suspensión. Contra esta nota de calificación se puede interponer recurso gubernativo en el plazo

de cuatro meses ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia y, subsidiariamente, de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

Valencia, 13 de noviembre de 1992.—Firmado Manuel Gomis Segarra.

III. Don Pedro Alfonso Folgado, en representación de la mercantil «Promociones de Viviendas Sierra, Sociedad Limitada», interpuso recurso gubernativo contra el primer defecto de la anterior calificación, y alegó: 1. Que con fecha 13 de marzo de 1992 se procedió al lanzamiento de los demandados, tras lo que la sociedad recurrente volvió a tener la posesión efectiva de la vivienda, posesión que mantiene. 2. Que la denegación de inscripción del mandamiento judicial se considera lesiva y contraria a Derecho, y ello al entender que se trata de un claro supuesto de cancelación automática del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria. Que se entiende que producida la resolución judicial del contrato de compraventa, al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, queda extinguido de pleno derecho no sólo el derecho del comprador, sino también el de todos los adquirentes posteriores que de él traigan causa. Ello resulta de los artículos 9.2.º, 23, 34, 37, 82.2.º, 107.10 de la Ley Hipotecaria, y 59, 174.1, 175.6º del Reglamento Hipotecario. Que en el momento de instar el correspondiente procedimiento declarativo del que dimana el mandamiento judicial, el titular registral sigue siendo el demandado. Que el constar la vivienda inscrita a nombre de un tercero por sí sólo no es óbice para practicar la cancelación de inscripción de este tercero, máxime cuando al practicar su inscripción éste lo hizo a sabiendas de que la vivienda que adquiriría estaba sujeta a la condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil, ya que figuraba y figura debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. Que no puede pretender el señor Registrador que el efecto resolutorio contenido en la sentencia se tenga que reiterar o hacer valer meramente, a través de un nuevo procedimiento contra el tercero registral. Que la recurrente en el momento de instar el procedimiento tendente a obtener la resolución del contrato de compraventa en ejercicio de su derecho inscrito y dimanante de la condición resolutoria, no puede notificar al titular registral por la sencilla razón de que en aquel momento el titular registral era el demandado, siendo posteriormente cuando aparece el titular registral («Banco Zaragozano, Sociedad Anónima»), quien en virtud de un procedimiento ejecutivo, en que esta parte no intervino ni tenía conocimiento, embarga la vivienda en cuestión y se la adjudica en subasta judicial. Que se considera que no se necesita el consentimiento del actual titular registral para cancelar su inscripción, en virtud del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria y 175.6 del Reglamento Hipotecario.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: 1. Que los asientos del Registro no pueden ser cancelados ni rectificados sin consentimiento del titular registral o, en su caso, resolución judicial (artículos 40 y 82.1 de la Ley Hipotecaria). Que, por ello, en el caso a que se refiere este recurso, es necesario que la demanda se dirija no sólo contra el comprador, sino también contra el nuevo titular de la vivienda que tiene que ser parte en el procedimiento. Que en cuanto a este requisito hay que citar la Resolución de 28 de mayo de 1992. Que para que los terceros tengan conocimiento de la interposición de la demanda hubiera bastado que se hubiere solicitado y practicado

la correspondiente anotación preventiva de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria. 2. Que nada se indica en la sentencia si se ha consignado a su disposición el importe de los plazos que, con las deducciones que, en su caso, se procedan, haya de ser devuelto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario, que exige esta consignación para la cancelación de los derechos reales que se hubieran constituido con posterioridad. Que, en efecto, en el mandamiento se ordena que se cancelen las inscripciones y anotaciones posteriores a la venta con condición resolutoria, pero sin que sus titulares hayan sido citados o, en su caso, se haya producido la consignación, que es necesaria ya que se trata de cancelación de un asiento sin concurso de sus titulares, quienes, al menos, podrán contar con el depósito a su disposición y en este sentido se pronuncia la Resolución de 28 de septiembre de 1982. 3. Que en cuanto al segundo de los defectos señalados en la nota de calificación, de los artículos 3 y 257 de la Ley Hipotecaria y 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deduce que, tratándose de sentencia-firme, no será suficiente el mandamiento sino testimonio judicial de la sentencia.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la nota del Registrador, fundándose en lo establecido en el artículo 37, número 1, de la Ley Hipotecaria, y en que el Registrador no puede tener en cuenta posibles defectos procesales.

