

miento de la escritura de hipoteca o bien se construyó con posterioridad»... Mucho me temo que tal y como viene relacionada la referida vivienda en la escritura («vivienda-chalet de 120 metros cuadrados construidos»), su declaración posterior como obra nueva no evite la prueba extradocumental de que la construcción se realizó con anterioridad a la hipoteca, puesto que dicha vivienda no se identifica convenientemente de tal manera que impida su coincidencia con otras construcciones análogas, que de haber superficie en la finca pudieran construirse posteriormente.

A. P. DE LA C.

7. NO ES POSIBLE CANCELAR POR MEDIO DE INSTANCIA PRIVADA UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA VIGENTE PRACTICADA EN BASE A UN MANDAMIENTO JUDICIAL.

Resolución de 7 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 25 de febrero).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Josefa Castanedo San Miguel contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1-I de Santander a cancelar una anotación preventiva de embargo practicada en virtud de mandamiento judicial, en virtud de apelación de la recurrente.

Doña María Josefa Castanedo San Miguel, casada con don Félix Saiz Montejo, con domicilio en Santander, calle Isaac Peral, número 8, escalera A, 1.º B, sobre cuya vivienda se ha practicado en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de embargo, decretada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Santander, en virtud de mandamiento de fecha 29 de noviembre de 1984, por responsabilidad civil de su marido, dimanante de diligencias preparatorias número 25/1979 sobre imprudencia con muerte; que según certificación del Registro de fecha 17 de julio de 1985, a su esposa le ha sido notificado la existencia del procedimiento a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario; que por escrito de fecha 1 de agosto de 1985, la recurrente solicita del señor Registrador de la Propiedad se cancele dicha anotación por entender que el embargo no se ajusta a derecho y ser improcedente, por lo que se ha visto obligada a formular una tercería de dominio ante el Juzgado.

Presentado en el Registro el anterior escrito, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la cancelación de la anotación letra A de la finca 14.558, folio 21 del libro 181 de la sección segunda del Ayuntamiento de Santander, por los defectos de falta de previa presentación del documento en la Oficina Liquidadora del Impuesto, por falta de autenticidad del mismo y por no ser idóneo para producir la cancelación de una anotación preventiva de embargo tomada en virtud de mandamiento judicial, todo ello según la siguiente doctrina legal: Primero. Todo documento que deba producir asiento en el Registro de la Propiedad debe contener nota de pago del Impuesto extendida por la Oficina competente o, en su caso, la de exención o no sujeción. Así lo establece el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 57 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real

Decreto 3050/1980, de 30 de diciembre, y artículo 23 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre. Segundo. Conforme al artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, todo documento que deba producir asiento en el Registro deberá ser auténtico. La autenticidad de la petición requiere la de la firma y, por tanto, su legitimación notarial. Tercero. El documento necesario no es idóneo para producir la cancelación de una anotación preventiva de embargo practicada en virtud de mandamiento judicial. Con independencia de lo dispuesto con carácter general por el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, el artículo 83 de la misma expresamente establece para este tipo de anotaciones que: 'Las anotaciones de embargo no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, es decir, por resolución judicial firme y mandamiento de la misma naturaleza'. Cuarto. En orden a los hechos y fundamentos de derecho invocados en la instancia, que tratan de argumentar, más que sobre la posibilidad de cancelación de la anotación, sobre la procedencia de la anotación preventiva ya tomada, con independencia de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, según dispone el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, se pone de manifiesto: A) Que el hecho tercero del escrito contiene el error de confundir dentro del procedimiento ejecutivo el embargo preventivo, que es una resolución judicial recurrible en tercería de dominio o de mejor derecho, con la anotación del mismo en el Registro de la Propiedad, que es la mera publicidad de aquélla con efectos en cuanto a terceros adquirentes de la finca, que con tal publicidad conocen la existencia del procedimiento. Sólo partiendo de ese error puede afirmarse, como se hace en el documento, que la anotación de embargo, que incluso puede no existir, es la que obliga a la tercería. B) Que en cuanto a los fundamentos de derecho, con independencia de que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en los términos literales que se citan, está derogado, el problema del caso concreto a que se refiere el escrito ha sido ya tratado y resuelto por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su Resolución de 13 de abril de 1964 declaró: 'Que decretado el embargo en causa criminal y notificado a la mujer del inculcado, hay que estimar cumplida la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario y anotarse sobre bienes gananciales'. Debemos añadir que en el mandamiento que ordenó tomar la anotación preventiva constaba la notificación a la esposa. Los dos primeros defectos son subsanables; el tercero, es decir, la petición de cancelación por instancia, es insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión, que, por otra parte, no se ha solicitado. De conformidad con mi cotitular, don José Antonio García y García, se extiende la presente nota de calificación, contra la que cabe el recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia Territorial dentro del plazo de cuatro meses, a contar desde la fecha de la misma, sin perjuicio de contender ante los Tribunales sobre la idoneidad y validez del documento. Se archiva en el legajo de su clase fotocopia cotejada del escrito y nota de calificación. Santander, 7 de agosto de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible».

