

Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad

La acumulación de asuntos judiciales en los Juzgados hizo surgir la conciencia de una necesidad de reforma tendente a abreviar y agilizar los trámites procesales. En este deseo se inspira la reforma realizada por la Ley 34/1984 y por la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ello es plenamente acertado y merece crítica favorable, pues una «justicia demasiado tarde» no puede denominarse propiamente «justicia», ya que ésta consiste en dar a cada uno lo suyo, pero en el momento en que corresponda. En tal sentido considero justificada la reforma y acertadas las ideas y preceptos para agilizar la tramitación judicial.

Ahora bien, es función del jurista, entre otras, la de matizar y precisar adecuadamente los conceptos, no sea que en estas cuestiones se eleve a «tópico» la idea de la «agilización de los trámites» y se convierta en una fuente de confusiones y de supuestas derogaciones.

Al amparo de la «agilización de trámites» no creo puedan confundirse las «diligencias de ordenación» del Secretario con las «providencias judiciales», ni creo puedan identificarse los «mandamientos judiciales» con los «oficios» y «comunicaciones», ni con los «testimonios» o «certificaciones» que expiden los Secretarios. Eso nada tiene que ver con la «agilización procesal».

Se impone, en definitiva, decir «sí» a la abreviación de trámites innecesarios; pero se impone decir «no» a la supresión de instituciones que tienen un fundamento y cuya supresión afectaría al ordenamiento en general entendido como un todo sistemático.

También puede ser «socorrido» acudir a supuestas «derogaciones tácitas». Pero en el presente caso que me propongo tratar, el tema de los mandamientos y de las providencias de anotación preventiva, la Ley Orgánica del Poder Judicial guarda absoluto silencio sobre los «mandamientos judiciales». La derogación tácita se plantea sobre la base de una

incompatibilidad de textos legales, pero no sobre la base del «silencio» en la regulación de los mandamientos. Lo más lógico es pensar, dado lo peligroso de la figura de la «derogación tácita» y el propio concepto de ella, que la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial no afecta a los «mandamientos judiciales» que siguen regulándose por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria.

Existen numerosos preceptos que aluden al mandamiento judicial. Ante todo, los artículos 297, 1.409 y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el artículo 257 de la Ley Hipotecaria, y los artículos 1.297 y 1.923, 4.ª, del Código Civil, entre otros muchos preceptos. Todos estos artículos siguen vigentes, pues no han sido afectados ni expresa ni tácitamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La fundamentación de la necesidad del «mandamiento judicial» a efectos registrales resulta de varias consideraciones que, en sucesivos epígrafes, expongo a continuación:

El patrimonio de la persona, su inviolabilidad y el mandamiento judicial.—Cuando están en juego los derechos de la persona, no estamos ante simples cuestiones de trámite. Uno de esos derechos es, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio. No se puede entrar en el domicilio de una persona si no es con su consentimiento o en virtud de «mandamiento judicial». El mandamiento judicial es aquí insustituible, porque afecta a los derechos de la persona y porque es el Juez el que coactivamente, por razón de su «jurisdicción» e *imperium*, tiene legitimación para suplir la voluntad de la persona, en atención a intereses superiores.

Pues bien, lo mismo ocurre con la «inviolabilidad del patrimonio». Nadie puede «penetrar» en el patrimonio de una persona si no es con su consentimiento o, en otro caso, en virtud de un mandamiento judicial. No es cuestión de trámites: es cuestión de la esfera patrimonial de la persona. Afecta incluso a los derechos constitucionales: a la seguridad jurídica, regulada en el artículo 9 de la Constitución, y al derecho de propiedad privada, regulado en el artículo 33 de la misma.

El patrimonio de la persona es el conjunto de bienes —y según algunos autores, también de las deudas— de la misma. La llamada teoría «personalista del patrimonio», patrocinada por AUBRI y RAU, que es la teoría clásica, consideró «personalidad» y «patrimonio» como conceptos conexos. El patrimonio es «emanación de la personalidad». Los principios en que se sintetiza esta teoría son los siguientes:

- 1.º No se concibe un patrimonio sin un titular.
- 2.º Toda persona ha de tener necesariamente un patrimonio.

3.º Toda persona tiene un solo patrimonio (unidad e indivisibilidad de la persona y de su patrimonio).