VI. El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió. Que hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. Que el defecto invocado en la nota no es un defecto procesal, sino de un obstáculo derivado del Registro, extremo al que puede acceder la calificación registral, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Que el nuevo titular registral que ha adquirido su derecho del comprador, si se ve afectado por la condición resolutoria tal como indica el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, pero para la cancelación de la inscripción es necesario su consentimiento, tal como se indica en la nota de calificación y en el informe que se aportó.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 1.504 del Código Civil, 10, 11, 20, 23, 24, 34, 37, 38 y 82 de la Ley Hipotecaria; 58, 59, 175. 198 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 3 de junio de 1963, 17 de septiembre de 1985 y 28 de mayo de 1992:

1 La cuestión planteada en el presente recurso es la de decidir si la sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado exclusivamente contra el comprador por la que se declara resuelta la compra al no haberse pagado oportunamente el precio aplazado, es título suficiente para la cancelación no sólo de la inscripción en favor del demandado, sino también de los asientos posteriores, habida cuenta de que en la compra se previó expresamente que la falta de pago del precio daría lugar a la resolución de pleno derecho del contrato conforme al artículo 1.504 del Código Civil; que dicha previsión fue oportunamente reflejada en el Registro de la Propiedad; que al tiempo de entablarse la demanda existían ya algunos de los asientos cuya cancelación se pretende, y que no se tomó anotación preventiva de la demanda ejercitando la acción resolutoria.

2 Quienes adquieren el dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien sujeto a la restricción resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil,

oportunamente publicada en el Registro, conocen —o pueden conocer— la situación claudicante a que queda sujeta su adquisición, y a ellos incumbirá, si desean conservar su derecho, tomar la iniciativa para que la obligación garantizada tenga cumplimiento en los términos estipulados (adoptando en sus respectivos negocios adquisitivos las previsiones oportunas), sin que puedan pretender que el efecto resolutorio, en caso de incumplimiento, quede supeditado a la reiteración en su favor del requerimiento contemplado en el precepto citado. Exigir tal reiteración, sobre implicar una alteración de la esencia y modo de desenvolvimiento de la garantía resolutoria en los términos en que fue configurada, por la actuación unilateral de uno de los contratantes (cfr. artículo 1.257 del Código Civil), y con grave menoscabo de la posición del vendedor, no se conciliaría con la permanencia de la titularidad pasiva de la deuda garantizada en la persona del comprador. Y no cabe estimar en favor de dicha reiteración el tratamiento jurídico dispensado al tercer poseedor del bien hipotecado en caso de ejecución hipotecaria, pues no debe olvidarse que la hipoteca persigue la satisfacción del acreedor mediante la realización judicial del bien afecto una vez producido el incumplimiento de la obligación garantizada, y por ello no resulta perturbador en el juego de la garantía estipulada conceder al tercer poseedor la posibilidad de evitar esa ejecución y conservar su derecho si verifica el pago a cuya consecución se encamina la ejecución misma; en cambio, la denominada condición resolutoria explícita no persigue, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la enajenación forzosa del bien afecto, sino su recuperación por el vendedor y restablecimiento de la situación patrimonial preexistente a la celebración del negocio por no haberse devuelto éste en los términos previstos.

3. Por otra parte, es indudable que producida la resolución del contrato de compraventa al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, quedan extinguidos de pleno derecho no sólo el derecho del comprador, sino también el de todos los adquirentes posteriores que de él traigan causa; así resulta de los artículos 9.2.º, 23, 34, 37, 82.2.º, 107.10 de la Ley Hipotecaria, y 59, 174 1, 175.6.º del Reglamento Hipotecario.

