

16. NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA, AUNQUE SE HAYA OTORGADO PARA DAR CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA, POR LA CUAL SE DIVIDE UNA FINCA QUE YA HABÍA SIDO OBJETO DE OTRA DIVISIÓN ANTERIOR Y DIFERENTE, INSCRITA EN EL REGISTRO, SI EN AQUÉLLA NO SE HACE NINGUNA REFERENCIA A LA PRIMERA DIVISIÓN, QUE SE DICE EN EL RECURSO OLVIDADA POR LOS INTERESADOS LITIGANTES Y OTORGANTES DE LA SEGUNDA.

PERO EL DEFECTO, COMO PURAMENTE FORMAL, ES SUBSANABLE, YA QUE PUEDE SER SUPERADO POR UNA ESCRITURA DE ACLARACIÓN RECONSTRUYENDO PREVIAMENTE LA FINCA QUE SE VOLVIÓ A DIVIDIR.

*Resolución de 4 de abril de 1974 (B. O. del E. de 22 de abril).*

*Antecedentes de hecho.*—Los cónyuges don Julián Raneda Romero y doña Hortensia Gay Gómez eran dueños de una finca compuesta de casa y corral, sita en Alagón, calle Mayor, número 30, de 880 metros cuadrados de superficie, inscrita en el Registro de la Propiedad bajo el número 2.761, inscripción quinta; los nombrados cónyuges otorgaron testamento mancomunado el 26 de enero de 1945, en el que, aparte de otras disposiciones, legaron «la mitad indivisa de la casa» citada a su hijo don Julián Raneda Gay, y la otra mitad a sus siete restantes hijos, doña Angeles, don Luis, doña Consuelo, doña Cándida, doña Julia, doña María y don Jesús Raneda Gay, con un derecho de habitación durante su soltería, en el piso segundo, a las hijas que no hubieran contraído matrimonio cuando falleciere el sobreviviente; los testadores establecieron en favor de su hijo Luis un derecho de adquisición por compra a su justo precio en el momento que estimase conveniente de las seis partes de las siete en que se distribuyó la mitad indivisa de la casa referida legada conjuntamente a él y otros seis hermanos; lo dejado a la hija Julia, tanto en concepto de heredera como de legataria, lo fue sólo en usufructo con reserva del pleno dominio en favor de su descendencia, y a falta de la misma de sus hermanos coherederos o quienes les representasen; fallecida doña Hortensia Gay Gómez se otorgó escritura particional el 4 de marzo de 1946, en la que se adjudicó al viudo, don Julián Raneda Romero, la mitad indivisa de la casa en pleno dominio y la otra mitad en usufructo, y la nuda propiedad a los ocho hijos, en la proporción de la mitad para don Julián Raneda Gay y la otra mitad para los siete restantes, con la salvedad de que la parte de doña Julia lo sería solamente en usufructo, según determinaba el testamento; la hija y heredera doña Julia Raneda Gay falleció el 30 de junio de 1948, sobreviviéndola su esposo, don Miguel Pérez Cisneros, y dos hijos, llamados Carlos y María Teresa Cisneros Raneda; por escritura otorgada el 3 de mayo de 1949, don Luis Raneda Gay, mediando el consentimiento de su esposa, doña Luisa Calvete Alfonso, vendió a su hermano don Julián su participación en los bienes de la herencia de su madre y, por consiguiente,