Como consecuencia de ser el patrimonio emanación de la personalidad, es inviolable. Pueden salir bienes del mismo por voluntad de su titular, lo mismo que pueden ser gravados. Pero para que se enajenen o graven bienes contra la voluntad del titular, para «penetrar» en ese patrimonio personal, es necesario, como mecanismo supletorio de tal voluntad, el mandamiento judicial. También cabe el procedimiento de expropiación forzosa, pero con todas las garantías y recursos legales correspondientes.

Es cierto que también existe la teoría objetivista o realista del patrimonio como «conjunto de bienes prescindiendo de la persona». Pero actualmente predomina una posición mixta en el sentido de dar prevalencia, en general, al concepto «personalista» del patrimonio, aunque admitiendo también, junto al patrimonio personal, una serie de patrimonios separados en ciertos supuestos. Pero esta posición mixta no se opone, sino que confirma la idea que se quiere aquí poner de manifiesto: la necesidad de un mandamiento judicial para penetrar en el patrimonio, pues no se trata sólo del patrimonio personal, sino también de una posible pluralidad de masas patrimoniales que pueden verse afectadas impropia-mente, y ello ha de detectarlo el órgano jurisdiccional legitimado a tal efecto.

El mandamiento judicial y la resolución o providencia judicial: los principios hipotecarios de consentimiento y rogación.—No se trata sólo de penetrar en el patrimonio en general, sino de afectar los bienes tradicionalmente más importantes del mismo, que son los inmuebles, a una carga como es la anotación preventiva. Se trata de penetrar en el patrimonio inmobiliario, que afecta de modo trascendental a la persona, a diferencia de lo que suele ocurrir tratándose de bienes muebles. Todo el Derecho civil está marcado por la distinción entre bienes muebles e inmuebles, y lo único que ha ocurrido recientemente en alguna reforma es que algunos muebles de extraordinario valor se han identificado con los inmuebles, a efectos, por ejemplo, del emancipado o de los cónyuges en gananciales. Pero, en general, ya se hable de donación, de hipoteca, de capacidad, sigue siendo esencial la distinción entre muebles e inmuebles. Y es que, entre los inmuebles, está la vivienda que sirve de hogar familiar, la finca rústica que permite obtener unos rendimientos para la familia o la finca urbana susceptible de alquiler y de producir los correspondientes frutos civiles.

Tratándose de embargos y de anotaciones, la distinción es también

fundamental. Los embargos de bienes muebles ocupan el primer lugar de la lista de bienes embargables y, además, el embargo tiene lugar por un acto material de ocupación y depósito. Son de menos valor y existe respecto de ellos un contacto físico y posesorio y una relación inmediata con el titular. En cambio, respecto a los bienes inmuebles, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil han previsto que el embargo se realice al modo de la hipoteca, es decir, a través de la forma, sin desplazamientos posesorios. Forma y anotación son claves en el embargo de inmuebles y garantías fundamentales para el titular. Distinto problema, según queda dicho, es el embargo de bienes muebles, que tiene otras garantías.

Pues bien, dada la especialidad de los bienes inmuebles y de los asientos del Registro, es fundamental la necesidad de providencia judicial decretando la anotación y, además, mandamiento judicial al efecto. Ambos requisitos resultan de la legislación vigente —Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria— y no han sido desvirtuados por la Ley Orgánica, y, en consecuencia, deben ser mantenidos.

En realidad, no habría necesidad ni de plantearse ante la claridad de los preceptos vigentes. Pero la existencia de algunas interpretaciones más bien aisladas, pero insistentes, obliga al replanteamiento de la cuestión, a sabiendas de que, prescindiendo de cualquier argumentación, la Ley está ahí bien claramente (art. 257 de la Ley Hipotecaria y 1.409 y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y el respeto a la Ley exige cumplirla mientras no sea derogada o modificada.

Por tanto, aunque no convencieran mis argumentaciones, el argumento fundamental es la Ley misma y la profundización que de la misma ha de hacerse en sucesivas ocasiones y por distintos autores, frente al cual no valen supuestas «derogaciones tácitas» ni superficialidades acerca de la agilización de trámites. Tampoco es tanto exigir el mandamiento y la providencia judicial, que vienen en un solo documento, en un asunto tan trascendental para la persona. Es un asunto «agilizado» que no necesita abreviación de trámites.

Pero vamos a intentar exponer los fundamentos de tales preceptos legales.