4. No obstante lo anterior, no puede desconocerse: 1.º Que para el desenvolvimiento de la resolución contemplada en el artículo 1.504 del Código Civil, no basta que conste la mera voluntad en tal sentido del vendedor—como ocurre en hipótesis próximas, como la del ejercicio del retracto convencional, o del derecho de adopción de compra, etc.—, sino que es preciso, en todo caso, que conste la efectiva concurrencia de los presupuestos de hecho de la resolución, que no resultan del Registro. 2.º Que es principio básico de nuestro sistema registral que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), no pudiendo ser rectificados, como norma general, sino con el consentimiento de su titular o con la subsidiaria resolución judicial (artículo 40 de la Ley Hipotecaria); lo que determina que para la cancelación de los asientos relativos al derecho del comprador y a los de quienes de él traigan causa, será preciso que se acredite fehacientemente la realidad de todos los presupuestos sobre los que se asienta la resolución y, especialmente, el impago de la obligación garantizada (*vid.* artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria, y 56, 175.6.º, 238 y 239 del Reglamento Hipotecario), siendo evidente a este respecto (dado el limitado alcance de la confesión —*vid.* artículo 1.232 del Código Civil—y la eficacia relativa de la cosa juzgada —*vid.* artículo 1.252 del Código Civil—) que la admisión de tales presupuestos solamente por el titular de uno de los asientos cuya cancelación

se pretende el cual puede haberse extinguido ya por uno posterior de transferencia—es insuficiente para fundar la cancelación respecto de todos los demás asientos afectados.

5. En lo relativo a la acreditación del impago, uno de los presupuestos determinantes de la resolución no basta con aducir que el artículo 1.214 del Código Civil, juntamente con la existencia de la oportuna consignación registral del pago, permite tener por no realizado el pago a los efectos de acceder a la inscripción de la resolución en perjuicio de titulares de asientos posteriores al de la venta en cuestión que ni han consentido la resolución ni han sido llamados al procedimiento en que así se declara, pues lo que se pretende no es obtener el cumplimiento de esa obligación de pago preexistente, sino el conocimiento registral de una mutación jurídico-real que se opera en base a tal incumplimiento, y a este respecto es postulado general de nuestro ordenamiento registral la exigencia de demostración fehaciente de la mutación jurídico-real cuya inscripción se pretende —artículo 3 de la Ley Hipotecaria—, postulado cuyo rigor se acentúa en el caso debatido, tanto por tratarse de la cancelación de asientos registrales como por la propia naturaleza de la resolución que se produce al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, pues el pleno reconocimiento de su eficacia presupone, según reiterada jurisprudencia, la conformidad de los interesados o la subsidiaria declaración judicial.

6. Las anteriores consideraciones obligan a concluir que al tiempo de entablarse la demanda de resolución contra el comprador habrá de citarse a los titulares de los asientos posteriores que traigan causa de éste, a fin de que puedan hacer valer la eventual no concurrencia de alguno de los presupuestos del efecto resolutorio (el pago en tiempo oportuno, por ejemplo); y que, igualmente, se tome la oportuna anotación preventiva de dicha demanda, que cumplirá idéntico papel notificador respecto de los titulares de asientos ulteriores. De este modo, se compatibiliza el pleno alcance real de la condición resolutoria explícita debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (*vid.* artículos 1.124 y 1.506 del Código Civil y 37 de la Ley Hipotecaria) con los principios básicos de tutela jurisdiccional de los propios derechos (artículo 24 de la Constitución Española), la salvaguardia judicial de los asientos registrales (artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), y se posibilita el alcance cancelatorio de la sentencia estimatoria que en su día se dicte respecto de todos los asientos posteriores al reflejo registral de dicha condición resolutoria.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso de apelación interpuesto revocando el auto apelado y confirmando la nota del Registrador.

Madrid, 19 de noviembre de 1996 —El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

COMENTARIOS A LA RDGRN DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1996

Queda zanjada aquí la controversia doctrinal sobre los efectos automáticos de la cláusula resolutoria explícita pactada al amparo del artículo 1.504 del Código Civil.

