

4. PROCEDE DENEGAR LA ANOTACIÓN PREVENTIVA ORDENADA POR MANDAMIENTO JUDICIAL DADO EN TRÁMITE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA, QUE DISPUSO LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD PRIVADA ENTRE EL TITULAR REGISTRAL DE LA FINCA Y SU SOCIO INDUSTRIAL, PORQUE NO CABE LA ANALOGÍA QUE SE PRETENDE CON LA ANOTACIÓN DE DERECHO HEREDITARIO DEL NÚMERO 6.º DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA, Y EL MISMO MANDAMIENTO EXPRESA CLARAMENTE QUE NO SE TRATA DE OBTENER LA DE EMBARGO.

Resolución de 11 de octubre de 1973 (B. O. del E. de 29 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Promovida demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián por don Víctor de Felipe Martínez contra don Lucas Echeveste Gabaraín, éste formuló reconvencción pronunciándose sentencia el 28 de junio de 1967, confirmada en apelación por la Audiencia Territorial de Pamplona con fecha 28 de septiembre de 1968, y por el Tribunal Supremo, en casación, el 27 de junio de 1969, en cuyo fallo se dice, en lo que interesa, lo siguiente: «Que dando lugar, en parte, a la reconvencción debo declarar y declaro la existencia de una sociedad privada entre don Víctor de Felipe Martínez y don Lucas Echeveste Gabaraín, siendo el primero el socio capitalista, y el segundo, el socio industrial, para la compra y urbanización de la finca 'Castell Arnau', de Sabadell. Que asimismo declaro que la participación de don Lucas Echeveste Gabaraín es del 25 por 100 de los beneficios líquidos, una vez deducidos el capital aportado por don Víctor para la compra de la finca y ejecución de las obras y el 6 por 100 de interés anual sobre dicho capital. Que debo declarar y declaro disuelta dicha sociedad al terminar la primera fase de las operaciones de urbanización y quedar suspendidas las obras hacia el año 1961, por las razones expuestas en el considerando respectivo, ordenando su liquidación, que se practicará en ejecución de sentencia, haciendo pago a don Lucas Echeveste del haber social que resultase según la participación referida.» Firme y ejecutoria la sentencia, a petición de parte, el Juzgado de San Sebastián dictó, el 15 de diciembre de 1969, providencia acordando ordenar notación preventiva sobre la inscripción de la finca afectada en el Registro de la Propiedad de Sabadell, en cuanto a la parte del fallo referente a la reconvencción.

Librado el oportuno mandamiento el 2 de febrero de 1970 y presentado en el Registro de la Propiedad de Sabadell, fue devuelto con nota denegatoria redactada en los siguientes términos: «No admitida la anotación preventiva interesada en el precedente mandamiento—acompañado de otro aclaratorio, fecha 3 de junio último—por los siguientes defectos: 1) Estar la finca inscrita a nombre de Víctor de Felipe Martínez, persona distinta de aquella contra quien se procede en autos y que precisamente es la parte

demandante. 2) No expresarse con claridad la clase de anotación preventiva que se pretende, si bien parece que se trata de un embargo. 3) En este último caso, no se expresa el importe del principal y accesorios del mismo. Estimando el primer defecto de carácter insubsanable, no procede la anotación preventiva de suspensión, que tampoco ha sido solicitada por el presentante. Sabadell, 3 de agosto de 1971.»

En vista de ello, a petición del recurrente, el Juez de Primera Instancia de San Sebastián dictó nueva providencia el 26 de enero de 1972, en cuyo subsiguiente mandamiento para el Registro se puntualiza: «1.º Que si se ordena la anotación preventiva contra la finca inscrita a nombre de don Víctor de Felipe Martínez, que es el demandante en autos, es debido a que por el demandado, don Luis Echeveste Gabarain se formuló reconvencción contra dicho don Víctor de Felipe Martínez, dando lugar a uno de los pronunciamientos de la sentencia, estimando la reconvencción y condenando a don Víctor de Felipe Martínez, pronunciamiento que es el que motiva la presente anotación preventiva. 2.º Que la anotación preventiva que se pretende es la del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, por la identidad de reglas entre la liquidación de sociedad y la partición de las herencias, establecida en el artículo 1.708 del Código civil, habiéndose dado cumplimiento a lo prevenido en el artículo 46 de la misma Ley Hipotecaria, puesto que la anotación se ordena practicar mediante providencia judicial obtenida por los trámites del artículo 57, con la circunstancia de mayor valor para nuestro caso de que el juicio verbal previsto en este último artículo ha sido un juicio declarativo de mayor cuantía. 3.º Que por no tratarse de anotación por motivo de embargo, no procede hacer expresión del importe del principal y accesorio del mismo.»