El embargo de bienes inmuebles tiene tres requisitos fundamentales: la *resolución judicial*, que *decreta* la anotación; el *mandamiento judicial o vehículo documental*, que *ordena* la anotación, y la *operación registral misma*, es decir, la anotación preventiva. Los dos primeros los realiza el Juez y el último el Registrador de la Propiedad.

En primer lugar, se exige una resolución judicial. La Ley de Enjuiciamiento Civil se remite en este punto a la Ley Hipotecaria. Esta se

refiere a la «providencia» decretando la anotación en numerosos preceptos (arts. 43, 57, 68). Este requisito es el «título material anotable», que suple el consentimiento material del titular registral. En la hipoteca, el titular registral consiente materialmente tal hipoteca participando en su constitución juntamente con el acreedor en la escritura pública correspondiente. En el embargo de inmuebles —antigua hipoteca judicial— no existe el consentimiento del deudor, titular registral, y por eso, el título tiene que configurarlo el propio Juez, que actúa con *ius imperium* en funciones jurisdiccionales y perfectamente legitimado para suplir la voluntad o consentimiento del deudor. Por tanto, «providencia judicial» es paralela a «escritura pública». En esta última se manifiesta el acuerdo de ambas partes respecto al acto inscribible. En cambio, en la providencia, dado el carácter forzoso del embargo, la voluntad del deudor no cuenta, y por eso, el Juez tiene que intervenir configurando y constituyendo el acto anotable.

Cabría discutir si esa «providencia judicial», así llamada por la Ley Hipotecaria desde antiguo, tiene que ser realmente una providencia o ha de ser un auto. Desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria, hay que reconocer que se alude a «providencia» y no a «auto». Pero desde la perspectiva de la clasificación de resoluciones judiciales de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la resolución adecuada en estos casos tendría que ser un auto, pues se trata, en definitiva, de la constitución de una traba, carga o afección sobre el inmueble, limitativo de los derechos del deudor y que viene a ser similar a una hipoteca, si bien limitada en sus efectos a actos posteriores a ella, por lo que es el auto, a la luz de la Ley Orgánica, la resolución que debía imperar. Esto se confirma teniendo en cuenta que en otros procedimientos de anotaciones preventivas (ejemplo, legados, art. 57 de la Ley Hipotecaria, se alude a la forma de juicio, a la audiencia de las partes y a la resolución judicial correspondiente). En realidad, después de la Ley Orgánica cabría mantener dos interpretaciones, ambas admisibles: 1.^a Que donde la Ley Hipotecaria dice «providencia» hay que entender que se refiere a «auto», que es la resolución judicial adecuada para la constitución de afecciones sobre el patrimonio y limitaciones a las facultades del deudor (no digamos nada de las anotaciones de prohibición de disponer y de las de demanda). 2.^a Que junto a las providencias de mero trámite reguladas por la Ley Orgánica, están unas providencias especiales, las de la Ley Hipotecaria, en relación con las anotaciones preventivas. Cualquiera de las soluciones es adecuada, pero lo importante es examinar el fondo del problema: la resolución no es de mero trámite, es limitativa de derechos, afecta al patrimonio, significa la constitución de una carga o afección contra o sin la voluntad del titular.

Partiendo de esta última consideración, es evidente que lo que no caben son las «diligencias de ordenación» del Secretario, ni tampoco las «propuestas de resolución» del mismo. Las «diligencias de ordenación» del Secretario son una figura prevista por la Ley Orgánica respecto a asuntos de trámite, en que se trata de dar a los autos el curso ordenado por la Ley. En las diferentes anotaciones preventivas (demanda, embargo, prohibición de enajenar, incapacidad) no sólo queda enormemente afectado el patrimonio personal, sino que se constituyen unas veces verdaderos derechos subjetivos de carácter procesal y otras veces afectaciones o garantías sobre bienes inmuebles a espaldas del titular registral, y ello hace salir el asunto de las «diligencias de ordenación del Secretario», pues es un problema de «jurisdicción» y de suplencia de la «voluntad material sustantiva» del titular, y no un mero curso procesal. Ciertamente todos los actos procesales significan un «curso procesal»; pero cuando afecta a derechos subjetivos de la persona no cabe hablar de «diligencias de ordenación», pues no se trata de «ordenar el proceso» simplemente, sino de mucho más: «afectar los derechos de la persona» sin su consentimiento, y eso sólo lo puede hacer el Juez, no por un problema de cualificación, sino porque es el órgano al que la sociedad confía esta jurisdicción y suplencia de la voluntad del titular.