Con fecha 27 de agosto de 1985, doña María Josefa Castanedo San Miguel presenta de nuevo escrito en el Registro de la Propiedad reiterando la petición de cancelación de la anotación preventiva de embargo, dando lugar a la siguiente nota: «Subsanados los defectos de tal carácter, señalados bajo números 1 y 2 de la nota puesta al pie del documento, y sin

tener en cuenta que el tercero de los defectos es insubsanable, es decir, que con una instancia no se puede obtener la cancelación de una anotación de embargo practicada por mandamiento judicial, que requiere igual mandamiento, han sido remitidos de nuevo los documentos reiterando la petición y que el Registrador determine las normas que han modificado el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. En cuanto a la calificación, se reitera y mantiene la ya efectuada considerando que el defecto señalado bajo el número 3.º es insubsanable y, por tanto, denegada la petición formulada. En cuanto a la ilustración sobre disposiciones que se publican en el *Boletín Oficial del Estado*, es materia de consulta a Abogado, y siendo el cargo de Registrador incompatible con tal ejercicio, no puede entrar en la petición. El recurso que procede y la fecha de presentación del documento constan en la nota de calificación. Santander, 11 de septiembre de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible».

El día 19 de septiembre de 1985, la recurrente insiste en su petición con un nuevo escrito al que acompaña un certificado del Ayuntamiento de Santander de 10 de septiembre de 1985, que acredita que la vivienda objeto del embargo es el hogar familiar, lo que da lugar a la tercera nota: «Presentada el 6 de agosto del corriente año, asiento de presentación 1.313, diario 133, una solicitud firmada por la del presente escrito y remitida por correo, en la que se solicitaba la cancelación de la anotación de embargo a que el mismo se refiere, que fue practicada en virtud¹ de mandamiento judicial, fue denegada la solicitud por dos defectos de orden formal y uno de fondo y sustancial considerado insubsanable, cual es el no ser una instancia documento hábil y suficiente para la cancelación de una anotación de embargo ordenada en mandamiento que requiere igual mandamiento. Subsanaos los defectos calificados como subsanables, se reiteró la petición siendo mantenida la calificación y denegada. Todo ello según notas que constan en el documento que ha quedado relacionado. Entregada en mano y por la propia interesada en el día de hoy el documento que precede, que por referirse a la misma materia hace innecesaria su presentación, previo examen del mismo, se le devuelve con la siguiente nota adicional: 1. Se mantiene y reitera la calificación de ser insubsanable el defecto por no ser idóneo el documento para obtener la cancelación. 2. Los asientos del Registro, en cuanto se refieren a derechos ya inscritos o anotados, están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que no cabe que un particular pueda pedir la suspensión de un asiento practicado a nombre de otro, sin que aquéllos lo ordenen. 3. Contra la petición formulada y denegada, se advierte que cabe el recurso que ya fue señalado en la nota puesta al primero de los documentos. Santander, 19 de septiembre de 1985. El Registrador.—Firma ilegible».