La tesis de que el automatismo de la condición resolutoria explícita implica la extinción inmediata de los asientos registrales, bastando al efecto el

título que lo motivó junto con el requerimiento de pago (como literalmente interpretado podría pensarse que resulta del tenor del artículo 59 del Reglamento Hipotecario), ha sido matizada por la jurisprudencia civil y registral. La jurisprudencia civil entiende que el artículo 1 504 CC es aplicación específica del artículo 1.124 CC, el cual exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben (SSTS 22/10/1985, 30/6/1986, 13/3/1990, 22/5/1991, 9/5/1994, etc.) y que la facultad resolutoria del artículo 1 504 CC en el especial supuesto de venta de bienes inmuebles con precio aplazado requiere que el comprador haya incidido en un incumplimiento deliberado, pertinaz, injustificado y definitivo de su obligación de pago del precio que frustre el fin del contrato (SSTS 20/6/1990, 25/1/1991, 28/9/1992, 16/11/1993, 24/10/1995, etc.), de manera que la declaración de resolución por parte del vendedor operará si es aceptada por el comprador, pero exigirá una declaración judicial de su procedencia si el comprador la impugna (SSTS 14/4/1990, 30/3/1992, 15/6/1993, etc.).

Paralelamente la doctrina de la DGRN ha interpretado restrictivamente la operatividad de la facultad resolutoria explícita, considerando que se trata de un sistema de autotutela que debe ser examinado con cautela (RDGRN 17/11/1978), excluyendo su aplicación automática cuando el deudor en el requerimiento de pago manifiesta que no se allana y exigiendo que el Registrador compruebe la consignación por parte del vendedor de la totalidad del precio pagado por el comprador, sin que pueda disminuirse nada en base a una cláusula penal (RDGRN 29/12/1982), poniendo a disposición del comprador todas las letras de vencimiento posterior para evitar una doble ejecución (RDGRN 17/9/1987 y 4/2/1988). La más reciente jurisprudencia registral insiste en la necesidad de consignación total por parte del vendedor de lo percibido para poder reinscribir a su nombre la finca (RDGRN 5, 6 y 7/2/1990), afirmando la imposibilidad de pactar la devolución del principal sin los intereses cuando éstos también estén garantizados con la condición resolutoria (RDGRN 8/10/1991).

La Resolución de 19 de noviembre de 1996 aclara además que no sólo es el comprador el que tiene que consentir o en su defecto que sea el Juez en procedimiento dirigido contra él quien declare la procedencia de la resolución, sino que también tienen que consentir, o en su defecto ser parte en el procedimiento (bien directamente bien a través de la anotación preventiva de la demanda), los titulares de asientos posteriores que traigan causa del comprador.

Conviene a este respecto recordar lo que ya sosteníamos al comentar las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 y 8 de octubre de 1991 en el *Boletín* del CEHC número 34 de marzo de 1992 que reproducimos a continuación:

Repercusiones de las resoluciones de febrero de 1990 y octubre de 1991 acerca de la condición resolutoria —El objeto de las presentes líneas es resumir los criterios que por aquél se expusieron (muy próximos a los defendidos por el Notario Martínez Sanchiz en su trabajo sobre «El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia registral» en el *Anuario de Derecho Civil*, octubre-noviembre de 1989), y por otra parte mantener una posición crítica respecto de los mismos, así como destacar cómo las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre la materia no sólo no han sido interpretadas como un avance en la posición notarial, sino más bien todo lo contrario:

como un paso más en la interpretación restrictiva del automatismo de la cláusula resolutoria. Ello sin perjuicio de que las citadas resoluciones hayan incidido —innecesariamente— en el tema de la calificación registral, restringiendo su ejercicio en materia de posiciones contractuales abusivas, como luego veremos.

I) La posición notarial podría resumirse en los siguientes puntos:

1.º La cláusula resolutoria no es un propio derecho real, ni una condición en sentido técnico, sino una facultad resolutoria reconocida al vendedor.

Tal facultad resolutoria no es una garantía del precio aplazado, sino una garantía de la equivalencia de las prestaciones.

2.º No cabe, en consecuencia, aplicar por analogía a la cláusula resolutoria preceptos dirigidos a la hipoteca, como la consignación a que se refiere el artículo 175.4.º RH.

3.º La resolución —una vez notificada— opera automáticamente, de manera que incluso cuando el Tribunal Supremo considera necesario acudir a la vía judicial por existir oposición del comprador, la sentencia se considera declarativa de una resolución ya producida.

El citado automatismo no sólo se deriva del 1.504 CC, sino también del 1.123 CC, —aplicable a la materia, más que el 1.295 CC.

4.º En consecuencia, dado que la resolución es automática, deberá procederse a la reinscripción inmediatamente, con los solos requisitos exigidos por los artículos 1.504 CC y 59 RH —notificación y título— sin añadir ninguno más, ni siquiera la consignación.

La devolución del precio por el vendedor y de la posesión por el comprador son tan sólo aspectos obligacionales—obligaciones derivadas de la pérdida del dominio— que quedan al margen del Registro.

5.º Se critica la campaña existente en la doctrina y la jurisprudencia que tiende a limitar los efectos del artículo 1.504 CC, por dos vías: exigiendo la resolución por el Juez si las partes no llegan a un acuerdo y admitiendo la posibilidad de conceder nuevo plazo al demandado, a pesar de que exista requerimiento, para que pueda pagar antes de decretar la resolución. Todo ello se considera fruto de la indebida aplicación de la doctrina del artículo 1.124 CC, al régimen del 1.504 CC.

Consecuencia de ello es que la jurisprudencia registral haya llegado a exigir para verificar la reinscripción derivada de la resolución una voluntad deliberadamente rebelde al pago por el comprador (RDGRN de 29/12/1982). Frente a ello, Martínez Sánchez y Martínez Gil defienden que el requisito subjetivo de la voluntad rebelde debe ser entendido en sus justos términos, como equivalente a incumplimiento propio y verdadero, de manera que no sólo procederá la resolución en caso de incumplimiento doloso por el comprador, sino también en caso de incumplimiento culposo o imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación.

Como consecuencia de todo ello, se critica la generalización que del requisito de la voluntad deliberadamente rebelde hace la RDGRN de 29/12/1982, ya que—a su entender—la STS de 16/11/1979 (a la que aquélla se remite) se refiere únicamente al supuesto de compraventa desprovista de pacto resolutorio expreso.

A su entender, cuando exista pacto resolutorio expreso la situación se invierte, de manera que la resolución se producirá automáticamente: es la

oposición y no la resolución la que necesita el pronunciamiento judicial, pues de lo contrario se infringiría el artículo 1.256 CC (la oposición no confirmada judicialmente no paraliza la resolución).

6.º Para no dejar desprotegido al comprador, podría arbitrase una reserva de rango a favor del mismo —durante ciento ochenta días— durante el cual podría anotar el comprador la demanda contraria a la resolución.

7.º La consignación sólo es necesaria cuando existan terceros, pero más que por existir una pretendida subrogación de los terceros en las cantidades devueltas, por existir una concurrencia de varios acreedores sobre un mismo crédito.

Tal consignación deberá hacerse con las deducciones que en su caso proceda, terminología literal del artículo 175.6.º RH—deducciones que no podrán ser otras que la cláusula penal.

Martínez Sanchiz y Martínez Gil entienden que sólo debería exigirse consignación:

— Si existen terceros interesados, más que en base a una pretendida subrogación en las cantidades (pues técnicamente no existiría subrogación en la medida que la resolución destruye la relación jurídica, en la que nadie puede subrogarse) en la mera existencia de varios acreedores con derecho a cobrar (artículo 1.176 CC).

— Siempre que exista cantidad restituible, esto es, siempre que no se haya pactado una retención en concepto de pena o cláusula penal. Esta cláusula penal sería oponible:

a) Al comprador que lo ha pactado, pues si puede renunciar al saneamiento por evicción (artículo 1.477 CC), con más razón podrá renunciar a la consignación de lo que haya de recibir.

b) A los terceros, pues, aun cuando en principio pudiera pensarse que es excesivo deshacer una garantía estatuida en beneficio de terceros, dotando a un convenio liberatorio de consecuencias reales, la licitud del pacto anticonsignación se justifica por el hecho de que al pactarlo también el comprador ve menguada su propia pretensión.

8.º Cabría renuncia a la moderación de los Tribunales, pues si la facultad moderadora sólo existe respecto al incumplimiento parcial (no en caso de incumplimiento total —artículo 1.154 CC—), puede preverse convencionalmente para lo menos —incumplimiento parcial— lo que la ley prevé para lo más.

II) Frente a la posición notarial, cabría sin embargo argumentar que:

1.º Aunque se trata de una facultad resolutoria, más que un propio derecho real, la analogía con los derechos reales no puede desconocerse, dada la eficacia *erga omnes* que con la inscripción de la cláusula resolutoria se obtiene, lo que ya fue puesto de manifiesto en la RDGRN 25/10/1979, que admitió el pacto de posposición de condición resolutoria a hipoteca futura, «dada la identidad de razón que se aprecia en ambos supuestos y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 CC».

Esta misma analogía con la hipoteca ha sido reconocida en cuanto a la posición del tercero, al reconocer el derecho a hacer efectivo su crédito o

derecho real sobre el sobrante—en el caso de la condición resolutoria sobre el precio devuelto por el vendedor—, en las Resoluciones de 5, 6 y 7/2/1990.

2.º El automatismo de la condición resolutoria, que operaría sus efectos desde el momento de la notificación, ha sido matizada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sigue exigiendo la voluntad deliberadamente rebelde —o al menos voluntaria— al pago y en este sentido niega la resolución:

a) En los casos de compraventas de inmuebles con precio aplazado sin cláusula resolutoria expresa, cuando el comprador —al ser requerido— manifiesta su voluntad de pagar el resto (STS 13/10/1989).

b) En los casos en que existe cláusula resolutoria expresa si existe oposición del comprador a la resolución. A pesar de que se entiende que en tales casos la resolución se opera automáticamente y no por la «facultad» de resolver que otorga el 1 124 CC, se estima que «si la declaración de resolución se impugna por la otra parte, queda sometida al examen y sanción por los Tribunales, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por vía judicial» (STS 4/4/1990). Luego si el propio Tribunal Supremo no declara la resolución a pesar de darse los requisitos del 59 RH, menos se puede practicar la reinscripción sin intervención judicial si existe oposición del comprador.

3.º La pretendida reserva de rango, además de ser un concepto de escaso arraigo en nuestro Derecho, carece de base positiva, pues contradice los principios hipotecarios de prioridad (artículo 17 LH) y especialidad (artículos 9 LH y 51 RH), en la medida que gozaría de preferencia por un tiempo preterminado la posible anotación de la demanda interpuesta por el comprador, incluso frente a títulos presentados con mayor diligencia. Además de suponer una quiebra del sistema de prioridad, no sería viable desde un punto de vista procesal, en la medida que no se advierte qué acción puede ostentar el comprador: no es al comprador al que incumbe ejercitar una acción de moderación de la pena, sino al vendedor instar una acción de indemnización de daños contra la que el comprador puede reconvenir la moderación de la pena—pero no al revés—. Es al perjudicado al que corresponde pedir la resolución con el resarcimiento de daños (cfr. artículo 1.124.2.º CC), y frente a este último resarcimiento puede oponerse la moderación (artículo 1.154 CC), pero de todas ellas sólo la acción de resolución instada por el vendedor tiene, si no carácter real—no deja de ser personal, ejercitable contra el comprador y no contra el tercero—, sí al menos la trascendencia real que permite la anotación (artículo 42.1.º LH). Por el contrario, las otras—resarcimiento de daños o reconvencción por cumplimiento parcial o moderación de la pena—tienen puro alcance personal y, por tanto, no son anotables en el Registro de la Propiedad.

4.º En cuanto a la consignación, que se pretende que sólo opere cuando exista tercero y con deducción de la cláusula penal pactada, debe tenerse en cuenta que la condición resolutoria no puede ser interpretada extensivamente (artículo 4.2 CC), dado el carácter excepcional del artículo 1.504 CC, frente al régimen general de prohibición del pacto comisorio (artículo 1.859 CC), máxime cuando tales cláusulas forman parte de contratos de adhesión en los que la posición del vendedor puede imponerse frente al comprador. En este sentido, ciertas cláusulas penales por las que se pacta que el vendedor hará suyas la totalidad o casi la totalidad de las cantidades satisfechas por el comprador junto con el dominio del inmueble (casi siempre revalorizado) podrían

ser abusivas, y consiguientemente nulas de pleno derecho (en base al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19/7/1980)