Presentado este mandamiento el 21 de marzo, después el 7 de junio y luego el 22 de agosto de 1972, recayó sobre el mismo la siguiente nota: «Denegada la anotación a que hace referencia el mandamiento que antecede, por observarse el defecto insubsanable de no encajar la misma en ninguno de los apartados del artículo 42 de la Ley Hipotecaria y no determinarse concretamente el objeto de la reconvencción. Queda un ejemplar del mandamiento archivado bajo el número 98. Sabadell, 19 de octubre de 1972.»

El Abogado don Manuel Pérez Buendía, en la representación que ostentaba de don Lucas Echeveste Gabarain, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: «Que cuando se pidió la anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria no se opuso a la misma don Víctor de Felipe; que, en cambio, el Registrador de Sabadell rechazó el primer mandamiento, alarmado por la venta masiva de terrenos de la finca 'Castell Arnau' realizada por don Víctor de Felipe, por lo que se solicitó del Juzgado requerir a dicho señor para que se abstuviese de enajenar; que apeló don Víctor y la Audiencia Territorial de Pamplona dictó auto el 21 de enero de 1972, en el que se manifestaba no haber tenido cumplimiento la anotación acordada con referencia a la liquidación de la sociedad particular existente entre los litigantes, 'para lo que no se ven impedimentos que la dificulten si toma la permanente iniciativa'; que siguiendo la línea anteriormente marcada, la misma Audiencia de Pamplona, en auto de 23 de septiembre de 1972, declara que 'debe procederse a la ejecución de la sentencia en cuanto a la liquidación de la sociedad civil relativa a la finca 'Castell Arnau', de Sabadell, a cuyo efecto habrá de citarse a las partes para la formación de inventario del patrimonio social existente, al tiempo que la ejecutoria señala como de disolución de la referida sociedad, y una vez formalizado el mismo habrá también de convocarse a la junta de socios, a los efectos prevenidos por el artículo 1.068 de la Ley Rituaria en relación al 1.708 del Código civil, practicándose los demás trámites a que haya lugar hasta liquidar la so-

ciudad y hacer pago a don Lucas Echeveste del haber que como socio industrial le pertenece'; que es de destacar la actitud de la Sala de Pamplona ante esta anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que aunque no discutida en el recurso resuelto por auto de 21 de enero, fue criticada sistemáticamente por la contraparte; que la Sala no se pronuncia en contra de la anotación, sino que la mantiene, y si decreta la nueva medida aseguradora de prohibición de enajenar no es por vía de sustitución de algo que no procede, sino como refuerzo o complemento de lo que está resultando insuficiente, que es la anotación antes referida, 'que si bien fue acordada, no ha obtenido cumplimiento hasta la fecha', y que como fundamentos de derecho señalaba los artículos 42, 6, de la Ley Hipotecaria; 99 del Reglamento dictado para su ejecución; 406, 1.669 y 1.708 del Código civil, y 359, 921, 924, 926, 1.030 y 1.097 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

El Registrador informó: Que ante la perspectiva de tener que denegar la práctica de la anotación preventiva ordenada, solicitó el parecer de sus dos compañeros cotitulares de la oficina, que actualmente funciona en régimen de división personal, y ambos le manifestaron su conformidad con el criterio mantenido; que el problema planteado se reduce a determinar si es posible practicar una anotación preventiva no establecida en ninguna ley, por analogía con alguna de las previstas en el artículo 42, concretamente la de su apartado 6; que la respuesta debe ser negativa, de conformidad con los términos del citado precepto legal, así como de la doctrina científica y jurisprudencial, señalando al efecto las Resoluciones de 13 y 14 de diciembre de 1960; que, en consecuencia, no puede admitirse la práctica de anotaciones preventivas por analogía, pues ello supondría quebrantar el sistema de *numerus clausus* establecido en esta materia por nuestro ordenamiento jurídico; que, por otra parte, no aprecia la analogía que encuentra el recurrente entre la anotación que pretende y la del derecho hereditario previa a la partición de herencia, que según resulta de la Exposición de Motivos de la ley que la estableció está pensada exclusivamente para el citado derecho, mientras que en el caso presente se trata de una sociedad privada en trámites de disolución; que el recurrente presenta, juntamente con su escrito de interposición del recurso gubernativo, dos testimonios de autos de la Audiencia Territorial de Pamplona, en el primero de los cuales se decreta una prohibición de enajenar, pero este auto no fue recogido ni siquiera mencionado en el mandamiento judicial, cuya anotación fue denegada, por lo que no pudo ser tenido en cuenta en la calificación correspondiente; que, como reconoce el recurrente en su cita de fundamentos de derecho, el Registrador puede calificar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese tomado, precepto corroborado por abundante jurisprudencia, que es ocioso reproducir; que el recurrente dice que presentó tres veces el documento calificado, a lo que contesta como aclaración que los dos primeros asientos de presentación fueron oportunamente cancelados por haber sido retirado dicho documento para subsanar defectos sin volverlo a presentar hasta después de transcurrido el tiempo de duración de los mencionados asientos, y que, en resumen, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, es imposible la práctica de la anotación que se pretende.

El Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento informó: Que dados los argumentos del Registrador estima improcedente la anotación, que fue ordenada en trámite de ejecución de sentencia, al amparo del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

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

Y la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve la

apelación del recurrente (1) acordando confirmar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a los siguientes considerandos:

Doctrina de la Dirección General.—La cuestión planteada en este recurso consiste en resolver si puede practicarse, al amparo del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, una anotación preventiva ordenada en un mandamiento judicial y que tendría por objeto garantizar en trámite de ejecución de sentencia la efectividad del fallo, que establece la liquidación de una sociedad privada entre el titular del inmueble y su socio.

La pretendida anotación no aparece justificada, en base al número 6 del referido artículo 42 de la ley, ya que ésta se refiere a la constancia en el Registro del derecho hereditario en abstracto antes de realizarse la partición o adjudicación concreta de bienes, sin que quepa ampliar su contenido—por una razón de analogía, en este caso más que discutible—por la remisión que el artículo 1.708 del Código civil hace en la liquidación de la sociedad a las reglas de la partición de la herencia, pues aparte de que, como ya se ha indicado, la anotación de derecho hereditario se refiere precisamente al supuesto en que no ha habido partición—y para evitar el confusiónismo que se derivaba antes de la reforma de la Ley de 1944, es por lo que ésta transformó el sistema y ordenó que en vez de inscripción se practicara un asiento de anotación preventiva—, es lo cierto, además, que poco tiene que ver con este tipo de asiento el caso del socio industrial que acredita determinados derechos económicos frente a la sociedad para que pueda anotarse en el Registro la correspondiente declaración judicial de condena que reconoce la existencia de un crédito en forma indeterminada.

Tampoco cabe practicar la anotación sobre la base de otro de los apartados del artículo 42, dado que, de una parte, claramente se expresa en el mandamiento que no se trata de la de embargo y que por este motivo se omite toda «referencia al importe del principal y accesorios», y de otra, sólo pueden practicarse aquellas anotaciones que concretamente se encuentran establecidas o tengan su fundamento en un dispositivo legal, como reiteradamente ha declarado este Centro directivo.

Las fotocopias de los dos autos de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona en los que se decretan unas prohibiciones de enajenar de los bienes del titular registral, y que podrían dar lugar a la práctica de la anotación preventiva del artículo 42, número 4, aparte de no ser documentos, tal como se han presentado, que reúnan los requisitos necesarios que la legislación hipotecaria exige para ser tenidos en cuenta en la calificación, por otro lado, su contenido no aparece recogido en el mandamiento discutido.

El funcionario calificador actuó dentro de los límites del principio de legalidad, ya que establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario que para los documentos judiciales está facultado a examinar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado, y al no poderse anotar el mandamiento por todo lo anteriormente indicado, existe la incongruencia, que el auto presidencial reconoce expresamente y que obliga a mantener la nota denegatoria.

COMENTARIO.—La Dirección tenía que resolver esta apelación como lo ha hecho, máxime después que el Magistrado Juez que intervino en el procedimiento y el Presidente de la Audiencia habían dado la razón al Registrador.

Efectivamente, la anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la ley difícilmente puede ser objeto de extensión analógica por su ámbito, por su esencia y por su historia. Pero, aunque algún día la jurisprudencia

(1) VISTOS: Los artículos 1.708 del Código civil; 42, 46 y 57 de la Ley Hipotecaria, 99 y 145 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 3 y 14 de diciembre de 1960.

se decidiera a aplicarla por analogía transportándola del campo del derecho hereditario *in abstracto* y de la comunidad hereditaria a cualquier otro tipo de comunidad, siempre habría de partirse de la idea de que el anotante tuviera o pretendiese un derecho real de condeño sobre la finca. Por ello no se explica la necesidad de acudir a la aplicación analógica de esta anotación cuando su cometido está perfectamente cubierto por la anotación de demanda en que se ejerce la *actio communis dividundo*.