Respecto a las «propuestas de resolución» que también prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cuestión no es tan grave, pues, en definitiva, cuando el mandamiento llega al Registro, el Juez ha dado su «conforme» a la propuesta, con lo que cabría entender que se ha convertido en «providencia». No obstante, hay que recordar que estamos ante aspectos limitativos de derechos de persona y no ante asuntos de trámite, por lo que no resulta convincente emplear las propuestas de resolución.

De todos modos, me interesa resaltar la diferencia entre «diligencias de ordenación» y «propuestas de resolución con el conforme del Juez». Mientras en el primer caso, el defecto es gravísimo, pues el Juez no ha dictado ninguna resolución judicial, en el segundo caso, al menos, ha dado el «conforme», por lo que no es lo mismo el problema en uno y otro caso.

Para confirmar la importancia de la «resolución del Juez» en esta materia de anotaciones preventivas, hay que tener en cuenta una serie de supuestos: así, en las anotaciones de demanda, se exige al actor que preste fianza, pues el artículo 139 del Reglamento Hipotecario dice que «el Juez puede exigir la caución que estime adecuada». Esta decisión no puede corresponder al Secretario. En las anotaciones de prohibición de disponer, se cercenan las facultades dispositivas del titular y ello sólo lo puede hacer el Juez. En otras anotaciones, como las de legados, ya

hemos visto que existe la forma de juicio y la audiencia de las partes, por lo que tampoco compete la decisión al Secretario. Tratándose de anotaciones preventivas de embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite a la Ley Hipotecaria y a su Reglamento, por lo que, a través de esa remisión, es clarísima la necesidad de resolución judicial. Pero además, hay que observar que existe un «orden de bienes a embargar», ocupando los «inmuebles» los últimos lugares; hay «bienes inembargables»; puede ser necesario hacer «notificaciones» a los cónyuges, tratándose de «bienes gananciales» o tratándose de «vivienda familiar»; pueden plantearse situaciones especiales de embargo de derecho hereditario, con diferenciación según se trate de herederos determinados o indeterminados (artículos 144 y 166, 1.ª, del Reglamento Hipotecario). En el supuesto especial del artículo 1.373 del Código Civil puede producirse, como consecuencia de un embargo, la disolución de la sociedad conyugal. Todo esto es muy importante y no una cuestión de trámite. Además, no hay que olvidar la posibilidad de «abuso de derecho» por parte del acreedor en sus pretensiones de embargo de inmuebles, y corresponde al Juez desestimar esa pretensión. Así, imaginemos que por una deuda de escasa cuantía el acreedor pretende embargar todos los pisos de un edificio que figuran registralmente a nombre del deudor. Estaríamos ante un claro supuesto de abuso de derecho, salvo justificación o explicación en el caso concreto. Todo ello corresponde decidirlo al órgano jurisdiccional (1).

Queda claro, a mi juicio, que la anotación debe *decretarla* el Juez a través de la correspondiente resolución judicial (sea providencia o auto), y no el Secretario a través de una diligencia de ordenación o de una propuesta de resolución.

Ahora vamos con la segunda parte del asunto: la necesidad del «mandamiento judicial». Se dirá que por qué tiene que intervenir el Juez otra vez expidiendo un mandamiento, si ya ha decretado la anotación a través de la providencia o auto.

En primer lugar, así lo exigen la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria. El párrafo 1.º del artículo 257 de la Ley Hipotecaria es terminante: «Para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez o Tribunal por duplicado el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias». Luego veremos la especialidad de la ejecutoria.

En el último párrafo del artículo 57 de la Ley Hipotecaria, en relación con la anotación de legados, se dice: «En este último caso (una vez dictada providencia accediendo a la anotación) se señalará (el Juez) los bie-

(1) Este tema del abuso de derecho en relación con los embargos lo tiene en estudio Pedro AMENGUAL PONS.

nes que hayan de ser anotados y libraré el correspondiente mandamiento al Registrador, con inserción literal de lo proveniente para que lo ejecute».