Doña María Josefa Castanedo San Miguel interpone recurso contra la nota de calificación, y tras hacer un relato prolijo sobre los hechos que dieron lugar al mandamiento del Juez ordenando la anotación de embargo del inmueble, así como de la desestimación de la demanda de tercería de dominio contra todas las partes del proceso penal, termina solicitando la cancelación de la anotación de embargo decretada por el Juzgado, por no haber sido la demanda dirigida contra ambos cónyuges (art. 144 del Reglamento Hipotecario), y sin que baste que el embargo haya sido notificado a la esposa al no perseguirse bienes comunes (art. 1.366 del Código Civil).

El Registrador informó que en el mandamiento consta de forma expresa

que el embargo se le ha hecho saber a la esposa del encausado, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario; que impiden dar cumplimiento a la petición los artículos 1.º y 83 de la Ley Hipotecaria; que la cuestión de fondo, de si procede o no el embargo, es totalmente ajena a la calificación, y el derecho que considera infringido la recurrente tiene su amparo en la tercería de dominio, a promover ante el propio Juzgado y no ante el Registrador; que el Registrador no puede entrar a calificar el fondo de una resolución judicial, y que la notificación de embargo es suficiente para practicar la anotación, conforme a las Resoluciones de la Dirección General de 13 de abril de 1964 y 28 de mayo de 1963, y que la instancia no es documento hábil para poder obtener la cancelación de la anotación, ya que se requiere documento de la misma clase.

El Magistrado-Juez de Primera Instancia número 1 de Santander informa que por providencia dictada en la pieza separada de responsabilidad civil derivada de las diligencias preparatorias número 25/1979, en las que recayó sentencia condenatoria contra don Félix Saiz Montejo por delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos, se acordó el embargo de la vivienda familiar que tiene el carácter de bien ganancial, notificándose el embargo a su esposa, librándose el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad para su anotación preventiva; que el embargo se acordó porque los bienes gananciales responden de las obligaciones de uno de los cónyuges derivadas de culpa extracontractual en el desarrollo de la actividad generadora de ingresos para la sociedad de gananciales.

El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador.

Doña María Josefa Castanedo San Miguel se alzó de la decisión presidencial con los siguientes argumentos: 1. Que no ha tenido intervención alguna en el hecho por el cual fue condenado su marido, ni tampoco en el proceso penal, y que no es responsable civil subsidiaria porque con este carácter ha sido condenado el empresario de don Félix Saiz Montejo. 2. Que el siniestro estaba asegurado con pólizas de seguro voluntario y obligatorio con la Entidad «Ibérica de Seguros La Providence, Sociedad Anónima», y no se sabe la razón por la cual no se le ha exigido a la misma la responsabilidad directa, aunque dicha Entidad aseguradora haya sido disuelta forzosamente por el Ministerio de Hacienda en el año 1980, pues debería responder la Comisión Liquidadora o el Consorcio de Compensación de Seguros, y, además, la Entidad durante el proceso aceptó el siniestro. 3. Que se encuentra en una situación de indefensión porque se va a subastar la vivienda familiar, porque formuló demanda de tercería de dominio y el Juzgado no la admitió a trámite y porque tampoco se ha requerido de pago a la Comisión Liquidadora. 4. Que la demanda no ha sido dirigida contra ambos cónyuges, y que no basta que haya sido notificado el embargo a la esposa según el artículo 1.366 del Código Civil, pues el hecho es culposo. 5. Que el Registro debe coadyuvar a la defensa y conservación del hogar familiar, según el preámbulo del Real Decreto 3215/1982, que modifica el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. 6. Que el artículo 91 del Reglamento exige el consentimiento expreso del otro cónyuge. 7. Que el Registro, según el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, debería haber examinado la congruencia del mandamiento con el procedimiento (y éste es el fondo de la cuestión), y que el artículo 112, 2.º, del mismo Reglamento prevé la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones

o negativas a inscribir y debió hacerlo también en la ejecutoria de la que dimana el mandamiento y en la tercería de dominio.

Doctrina de la Dirección.—Fundamentos de Derecho: Vistos los artículos 1.º, 3.º, 40, 82 y 86 de la Ley Hipotecaria:

1. La recurrente pretende la cancelación de una anotación preventiva de embargo practicada sobre un inmueble (vivienda familiar), en virtud de petición hecha en una instancia. En realidad, este recurso no se promueve contra la calificación de un título al que se haya negado acceso al Registro de la Propiedad, sino contra un asiento ya practicado.