en el inmueble descrito, incluido el derecho de adquisición a sus restantes hermanos; don Julián Raneda Romero falleció el 17 de febrero de 1953, formalizándose la partición en las escrituras de 17 de marzo y 1 de mayo de dicho año; en la partición realizada, los herederos de doña Julia, o sea, sus hijos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, recibieron en pago de sus cuotas una finca rústica, con la que quedaron satisfechos de todos sus derechos en la herencia de sus abuelos, y, en consecuencia, la catorceava parte de la casa objeto del recurso dejada a doña Julia en el testamento de sus padres acreció a los siete restantes hijos y herederos de los causantes; al otorgarse la escritura de 1 de mayo de 1953, don Luis Raneda Gay convino con su hermano don Julián la venta de todo cuanto pudiera corresponderle en la finca descrita, además de lo que ya le había cedido en la escritura de 3 de mayo de 1949; como consecuencia de todo lo anterior, la casa de la calle Mayor de Alagón, número 30, a la que actualmente, y por rectificación de numeración practicada por el Ayuntamiento, le corresponde el 26, quedó en propiedad: en cuanto a una mitad indivisa, de don Julián Raneda Gay, y en cuanto a la otra mitad, por partes iguales, del propio don Julián y sus hermanos doña Angeles, doña Consuelo, doña Cándida, doña María y don Jesús Raneda Gay; los referidos hijos y herederos acordaron en la misma escritura de 1 de mayo de 1953 dejar indivisa la casa, que sería administrada por don Julián Raneda Gay, como principal partícipe, con la obligación de rendir cuentas a los demás. Mediante escritura de 25 de septiembre de 1953, ratificada por la de 8 de octubre siguiente, los interesados procedieron a dividir la finca en cuestión, previo traslado al piso primero izquierda del derecho de habitación establecido en el testamento de los padres en favor de las hijas solteras, doña Consuelo y doña Cándida Raneda Gay, atribuyendo a don Julián Raneda Gay «la vivienda derecha del piso primero de la casa, los corrales en su totalidad y todo lo que hay edificado y sin edificar desde los corrales hasta la calle de Las Damas», con la reserva a favor de doña Consuelo y doña Cándida de poder ocupar en los corrales, como facultad anexa a su derecho de habitación, un espacio suficiente para establecer el gallinero, y a estas últimas más doña Angeles, doña María y don Jesús, así como al propio don Julián, la otra mitad de la casa, integrada por tres locales en la planta baja, el piso primero izquierda y el segundo con viviendas a ambos lados (la izquierda sin terminar de construir), más bodega y desvanes; la mitad de don Julián originó la nueva finca registral número 3.769, inscrita al tomo 1.238, folio 246, inscripción primera, y la otra mitad determinó la inscripción sexta de la primitiva finca 2.761, en la forma que quedó después de la segregación practicada. Por diferencias surgidas sobre la administración, que continuaba siendo llevada por don Julián Raneda Gay, y con olvido, según confiesa el recurrente, de que la finca estaba ya dividida, se entabló por éste demanda en juicio ordinario de menor cuantía contra sus hermanos, en el que recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, de fecha 15 de febrero de 1971, en la que, entre otros pronunciamientos, se contenía el de dividir el inmueble, que se estimaba en estado de indivisión, y que para dar cumplimiento a dicha sentencia, el 11 de junio siguiente se otorgó ante el Notario de Zaragoza don Mariano Vilellas Lamarca escritura de división y constitución de propiedad horizontal, en la que los interesados dividieron el inmueble discutido, cuyo asiento estaba ya cancelado por haberse formado dos fincas nuevas e independientes, y sin hacer ninguna relación en la escritura a la actual situación registral, se adjudicaron en la siguiente forma: A) Casa sita en Alagón, su calle Mayor, señalada con el número 26, que ocupa una superficie de 167,50 metros cuadrados, compuesta de sótano, planta baja y dos alzadas, cada una de éstas con dos viviendas, izquierda y derecha, y la baja con dos locales a la izquierda y derecha del patio de entrada, que se adjudica

a los hermanos doña Angeles, doña Consuelo, doña Cándida, doña María y don Jesús Raneda Gay en régimen de propiedad horizontal. B) Finca urbana, que queda integrada por el resto del primitivo inmueble, con una superficie total de 512,40 metros cuadrados, que se adjudica a don Julián Raneda Gay.

Presentada en el Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción por los siguientes defectos: I. La finca objeto de esta escritura, otorgada de acuerdo con la sentencia de 15 de febrero de 1971, ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza, es una casa con corral en la villa de Alagón, calle Mayor, número 30, de una superficie de 630 metros cuadrados, reseñándose como la finca registral número 2.761, tomo 1.141, folio 241, libro 62, de Alagón, datos éstos que se corresponden con los descriptivos de dicha finca en la inscripción quinta, asiento éste que se ha extinguido registralmente, al tiempo que también ha desaparecido como tal entidad registral, por haber sufrido una segregación y haberse inscrito una transmisión, tanto sobre la porción segregada como sobre la matriz restante. El tracto registral exige entre el asiento obrante en el Registro y el título presentado a inscripción, una acabada identidad del objeto o finca y del sujeto o de los otorgantes, razón ésta por la que no es posible inscribir el reconocimiento del proindiviso o comunidad resultante de la cláusula segunda y expositivo séptimo de la escritura.—II. A mayor abundamiento, las dos fincas que en su descripción registral vigente traen razón de la número 2.761, una vez practicada segregación de ésta en su delimitación por la inscripción quinta, tampoco se identifican con las dos fincas resultantes de la división pactada en la escritura y descritas en la cláusula cuarta bajo las letras A y B. Razón ésta por la que no es posible inscribir la división material de finca estipulada en la cláusula cuarta de la escritura, y posteriormente la horizontal según la cláusula sexta, así como tampoco es posible la inscripción de los pactos de adjudicación de las fincas resultantes de tales operaciones divisorias.—III. Y aun así, para litigar en juicio sobre la finca registral número 2.761, en su descripción a tenor de la inscripción quinta—coincidente con la del expositivo primero de la escritura—, debieron ser parte, por tanto, en la tramitación del juicio, como en el posterior otorgamiento de la presente escritura, los siete hermanos don Julián, don Jesús, doña Consuelo, doña Cándida, doña Angeles, doña María y don Luis Raneda Gay, más los hermanos don Carlos y doña María Teresa Pérez Raneda, ausentes estos dos últimos de la tramitación del juicio y del otorgamiento de la escritura, siendo así que junto con los siete hermanos Raneda Gay son los que integran la titularidad registral de la mencionada inscripción quinta. Ejercitada en juicio de menor cuantía, que terminó con la sentencia de 15 de febrero de 1971 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, acción contradictoria del dominio del inmueble en la forma que quedó descrita para la finca número 2.761, en su inscripción quinta, debió entablarse previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de la correspondiente inscripción. Motivos legales para esta calificación son los dimanantes de los artículos 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria. Tales defectos se reputan insubsanables, no procediendo anotación preventiva. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses y en la forma determinada por los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.»