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil también se refiere al mandamiento. El artículo 1.453 dice: «Del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución, expidiéndose para ello el correspondiente mandamiento por duplicado». Por tanto, se remite a la legislación hipotecaria, pero puntualiza expresamente que es necesario el «mandamiento judicial». El artículo 1.409 dice: «Si los bienes embargados fueren inmuebles, se limitará el embargo a librar mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad para que extienda la correspondiente anotación preventiva». Nuevamente se alude al mandamiento. Por cierto, que en una visión superficial y literalista parecería que no es necesario nada más que el mandamiento y no la resolución judicial decretando la anotación. Aparte de que el fundamento de esto último ya lo hemos desarrollado, hay que observar que el entendimiento del artículo 1.409 se produce continuando leyendo su párrafo segundo, en que se refiere al embargo de bienes muebles o semovientes. Allí se lee que en tal caso es necesario un «depósito» de los bienes con una serie de garantías. Lo que quiere decir ese «se limitará el embargo» del párrafo primero del artículo 1.409 es que cuando se trata de «inmuebles» no hay necesidad de plantearse ningún «depósito» o «administración», pues basta la traba o afección resultante de la anotación preventiva, o sea, que la publicidad registral sustituye a la entrega material. Pero de ninguna manera quiere decir que pueda existir mandamiento sin previa resolución judicial, pues ello iría en contra del artículo 1.453 y de la remisión a la Ley Hipotecaria.

Otros muchos preceptos se refieren al mandamiento y no es ocasión de reiterarlos aquí. Luego aludiremos al Código Civil y al artículo 131, regla 17.^a, de la Ley Hipotecaria.

Esta referencia al «mandamiento» tiene plena justificación.

En primer lugar, el «mandamiento» es el «acto procesal de ejecución» de la resolución judicial que decreta la anotación preventiva. En ésta, normalmente no se describen los bienes, y es en el momento de la ejecución donde se describen los bienes inmuebles y donde puede apreciarse ese problema del «abuso de derecho» del acreedor en una traba excesiva de bienes. Este significado del «mandamiento» como «acto de ejecución» ha sido puesto de relieve por algunos autores, que van más allá de la mera «comunicación», que no es propia del «mandamiento», sino de otros actos procesales. Ciertamente que en el mandamiento hay también comunicación. Pero no es sólo eso. Es, ante todo, un acto de ejecución de la pro-

videncia, en el que se concreta la anotación sobre la finca o fincas que sean, en el que se determina la procedencia o improcedencia de las notificaciones al cónyuge, en el que se plantea el problema de los bienes inembargables o ciertos supuestos especiales en que cabe discutir acerca del sentido del embargo de bienes inmuebles (reserva de la facultad de disponer; derechos hereditarios; bienes gananciales; improcedencia de pretender, por ejemplo, embargar una mitad ganancial como si fuera «mitad indivisa», etc.).

En numerosas demandas referentes a bienes inmuebles se contiene entre los pedimentos de la demanda uno concreto referente a la expedición de mandamiento para realizar determinadas operaciones registrales fuera del proceso. Es lo que GOLDSCHMIDT llamó la «acción del mandamiento». Por tanto, el mandamiento es una figura jurídica que no es de simple comunicación, sino de «ejecución» de lo establecido en una resolución judicial. Pero de «ejecución» realizada por el mismo Juez, pues tampoco se trata de asuntos de trámite, sino afectantes al derecho de la persona.

En segundo lugar, el «mandamiento» es también «acto procesal de rogación registral». Para poder obtener la «rogación» es necesario en estos casos el «mandato», la «orden judicial». No basta la mera «comunicación». La razón deriva de la regulación y fundamento del principio hipotecario de rogación o instancia. La Ley Hipotecaria excluye la actuación «de oficio» del Registrador. Todo asiento ha de extenderse «a instancia» o solicitud de «parte interesada». A efectos del «asiento de inscripción», la «legitimación» para solicitar la inscripción corresponde a las personas que el artículo 6 de la Ley Hipotecaria señala. Ahora bien, tratándose de «anotaciones preventivas» decretadas sin o incluso contra el consentimiento del titular registral, la «legitimación» para solicitar la anotación no puede hacerla sin más el acreedor embargante. Con una resolución judicial decretando la anotación se tiene el «título constitutivo material del embargo» o de la «anotación de demanda» o la que sea, pero falta la «legitimación para solicitar la práctica del asiento». El «interés» para solicitar la anotación en un supuesto en que la voluntad del deudor no ha existido en el título material, ha de completarse con la «credencial» o «título legitimador» para solicitar el asiento resultante del «mandamiento judicial». Y como el titular registral no sólo no ha dado su voluntad a favor del embargo en el juicio, sino tampoco en el procedimiento registral, para suplir esa voluntad personal no basta un mero acto de comunicación o certificación. Es necesario que exista un mandamiento judicial que supla la voluntad del deudor, mediante el cual no sólo se «penetra en su intimidad patrimonial», sino también en su «inti-

midad registral», en el «historial registral», haciendo público el embargo respecto a terceros. Naturalmente que es el acreedor el que a través de la representación correspondiente presenta el título en el Registro. Pero sin el «mandamiento judicial» y sin la voluntad del deudor, fallaría la legitimación para instar la anotación. Es el mandamiento el que cubre esa legitimación para instar la anotación.