5.º La protección de los terceros (objeto del Registro de la Propiedad según la RDGRN 11/5/1990), y en concreto del derecho de los mismos a hacer efectivo su crédito sobre las cantidades devueltas (v. gr., acción subrogatoria del artículo 1.111 CC), debe llevar a la interpretación restringida de la figura y a la no admisión de la operatividad de las penas pactadas sin que exista una previa declaración judicial (en consecuencia, desde el plano registral, exigiendo la consignación total)

6.º Finalmente, en cuanto a la renuncia por el comprador a sus derechos de saneamiento por evicción o al derecho a la recuperación del precio satisfecho o a la moderación de la pena por los Tribunales, se acerca tanto a la figura del abuso del derecho, que cualquier profesional del Derecho o funcionario público siente recelo a su admisión, pues la efectividad de tales renunciaciones exigen un presupuesto, el conocimiento de causa (cfr. artículo 1.477 CC), que no es apreciable por el Registrador, pues exige una fase de prueba de la que carece el procedimiento registral.

No cabe olvidar cómo el fundamento mismo de la calificación registral es la seguridad jurídica y fomento de la contratación inmobiliaria, en definitiva, la protección del consumidor inmobiliario (hasta el punto de que en otra ocasión he definido las faltas insubsanables como «aquellas que determinan que una relación jurídica, tal como está configurada, pueda perjudicar nunca al tercero, entendiendo por tal no sólo el del artículo 34, sino también el del 32 LH, esto es, en términos menos técnicos al consumidor inmobiliario a que se refiere la Ley de Protección al Consumidor en relación con la Ley Hipotecaria»)

Y en este sentido debería aceptarse el carácter de falta insubsanable de aquellos contratos que infrinjan las condiciones del artículo 10 de la citada Ley de Protección al Consumidor —que ella misma sanciona con nulidad absoluta—, entre las que figuran las cláusulas abusivas, las que impliquen la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario o las renunciaciones a derechos reconocidos en la ley

III) La jurisprudencia hipotecaria—al amparo de las notas de calificación registral— ha acogido alguno de estos criterios restrictivos en la interpretación de los efectos de la cláusula resolutoria:

1.º Frente a la RDGRN 3/6/1961, que exige consignación a los solos efectos de cancelar derechos inscritos si hay terceros, la RDGRN de 17/11/1978, tras insistir que el pacto resolutorio entraña un sistema de autotutela que debe ser examinado con todo tipo de cautelas, exige la consignación existan o no terceros, aunque sin excluir la posibilidad de la cláusula penal.

2.º Posteriormente la extensión objetiva de la consignación la consagra la RDGRN 29/12/1982, que exige al Registrador comprobar también que se han realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación del valor del bien devuelto o el importe de los plazos que haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una cláusula penal, poniendo en su caso a disposición del comprador todas las letras de vencimiento posterior (*idem* RDGRN 16 y 17/9/1987 y 4/2/1988, esta última justificando la consignación en favor de todos los titulares implicados).

3.º Lo interesante es destacar cómo las recientes Resoluciones de la DGRN de febrero de 1990 y octubre de 1991 acerca de la condición resolutoria han

significado (en contra de lo que pudiera parecer) un paso más en la restricción de la operatividad de la figura a través de varios cauces:

a) Reiterando la necesidad de consignación total para que pueda registrarmente operarse la reinscripción.

Las RDGRN 5, 6 y 7/2/1990 afirman que «la consignación global es presupuesto de la operatividad registral de la resolución, precisamente porque se realizó extrajudicialmente (...)»

En este sentido, se afirma que «la reinscripción a favor del vendedor presupone la previa o simultánea consignación de las cantidades que éste hubiera recibido del comprador en virtud del contrato resuelto (artículos 1.124 y 1.295 CC)»—citándose este artículo y no el 1.123 CC, como aplicable.

b) Afirmando la imposibilidad de pactar la devolución del principal sin decir nada acerca de los intereses cuando éstos se hubieran garantizado con la propia condición resolutoria.

La RDGRN 8/10/1991 y siguientes—aunque admiten la posibilidad de dar cobertura con la condición resolutoria a los intereses y no sólo al precio como literalmente se deduciría del artículo 1.504 CC—afirman que «es indudable la necesaria consignación en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues unos y otros integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, sin que sea suficiente establecer que el vendedor consignará el precio pagado en el momento de ejecutar la resolución».

c) Estableciendo la existencia de una subrogación de los terceros en las cantidades que devuelva el vendedor, hasta el punto de que es en virtud de tal subrogación (y para no crear falsas expectativas en los terceros), por lo que la DGRN propugna la inscripción de las cláusulas penales (aunque desde el plano registral, insisto, sea necesaria la consignación total).

«Ciertamente —dicen las RDGRN 5, 6 y 7/2/1990—, como a efectos registrales es suficiente con la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor y ésta no quedará afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda legítimamente al comprador o a sus sucesores en la titularidad del bien rescatado, podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, respecto a los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble (...)»

Tal subrogación —forzada según la posición notarial dada la inexistencia de las notificaciones que toda subrogación exigiría (cfr artículos 1.205 o 1.527 CC)— está plenamente justificada para proteger los derechos de terceros, función esencial del Registro de la Propiedad

Así, en las citadas resoluciones se reconoce que «cuando a la posible acción resolutoria por pacto explícito se le confiere eficacia real, es lógico también que para la efectividad de ésta se tengan en cuenta los intereses de los que participan en la titularidad del bien».

Consecuencia de ello—a mi entender—es que serán estrictamente necesarias, para verificar la reinscripción, tanto la notificación a los acreedores y titulares posteriores del ejercicio de la resolución como la notificación de la propia consignación a su favor efectuada, pues sin tales notificaciones la subrogación no tendría efecto

IV) No obstante, las citadas resoluciones han desaprovechado la ocasión para reconocer abiertamente la existencia de una posible posición abusiva del vendedor frente al comprador, máxime cuando se trata de contratos tipo en los que el comprador raramente conoce la real trascendencia que puede llegar a alcanzar la figura (cfr. artículo 1.288 CC). Al menos lo dejan entrever, al recortar los efectos que en su configuración se querían atribuir a la condición resolutoria (v. gr., exigiendo la consignación global —incluida intereses—, reconociendo la subrogación de los terceros, interpretando con cautela la figura, etc.).

Sin embargo, de forma innecesaria (pues se podía haber limitado la afirmación al caso concreto planteado sin generalizar), la DGRN afirma que «los limitados medios de calificación de que dispone el Registrador impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha ley —de protección del consumidor—. Y añade: que no puede identificarse la facultad discrecional de resolución a que esta norma—al igual que el 1.256 CC se refiere —con la resolución por impago, cuando realmente lo que el Registrador consideraba abusivo era la inversión de la carga de la prueba en detrimento del comprador.

En cualquier caso, aún estamos a tiempo para que en este particular punto —la defensa del consumidor inmobiliario por el Registrador y la posibilidad de abstenerse ante posibles abusos determinantes de una nulidad absoluta del negocio— la DGRN rectifique y adecúe su posición a otras más acordes con anteriores manifestaciones suyas.

A este respecto conviene recordar cómo ha defendido la denegación de determinadas renunciaciones abusivas, como es la renuncia al pago parcial del crédito hipotecario y a la consiguiente cancelación parcial de la hipoteca—por ir en contra del interés público y el desarrollo del crédito territorial (RDGRN 27/1/1986), o cómo ha admitido en otros casos la invocación del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores (v. gr., RDGRN 7/9/1988 en materia de intereses preferenciales fijados por el mismo banco acreedor).

Sería una pena abandonar la dirección anterior, cuando es un principio constitucional el de que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (artículo 51 de la Constitución) y en el fondo el propio sentido de la institución registral.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

B) RESUMEN RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE. MAYO Y JUNIO DE 1997

Registro de la Propiedad

*Resolución de 16 de abril de 1997
(BOE, 22-5-97)*

HIPOTECA: PACTOS SOBRE ANATOCISMO, INTERESES MORATORIOS Y OTROS

Los intereses no satisfechos sólo pueden reclamarse como tales dentro de los límites pactados y nunca englobados en el capital, principio de especialidad, defecto confirmado.