El Procurador don José Alfonso Lozano Gracián, en representación de don Julián Raneda Gay, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que para mayor claridad en la exposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario, dividirá en tres apartados la impugnación de la nota del Registrador; que en el prime-

ro se ocupará de la división de la finca que convinieron los interesados en 1953, analizando si esta división puede impedir la inscripción de la nueva que se ha ordenado por sentencia y ejecutada mediante la escritura cuya inscripción se deniega; que la calificación registral denegatoria se apoya en este primer extremo en la consideración de que la finca objeto de la escritura no existe registralmente por haber sufrido una segregación y haberse inscrito una transmisión, tanto sobre la porción segregada como sobre la finca matriz; que esto puede inducir a error si se piensa en una transmisión a favor de tercero que no existe, ya que lo sucedido, según el Registro, es que se realiza una división de cosa común, que dio lugar a la segregación de una porción, que pasó a constituir finca independiente, adjudicada a uno de los partícipes, y la continuación de la indivisión entre los demás copropietarios sobre el resto de la finca matriz; que así lo demuestra un proyecto de calificación facilitado por el propio Registrador en 3 de febrero de 1971; que planteada así la cuestión, ante la nueva escritura de división no puede decirse que no hay tracto registral entre ella y los asientos del Registro por faltar la identidad del objeto o finca y del sujeto o los otorgantes, puesto que está perfectamente claro que se trata de la misma finca y que los otorgantes son también los mismos; que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se limita a establecer la presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, pero esta presunción es *iuris tantum* (sentencia de 26 de noviembre de 1956), admite prueba en contrario, está sometida a materia de juicio y no puede constituir más que un elemento de prueba a conjugar con los restantes (sentencia de 21 de abril de 1970); que como la sentencia recaída en el pleito seguido declara en su considerando primero que sobre la finca existe una comunidad y que para terminar con la misma procede dividir la casa en la forma establecida, es evidente que la presunción registral desaparece y el Registrador viene obligado a inscribir el reconocimiento previo del proindiviso resultante de la cláusula segunda de la escritura, hecho por todos cuantos intervinieron en la anterior división de 1953, por lo que tiene fuerza suficiente para dejarla sin efecto y proceder a la nueva división que se realiza; que los efectos de la cosa juzgada obligan no sólo a quienes fueron parte en el litigio, sino también al Registrador, que no puede anular los efectos de una sentencia firme utilizando los asientos del Registro cuando no existe tercero hipotecario, como ocurre en el presente caso; que en el extremo segundo de la nota registral se dice que a mayor abundamiento no es posible inscribir la división material estipulada ni los pactos subsiguientes de constitución en propiedad horizontal y adjudicaciones, porque las dos fincas, que en su descripción registral vigente traen razón de la número 2.761, tampoco se identifican con las dos fincas resultantes de la división descritas bajo las letras A) y B); que en este punto, el Registrador no ha tenido en cuenta que no existe una transmisión de las dos citadas fincas derivadas de la división practicada en 1953, sino que se trata de una nueva división de la misma finca que se declara poseída en proindiviso, que se divide de forma distinta a la practicada en 1953, por lo que la única identificación que cabe exigir es la que debe existir entre la finca dividida en 1953 y vuelta a dividir de otra forma en 1971, identidad que se da de manera indiscutible; que el único problema registral, a juicio del recurrente, es si la división material convenida en 1953, y llevada al Registro en 1955, puede impedir que se inscriba una división distinta sin haber dejado previamente sin efecto la anterior, problema que no se analiza en la calificación; que no hay duda de que si en la escritura ahora presentada a inscripción se dijera que los otorgantes dejaban sin efecto la división anterior y las inscripciones a que dio lugar y seguidamente pactaran la