En resumen, el «mandamiento» es «acto procesal de ejecución» y «acto procesal legitimador de la rogación registral». En asientos de inscripción, existiendo el «título material inscribible» no hay mayores problemas, pues en él consta la voluntad del interesado respecto al cambio real. Pero en materia de anotaciones preventivas o cancelaciones, que son medidas procesales atípicas, sin o contra el consentimiento del titular registral, hay que cubrir todos los preceptos, pues, en otro caso, se vulnera el sistema hipotecario y se desnaturaliza el principio de rogación. En este sentido, hay que separar el artículo 6, por un lado, incluido en el capítulo de la «forma y efectos de la inscripción», y el artículo 42, inicial, por otro, integrado en el capítulo de la anotación y entre los preceptos en que se exige el mandamiento judicial.

¿Por qué tratándose de ejecutoria no se exige mandamiento judicial? La contestación es clara. La ejecutoria contiene la sentencia firme que, según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, constituye un título inscribible como otro cualquiera cuando es declarativa o constitutiva de derechos. En tal sentido, es un «título material inscribible» a disposición del interesado. Al igual que respecto a la escritura pública basta que se presente la copia expedida por el Notario, en el caso de la sentencia basta que se expida por el Secretario el testimonio o certificación de la sentencia. Esto no es un mandamiento ni acto de ejecución ni de comunicación. Es un título que tiene el propio interesado como si fuera una escritura pública.

La cosa se ve todavía más clara examinando la distinción que hace la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en relación con el procedimiento judicial sumario. Hay que observar que dicha regla ha sido objeto de reforma por la Ley de 14 de mayo de 1986, que suprime un párrafo de la misma, pero no la referencia al mandamiento que ahora vamos a estudiar. En dicha regla se prevé como «título inscribible» el testimonio del auto de adjudicación a favor del rematante. Aquí no se precisa mandamiento, porque es un título susceptible de «asiento de inscripción» como otro cualquiera. En cambio, para las cancelaciones de anotaciones y cargas posteriores a la hipoteca, el artículo 131, regla 17.^a, exige el correspondiente mandamiento. Aquí es necesario realizar un «acto de ejecución» del propio auto, pues está en juego no el título inscribible del interesado en el procedimiento, sino los derechos y asientos de per-

sonas ajenas al procedimiento, en que éste se ha producido sin o contra la voluntad de dichas personas. En tal caso, la «legitimación para la rogación registral», o sea, la instancia o solicitud, se suple con el correspondiente «mandamiento judicial», que sustituye la voluntad de los titulares en tal aspecto.

En la práctica se ha tratado de soslayar la aplicación de preceptos legales tan terminantes como los expuestos, a base de interpretar que es necesario «mandamiento», pero que éste puede expedirlo el Secretario. Ahora bien, como el «mandamiento», según hemos visto, no es un simple acto de comunicación, sino un «acto de ejecución» y un «acto de sustitución de la voluntad del titular registral respecto a la rogación», el Secretario no tiene legitimación al efecto y carece de jurisdicción. Como su nombre indica, el «mandamiento» implica un «mandato» y esto es ajeno al Secretario, cuya función es «comunicar», «testimoniar», «certificar», «dar a los autos el curso ordenado por la Ley» desde el punto de vista procesal, etc. En definitiva, un «mandamiento» expedido por Secretario es una *contradictio in terminis*, porque no puede suplir la voluntad del interesado ni dirigir ningún mandato para la penetración en el patrimonio y en los asientos registrales.

El Código Civil y los mandamientos judiciales.—Debería considerarse suficiente todo lo dicho acerca de la regulación del «mandamiento» por la Ley Hipotecaria y por la Ley de Enjuiciamiento Civil para respetar los textos legales en aras al principio de la seguridad jurídica y al respeto de los derechos y garantías de la persona.