Si se trataba de garantizar solamente un crédito pecuniario sobre la finca del socio capitalista, la procedente era la anotación de embargo, pero el segundo mandamiento cerraba este camino al explicar que la falta de cantidad a garantizar en el primero era precisamente porque no se trataba de una anotación de embargo.

En realidad, el problema que debieron plantearse el señor Echeveste y su Letrado era si procedía la anotación de la demanda de reconvencción o la inscripción de la sentencia en ejecución, y al no dirigirse directamente por ninguno de estos dos caminos nos hace pensar que había en el desarrollo del procedimiento, en el contenido de la demanda de reconvencción y en la sentencia, confirmada en apelación y en casación, algo que dificultaba la anotación de la demanda o la inscripción de la sentencia, o la insuficiencia de ambas para restringir la plena facultad dispositiva del socio capitalista como dueño y titular registral de la finca «Castell Arnau». Basta leer el resultado que contiene el escrito de recurso del señor Pérez Buendía, las referencias que en él, en el informe del Registrador y en el considerando cuarto se hacen a dos autos decretando prohibiciones de enajenar que, al parecer, nunca se intentaron anotar, para comprender que existió en todo momento poca seguridad sobre lo que se pretendía.

Por el resultando primero sólo sabemos que la sentencia declaró la existencia de una sociedad «privada» entre don Víctor (socio capitalista) y don Lucas (socio industrial) para la compra y urbanización de la finca «Castell Arnau», y que la participación del segundo es del 25 por 100 de los beneficios líquidos, una vez deducido el capital aportado por don Víctor para la compra de la finca y la ejecución de las obras, y el 6 por 100 de interés anual sobre dicho capital; declarando también disuelta dicha sociedad y ordenando su liquidación en ejecución de sentencia, haciendo pago a don Lucas del haber social que resulte según la participación referida.

Esto es insuficiente para saber si la demanda de reconvencción por su contenido era anotable, al amparo del número 1 del artículo 42 de la ley; para saber la posición de los litigantes y de la sentencia en relación con los artículos 1.667, 1.668, 1.669, 1.687 y 1.708 del Código civil (2) (pues entendemos la expresión *sociedad privada* en el sentido de civil particular) y, en general, para saber todo cuanto se refiere a la personalidad jurídica de la sociedad declarada existente, a la titularidad dominical de la finca durante la sociedad y al disolverse la misma y a si en alguna forma o momento el socio industrial o la sociedad ostentaron dominio o condominio en la misma.

El Vistos de la Resolución cita las dos Resoluciones siguientes:

La Resolución de 3 de diciembre de 1960, que vino a determinar que no cabe basar en el número 10 del artículo 42 de la ley, ni tampoco en el número 1 del mismo, la anotación ordenada por un mandamiento de un Juez Instructor en causa seguida, conforme al Código de Justicia Militar, sobre el vuelo de una finca inscrito a favor de persona distinta del encausado, para garantizar los derechos del Estado, adjudicatario de la finca, en tanto la Dirección de lo Contencioso entable la demanda ante los Tribunales civiles.

(2) Especialmente de este último que prohíbe aplicar al socio industrial el todo o parte de los bienes aportados, salvo pacto.

La de 14 de diciembre del mismo año, que confirmó la nota del Registrador, que rechazaba la inscripción y la anotación de un mandamiento y auto, por el que, en procedimiento ejecutivo seguido por un padre, fiduciario, contra su hijo, fideicomisario, se adjudicaba al primero los derechos que pudieran corresponderle al segundo por el testamento de su abuelo. Se basó en la falta de claridad del mandamiento (el Juez del procedimiento entendió que la anotación solicitada era de derecho hereditario, mientras el recurrente parecía pretender que se practicase sobre la titularidad del fiduciario ejecutante, como advertencia a los terceros de la adjudicación a su favor de los eventuales derechos del fideicomisario); en que la anotación de derecho hereditario no procedía por haber partición entre los fiduciarios; en que no hay inscripción a favor de los fideicomisarios por no ser conocidos, y en que la garantía que se pretende (advertir que el fideicomisario no puede especular con sus eventuales derechos adjudicados a su padre) no es tampoco viable por anotación de embargo, por haber ya adjudicación de la finca, ni puede fundarse en ninguno de los restantes números del artículo 42.

No se cita en el vistos la Resolución de 30 de junio de 1967, una de las más restrictivas en torno al problema de la anotación preventiva del número 3 del artículo 42 de la ley. Se trataba de una ejecución de sentencia condenando a los demandados a cumplir en todas sus partes un contrato de venta en documento privado y a otorgar escritura pública para solemnizarlo, en ejecución de la cual se dictó mandamiento de anotación de la ejecutoria. Hubo anotación de la demanda, pero se había dejado caducar, y la Dirección establece que no procede la anotación del número 3 del artículo 42, porque en el mandamiento no se ha decretado el embargo a que hace referencia el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento y 141 del Reglamento Hipotecario; porque la sentencia o bien contiene la condena de hacer o entregar una cosa, y entonces se procederá a darle cumplimiento mediante su inscripción, o bien le obliga al condenado a entregar una cantidad, y entonces podrá decretarse el embargo, que es el supuesto del artículo 42, 3, y que no corresponde al caso planteado.

Tal doctrina parece la correcta, está reglamentariamente consagrada por el artículo 141 del Reglamento y es la mantenida por ROCA SASTRE, que incluye toda la anotación del número 3 del artículo 42 dentro de las anotaciones de embargo. Y parece también la correcta, porque es difícil imaginar procesos en que la sentencia y su ejecución no queden perfectamente garantizadas con la anotación de la demanda hasta el momento de la inscripción de la sentencia y de las diligencias o resoluciones judiciales de su ejecución.

Pero demanda, sentencia y ejecución de la sentencia no son siempre tres piezas que ajustan perfectamente. En mi comentario a la Resolución de 25 de septiembre de 1972 (3) destacaba que las múltiples atenuaciones del principio de congruencia dificultan la concepción de la inscripción de la sentencia como una mera conversión de la anotación de demanda, en cuanto ésta puede ser desbordada o alterada por aquélla. Ahora tenemos que observar cuántas veces una ejecución de sentencia puede conducir a pronunciamientos judiciales referentes a alteraciones reales resultantes de la sentencia, pero no inmediatamente expresadas en ella. Y ante los frecuentes recursos referentes a anotaciones ordenadas en ejecución de sentencia en que no se acierta con el número del artículo 42 a través del cual pueden ingresar en el Registro, cabe preguntarse si no tendrá razón CAMY cuando trata de dar aplicación extensiva al apartado 3.º de este artículo para cubrir todos aquellos casos en que la ejecución de la sentencia requiere una actuación del condenado (o del Juez, en su nombre), que es indispensable para reflejar en el Registro los derechos reconocidos

(3) Esta Revista, núm. 494, enero-febrero 1973, pág. 185

por ella (4). Acaso no sea muy forzada esta opinión de CAMY, a la vista del artículo 926 de la Ley de Enjuiciamiento: la anotación de la sentencia sería una de las diligencias conducentes al fin de poner en posesión del inmueble al que ganó el pleito.

No podemos profundizar en este problema, que nos llevaría a graves cuestiones relacionadas con la evolución jurisprudencial en torno a las demandas que pueden ser objeto de anotación, al cumplimiento forzoso en forma específica de la obligación de hacer que envuelve la emisión de una declaración de voluntad y, en definitiva, a la trascendencia de la forma y de la tradición en las transmisiones y derechos reales inmobiliarios. Sólo diremos que en el orden natural de las cosas (demanda correctamente formulada a la vista de la situación registral y mantenimiento de idénticos criterios sobre el Derecho positivo vigente a todo lo largo del pleito) será difícil que una correcta y completa anotación de demanda no garantice totalmente al demandado (igual en nuestro caso de reconvencción); pero si pensamos en las excepciones al principio de congruencia entre demanda y sentencia y en los imprevisibles giros que a la *quaestio juris* puede ir dando el proceso, no es absurdo pensar que sean convenientes cautelas registrales posteriores a la sentencia encaminadas a garantizarla más directamente.

De todas maneras, en la Resolución comentada, lo que se pretendía garantizar quedaba en todo caso con tal confusionismo, que chocaba abiertamente con el principio de determinación de los derechos inscritos o anotados. Si se confesaba que no se pretendía anotación de embargo ni de prohibición de enajenar, y la sentencia ni concedía una cuota indivisa de la finca al socio industrial ni le condenaba al socio capitalista a entregársela, ¿qué se pretendía anotar? Como dijimos, creo que la Dirección no podía resolver de otra manera.

Pero también creo que la amplia expresión del número 3 del artículo 42 de la ley, a pesar del 141 del Reglamento, puede amparar alguna anotación razonable en ejecución de sentencia mejor que forzadas analogías con la anotación de derecho hereditario, y mejor que imprecisas alegaciones del cajón de sastre del número 10 del mismo artículo.

T. C. G.

(4) BUENAVENTURA CAMY *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, págs 376 a 378.