2. La recurrente olvida que los asientos del Registro, artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud.

3. Para cancelar una anotación preventiva, artículo 82 de la Ley, se requerirá providencia ejecutoria, a través del mandamiento correspondiente y en base a resolución judicial firme, sin que el Registrador sea competente para proceder a la cancelación por simple petición de parte, excepción hecha de los supuestos de caducidad del asiento (arts. 86 de la Ley y 355 del Reglamento).

4. En realidad, lo procedente en este recurso es su inadmisión, dado que el recurso gubernativo, artículos 122 y siguientes del Reglamento, sólo cabe contra la negativa del Registrador a practicar un asiento, pero no puede interponerse contra una calificación ya realizada de un título que ha tenido acceso a los libros registrales.

La rectificación de un asiento que se estima erróneo habrá de realizarse por el procedimiento idóneo entre los que señala el artículo 40 de la Ley, o bien acudiendo a los Tribunales para contender acerca de la validez o nulidad de los documentos que lo motivaron, artículo 66 de la misma Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

COMENTARIO.—En el comentario de esta resolución separaré dos aspectos claramente diferenciados: por un lado, la doctrina sentada por la Dirección General, por lo demás tan evidente que sobraría cualquier comentario, y, por otro, el examen de la anotación de embargo practicada en el Registro, cuya cancelación se solicitaba por instancia privada. Veamos ambos puntos:

1) IMPOSIBILIDAD DE CANCELAR POR MEDIO DE UNA INSTANCIA PRIVADA UNA ANOTACION PRACTICADA EN VIRTUD DE MANDAMIENTO JUDICIAL: El Registrador en la primera de las notas aprecia la existencia de tres defectos, los dos primeros posteriormente subsanados y el tercero objeto de recurso. Esta primera nota, más que una nota de calificación parece un verdadero informe en defensa de la misma por su desmesurada extensión; entiendo que hubiese sido más que suficiente la simple enumeración de los defectos, concretamente en cuanto al tercero la no idoneidad del documento presentado para practicar la cancelación, dejando todo lo demás para el correspondiente informe caso de recurso. Quizá la extensión de la nota se deba a la existencia de cierto enfrentamiento entre el Registrador y la presentante, como parece desprenderse

de la redacción de las diferentes notas: Véase, por ejemplo, la alusión a la imposibilidad de asesorar sobre disposiciones publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, dada la actual legislación de incompatibilidades. La segunda nota es una mera insistencia en el tercero de los defectos. Finalmente, la tercera reitera el defecto e incluso amplía los argumentos en que se apoya la calificación, sobrepasando, a mi juicio, como ya dije antes, lo que debe ser una nota de calificación.

Antes de entrar en el examen del defecto creo oportuno hacer una breve referencia al hecho de haberse extendido esta tercera nota en una nueva instancia, con idéntico contenido que la primera (supongo que con la nota de la Oficina Liquidadora y legitimación de firma, pues de lo contrario se habrían añadido los dos primeros defectos nuevamente), y con la expresión del Registrador de que «por referirse a la misma materia hace innecesaria su presentación». Es decir, se presenta una nueva instancia con idéntico contenido que la primera, sin que la segunda sea objeto de nueva presentación «por referirse a la misma materia». ¿Es correcto el proceder del Registrador de calificar el documento sin su previa presentación en el Diario? Lógicamente para plantearse esta duda debe estar vigente el asiento de presentación causado por la primera instancia presentada, pues si el mismo hubiere caducado no admite duda alguna la necesidad de nueva presentación.

El problema de la presentación de nuevos ejemplares o copias de documentos estando vigente el asiento de presentación causado por el anterior ejemplar es hoy en día abordado por el artículo 428 del Reglamento Hipotecario tras la reforma de 1982, que admite la no necesidad de nueva presentación si no existe duda sobre la identidad de los dos ejemplares o copias. Este precepto parece, evidentemente, pensado para documentos públicos notariales (o judiciales), y de ahí la expresión que emplea de aportación de «otra copia o ejemplar», pero su aplicación a supuestos de documentos privados parece ofrecer dudas. Además, la aplicación o no de este precepto puede tener importantes consecuencias. En el supuesto ahora examinado no parece tener mayor importancia, pero pueden ponerse múltiples ejemplos donde la aplicación del precepto en uno u otro sentido puede acarrear efectos de gran importancia, especialmente si el documento causa el correspondiente asiento por ser objeto de calificación positiva. Veamos simplemente uno de estos ejemplos: Presentación en el Registro de una solicitud privada para la práctica de una anotación preventiva de acreedor refaccionario (arts. 59 de la Ley Hipotecaria y 155 de su Reglamento), y posterior retirada de la misma; posterior presentación de un mandamiento ordenando la práctica de una anotación de embargo sobre la finca (lógicamente dirigido contra el titular registral), y, finalmente, aportación al Registro de un nuevo ejemplar de la instancia primitiva de solicitud de anotación de acreedor refaccionario, estando aún vigente el asiento de presentación, por haberse extraviado la primera o por cualquier otra causa. Si entendemos que no es necesaria una nueva presentación por aplicación del citado artículo 428 del Reglamento Hipotecario, la anotación de acreedor refaccionario tendrá la preferencia que le otorga dicho asiento de presentación; caso contrario, su preferencia vendrá determinada por el nuevo asiento de presentación que se extienda.

La necesidad o no de nueva presentación puede tener también trascendencia incluso en supuestos de calificación negativa: Así, por ejemplo, la

posibilidad de interponer el recurso con tiempo suficiente para que la orden del Presidente de la Audiencia declarando la suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación llegue al Registro vigente dicho asiento (arts. 114 del Reglamento Hipotecario y 66 de la Ley), etc....

Aunque, como digo, la aplicación de dicho artículo 428 al supuesto de documentos privados pueda plantear dudas, entiendo que el Registrador, en el caso ahora examinado, procedió correctamente no presentando la nueva instancia, haciendo, por tanto, extensiva la doctrina del artículo 428 del Reglamento Hipotecario a supuestos de documentos privados; en estos casos, como es lógico, habrán de extremarse aún más las precauciones para la plena identificación de ambos documentos, tal como exige dicho precepto. Una vez admitida la aplicación de dicho precepto, entiendo correcta la nota puesta por el Registrador, explicativa de haberse calificado ya otra instancia, reiterando nuevamente el defecto.

Entrando ya en el examen del defecto propiamente dicho, como ya digo antes, el mismo es tan claro que sobraría cualquier comentario. Basta leer los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria para comprobar la imposibilidad de cancelar una anotación preventiva practicada en base a un mandamiento judicial, con una simple instancia privada, salvo supuesto de caducidad (art. 353 del Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 1982, y no 355, como por error dice la resolución). Como es sabido, los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria), incluso los practicados erróneamente, y no son los particulares los llamados a cancelarlos por medio de una simple instancia.

No obstante, quiero hacer una referencia a alguna imprecisión en que, a mi juicio, incurre la Dirección General. La resolución, en su primer fundamento de Derecho, afirma que en realidad este recurso no se promueve contra la calificación de un título al que se haya negado acceso al Registro de la Propiedad, sino contra un asiento ya practicado. Por su parte, el cuarto fundamento añade que lo procedente es su inadmisión por no poderse interponer recurso contra un título que ya ha tenido acceso al Registro.

Yo no veo tan claro estas afirmaciones de la Dirección General en cuanto al recurso resuelto, y entiendo que lo procedente es admitir el recurso y confirmar la nota del Registrador, en el sentido de no ser posible cancelar la anotación preventiva por una simple instancia. La recurrente pretende obtener esta cancelación por estar, a su juicio, mal extendida la anotación: Lo procedente es, por tanto, denegar esa cancelación, tal como hizo el Registrador, siendo indiferente los motivos que la recurrente crea le asisten para obtener la cancelación. La posición correcta es admitir el recurso y confirmar la nota declarando no procedente la práctica de la cancelación solicitada. El recurso sí se promueve contra la calificación de un título al que se ha negado acceso al Registro (la instancia), en contra de lo que dice el primer fundamento de Derecho. La propia resolución, a pesar de lo afirmado en ese fundamento, y en el cuarto, parece resolver en el sentido apuntado, pues el fallo lo que hace es confirmar el auto, que, a su vez, había confirmado la nota del Registrador; en este sentido, por ejemplo, el tercer fundamento de Derecho. En el fondo, la solución es la misma, pero repito que la resolución adolece, a mi juicio, de las imprecisiones señaladas. Además, al hablar en dicho fundamento tercero de la necesidad de providencia ejecutoria para cancelar anotaciones, debería aña-

dir practicadas en virtud de mandamiento, pues la expresión genérica, con referencia, por tanto, a todo tipo de anotaciones, es incorrecta, ya que alguna sí se puede cancelar por documento privado, como, por ejemplo, la del acreedor refaccionario (arts. 206, 12, y 208, 2, del Reglamento Hipotecario).

2) EXAMEN DE LA ANOTACION DE EMBARGO CUYA CANCELACION SE SOLICITABA: Ya he dicho antes cómo a efectos del recurso es indiferente que la anotación de embargo se hubiese practicado correcta o incorrectamente, pues aunque se hubiese extendido erróneamente nunca procedería su cancelación por una simple instancia privada. No obstante, quiero examinar brevemente la controvertida anotación a la vista de los datos que se desprenden del recurso.

Se trata, en principio, de una anotación de embargo practicada sobre bienes gananciales: A pesar de que el recurrente declara en su informe no perseguirse bienes comunes, el carácter ganancial del bien embargado parece evidente: así, por ejemplo, el Magistrado Juez en su informe lo afirma expresamente, y el mismo Registrador lo reitera. Sin embargo, sólo tenemos conocimiento del carácter ganancial del inmueble, pero no cómo fue adquirido (por el marido, la mujer, o por ambos) y si tal adquisición se efectuó ya vigente la reforma del Reglamento Hipotecario de noviembre de 1982, por lo que no podemos saber la forma en que figura inscrito el bien embargado, lo que tiene trascendencia a efectos del embargo, como veremos.

La deuda que motiva el embargo deriva de diligencias preparatorias contra el marido por imprudencia simple con muerte, con infracción de reglamentos. La recurrente entiende que dicha deuda no es a cargo de la sociedad de gananciales, por derivar de un hecho culposo (debe referirse a culpa grave por aplicación del art. 1.366 del Código Civil, que ella misma cita). El Magistrado que ordenó la práctica del embargo, por su parte, entiende en su informe que los bienes gananciales sí respondían de la deuda a tenor de dicho precepto.

Sin perjuicio de la posibilidad de anotar embargos sobre bienes comunes por deudas que no sean a cargo de la sociedad de gananciales (artículo 144, 1, párrafo 2, del Reglamento Hipotecario), la regla general es que para practicar anotaciones de embargo sobre bienes comunes, la deuda ha de ser a cargo de la sociedad de gananciales. Ahora bien, la calificación de la deuda que motiva el embargo (es decir, si es o no a cargo de los gananciales) escapa al Registrador, siendo problema previo de orden civil, que, por tanto, debe determinar el Juez (en este sentido, es prácticamente unánime la doctrina: así, por ejemplo, CAMY, LA RICA, RIVAS TORRALBA, y más recientemente GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO en su trabajo «Anotaciones preventivas de embargo sobre bienes gananciales», publicado en el volumen *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, editado por el Colegio de Registradores, págs. 833 y sigs.). Además, la casi totalidad de los mandamientos que se presentan en los Registros no contienen datos suficientes para poder determinar si la deuda es o no a cargo de la sociedad de gananciales. En último término, salvo que el carácter privativo se desprenda claramente, existirá una presunción de ganancialidad de la deuda. Como un dato más para apoyar esta interpretación de no ser materia de calificación la naturaleza de la deuda, es significativa la reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que antes hacía referencia a «deu-

das y obligaciones contraídas por el marido y la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales», habiendo desaparecido esta mención en la reforma de 1982, por lo que el Registrador ya no tendrá que calificar este punto.

Siendo, por tanto, la determinación de la naturaleza de la deuda materia reservada al Juez, es evidente que en el supuesto que ahora examinamos, la misma es ganancial a efectos registrales, al decirlo expresamente el Magistrado. Precizando más, hemos visto que la deuda deriva de una causa criminal; la posibilidad de anotar embargos sobre bienes gananciales por deudas derivadas de causa criminal ya fue expresamente admitida por la Resolución de 13 de abril de 1964, citada por el Registrador en su informe. Esta resolución distingue claramente entre el carácter personal de la responsabilidad penal y la posible afección de los bienes comunes para garantizar la responsabilidad civil derivada del delito o la falta, como ocurre en el caso ahora examinado.

Estamos, pues, ante una anotación de embargo decretada sobre bienes comunes por una deuda a cargo de la sociedad de gananciales, tal como expresamente la califica el Juez (suficiente, incluso vinculante para el Registrador, como vimos). Para determinar la correcta extensión de la anotación, hay que acudir al artículo 144 del Reglamento Hipotecario. No es éste el momento ni el lugar para estudiar este polémico precepto, por lo demás objeto de innumerables trabajos en los últimos años, especialmente a partir de la reforma de 1959 (puede verse, por ejemplo, recientemente el trabajo de GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, antes citado, en el que se estudia exhaustivamente la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a este precepto, antes y después de las reformas de 1982 y 10 de octubre de 1984; a esta última, al parecer desconocida por la recurrente, parece referirse el Registrador en sus notas primera y segunda). Prescindo, por tanto, del estudio de la evolución del artículo, sus interpretaciones tras la reforma de 1959 (con las importantes Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966), problemas procesales que plantea, etc., temas por lo demás sobradamente conocidos. Me limitaré a examinar las soluciones hoy vigentes tras la reforma de 1982, pues además la anotación se practicó con posterioridad a noviembre de 1984, fecha del mandamiento que las ordena, y sólo en cuanto a las anotaciones practicadas vigente la sociedad de gananciales.

Los párrafos 1 y 2 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 1982, establecen que «para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno sólo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en el supuesto del párrafo siguiente. Cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.272 del Código Civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor» (ya vimos antes cómo se ha suprimido la referencia a ser las deudas a cargo de la sociedad de gananciales). Los términos empleados por estos dos párrafos del artículo 144 parecían indicar la insuficiencia de la simple notificación al cónyuge no deudor, en contra de la doctrina sentada por las Resoluciones de diciembre de 1966. En este sentido se manifestaron, por ejemplo,

GARCÍA GARCÍA (*Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Editorial Civitas), que entendía que con esta redacción quedaba superada la doctrina de las indicadas resoluciones, o EMILIANO CANO (en un trabajo publicado en esta misma *Revista*, número 558, septiembre-octubre 1983), que entendió que el precepto obliga expresamente a demandar a ambos cónyuges, trayendo a colación la Resolución de 10 de noviembre de 1981, dictada en un supuesto de embargo decretado una vez inscrita la liquidación de la sociedad de gananciales, pero habiéndose instado el procedimiento por deudas contraídas vigente dicha sociedad: La Dirección entendió que al figurar el bien inscrito a nombre de uno de los cónyuges, éste debe ser el demandado, sin que baste demandar al otro y notificar a éste.

Pero a pesar de los textos aparentemente claros del nuevo artículo 144, la Dirección General en las importantes Resoluciones de 28 de marzo y 15 de abril de 1983, tras estudiar el nuevo precepto, ha reiterado la suficiencia de notificar al cónyuge del demandado en el supuesto de embargo de bienes comunes por deudas gananciales. Distingue la primera de dichas resoluciones las tres posibilidades que pueden darse según la obligación haya sido contraída por ambos cónyuges; por uno solo de ellos con carácter puramente personal, de la que responde solamente el esposo deudor con la posibilidad que al otro cónyuge le ofrece el artículo 1.373 del Código Civil, y obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la Ley. Sin entrar en el examen de esta resolución, diré simplemente que la misma entiende que en el tercero de los casos enumerados es suficiente demandar al cónyuge deudor y notificar el embargo al otro cónyuge, sin que, por tanto, sea necesario demandar a ambos. Estudia la Dirección General el aspecto procesal de la cuestión (carácter individual de la cualidad de deudor), lo que es criticado por GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, por entender que acudir a la Ley Procesal para saber cómo debe establecerse la litis-pendencia es correcto, pero no para determinar si el embargo es anotable o no.