Pero es que el Código Civil, es decir, el Cuerpo legal sustantivo por excelencia, que supongo todo el mundo estará dispuesto a respetar, hace dos alusiones fundamentales al mandamiento, que son el artículo 1.297 y el 1.923, 4.^a

El artículo 1.297, en su párrafo 2.º, establece: «También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiere pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes». Aquí una referencia muy clara al efecto de la «expedición del mandamiento de embargo». No estamos ya ante la «providencia de anotación preventiva» de efectos internos y unos días anterior normalmente al mandamiento, sino ante el acto exterior al proceso, de «expedición del mandamiento de embargo». El efecto es gravísimo para la persona y para los terceros: se produce a partir de entonces presunción de fraude. Ante unos efectos tan graves, se comprenderá que esa «expedición» y ese «mandamiento» y la «fecha» del mismo han de corresponder al órgano jurisdiccional.

El artículo 1.923, 4.^a, del Código Civil se refiere a la «preferencia» que respecto a determinados bienes inmuebles y derechos reales tienen, entre otros supuestos, «los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, *en virtud de mandamiento judicial*, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores». Por tanto, otro efecto fundamental, cual es la eficacia de preferencia respecto a terceros, se subordina al requisito de que se haya producido «mandamiento judicial».

En definitiva, los aspectos de presunción de fraude (art. 1.297, 2.º) y de preferencia (art. 1.293, 4.^a) son cuestiones de fondo, que el Código Civil relaciona con el mandamiento judicial, que nada tiene que ver con el acto de comunicación o con la certificación o testimonio expedido por el Secretario.

Los asientos del Registro de la Propiedad y la salvaguardia de los Tribunales.—Los asientos registrales no son un problema exclusivo del Registrador de la Propiedad que los firma. Hay un precepto fundamental en la Ley Hipotecaria que no existe respecto a la regulación de los Registros administrativos, lógicamente. Me refiero al párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley, de sobra conocido, pero muchas veces olvidado en cuanto a sus consecuencias. Dicho párrafo establece que «los asientos del Registro... están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Por tanto, el Registro de la Propiedad no es sólo «registral», sino «netamente judicial» (2). Los numerosos procedimientos judiciales regulados por la Ley Hipotecaria (expediente de dominio, de liberación de gravámenes, de rectificación de errores, judicial sumario, etc.) así lo confirman. Y es que en los asientos aparecen «derechos subjetivos» de los titulares registrales, y aparecen los derechos de los «terceros hipotecarios». Para desvirtuar el derecho de un «titular registral» se requiere demanda expresa de cancelación o nulidad del asiento, conforme al artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria. Y si se trata de un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ha de ser necesariamente mantenido en su adquisición por los Tribunales.

Estas especialidades del Registro y sus repercusiones judiciales explican también la gran tradición existente en esta materia de separar los conceptos de «mandamientos» y «oficios», estos últimos dirigidos a autoridades administrativas y aquéllos a funcionarios íntimamente relacionados con los derechos subjetivos de los particulares. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su reforma de 1984, mantiene la diferenciación, y a ella

(2) Problema éste que tiene en estudio Celestino PARDO NÚÑEZ.

hay también que atenderse. Efectivamente, el artículo 297 de la Ley establece que «se utiliza la forma de mandamiento para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia judicial, cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores Colegiados de Comercio o Agentes de Juzgado o Tribunal». Se citan funcionarios que exigen siempre «interés legítimo» de parte interesada para la expedición de certificaciones o testimonios. Por eso, el «mandamiento» sirve en estos casos para suplir esa «legitimación», ese «interés» de un particular que legitima para tal actuación. Por ejemplo: un Notario sólo puede expedir copias de una escritura del protocolo a instancia de «parte legítima». Pero si en lugar de ello recibe un «mandamiento judicial» en el que se ordena la expedición de copia, ese mandamiento suple el requisito del «interés legítimo de parte interesada». Sólo así se puede penetrar en la «intimidad» del protocolo notarial. Nuevamente aparece el mandamiento como supletorio de la voluntad particular legitimada. Tratándose de certificaciones, debe existir «interés conocido» para que el Registrador pueda expedirlas. Pero si recibe un «mandamiento judicial» ordenando la expedición de certificación, entonces queda cubierto el requisito del «interés conocido».