nueva división, la inscripción de tal escritura no hubiera tropezado con ninguna dificultad; que tampoco habría surgido ningún obstáculo si los titulares de los asientos que produjo la división de 1953 hubieran procedido a agrupar nuevamente las dos porciones de finca para reconstituir la primitiva y luego la hubieran vuelto a partir; que de esta forma, la cuestión consiste en decidir si reconocido por todos los interesados que poseen una cosa en indivisión y pactada una división distinta a otra precedente, la escritura otorgada supone la voluntad de dejar sin efecto la partición anterior y, por tanto, la de los asientos que produjo y el consentimiento para que se inscriba la nueva división sin que se estime interrumpido el tracto sucesivo; que la solución puede encontrarse en el artículo 1204 del Código civil, cuando dice que «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituye, es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles», que es lo que ocurre en el caso planteado; que el extremo tercero de la calificación registral se refiere más a la sentencia que a la escritura, por cuanto afirma que para litigar en juicio sobre la finca registral número 2.761, en su inscripción quinta, debieron ser parte los siete hermanos, hijos del matrimonio primitivo titular de la misma, más los dos sobrinos, hijos de otro hermano fallecido, que no tomaron parte en la tramitación del juicio y en el otorgamiento de la escritura, puesto que todos integraban la titularidad registral de la mencionada inscripción quinta; que en este punto cabe observar que tanto en el proyecto de calificación como en la calificación definitiva, esa inscripción quinta está hipotecariamente extinguida; que, además, dicha inscripción quinta de la finca 1.261 está practicada a nombre de los cónyuges don Julián Raneda Romero y doña Hortensia Gay Gómez, y fallecidos éstos garantizaba los derechos de sus ocho hijos herederos; que fallecida la heredera Julia, sus derechos sobre el objeto de la inscripción pasaron a sus hijos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, pero desde el momento en que se otorgó la escritura de 1 de mayo de 1953, los últimamente nombrados dejaron de tener interés en la repetida inscripción quinta, puesto que recibieron otros bienes en pago de sus derechos hereditarios en la sucesión de sus abuelos; que prueba de ello es que cuando se otorgó la división de 1953, los mismos no intervinieron en la escritura, y si en aquel momento no fue necesaria, menos puede serlo para la inscripción de la nuevamente practicada en 1971; que, ciertamente, los asientos posteriores a la inscripción quinta no han sido tenidos en cuenta ni en el pleito ni en la subsiguiente escritura otorgada en ejecución de la sentencia recaída en aquél; pero a pesar de ello, lo cierto y reconocido por los interesados es que éstos poseían, de hecho, la finca al iniciarse el pleito no en la forma que indican tales asientos, sino de manera indivisa; que es también cierto que los asientos registrales existen hipotecariamente y deben surgir todos sus efectos mientras los Tribunales no declaren su nulidad o sean rectificadas en forma legal, pero también es verdad que la escritura calificada supone realmente una rectificación en forma legal, puesto que ni declara, ni transmite, ni grava, ni extingue ningún derecho registrado, sino que sencillamente, respetando el dominio inscrito, se modifica la situación registral por acuerdo de todos los interesados; que con arreglo al párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sólo se podría denegar la inscripción si los asientos practicados estuviesen extendidos a nombre de personas distintas de los otorgantes de la escritura; que los límites de la calificación, tanto en los documentos normales como en los de carácter judicial, están determinados por los artículos 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria y numerosa jurisprudencia que restringe las facultades del Registrador en los documentos judiciales; que en el caso objeto del recurso, tratándose de una escritura de división de cosa común otorgada en ejecución de sentencia firme

recaída en juicio declarativo de menor cuantía, el Registrador no puede calificar si fue o no necesaria la intervención en el pleito de los hermanos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, cuestión que compete exclusivamente al Juzgado; que también carece de facultades el funcionario calificador para denegar la inscripción, fundándose en que siendo contradictoria del dominio la acción ejercitada debió entablarse previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, pues aparte de que la acción para dividir una cosa común no es contradictoria del dominio, cualquier posible oposición entre la acción ejercitada y la situación registral desaparece al allanarse a la demanda todos los titulares de inscripciones afectadas por ella, y que, finalmente, tampoco tiene facultades el Registrador para calificar la forma en que se inició el procedimiento, extremo que sólo incumbe al Juzgado, y si éste decidió que procedía otorgar la división y condenó a practicarla, la escritura otorgada en cumplimiento del fallo debe ser inscrita si no existe en el Registro obstáculo que lo impida.

El Registrador informó: En cuanto al primer apartado de la calificación, que como la finca a que se refiere la escritura ha sido registralmente sustituida por otras dos distintas en que se dividió, según reconoce en su escrito el propio recurrente, ha variado su descripción y titularidad, por lo que no puede tener acceso al Registro ningún título que no recoja la nueva situación, so pena de incumplir un principio tan fundamental para nuestro ordenamiento jurídico como es el del tracto sucesivo; que por lo que se refiere al punto segundo, la resolución de 8 de mayo de 1946 determina que en el recurso gubernativo tiene que estarse a lo que resulte de los asientos del Registro, y lo que resulta de éstos es que las fincas que en el mismo constan no se identifican con las restantes de la división practicada en la escritura sometida a la calificación; que los interesados en el mismo constan no se identifican con las resultantes de la división anterior y proceder a realizar la nueva, pero no lo hicieron, por lo que hay que tener en cuenta que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y obligan a todos, en primer término al Registrador, que si se prescindiese de la situación registral y la voluntad implícita de las partes pudiera ser elemento determinante de los derechos y situaciones jurídicas, mal parada quedaría la seguridad del tráfico jurídico, seguridad que el legislador ha querido mantener en el campo hipotecario dando fuerza y consistencia a los asientos registrales y a las titularidades que publican incluso frente a los beneficiarios de las mismas; que admitir la nueva división, aparte de lo dicho, llevaría consigo dejar incólume la inscripción primera de la finca 3.769 y la sexta de la finca 2.761, con lo que se desembocaría en una flagrante doble inmatriculación registral; que en cuanto al apartado tercero admite los reparos del recurrente respecto al hecho de no haber sido parte en el procedimiento don Carlos y doña María Teresa Pérez Raneda, y en ese sentido rectificando la calificación recurrida, manteniéndola en lo que se refiere a que previamente o a la vez que la acción de división debió entablarse demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, ya que el Registro publica una situación distinta de la que resulta de la escritura calificada, con lo que surge el obstáculo registral a que se refiere la resolución de 18 de diciembre de 1942, y que el informante no pretende entrar a examinar el fondo de la cuestión, que es competencia de los Juzgados, sino mantener la validez de unos asientos cuyos pronunciamientos pretende ignorar el recurrente y cuya eficacia hay que respetar en tanto que su cancelación no sea ordenada por los propios Tribunales que los salvaguardan..

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, que relacionó con los diferentes considerandos del auto.

Y la Dirección General (3) resuelve la apelación del recurrente acordando confirmar el auto apelado y la nota del Registrador salvo en lo relativo a la calificación del defecto, que ha de estimarse como subsanable, en base a la siguiente doctrina:

*Doctrina de la Dirección.*—Para una mayor claridad en la resolución de este expediente conviene dejar sentado que la situación registral actual refleja la existencia de dos inscripciones realizadas en base a sendas escrituras de división otorgadas en 25 de septiembre y 8 de octubre de 1953, por las que el primitivo inmueble resultó dividido en dos fincas independientes dada la segregación que se verificó: una de ellas—la número 3.769—formada por la porción segregada, y la otra integrada por la matriz restante, inscripciones éstas que, como todos los asientos registrales, se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, en tanto no se declare su inexactitud.

Dado lo anteriormente expuesto, este recurso plantea la cuestión de si será inscribible otra nueva escritura de división de finca y constitución de propiedad horizontal, otorgada en cumplimiento de una sentencia firme en 11 de junio de 1971 por los mismos interesados y en forma distinta a la que ya aparece inscrita en el Registro, y sin que en la misma se haga referencia a la actual situación registral—que extrañamente el recurrente manifiesta desconocer por haber olvidado la existencia de las escrituras de división anteriormente otorgadas e inscritas.

Ante esta circunstancia surge, en principio, un obstáculo derivado del contenido del propio Registro, que impide la práctica del asiento solicitado —y todo ello sin entrar en el fondo del asunto, que, en definitiva, ha supuesto el volver a dividir lo que civil e hipotecariamente estaba ya dividido—por oponerse a ello principios tan fundamentales en la legislación hipotecaria, entre otros, como es el de tracto sucesivo expresado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el de legitimación en su artículo 38, 2.º, al no haberse entablado previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones vigentes.

No obstante, al ser la causa que ha engendrado la actual situación la falta de conocimiento de aquella previa división del inmueble, que no pudo por esta circunstancia ser tenida en cuenta por la autoridad judicial, así como tampoco por el Notario autorizante de la escritura, y al ser los titulares los mismos y aparecer claramente reconocidos sus derechos por la sentencia y confirmados después por todos los interesados en la escritura calificada, se trata de un defecto subsanable y de carácter puramente formal que podría ser superado a través de una escritura de aclaración, en la que utilizando cualquiera de los medios que la legislación hipotecaria ofrece—como podría ser el de reconstituir la primitiva finca número 2.761, tal como era antes de la división hecha en 1953 y por medio de procedimiento de agrupación del artículo 50 del Reglamento Hipotecario—, lo que dejaría sin efecto los obstáculos que hoy día surgen del contenido del propio Registro.

En los documentos expedidos por la autoridad judicial, aunque la calificación de los Registradores sea más restringida que en relación a otros documentos, pueden, no obstante, extenderla a la competencia del Juzgado o Tribunal y demás extremos que recoge el artículo 99 del Registro Hipotecario, entre los que aparece el tener que contar con los obstáculos del Registro, por lo que no se ha extralimitado en el ejercicio de su función y, en consecuencia, ha actuado dentro de los límites que legalmente le están permitidos.

(3) VISTOS los artículos 1, 18, 20, 30 y 40 de la Ley Hipotecaria, 99 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de 20 de enero de 1928, 18 de diciembre de 1942 y 29 de marzo de 1944.

Al haber desistido el funcionario calificador del defecto III, primer inciso, no es necesario entrar en su examen.

COMENTARIO.—El complicado historial de antecedentes que contiene el primer resultando era necesario para comprender el tercer defecto de la nota (III); pero rectificando la calificación en el informe, en el sentido de admitir la improcedencia de este tercer defecto, los antecedentes no deben remontarse más atrás de la escritura de división otorgada el 25 de septiembre de 1953, ratificada por otra de 8 de octubre del mismo año, por las cuales se practicó la primera división de la casa de la calle Mayor, número 30, de Alagón, en la forma que el primer resultando detalla. Con olvido de esta división, según confiesa el recurrente, se entabla por don Julián Raneda juicio ordinario de menor cuantía contra sus hermanos, en el que recayó sentencia que, entre otros pronunciamientos, contenía el de dividir el inmueble, que se estimaba en estado de indivisión (4), y para dar cumplimiento a dicha sentencia se otorgó otra escritura de división del inmueble en dos, uno de ellos en régimen de propiedad horizontal que se adjudica a todos, y otro que se adjudica exclusivamente a don Julián Raneda. Como puede verse comparando ambas divisiones no son totalmente coincidentes, y estando inscrita la primera, el Registrador rechaza la inscripción de la segunda.

Las resoluciones citadas en el vistos son:

La de 20 de enero de 1928, que rechazó la inscripción de una adjudicación a favor de un acreedor hipotecario, por falta de postor, en procedimiento de apremio por ejecución de sentencia, todo ello tramitado ante un Juzgado municipal, en razón a que el valor de los bienes ejecutados y adjudicados excedía con mucho de la competencia por cuantía de un Juzgado municipal. Viene a justificar la cita la calificación de los documentos judiciales.

La de 18 de diciembre de 1942 consideró que es al Juez al que corresponde decidir si es correcta la legitimación procesal pasiva en un procedimiento de ejecución seguido contra la viuda del titular registral y las personas desconocidas que tengan interés en la herencia del mismo. Por ello no creemos que la cita de esta resolución en el informe del Registrador fuese correcta.

La de 29 de marzo de 1944 confirmó la nota del Registrador que había denegado la cancelación de ciertas limitaciones en la titularidad de unas fincas ordenada por mandamiento, en el que sólo se insertaba la parte dispositiva de la sentencia, basando la denegación en que era necesario el texto completo de la sentencia y del escrito solicitando el mandamiento, y en que no se ordenaba expresamente la cancelación de las inscripciones ni se determinaban éstas, cuya nulidad ha tenido que declararse previamente.

El principal argumento del Registrador en el recurso que ahora comentamos para denegar la inscripción, según resulta de la misma nota, deriva del principio de tracto: este principio exige una acabada identidad del objeto o finca entre el asiento registral y el título presentado a inscripción. No obstante, ni él ni la Dirección hacen referencia a las resoluciones de 28 de febrero de 1968 y 28 de mayo de 1971, relativas a un caso que, aunque un tanto diferente, se conecta también con el problema de la aplicación del principio de tracto sucesivo en la modificación hipotecaria misma. Por ello, y para no incurrir en repeticiones, me remito en bloque a mi comentario a dichas resoluciones, y concretamente a su apartado A),

(4) En realidad, indivisión sí existía porque una de las dos fincas formadas se mantenía proindiviso entre todos. Prescindiendo del derecho que se reservaba a Consuelo y Cándida de un espacio, en los corrales atribuidos a don Julián, para establecer un gallinero.

en el que traté ciertos aspectos de la actuación del tracto sucesivo en las modificaciones de fincas (5).

Conforme a lo allí expuesto, en el presente caso es efectivamente el principio de tracto sucesivo el que impide practicar la operación registral de división, cuando la finca que se divide ya no existe por haber sido objeto de división anterior. Este tracto sucesivo de folio es más rígido que el de titularidades, por cuanto no tiene previstos procedimientos de reanudación del interrumpido. Lo que ocurre es que esta reanudación, en el supuesto de modificaciones hipotecarias contradictorias o discordantes, tiene siempre una solución fácil por no producirse controversia: bastará una escritura aclaratoria para enlazar el título rechazado con la situación de la finca en el Registro, exponiendo, incluso en forma compendiosa, las modificaciones hipotecarias no registradas para salvar las discordancias producidas. Esta normal sencillez de la subsanación de defectos relativos al tracto sucesivo de folio es lo que equivoca al recurrente haciéndole decir que no hay nada que subsanar e insistir una y otra vez en que no ha habido ninguna transmisión a tercero. El que sean las mismas personas las que practican la primera división y las que practican la segunda hace que, si están de acuerdo, no haya dificultad ninguna para la subsanación del defecto; pero no es argumento para afirmar que no hay tal defecto. El recurrente dice que si en la escritura de la segunda división se hubiese dicho que se dejaba sin efecto la anterior o se hubiera realizado previamente la agrupación de las porciones para reconstruir la finca originaria, la inscripción de la nueva división no habría encontrado obstáculo. Pero esto no es argumento para atacar la calificación del Registrador, sino precisamente una clara exposición de lo que realmente faltaba y que por no haberse hecho antes de la segunda división impedía ésta. Ya hemos visto cómo la Dirección, con mejor criterio, estima que podía hacerse después como subsanación del defecto. Aunque no sean muy seguras las consecuencias de la calificación de constitutivos que Roca SASTRE da a los asientos de agrupación, división, segregación, etc., una de ellas debe ser, sin duda, que la práctica de las operaciones registrales conducentes a la segunda división (con sus nuevos folios independientes) debe ir precedida de la reconstitución de la primitiva finca (6), ya se haga ésta por vía de dejar sin efecto la primera división o por vía de agrupación previa. No sería necesaria, en cambio, la reconstitución de la finca primitiva cuando la nueva división se hiciese por vía de rectificación de errores padecidos en la primera y consistentes éstos en equivocada descripción de las porciones resultantes de la división.

El recurrente no tiene razón al suponer que el Registrador pueda presumir la revocación de la primera división al presentarle la segunda, en la que no se hace la menor referencia a aquélla. Muy al contrario, lo que debe presumir es un error de consentimiento en la segunda en tanto que no se le presente un tercer acto de voluntad aclaratorio (7). La simple voluntad de dividir de determinada forma una finca que se estima indivisa, no tiene ninguna virtualidad revocatoria de una división anterior diferente

(5) *Revista Crítica*, núm. 486, septiembre-octubre 1971, págs. 1229 y sigs., y especialmente 1241 y sigs.

(6) Creo que la operación de reconstrucción de la finca primitiva puede practicarse en su folio y sin necesidad de abrirle folio nuevo, tanto si se habla simplemente de dejar sin efecto la primera división como si la escritura insiste en que se reagrupa como operación previa.

(7) A las claras razones civiles e hipotecarias vienen a añadirse razones fiscales. La práctica de la posterior división sin pago de impuesto por la operación previa de agrupación vendría a purificar un fraude fiscal. Incluso realizada la nueva división por rectificación de descripciones de las porciones divididas era imprescindible la calificación del liquidador que podría osumar la rectificación de error como medio de ocultación de permutas de partes determinadas de cada porción. La existencia de sentencia judicial no obsta a estos argumentos fiscales: véase la asimilación del acto de conciliación y del allanamiento al mutuo acuerdo de las partes para dejar sin efecto el contrato con la consecuencia de haber nuevo acto sujeto a tributación en la agrupación previa de nuestro caso (implícita o explícita).

olvidada por los interesados. Creer otra cosa es dar al olvido y a la falta de memoria unas consecuencias jurídicas que estimamos catastróficas (el olvido como causa extintiva de las relaciones jurídicas). Pero el recurrente insiste en la revocación tácita de la primera división con una hábil argumentación basada en la novación de obligaciones y especialmente en la doctrina del *anunus novandi*, tal como está recogido en el artículo 1.204 del Código. Sacando de quicio el concepto de novación y de obligación, entiende que hay novación de la primera división con la segunda y que la mera incompatibilidad de ambas divisiones genera un *animus novandi* implícito. Que el argumento sea hábil no quiere decir que sea convincente. Después de practicada una división de comunidad no resta ninguna obligación pendiente a novar entre los comuneros que partieron. Hubo un negocio jurídico particional consumado, en el que la figura de la novación y su específica norma del artículo 1.204 no tiene aplicación. El *animus novandi*, excepcionalmente presumido para el caso de incompatibilidad, exige que las dos obligaciones (la antigua y la nueva) estén ambas presentes en el negocio novatorio y que la duda se limite a si las dos han de acumularse o sustituirse. En nuestro caso, aunque quisiéramos prescindir de que no hay obligación ninguna, sino negocio dispositivo consumado, el contrato primitivo no aparece por ningún lado en el segundo, pues se olvida (o por lo que sea se prescinde de él). ¿Cómo hablar de novación? No cabe presumir ningún *animus novandi*, sino un error en el negocio, pues cuando se hace división de una comunidad que no existe, la solución hay que buscarla por el campo del error o por el de la inexistencia del negocio. En realidad hay un error que produce inexistencia dada la imposibilidad de dividir lo ya dividido. No obstante, aunque inexistente, es un negocio fácilmente convalidable, porque bastará que todos los que fueron comuneros, a la vista de las dos divisiones contradictorias, opten por convalidar la segunda. Pero esta facilidad en la convalidación nada significa, pues es claro que pueden optar por convalidar la primera, por dejar sin efecto las dos o por realizar una tercera. El Registrador, en tanto no le llegue el resultado de esta opción, tiene que atenerse a su emblema de *prior in tempore potior in jure*, mantener la división inscrita y abstenerse de aplicar ninguna presunción de prevalencia de la voluntad posterior dando a ésta valor revocatorio de la anterior.

El que la segunda división esté reforzada por basarse en una sentencia acaso tenga una importancia decisiva para que, en definitiva, deba prevalecer sobre la primera; pero *prima facie*, la calificación registral no debe alterarse por tal circunstancia, especialmente cuando parece que la sentencia fue dictada sobre la base de un allanamiento y, al parecer, no realizaba directamente la división. Es muy significativo que el Presidente de la Audiencia confirmara la nota del Registrador, comprendiendo que en este caso no procedía ninguna defensa a ultranza del efecto de cosa juzgada.

En ningún pasaje de la resolución se aclara cómo se desarrolló el procedimiento judicial de división de comunidad. No sabemos si las dos porciones A) y B) quedaron determinadas en la escritura por acuerdo de los comuneros o si esta determinación resultó de actuaciones judiciales en trámite de ejecución de sentencia o resultaba ya de la sentencia misma. Hay una total falta de acuerdo por parte de la doctrina sobre cuál sea el procedimiento judicial ideal adecuado a la división de comunidad. Más grave que esta falta de acuerdo son las vacilaciones y contradicciones que pueden encontrarse dentro de un mismo autor, en general derivadas de confundir la discordia entre comuneros sobre la división misma, sobre la manera de realizarse y sobre los lotes o partes a formar, cuando ha de realizarse por vía de división material. Esta multiplicidad de discordias no suele analizarse suficientemente antes de inclinarse por el procedimiento del juicio ordinario o por el de partición de herencia, ni al modalizar el

trámite de ejecución de sentencia cuando el autor se inclina por el primero.

Es claro que no podemos entrar en esta grave cuestión, que necesariamente ha de partir de la naturaleza de la acción *communi dividundo* y de la sentencia estimatoria de la misma (constitutiva o de condena) (8). Solamente queremos dejarla apuntada para destacar la falta de datos en la resolución para calibrar las mayores o menores dificultades de la subsanación del defecto y el procedimiento a seguir, según que la operación divisoria, en concreto, resultase de la misma sentencia, de actuaciones judiciales en ejecución de ella o simplemente de la escritura extrajudicialmente otorgada como voluntario y convenido cumplimiento de una sentencia de condena a dividir.

Tanto por la indicada falta de datos sobre el contenido concreto de la sentencia; sobre la absoluta falta de referencia, a todo lo largo del pleito, a la primitiva división, y sobre la forma en que se realizó la ejecución de sentencia, como por no entrar en terrenos que acaso estén todavía pendientes de roturar (subsanación del defecto admitido por la resolución), no podemos entrar en suposiciones ni opiniones sobre los efectos de la reaparición de la división primitiva en la memoria de los interesados en el litigio y en la escritura referentes a la división segunda. En caso de desacuerdo sobre los efectos de esta reaparición, encontramos muy discutible, si la segunda división derivaba directamente de la sentencia, oponerse a la cosa juzgada por la vía del recurso de revisión, al amparo del artículo 1.796, apartado primero: recobro (en este caso, aparición por recuerdo) de documentos decisivos detenidos (olvidados) por fuerza mayor (olvido de todas las partes litigantes).

T. C. G.

(8) PRIETO CASTRO (*Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, pág. 131) cita la acción de división como una de las más notables y conocidas de las constitutivas que tienden a producir un cambio *sensu stricto* en el estado jurídico existente. al estado de indivisión sucede el de atribución de la propiedad de su parte a cada comunero. Los artículos 400, 402, 404 y 406 del Código, en relación con los artículos 1.059 y 1.061 del mismo, plantean la misma duda que se suscita por la doctrina universal: si la división puede verificarse en negocio de jurisdicción voluntaria o exige el ejercicio de una acción, y si ésta es constitutiva o de condena. La posibilidad de acudir a la jurisdicción voluntaria parece excluida. Estaremos ante una acción constitutiva cuando la Ley atribuye al Juez el verificar la división, siendo título único la sentencia; pero la acción será de condena cuando se pide una división conforme a preceptos legales que determinen el modo de efectuarla. Y en el mismo trabajo (pág. 139) afirma que, en sí, la misma sentencia constitutiva se basta y sobra para la finalidad a que tiende, no siendo precisa la ejecución, aunque pueda tener actos consecuenciales, que no tienen carácter ejecutivo, sino más bien de acreditamiento, de constancia y de publicidad del cambio ocurrido (inscripción en Registros, por ejemplo).

La cuestión tiene un tratamiento ciertamente escaso para su importancia práctica en los Tratados generales. GÓMEZ ORBANEJA, I, pág. 39; GUASP, pág. 1081; PLAZA, II, I, pág. 273.

MANUEL MAYNAR ("Proceso de división de la cosa común". *Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, marzo 1954, pág. 312) se inclina por las normas de la Ley de Enjuiciamiento para el juicio de testamentaria (págs. 1055 a 1088). JOSÉ MARÍA REYES MONTREAL (*Rev. de Derecho Procesal*, 1960, pág. 395) se opone a la tesis de MAYNAR por estimar que como puede haber oposición, y entonces hay que pasar al juicio ordinario, será más práctico comenzar por éste y realizar las operaciones divisorias en ejecución de Sentencia. Esta es la tendencia mayoritaria, aunque, como hemos dicho, no se suele partir de una clara distinción entre la oposición a la división (que encaja mejor en el juicio ordinario) y la oposición a los lotes o partes que se pretende formar (que acaso no surja apurando los trámites de los artículos 1.055 a 1.088 de la Ley procesal). Las discusiones doctrinales se han agudizado últimamente en torno a la división de edificios susceptibles de propiedad horizontal. Véase FUENTES LOJO (*Suma de propiedad por apartamentos*, 1969, tomo II, pág. 1069), que se inclina a la solución de REYES MONTREAL al estudiar la cuestión antes y después de la reforma del artículo 401 del Código.

La Jurisprudencia tampoco es muy uniforme y clara. Véanse las Sentencias de 14 de febrero de 1912, 3 de julio de 1915, 15 de abril de 1916, 28 de diciembre de 1928 y 24 de junio de 1950, entre otras.