Pero guste o no, ésta es la interpretación que la Dirección General ha dado al nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Creo que a pesar de lo dicho por la citada Resolución de marzo de 1983, la cuestión no está resuelta plenamente, sin que pueda simplificar hasta el extremo de entender que cualquier embargo sobre bienes gananciales para responder de deudas calificadas como gananciales es anotable con la simple notificación al cónyuge no deudor. Y es que la inscripción de los bienes comunes puede revestir múltiples formas; prescindiendo de los antiguos artículos 94 y 95 del Reglamento, los actuales artículos 93, 94 y 95, al regular la inscripción de los bienes adquiridos vigente la sociedad de gananciales establecen diversas formas de inscripción de los mismos.

No veo inconveniente alguno en aplicar la doctrina sentada por la Resolución de 1983 a los bienes inscritos con arreglo al artículo 93, 1 (adquiridos por ambos cónyuges), y a los inscritos con arreglo a los artículos 93, 4, y 94, 1, cuando el cónyuge demandado sea el titular registral (y, por tanto, el adquirente). Pero ¿qué sucede en el caso de ser el adquirente y, por tanto, aquel a cuyo favor se ha inscrito el bien, el cónyuge no deudor? ¿Bastará en estos casos la simple notificación de la demanda sin necesidad de demandarle? GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, en el trabajo citado, entienden que este supuesto plantearía serias dudas derivadas fundamen-

talmente de los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento. Para desarrollar este problema sería necesario entrar en consideraciones que escapan a estas notas, como la naturaleza de la sociedad de gananciales, y especialmente la distinción entre el titular del bien y el carácter ganancial del mismo. No es éste el momento para desarrollar este tema, siendo además numerosos los trabajos publicados al respecto en los últimos años, desde que BLANQUER UBEROS estableció esta distinción (en su trabajo «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales: alcance, modalidad y excepciones», hoy en día publicado en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 25, 1982). En síntesis, distingue este autor entre titular del bien, que es el que lo adquiere, y carácter del bien (ganancial o no), según la forma de adquisición, siendo el carácter ganancial del bien el que exige el consentimiento de ambos cónyuges para su disposición, pero no para los actos de administración, que podrá realizarlos por sí solo el titular.

Si aceptamos esta distinción, como de hecho recoge hoy el Reglamento Hipotecario en sus artículos 93 y siguientes, parece evidente que sólo será anotable el embargo si la demanda se dirigió contra el cónyuge que sea titular registral, y se notificó al otro, pero no si el demandado no es titular registral, por aplicación fundamentalmente del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, debiendo en este sentido entenderse matizada la Resolución de marzo de 1983.

Finalmente, una breve referencia al problema del carácter de VIVIENDA FAMILIAR que, al parecer, tenía el bien embargado. El Juez ordenante del embargo así la califica, y la recurrente lo afirma igualmente en su informe; incluso a la segunda instancia presentada se acompaña un certificado del Ayuntamiento de Santander que «acredita que la vivienda objeto del embargo es el hogar familiar» (un inciso: No alcanzo a ver bien cuál puede ser el contenido de este certificado que «acredita» que la vivienda es hogar familiar, aunque a mí ya no me extraña nada. Recientemente me decía un Notario que en su despacho se había presentado una pareja que, para fines que no vienen al caso, aportaban una certificación expedida por el Alcalde de su Ayuntamiento que «acreditaba que convivían», aunque parece que tampoco detallaba excesivamente hasta dónde llegaba la convivencia).

A los efectos que ahora examinamos, sin embargo, es indiferente que la vivienda embargada sea o no el hogar familiar (o vivienda habitual, como habla el art. 144 del Reglamento) dado el carácter ganancial del inmueble. Tratándose de bienes comunes, los requisitos para anotar el embargo son los mismos, sea o no vivienda habitual. Las especialidades surgen si el inmueble tiene el carácter de privativo de uno de los cónyuges, tal como establece el artículo 144, 5, del Reglamento Hipotecario, actualmente redactado por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984. No es éste el lugar ni el momento para estudiar este precepto, y si lo cito es sólo para poner de relieve el error de la recurrente al entender que el hecho de ser vivienda habitual lleva consigo requisitos especiales para poder anotar el embargo.

M. C. M.