El «mandato» del «mandamiento judicial» y su diferencia con el «apremio».—Lo que distingue el «mandamiento judicial» del simple oficio o de la simple comunicación es que no sólo es acto de «ejecución» de una providencia, auto o sentencia, sino que además lleva implícito un «mandato» o una «orden». Ahora bien, ese «mandato» hay que entenderlo como mandato legitimador de una actuación registral que permite al Registrador o al Notario prescindir de la calificación del interés conocido o legítimo, es decir, de la «rogación» o «legitimación». Pero no puede ser interpretado como un «mandato» o «apremio» al Registrador para que realice una determinada actuación registral prescindiendo de toda calificación. Eso no lo puede significar el «mandamiento judicial». El Registrador tiene que ser independiente en su función calificadora, pues actúa bajo su responsabilidad y decide dentro de su ámbito de jurisdicción voluntaria, de muy distintos efectos que la contenciosa. Por tanto, no cabe que el Juez se inmiscuya en la función calificadora del Registrador, como tampoco cabe que el Registrador califique el fondo o justicia de una decisión judicial.

A pesar de esta clara distinción y configuración del «mandato» que implica el «mandamiento», en los últimos tiempos se viene produciendo algún que otro apremio en la práctica por parte de Jueces a Registrado-

res de la Propiedad. Los casos son muy aislados y vienen resueltos por el artículo 136 del Reglamento Hipotecario, plenamente concordante con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y con el principio de «seguridad jurídica», que debe inspirar la delimitación de competencias de los distintos funcionarios que tienen a su cargo la aplicación del Derecho.

El artículo 136 del Reglamento Hipotecario prevé un recurso de queja por parte del Registrador cuando un Juez le «apremia» para practicar cualquier asiento que el Registrador estime improcedente. En tal caso, el Registrador no sólo «puede», sino que «debe» acudir en «queja» ante el Presidente de la Audiencia. Se trata de un recurso en el que lo que se resuelve es sobre la queja misma y el apremio, es decir, si ha existido o no tal apremio y la improcedencia del mismo en su caso. Lo que no cabe es pretender resolver el fondo a través de un recurso de queja, pues para ello está el recurso gubernativo y las personas legitimadas para interponerlo, conforme al artículo 112 del Reglamento Hipotecario, ninguna de las cuales aparece en el recurso de queja del artículo 136. Por otra parte, la resolución definitiva del recurso corresponde al Ministro de Justicia y no a la Dirección General de los Registros y del Notariado, a diferencia del recurso gubernativo.

Además, el artículo 136 aparece integrado en un grupo de artículos coherentes entre sí, que forman una unidad. Dichos artículos empiezan con el artículo 133, que dice lo que el Registrador «debe hacer» ante un documento judicial; sigue el artículo 134 expresando lo que «debe hacer» el Juez ante una nota de calificación registral: trasladar a las partes y al Ministerio Fiscal el documento para que si lo creen adecuado interpongan recurso contra la calificación, recurso que es el gubernativo, según señala expresamente el siguiente artículo 135, y cierra el grupo el artículo 136, diciendo lo que «no debe hacer el Juez» en estos casos, es decir, apremiar al Registrador, pues ello iría en contra de la necesaria independencia en el ámbito de su función calificadora.

La última decisión que conozco en un recurso de queja ha sido dictada por el Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, cuyos razonamientos jurídicos creo pueden ser de interés para el lector, por lo que los transcribo a continuación. Se trata del auto de fecha 21 de mayo de 1986, que establece: «Primero. Que, como dice ROCA SASTRE (en su *Derecho hipotecario*, tomo II, pág. 284, 7.^a edición), los Jueces no pueden imponer a los Registradores la práctica de un asiento, y por ello el artículo 136 del vigente Reglamento Hipotecario (que constituía el 145 del anterior de 1915) prevé que el Registrador resista al apremio del Juez a realizar ninguna toma de razón tabular estableciendo el recurso

de queja, a lo que cabe añadir que ello es sin perjuicio de que pueda recurrirse por quien corresponda a la calificación registral que se efectúe promoviendo el adecuado recurso gubernativo. Segundo. Que lo procedente es de aplicación a las presentes actuaciones porque (sin prejuzgar, como es obligado, el fondo de lo cuestionado) no podía el juzgado oficiar al Registrador para significarle que su mandamiento 'sin más trámite debe ser anotado...', pues ello significa en realidad apremiarle para que practicase la anotación de referencia, por lo que es forzoso entender que concurre el supuesto previsto en el citado artículo 136 y, en su consecuencia, dar lugar a la queja...».

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona