

I.-Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA Y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. CALIFICACIÓN REGISTRAL.—LA DETERMINACIÓN DE QUE SE TRATA DE UN MISMO INMUEBLE, EL QUE APARECE EN EL REGISTRO Y EL QUE CON LA NUEVA DESCRIPCIÓN FIGURA EN LA ESCRITURA PRESENTADA, ES MATERIA QUE DEBE SER DISCRECIONALMENTE APRECIADA POR EL REGISTRADOR, QUIEN AL CALIFICAR TENDRÁ EN CUENTA TODOS LOS ELEMENTOS NECESARIOS Y LOS DOCUMENTOS APORTADOS QUE PRETENDEN JUSTIFICAR EL CAMBIO OPERADO.

Resolución de 17 de septiembre de 1969 ("B. O." de 10 de octubre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura pública otorgada en Rentería ante el Notario don José Martín-Chico Pérez el 18 de octubre de 1965, don José Ignacio Berrondo Lasarte, en nombre y representación de doña María del Carmen Bosch de la Presilla, vendió a don Juan María Berrondo Lasarte un 20 por 100 de participación indivisa que le correspondía en la siguiente finca: "I. Tierra en el término de Vallecas, hoy Madrid, de caber una fanega y seis celemines ó 96 áreas, de tercera clase, situada en Los Lindones y Olivar del Portazgo, al cual da vistas. Linda: Oriente, Norte, Poniente y Mediodía, con tierras que fueron de las Monjas de Santa Clara y con otras del Mayorazgo de Vallecas y del Marqués de Valdemediano. Inscrita al tomo 65, libro 41,

folio 242, finca número 2.050 del Registro de la Propiedad de Madrid, inscripción 3.ª Título: Le corresponde por herencia de su madre, doña Josefina de la Presilla y Calas, según manifiesta el representado, don José Ignacio Berrondo, cuya escritura fue autorizada por el Notario de Valdemoro, de Madrid, don Manuel García Mayor, el día 8 de febrero de 1962. II. Dicha tierra actualmente es solar sito en la calle Martín Álvarez, 17, provisional, con vuelta a la calle de Javier de Miguel, sin número, de Madrid. Linda, al Norte o izquierda, en línea de 39,90 metros, con propiedad de don José Pérez Sanz; al Sur, con la calle Javier de Miguel; al Este o espalda, en línea quebrada de 38,20 metros, de 27,40 metros y 12,15 metros, linda con solar de don José Rubio Revilla; también al Este o espalda, y en línea de 168,70 metros, con solar propiedad de don José Rubio Fernández, y al Oeste, con calle Carlos Martín Álvarez."

Presentada en el Registro de la Propiedad número 10 de Madrid, el día 21 de diciembre de 1965, primera copia del anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: "No admitida la inscripción del presente documento en el Registro de la Propiedad número 10 de Madrid, por observarse el defecto de que, no obstante describirse la finca vendida en el exponente I, del mismo modo que en el Registro, la actualización de la descripción hecha en el exponendo II, base del contrato, no sólo no conserva relación de identidad con la descripción inscrita, sino que del examen del Registro resulta coincidente por su situación y detalles con la de las fincas números 336, 34.038 y 6.817 de la Sección 1.ª de Vallecas, inscritas a favor de terceras personas a los folios 144, 187 y 229 de los libros 23, 512 y 124, sin que esta total falta de identidad entre la finca inscrita y la transmitida haya quedado desvirtuada por las certificaciones que se han aportado de la Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral, de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de Madrid, del Catastro de la Riqueza Rústica, del Servicio Provincial de Información de la Delegación de Hacienda de esta provincia, ni con el recibo de arbitrio sobre solares, y siendo insubsanable dicho defecto, no procede tampoco tomar anotación preventiva, la que no ha sido solicitada. Madrid, 4 de junio de 1966"; el 24 de septiembre de 1968 fue nuevamente presentado en el citado Registro el referido documento, acompañado de los siguientes:

Certificación del Instituto Geográfico y Catastral, de fecha 23 de febrero de 1966, en la que se dice que "el emplazamiento de la actual confluencia de la margen este de la calle Carlos Martín Álvarez con la margen norte de la calle Javier Miguel corresponde al que sobre el terreno tenía la zona sur de la parcela número 276 de los trabajos de la Topografía Catastral de España, realizados en el término municipal de Vallecas en los años 1863 y 1864, la cual figura en la hoja parcelaria C3, cuya parcela, según su correspondiente cédula catastral, estaba situada en aquella época en el paraje denominado 'Los Lindones'".

Certificación de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de la provincia de Madrid, de fecha 10 de marzo de 1966, en la que consta que "la finca número 17 de la calle Carlos Martín Álvarez, de Madrid, figura tributando en los vigentes documentos co-r-r-ec-tor-arios a nombre de doña Josefina Presilla".

Oficio del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 15 de junio de 1964, dirigido a los herederos de doña Josefina de la Presilla Cobos, en el que se les comunica estar pendiente de ingreso la cantidad de 22.842 pesetas "por el arbitrio de solares edificadas y sin edificar desde el 1 de abril de 1959 al 31 de diciembre de 1963, con cargo a la finca de Carlos Martín Álvarez, 17, c/v, a Javier Miguel".

Instancia suscrita el 21 de junio de 1968 por don Juan María Berrondo Lasarte, en la que solicita la inscripción con arreglo a lo dispuesto

en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 198 de su Reglamento, de la finca que había adquirido en la proporción del 20 por 100 de doña Carmen Bosch de la Presilla y cuyo acceso al Registro había sido denegado por nota de 4 de junio de 1966.

Acta de manifestaciones levantada el 17 de junio de 1968 por el Notario de Madrid don Félix Pastor Ridruejo a instancia de don Juan María Berrondo Lasarte y otros, en la que los segundos declaran que vendieron lo primero las participaciones indivisas que les correspondían —el 80 por 100— en la finca 2.050 del Registro de la Propiedad de Madrid, por lo que el citado señor Berrondo queda propietario pleno de la totalidad de la misma, al haber adquirido el 20 por 100 restante a la otra copropietaria, doña María del Carmen Bosch de la Presilla.

A la calificación ya indicada se agregó la siguiente: "Presentado nuevamente en el Registro de la Propiedad número 10 de esta capital el precedente documento acompañado de una certificación de la Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral, de otra certificación de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de la provincia de Madrid, comunicación del excelentísimo Ayuntamiento de Madrid referente al arbitrio de solares edificadas y sin edificar de fecha 15 de junio de 1964 y dirigida a los señores herederos de doña Josefina de la Presilla y Cobos, certificación expedida por el Secretario general del referido Ayuntamiento el 6 de mayo último, número de referencia CD 10.112-1967-68, instancia suscrita en esta capital el 21 de junio último por don Juan María Berrondo Lasarte y una copia del acta de manifestaciones levantada por el Notario de Madrid don Félix Pastor Ridruejo, el 17 de junio último, a instancia del mismo señor Berrondo, don Antonio Martínez Bosch, doña Milagros Martínez Bosch, don Luis García Peinado y don Francisco Pérez Lozano, estos dos últimos en representación, respectivamente, de doña Araceli Bosch Martínez y doña Remedios Martínez Bosch, doña Pilar, doña María Auxiliadora, doña Josefina, doña María del Carmen, don Pedro Jaime, don Fernando y don Luis Martínez Bosch. Como los tres últimos documentos que se acompañan nuevamente no justifican, unidos a los que se acompañaron y que dieron lugar a la calificación hecha en dicho documento por este Registro de fecha 4 de junio de 1966, variar la calificación entonces hecha, se mantiene la misma en su integridad y no se repite para evitar inútiles repeticiones. Además, tampoco se acompaña la escritura de poder otorgada por doña María del Carmen Bosch de la Presilla, en Madrid, el 24 de marzo de 1965, ante el Notario don Sergio González Collado. Y siendo asimismo el defecto de dicha calificación insubsanable, no procede tomar anotación preventiva, la que no ha sido solicitada, y subsanable la falta de presentación del referido poder".

Interpuesto recurso gubernativo contra la expresada calificación, fundado en que en la fecha de la primera presentación de la escritura calificada, los linderos de las fincas números 336, 34.038 y 6.817, a las que se refiere el Registrador, no coincidían en absoluto con los de la finca 2.050 comprada por el señor Berrondo; que lo grave es que ha sido después, cuando las fincas referidas se han apropiado mediante una serie de maniobras y excesos de cabida, el terreno que el señor Berrondo ha comprado; que la finca número 336 tenía originariamente una cabida de 2 fanegas, 5 celemines y 29 y un tercio estadales, equivalente a 81 áreas y 21 centiáreas, perteneció al Marqués de Valmediano y sus linderos eran: Oriente, don José Guerrero; Mediodía, camino alto del Olivar o de Palomeras; Poniente, herederos de don Manuel Molinuevo, y Norte, arroyo que baja del Olivar y don Blas Marcos; que después de sucesivas transmisiones, en 1922 esta finca pasó a don Isidoro, don Pablo y doña María Villota y Díez, causando en el Registro la inscripción 5.ª, al folio 144 vuelto, libro 23, en la que se dice: "Rústica, tierra

en término de Vallecas, al sitio cerro del Olivar, titulada la de detrás del Pajar, que hace la cabida de 3 fanegas, 3 celemines y 27 estadales, equivalentes a 1 hectárea, 33 áreas y 58 centiáreas; linda, por el Norte, arroyo que baja del Olivar, finca de don Enrique Marcos, antes de don Blas Marcos; Sur, camino alto del Olivar de las Palomeras; Este, tierra de don Bautista Richart, antes de don José Guerrero, y otra de herederos de doña Encarnación Molinuevo, y al Oeste, tierra de don Julián Fernández Argente y no de los herederos de don Manuel Molinuevo; que como se observará, esta descripción 5.ª, es totalmente distinta de las cuatro inscripciones anteriores, le atribuye mayor cabida y no expresa sus linderos en la forma que quedan referidos, ya que uno de los colindantes por el Oeste aparece ahora en el otro lado, y por eso el propio Registro suspendió la inscripción en cuanto a 1 fanega, 4 celemines y 98 estadales o 48 áreas, 29 centiáreas restantes, por falta de la previa inscripción a favor del transferente; que sorprende que de esta finca de 8.529 metros cuadrados, según todas las inscripciones (85 áreas y 29 centiáreas), se segregaron, en 2 de febrero de 1951, 6.431 metros cuadrados; en 22 de marzo de 1956, 799 metros cuadrados más, y en 21 de noviembre de 1959, otros 423 metros cuadrados, con lo que sólo quedan a la repetida finca 876 metros cuadrados de superficie; que el Ayuntamiento de Madrid expropió de la misma, para construir una parte de la calle Carlos Martín Álvarez, 1.410 metros cuadrados, o sea, más de lo que registralmente le quedaba, con lo cual prácticamente la finca debía desaparecer, pero no sucedió así, sino que en 14 de julio de 1965 se practica la inscripción 6.ª, última de la finca 336, en la que se dice: "Es objeto de este asiento un exceso de superficie de 48 áreas, 29 centiáreas de esta finca. Don Pablo, doña María y don Isidro Villota y Díez adquirieron esta finca por terceras partes proindiviso, por herencia de su abuela, doña Ramona de la Presilla Calas, según consta de la inscripción 5.ª que precede, cuya finca se inscribió con la superficie de 85 áreas 29 centiáreas, que es lo que figura inscrito a nombre de la causante y se suspendió la inscripción de las restantes 48 áreas 29 centiáreas por falta de previa inscripción a favor de dicha causante. El citado don Isidro de Villota... acogióse a lo que dispone en el apartado 5), letra C del artículo 198 del Reglamento Hipotecario...", inscribe a su favor un exceso de superficie de 48 áreas 29 centiáreas por el mismo título de herencia de la inscripción 5.ª; que de lo dicho resulta que cuando el señor Villota pidió en 19 de mayo de 1965 la inscripción del referido exceso de cabida, ya no le quedaba ni un tiesto de tierra de la finca 336, puesto que en 1959 vendió al Ayuntamiento, según él mismo declara, lo último que de ella tenía; que cuando el Registro de la Propiedad inscribe este exceso de cabida en 14 de julio de 1965, el señor Rubio, titular de la finca número 34.038, ya había solicitado la inscripción de otro exceso de cabida que también logró inscribir; que entre estas dos citadas fincas, 336 y 34.038 que nunca fueron colindantes, han aplastado y absorbido la finca 2.050 que estaba en medio de tan voraces vecinos; que, en definitiva, el señor Villota solicitó el mencionado exceso de cabida cuando ya no tenía ninguna finca, porque la había vendido íntegramente antes; que no es, por consiguiente, la finca 2.050 del señor Berrondo la que resulta coincidente en su descripción con la finca 336, sino que es esta la que con un exceso de cabida, que sorprendentemente logra inscribir, aplasta, absorbe y se apropia de la anterior del señor Berrondo; que en cuanto a la finca 34.038, se forma por agrupación que realiza su titular, el señor Rubio, de doce fincas, algunas de las cuales presentan características sumamente curiosas y otras están bastante lejos de las restantes; que al inscribirse esta nueva finca 34.038, el 13 de abril de 1964, el señor Rubio declara que tiene una superficie de 60.287,88 metros cuadrados y que, según reciente medición, es de 65.487,73 metros

cuadrados, o sea, que pide y obtiene que se inscriba un exceso de cabida de 5.199 metros cuadrados y 85 decímetros cuadrados; que resulta raro que en la primera inscripción de una finca se diga, que, según reciente medición, ocupa más metros cuadrados de los que se manifiesta tiene; que entre los detalles curiosos que presenta esta novísima finca 34.038, resaltan, por ejemplo, que está formada por las siguientes:

1. ^a Finca número 10.461	7. ^a Finca número 13.429
2. ^a Finca número 10.462	8. ^a Finca número 5.528
3. ^a Finca número 10.728	9. ^a Finca número 5.522
4. ^a Finca número 10.729	10. Finca número 11.006
5. ^a Finca número 488	11. Finca número 16.673
6. ^a Finca número 12.419	12. Finca número 34.036

de las cuales, la 11 de la agrupación linda, según se dice, con terrenos de don Julio Lorenzo, en línea de 78,39 metros por un lado y 146,57 metros por otro, por lo cual su cabida sería de 11.485 metros cuadrados, pero como la citada finca del señor Lorenzo (número 6.817) mide, según el Registro, sólo 4.658,30 metros cuadrados, resulta que la descripción de la finca del señor Rubio no expresa correctamente sus linderos o está equivocada la superficie que se le atribuye; que las fincas 6.^a y 7.^a de la agrupación tienen como lindero Oeste la calle de Eduardo Rojo, la cual no aparece por ningún sitio; que la finca número 40.942, segregada de la agrupación el 19 de enero de 1966, se describe con un lindero desconocido, pues no figuraba así en la finca matriz; que otras fincas lindantes con la del señor Berrondo, en recientes descripciones, dejaron de consignar sus linderos con la misma, integrándose en otras vecinas en las que se solicitaban excesos de cabida para justificar formalmente la desaparición de la finca del señor Berrondo; y que, como fundamentos de derecho, señalaba los artículos 348, 349 y concordantes del Código civil, 38, 40, 198 y siguientes y 205 de la Ley Hipotecaria y 198 del Reglamento para su ejecución. Los titulares de la Oficina registral informaron: que la certificación del Instituto Geográfico y Catastral unida al expediente no acredita que la finca objeto de este recurso se encuentre situada en la confluencia de las calles Carlos Martín Álvarez y Javier de Miguel; que tampoco acredita que la parcela 276, radicada en "Los Lindones", fuese la misma que se ha vendido; que examinado el Registro, resulta que existen varios lugares con el nombre de "Lindones"; que según la hoja C3 de los trabajos de la Topografía Catastral de España, realizados en los años 1863 y 1864, en relación con la hoja 108-IV del Plano Parcelario, de Madrid, resulta que la confluencia del margen Este de la calle de Carlos Martín Álvarez, con la margen Norte de la de Javier de Miguel, corresponde a la que sobre el terreno tenía la zona Sur de la parcela 276; ahora bien, dicha parcela lindaba con la 361, que era propiedad de don Blas Marcos, la cual lindaba a su vez, según parece, con la finca 336 que perteneció al Marqués de Valmediano y con la 5.166 de doña Encarnación Molinuevo; que para poder estar situada la finca objeto del recurso, según su nueva descripción, en la confluencia de las calles de Javier de Miguel y Carlos Martín Álvarez, debería haber lindado originariamente por el Sur con el Camino Alto de las Palomeras del Olivar y ello no consta en ninguno de los documentos presentados; que la razón puede ser que el terreno en "Los Lindones" a que se refiere el recurrente no sea el que da vista al Olivar del Portazgo, que fue propiedad de doña Josefina de la Presilla, luego se adjudicó a doña María Bosch de la Presilla y, finalmente, fue vendido a don José Rubio Fernández, o sea, la finca número 5.421; que las fincas que se mencionan en el acta de manifestación aportada por el recurrente, igual podrían pertenecer a los señores Villota y Díez e incluso a doña Josefina de la

Presilla, puesto que todas tienen la misma procedencia; que resulta extraño que no se haya pretendido dar de alta en el Ayuntamiento al solar que se discute hasta el año 1964, es decir, después de hecha la segunda participación y, además, para conseguir tal alta en el lugar en que se sitúa, habría que presentar solicitud complementaria con los nuevos linderos; que en la certificación expedida por la Administración de Propiedades y Contribución Territorial en el año 1966, figura tributando todavía doña Josefina de la Presilla, que había fallecido en 1902, a pesar de haberse resuelto la reclamación interpuesta ante el Ayuntamiento para que se cambiase la liquidación a nombre de doña Carmen Bosch de la Presilla y demás copropietarios del expresado solar; que cuando el Ayuntamiento expropia y paga 1.410 metros cuadrados a los señores Villota y Diez será porque los tenían y la Corporación Municipal estaría segura de que les pertenecían; que dado que en la descripción antigua de la finca vendida no existían linderos naturales se ha procurado utilizar para identificarla los actualizados del Norte y del Este, sin que se haya llegado a ninguna conclusión útil, pues según los datos del Registro, las fincas que se dicen colindantes se encuentran unidas por sus respectivos linderos, sin que en ninguna de ellas se mencionen como linderos terrenos de doña Josefina de la Presilla o sus herederos; que obsesionados, los informantes, por la localización de la finca cuestionada, encontraron en el folio 4 del tomo 296 de Vallecas la inscripción primera correspondiente a la finca 15.435, que dice así: "Rústica, tierra de tercera clase, en Vallecas, en "Los Lindones" y Olivar del Portazgo, al cual de vistas, de caber 96 áreas, constituyendo la parcela número 21 del polígono 4 del Avance Catastral, cuyos linderos son: Al Norte, la parcela número 9, propiedad de don Antonio Aguirre, al Este, la número 22, de don Rafael Requena; al Oeste, la número 27, propiedad del señor Velez, y al Sur, el camino por donde bajaba el Arroyo del Olivar"; que esta finca fue adquirida por compra de don Isaac Sánchez Mateos y otros a doña Carmen Bosch de la Presilla, en escritura pública de fecha 30 de enero de 1956, otorgada ante el Notario de Pozuelo del Rey, don Ignacio de Méndez Vigo y Méndez Vigo, transmitida por los adquirentes a don José Luis Echevarría Barrios el 19 de julio del mismo año por otra escritura autorizada por el citado fedatario e inscrita en el Registro a nombre del adquirente, el 26 de febrero de 1967, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; que de esta finca actualmente se halla inscrita, por su inscripción segunda a favor de don Daniel Penit Trigueros y don Tomás Malo Giménez, se han segregado 6.366.99 metros cuadrados para formar la finca número 44.606 incluida en el expediente de Reparcelación del Plan del parque del poblado de Palomeras, de donde resulta que la finca del mismo nombre objeto del recurso no puede situarse en la confluencia de las calles de Carlos Martín Álvarez y Javier de Miguel, por estar bastante distanciados uno y otro sitio; que aun en el caso de que fuese cierto lo afirmado por el recurrente de estar situada la finca en cuestión en la confluencia de las nombradas calles, no procedería la inscripción por encontrarse dicho terreno inscrito a nombre de terceras personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria: que según la resolución de 31 de mayo de 1910, la descripción que conste en los títulos no ha de diferir notablemente de la que resulte del Registro y, conforme a la de 26 de enero de 1955, la determinación de la identidad de los predios debe ser apreciada discrecionalmente por el Registrador, y que la inscripción de los excesos de cabida de las fincas pertenecientes a los señores Villota Diez y Rubio Fernández, a que alude el recurrente, se ha verificado con arreglo a lo dispuesto en las letras C y D del párrafo 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, por lo cual no era precisa la citación de los colindantes.

Confirmada por el Presidente de la Audiencia la nota calificadora, el recurrente se alza de la decisión presidencial, y la Dirección confirma el auto apelado en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 66 y 198 de la Ley Hipotecaria, 298 y 313 del Reglamento para su ejecución, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1950 y 18 de mayo de 1953 y las resoluciones de este Centro de 30 de septiembre de 1922, 11 de abril de 1928, 26 de diciembre de 1934, 29 de octubre de 1947, 13 de junio de 1952, 31 de julio de 1958, 14 de junio de 1963 y 23 de octubre de 1965;

Considerando que la cuestión—más de hecho que jurídica—que plantea este expediente consiste en resolver si puede accederse a que en los libros registrales se haga constar la que se presenta como descripción actual de la finca, cuando esta descripción no permite la identificación de aquella y concuerda además con la de otras ya inscritas;

Considerando que la finca constituye el elemento primordial de nuestro sistema registral por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídica, y de ahí la importancia y cuidado con que se debe proceder a su descripción, que ha de concordar con la realidad del inmueble y contener todos los datos necesarios para su identificación, máxime cuando por la falta de un buen Catastro, éste no puede proporcionarlos en forma clara y evidente;

Considerando que esta situación puede resultar agravada si por el transcurso del tiempo las características del inmueble resultan modificadas por los cambios que haya podido experimentar, ya que al faltar un sistema eficaz de comprobación, las variaciones sobrevenidas se hacen constar por las simples declaraciones de las partes—Reglamento Notarial—, con lo que puede alterarse dato tan fundamental como los linderos y dar lugar a que se dificulte enormemente la identificación de la finca e, incluso, a que se practique una doble inmatriculación;

Considerando que la determinación de que se trata de un mismo inmueble, el que aparece en el Registro y el que con la nueva descripción figura en la escritura presentada, es materia que debe ser discrecionalmente apreciada por el Registrador, quien al calificar tendrá en cuenta todos los elementos necesarios y documentos aportados que pretendan justificar el cambio operado, pero todo ello ha de entenderse sin perjuicio de lo que, en definitiva, y tal como declaró la resolución de 26 de enero de 1955, decidan sus superiores jerárquicos acerca de la procedencia o improcedencia de la calificación, al resolver el recurso gubernativo;

Considerando que las dudas del Registrador aparecen racionalmente fundadas por tratarse de un caso en que, por la transformación de la finca de rústica en urbana y el lapso de tiempo transcurrido, la descripción actual es totalmente extraña a la primitiva, sin que los documentos complementarios aportados sean lo suficientemente reveladores para establecer la identidad, ya que el certificado del Instituto Geográfico y Catastral no desvanece la duda de que puede tratarse de terrenos distintos al limitarse a expresar que hay coincidencia en los parajes, y de la certificación de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial y oficio del Ayuntamiento de Madrid, Sección de Rentas y Exacciones, aparece que el alta para la tributación del solar discutido tuvo lugar en 21 de mayo de 1964, y lo mismo resulta del acta notarial levantada que se concreta a la transcripción de las declaraciones hechas por los adquirentes;

Considerando que la posible coincidencia de la descripción con la de otros inmuebles ya inscritos pertenecientes a otros propietarios, justifi-

ca la prudencia del funcionario calificador, pues tales asientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguardia de los Tribunales sin que pueda procederse a su cancelación, a no ser que consientan sus titulares o, en su defecto, recalga resolución judicial firme;

Considerando que todo ello no impide que los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria puedan acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos que hubieran podido provocar las inscripciones que se estiman contradictorias o que, solicitada la inscripción con arreglo a la descripción registral, por estimar existe una doble inmatriculación, se pueda, de acuerdo con el artículo 313 del Reglamento Hipotecario siempre que se pruebe la identidad de la finca, acudir al Juez de Primera Instancia del lugar en que radique el Registro, para que se adopten las medidas que el referido precepto establece.

E. F. C.

5. **COMPRAVENTA CON PACTO DE RESERVA DE HIPOTECA.—ES VÁLIDA E INSCRIBIBLE LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR VÍA DE RESERVA O “DEDUCTIO” EN LA COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO GARANTIZADO POR AQUÉLLA, AUN NO ESTANDO RECOGIDA CONCRETAMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL, EN BASE AL ARTÍCULO 1.255 DEL MISMO, Y NO VULNERA EL ARTÍCULO 1.857, 2.º, EN CUANTO QUE, POR LA VENTA, DEJA DE PERTENECER AL ACREEDOR LA COSA HIPOTECADA.**

Resolución de 18 de septiembre de 1969 (“B. O.” de 24 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura de 23 de febrero de 1963 se constituyó en Alcira, la Sociedad mercantil “Mayvi, S. A.”, dedicada a la construcción de Viviendas de Renta Limitada y a aquellas operaciones con ella relacionadas como... venta de las mismas. Según la escritura fundacional la administración corresponde a los administradores que, en número no superior a tres, serán nombrados en Junta General, obligando cada uno a la Sociedad, si fuesen varios, con entera independencia de los demás. El artículo 15 de los Estatutos faculta a los administradores para disponer..., enajenar..., contratar..., hipotecar, etc. y, para todo lo dicho, que deberá ser ampliamente interpretado, otorgar cuantos documentos públicos y privados fuera menester. En el acto fundacional por unanimidad de los asistentes fueron nombrados administradores el socio Juan Morell Nadal y otros dos que aceptaron y tomaron posesión del cargo.

Por escritura de 1 de febrero de 1968, ante el Notario de Alcira, don Jerónimo Cerdá Bañuls, don Juan Morell Nadal, como Administrador de la Sociedad, vendió a don José Alberolla Vidiella, el apartamento número 75 de un edificio en la Plaza del Reino de Alcira, inscrito y gravado con una hipoteca a favor del Banco de Crédito a la Construcción. El precio se fijó en 477.822 pesetas que se distribuyó así: a) La cantidad de 193.003 pesetas del préstamo del Banco, que el comprador retiene, quedando subrogado íntegramente en la posición del deudor, desti-

nando dicha cantidad retenida a su pago y asumiendo incluso la responsabilidad personal, cumpliéndose los requisitos exigidos por la Entidad acreedora para que se entienda consentida por ella la asunción de deuda. b) La cantidad de 254.819 pesetas que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo que terminará el 30 de marzo de 1970 en garantía de cuyo pago, de costas, intereses de demora y gastos, en su caso, el señor Morell para su Sociedad reserva la hipoteca al principio apuntada que queda constituida por vía de deducción sobre el apartamento objeto de esta venta. A continuación figuran las cláusulas de la hipoteca constituida.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Alcira primera copia de la escritura de venta fue calificada con la siguiente nota:

"Denegada la inscripción a que se refiere la adjunta escritura pública por observarse los defectos siguientes: 1.º Que el Administrador de la Sociedad mercantil "Mayvi, S. A.", al llevar a efecto, en nombre y representación de ella, la venta del apartamento número 65 reserva para dicha Sociedad el derecho de hipoteca sobre tal apartamento, sin estar autorizado especial y expresamente. 2.º Que en el apartado b) de la cláusula 1.ª la cantidad de 254.819 pesetas que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo, que terminará el 30 de marzo de 1970, en garantía de cuyo pago, y de 63.000 pesetas más para costas, intereses de demora y gastos, el señor Administrador, para su Sociedad, reserva la hipoteca al principio apuntada, que queda constituida por vía de deducción sobre el apartamento objeto de la venta. Constituyéndose por vía de deducción una hipoteca, forma ésta no admitida en nuestro Derecho positivo y ser contraria a los principios y preceptos de la legislación hipotecaria. Siendo los defectos indicados insubsanables, no procede tomar anotación preventiva".

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo y alegó:

Que la nota no aparece redactada conforme al artículo 106 del Reglamento Hipotecario, no alega ningún artículo legal o principio infringido y olvida que, como recordó la Resolución de 24 de diciembre de 1944, las notas calificadoras deben ser redactadas en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscuridades o generalidades; que en cuanto al primer defecto, relativo a la exigencia de autorización especial y expresa al Administrador para reservar a la Sociedad un derecho de hipoteca sobre el apartamento que vende, no la precisa porque el giro o tráfico de la empresa es justamente realizar todo tipo de negocios jurídicos relacionados con la construcción y venta de inmuebles y porque la reserva es acto de conservación, típica función de administración y además la tiene concedida porque el Administrador está facultado expresamente para disponer y contratar respecto de inmuebles y derechos reales, pudiendo en tal sentido, otorgar compraventas con precio aplazado, constituir y aceptar hipotecas, etc., ya que los Estatutos son Ley especial de la representación, según el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que en cuanto al segundo defecto, no cita el Registrador ningún precepto que prohíba la reserva de hipoteca por vía de deducción; que el derecho romano conoció la constitución de derechos reales por vía de reserva o "deductio" al enajenar la cosa (*Gayo*, II, 33); que nuestro Código contiene abundantísimas aplicaciones de esta doctrina, como en los artículos 1.507, 639, 492, 528, 541, 594, 1.605, 1.607 y 1.655; que la ley sobre ventas a plazo (de 17 de julio de 1965) regula la reserva de dominio en su artículo 12, pacto que ya había sido declarado válido por el Tribunal Supremo (sentencias de 20 marzo 1930 y 15 marzo 1935) y admitido por la doctrina; que el derecho real de hipoteca es accesorio de un crédito por lo que éste ha de serle preexistente o, como en este caso, na-

cer con ella, ya que deuda, hipoteca y enajenación con precio aplazado surgen al mismo tiempo y la compra con deducción de hipoteca implica el consentimiento a la reserva de la hipoteca, estableciéndose un nexo entre dos negocios típicos, de por sí independientes, para formar uno solo, como dice la Resolución de 13 de mayo de 1968 que contempla un supuesto similar; que tal hipoteca encaja en los términos amplios del artículo 138 de la Ley Hipotecaria y que la fórmula empleada no ha sido elegida caprichosamente o por afán de novedad, sino que estima es la más adecuada al fin que se persigue y más conforma con la voluntad de las partes, puesto que al hacer el contrato la finca no ha estado nunca en poder del comprador en concepto de libre.

El Registrador informó: Que ha tenido muy en cuenta el artículo 18 de la Ley y el 98 del Reglamento, expresando claramente en la nota los defectos que impiden la inscripción; que el Notario no dice los preceptos legales en que se funda para constituir por deducción la hipoteca que se reserva la Sociedad; que entre los actos jurídicos para los que el artículo 15 de los Estatutos, faculta a los administradores no figura el de reservar el derecho de hipoteca de los apartamentos que venda; que esta reserva ha de considerarse acto de riguroso dominio como indica la Resolución de 15 de diciembre de 1953, que necesita mandato expreso (artículo 1.713) y no acto de giro o tráfico de la empresa; que los bienes inmuebles que se hipotecan no pueden ser propios (*sic*) por lo que resulta extraña la constitución de una hipoteca reservada por el vendedor sobre bienes que vende, por vía de deducción; que las reservas de derecho que el recurrente enumera no son establecidas por vía de deducción, sino por preceptos legales que los establecen; que el pacto de reserva de hipoteca no es de aplicación en este recurso, pues como su nombre indica es necesario que sea aceptado por ambas partes y en la escritura calificada la hipoteca que se establece por deducción se la reserva el propietario sin contar con el consentimiento del adquirente (?) y que la escritura no tiene en cuenta los principios hipotecarios de legalidad y fe pública, de obligatoria observancia como expresa la Resolución de 2 de noviembre de 1948.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y en apelación interpuesta por éste la Dirección General (1) confirmó el auto apelado en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—La cuestión primordial planteada en el recurso consiste en resolver si puede constituirse una hipoteca por vía de reserva o “deductio” en el supuesto de compraventa con precio aplazado y, en caso afirmativo, si el Administrador de la Sociedad que intervino en su nombre se encuentra facultado para poder realizar dicho acto.

El pacto por virtud del cual el vendedor se reserva una hipoteca sobre el inmueble enajenado en garantía del precio aplazado, que tiene ya sus precedentes en el Derecho romano, no se encuentra recogido en nuestro Código civil de una manera concreta, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos, tales como la reserva en el usufructo—artículo 528—, en las servidumbres—541 y 592—, en las donaciones—639—, en los censos—1.605 y 1.607—y, últimamente, en el artículo 12 de la Ley de 17 de julio de 1965, con la reserva de dominio en los casos de ventas a plazos de bienes muebles.

Esta falta de reconocimiento obliga a examinar si el mencionado pacto puede caber al amparo del principio de autonomía de la voluntad,

(1) Vistos los artículos 1.255, 1.713 y 1.857 del Código civil; 138 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 13 de mayo de 1968.

sancionado en el artículo 1.255 del Código civil, y siempre que no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público.

La constitución de hipoteca por vía deductiva no vulnera lo preceptuado en el artículo 1.857—2.º del Código civil, que exige que la cosa hipotecada sea propiedad del hipotecante, en cuanto que por la venta deja de pertenecer al acreedor y pasa al dominio del comprador, pacto que tiene fuerza de obligar, al haber sido aceptado libremente por ambos contratantes y que persigue la misma finalidad de garantía que la compraventa con hipoteca por la parte de precio aplazado, respecto del cual, la Resolución de 13 de mayo de 1968 declaró que se trataba de un negocio complejo y de naturaleza unitaria, por el cual las partes crean un nexo entre dos negocios típicos que de por sí son independientes.

Los claros términos en que aparece redactado el artículo 15 de los Estatutos de la Sociedad cuando expresa que "quedará especialmente facultado cada Administrador para constituir y aceptar hipotecas", muestra que ha actuado dentro de los límites de sus facultades y no necesita ninguna autorización especial para realizar el acto discutido.

Comentario.—De las dos cuestiones planteadas en el recurso concederemos más importancia a la que la Resolución considera primordial y la dedica sus cuatro primeros considerandos: si puede constituirse una hipoteca por vía de reserva o "deductio" para garantizar el precio aplazado de una compraventa. Después haremos una breve referencia a la cuestión del poder suficiente y necesario para esa constitución de hipoteca.

A) El planteamiento que los cuatro primeros considerandos hacen de la cuestión principal del recurso es tan claro como acertado y suficiente. El razonable fallo fluye naturalmente del acertado planteamiento. El no decir expresamente, el primer considerando, que la hipoteca reservada ha de garantizar precisamente el precio aplazado es una mera elipsis y no un descuido. Y lo mismo puede decirse de no apurar el examen del pacto de reserva de hipoteca, en relación con el artículo 1.255 de Código, que el considerando tercero estima necesario hacer por no encontrarse recogido expresamente en el Código dicho pacto.

El Registrador en su informe no es claro al exponer las razones que le llevaron a rechazar la hipoteca por "deductio". Tampoco es claro como pudo llegar a esa opinión negativa cuando CASTÁN, desde siempre, se refiere a este pacto con estas escasas, pero decidas palabras; "Mediante él, el vendedor se reserva una hipoteca sobre la finca vendida con aplazamiento del precio, como garantía de este último" (2).

En otro Manual muy manejado en la Universidad hace bastantes años, también se nos explicaba cómo la "mancipatio" y la "in jure cessio" permitían la "deductio pignoris"; y que los inconvenientes que se encontraron para esta en el régimen de la "traditio" derivaban de no ser ésta acto formal, por lo cual debía exigirse para la constitución de la prenda (o de la servidumbre) un segundo contrato independiente de la tradición (3). Obstáculos que no pueden existir en la transmisión notarial inscribible donde juegan los mismos principios que en la "mancipatio" y la "in jure cessio".

Con esto no queremos decir que la postura negativa del Registrador no sea defendible, sino solamente que su defensa es más difícil. El único argumento del Registrador que tiene ciertos visos de tal es el que se apoya en la enemiga de nuestro sistema a los derechos reales sobre cosa

(2) JOSÉ CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 1941, tomo III, página 51.

(3) SOHM: *Derecho romano*, 1928. pág. 301.

propia, pero está claro que la unidad del acto del otorgamiento hace que la hipoteca reservada recaiga sobre cosa que en ese mismo instante deja de ser propia. Más endebles aún son los argumentos restantes del Registrador y en especial el de que la hipoteca por "deductio" vaya contra los principios de legalidad y fe pública. La referencia que la Resolución de 2 de noviembre de 1948 hace a los principios de legitimación y fe pública registral (no al de legalidad) no tiene la menor relación con el tema planteado en el recurso.

Para no incurrir en repeticiones de los argumentos manejados por el Notario y por la Dirección en pro de la hipoteca por vía de reserva, nos vamos a limitar a hacer algunas consideraciones generales sobre la garantía hipotecaria del precio aplazado, tan tradicional como apropiada a los intereses en juego. Después analizaremos la mecánica interna de la figura para tratar de demostrar que la constitución de la hipoteca por vía de "deductio" es la fórmula más ajustada a los fines perseguidos. Pero antes haremos referencia a las Resoluciones de la Dirección que se han manejado en el recurso, aparte de la reseñada de 1948.

a) La Resolución de 13 de mayo de 1968 entendió que el marido no necesita el consentimiento de su mujer para comprar una finca con precio aplazado, aunque en garantía de éste se constituya hipoteca a favor del vendedor. Los argumentos son: que la voluntad de las partes es crear un nexo entre dos negocios típicos para formar uno solo como se deduce de la contemporaneidad de las declaraciones y de la unidad del documento en donde el pacto de hipoteca se encuentra tan ligado al contrato de compraventa que sin él no hubiera tenido lugar; que se trata de un negocio complejo de naturaleza unitaria conforme a la descripción que de estos hizo la Sentencia de 3 de julio de 1941; que en estos debe atenderse al objeto predominante que ha llevado a los interesados a la conclusión del contrato; que la primacía corresponde en este caso a la compraventa por lo que el marido, como si se tratase de compra de finca anteriormente gravada con hipoteca podrá comprar inmuebles para la sociedad conyugal hipotecándolos en forma simultánea y conexa para garantizar el precio aplazado, sin necesidad del consentimiento uxoris del 1413 (4).

La Resolución de 4 de noviembre de 1968 reitera la doctrina de la de 13 de mayo del mismo año, por tratarse de un negocio complejo de naturaleza unitaria, porque entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de las varias causas que en él confluyen, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los dos negocios que lo forman y aplicar a cada uno la normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa.

No queremos incurrir en repeticiones de lo que MANUEL AMORÓS dijo al comentar esta Resolución (5). Hacemos nuestras sus documentadas opiniones y aconsejamos intercalar, precisamente aquí, la lectura de su comentario.

Sólo disiento de AMORÓS en el siguiente punto: AMORÓS, después de citar a RODRÍGUEZ ABRADOS que distingue si el adquirente es el que hipo-

(4) Ver esta Resolución y el Comentario de GINÉS CÁNOVAS, en esta REVISTA, julio-agosto 1968, págs. 1.085 a 1.089.

(5) Ver el Comentario de esta Resolución, en esta REVISTA, mayo-junio 1969, páginas 763 a 775.

teca de si el enajenante se reserva la hipoteca, observa la dificultad de determinar cuando se está en uno y otro caso supuesto que ambos negocios se realizan en la misma escritura. Para mí, hay un supuesto único siempre que verdaderamente se trate de una venta con precio aplazado e hipoteca en garantía del mismo. Se trata de una figura típica, aunque carezca de tipicidad legal por no estar recogida en el Código civil y podrá discutirse su más acertada formulación notarial, sus requisitos de capacidad y todo lo que se quiera, excepto que debe ser y es un supuesto jurídicamente típico y el instrumento más perfecto y evolucionado de venta con precio aplazado y garantía real de éste sobre la misma cosa vendida. Solamente se está en un caso o supuesto distinto cuando las partes, después de perfeccionar una venta con precio aplazado sin garantía real, otorgan por vía de novación la constitución de la garantía hipotecaria. Aquí surge una "causa nova" precisamente la "causa novandi" que no es donación, porque para el deudor honesto no debe representar sacrificio ni merma patrimonial reforzar su obligación personal con una responsabilidad real, pero que representa un acto nuevo sobre un bien ya ingresado en su patrimonio privativo o ganancial y el supuesto es claramente distinto.

b) La compraventa normal, la compraventa tipo fue y sigue siendo la compraventa al contado. El vendedor se desprende de la cosa a cambio del precio que recibe. No hay que olvidar esto por muy frecuentes (cada vez más) que sean las ventas a plazo. Estas producen una especial tensión psicológica en el vendedor, muy explicable y que se procura eliminar con la garantía real.

De ahí el destacadísimo papel que siempre ha jugado el pago del precio en orden al momento transmisivo del dominio. De un texto de las Instituciones de Justiniano (2, 1-41) resulta que mientras una tradición con fin de donación o de constitución de dote, etc., transfiere la propiedad sin más, una tradición hecha por consecuencia de compraventa la transfiere sólo si se ha pagado el precio o por lo menos se ha garantizado el pago suficientemente. El párrafo de Justiniano termina diciendo que si el vendedor confió en la buena fe del comprador decidimos que éste adquiriera inmediatamente la cosa.

Imposible entrar en las complicadas cuestiones planteadas por este texto y sus concordantes y contradictorios del "Corpus", que tanta literatura han producido, que hacen eternamente confusas las relaciones entre compraventa y "traditio", no menos que las relacionadas con la cuestión del título y el modo, y que parten del dudoso sentido de la frase "fidem emptoris secutus fuerit" por no resultar totalmente claro que en cuanto hubiera aplazamiento convenido, aun sin garantía real o personal (expromisor o prenda) hubiese transmisión del dominio con la mera tradición. Sea verdad o no que la doctrina de este texto corresponde al derecho vulgar postclásico, influido en Oriente por las concepciones helenísticas, no hay duda que, incluso en Occidente, siempre ha encontrado el apoyo del sentimiento jurídico popular que tiende a representarse la compraventa como cambio inmediato de cosa contra precio, concepción popular que ya fue hecha notar por VARRÓN, GAYO y ULPIANO aunque fuese para poner en guardia contra esta idea popular.

Otra idea queremos destacar antes de alejarnos del citado texto de la Instituta: En el aplazamiento del precio, la jurisprudencia de conceptos ha visto con excesiva facilidad un mutuo ficticio. Así, SILVIO ROMANO no comprende como PRINGSHEIM, buscando el quid de las palabras "fidem sequi" piensa en un documento abstracto o que contenga la estipulación de un mutuo ficticio, que tendría significado en el ordenamiento griego, donde la obligación de pagar el precio no resultaba de la misma compraventa; pero no en el romano en que todos los dere-

chos, obligaciones y acciones de vendedor y comprador tienen su fuente necesaria y suficiente en la compraventa misma (6).

Sin necesidad de profundizar en las discusiones de pandectitas y romanistas sobre estas materias resulta claro que la garantía pignoraticia o hipotecaria por "deductio" sirve para que el comprador adquiriera el dominio, y que tales garantías no han encontrado dificultad ninguna allí donde la venta revistió forma notarial.

En Francia el antiguo derecho llegó a conceder protección al vendedor a crédito por medio de una cláusula de hipoteca privilegiada que se tornó de estilo y se convirtió en garantía tácita. La Ley de 11 de Brumario del año VII estableció la hipoteca legal en todas las ventas al contado y a crédito. Y la hipoteca legal privilegiada del vendedor continúa vigente en el derecho francés.

El Código civil italiano reconoce también la hipoteca legal del vendedor dentro de la figura general de la hipoteca legal de enajenante. El artículo 2.817 dice que "tienen hipoteca legal: 1. El enajenante sobre los inmuebles enajenados, por el cumplimiento de las obligaciones que derivan del acto de enajenación" (7).

Esta hipoteca legal de enajenante tiene el juego de hipoteca reservada "ex lege" porque el artículo 2.834 dice que "El Registrador al inscribir un acto de enajenación... debe inscribir de oficio, bajo pena de los daños, la hipoteca legal que corresponde al enajenante... conforme al número 1... del artículo 2.817 salvo que se le haya presentado un documento público o una escritura privada con suscripción autenticada o judicialmente reconocida, de la que resulte que las obligaciones se han cumplido o se ha renunciado a la hipoteca por parte del enajenante.

Esta inscripción de oficio de la hipoteca es equivalente a la constitución de hipoteca por vía de pacto de reserva en nuestro derecho, que al suprimir la hipoteca legal no difiere del derecho francés e italiano en la estructura de la hipoteca del vendedor, sino exclusivamente en su fuente. En estos derechos surge "ex lege" la hipoteca, salvo pacto en contrario; en el nuestro surge solamente cuando hay pacto de hipoteca. Pero en lo demás la proximidad de las regulaciones deberá ser regla general.

En nuestra Ley Hipotecaria también encontramos una inscripción de oficio de la hipoteca legal por razón de dote estimada. Está reglamentada en el artículo 171 y con razón CAMY trae a colación este precepto para considerarle como un supuesto de hipoteca por vía de retención. El Registrador presume por disposición de la Ley que la mujer ha retenido su garantía de hipoteca legal (8) (9).

(6) ARANGIO RUIZ: *La compravendita in diritto romano*. Nápoles, 1951. Editorial Jovène.

SILVIO ROMANO: *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*. Padua, 1937. Ad. Milán.

(7) Los siguientes números del artículo establecen las restantes hipotecas legales: la de coherederos, socios y comuneros, la de la mujer por su dote y la del Estado sobre los bienes del penado y responsable civil.

(8) BUENAVENTURA CAMY: *Comentario a la Resolución de 18 de septiembre de 1969*, en «Revista de Derecho Privado», noviembre 1969, págs. 913 y sigs.

(9) En el Derecho alemán tampoco puede ser problema la hipoteca en garantía del precio aplazado cuando admiten la hipoteca de propietario y la «Grundschild» de propietario. Por ello no hay concretamente referencias al supuesto en los tratados generales. Solamente un supuesto preocupa a ENNECCERUS-WOLFF: Si en base a un contrato de compraventa nulo se ha verificado la «Auflassung» (transmisión formal) e inscrito la finca a favor del comprador y, además, se ha inscrito a favor del enajenante una hipoteca en garantía del precio, la hipoteca corresponde a su titular a título de deuda inmobiliaria («Grundschild»). ENNECCERUS-WOLFF: *Derecho de cosas*. Bosch, 1937, II, pá-

¿Cuál es la explicación de que la hipoteca por vía de "deductio" carezca de la suficiente literatura favorable o adversa en nuestra doctrina hasta el punto de hacer la cuestión motivo de un recurso? Acaso la explicación esté en nuestra afición a traducir problemas de las doctrinas extranjeras y el de nuestro caso no existe en ellas. Concretamente en las legislaciones latinas la hipoteca en garantía del precio aplazado es cuestión pacífica por la existencia de la hipoteca legal. Cuando nuestra Ley Hipotecaria suprimió ésta, las dudas en torno al vacío creado se polarizaron hacia los efectos de la constancia registral de los aplazamientos de precio, desviándose todos los esfuerzos doctrinales hacia la acción resolutoria, la condición resolutoria expresa y el pacto de "lex comisoria", hasta producir la reforma del artículo 11 de la Ley. El pacto de garantía hipotecaria queda en segundo plano, fiscalmente atacado y notarialmente reflejado por medio de una cláusula posterior a la de venta que parece indicar que el comprador después de adquirir el dominio pleno, constituye hipoteca a favor del vendedor. Hubiese sido más lógico que enlazando el pacto con la hipoteca legal suprimida, que era indudablemente una hipoteca por "deductio" los formularios notariales hubiesen consagrado como uso general la constitución de la hipoteca por vía de reserva a favor del vendedor con redacciones similares a las de reserva de usufructo.

c) Aunque prescindiésemos de la historia y del derecho comparado, la compraventa con reserva de hipoteca en garantía del precio aplazado debe considerarse como figura jurídica con personalidad propia en la que es necesario cierto esfuerzo para considerarla como mera unión o combinación de dos contratos independientes y no una unidad "per se".

Según CASTRO la determinación de la causa particular del negocio atípico tiene entre otras importantes consecuencias prácticas la de averiguar si lo convenido tiene la unidad propia de un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios y en este caso si ellos son entre si independientes, conexos o subordinados. Según este autor, la dependencia de los negocios puede estar prevista en la Ley o resultar de la autonomía de la voluntad. Entre las dependencias resultantes de la Ley aparece la categoría admitida de antiguo de los contratos de garantía. También pueden los particulares establecer la dependencia o la interdependencia entre dos negocios distintos a través del principio del artículo 1.255 del Código. Averiguar si las hay puede originar cuestiones difíciles de interpretación. La consideración de interdependencia puede llevar a que se pierda por ello la tipicidad de uno o de ambos negocios los que podrían entonces calificarse por mixtos o complejos (10).

Creemos que aunque no tenga expresa regulación en el Código, la venta con reserva de hipoteca es casi negocio típico por su solera histórica; pero aunque no lo fuera, la interdependencia de sus componentes (venta e hipoteca) es tan clara que en ningún sentido es posible la ruptura de la envoltura causal del conjunto.

No hay duda, así, de que nos encontramos ante lo que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado negocio unitario complejo:

gina 288 En cambio, para los supuestos normales no creo que la mecánica de la hipoteca por deductio en Alemania consista en un «Grundschuld» de propietario constituido previamente por el vendedor, que se transforma en hipoteca sobre cosa ajena al inscribirse la transmisión de dominio («Auflassung»), y supongo que todo se solucionará con una llegada simultánea al Registro del consentimiento formal de hipoteca y del consentimiento material bilateral necesario para la inscripción del dominio ya gravado a favor del comprador.

(10) FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*, págs. 205 a 216.

«Cuando entre los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una "soldadura tan íntima, en un solo nexo, que sería inútil pretender que se mantuviera su substancia jurídica separando sus elementos componentes (sentencias de 3 de julio de 1941, 28 de marzo de 1944 y 19 de febrero de 1945). La sentencia de 19 de febrero de 1950 afirmó que la fusión de dos formas contractuales típicas o atípicas, de posible existencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto, puede unirse por voluntad de los interesados insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundido en un solo contrato mixto por la unidad del fin real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas, causa para cada una de ellas en las onerosas».

d) Como la compraventa con reserva de hipoteca es un negocio único aunque complejo, su redacción documental más idónea será aquella que más sencillamente se ajuste a la estructura total de las relaciones jurídicas constituidas. El vendedor quiere vender definitivamente, el no conseguir el pago del precio es una eventualidad que no desea y ante la cual recuperar la cosa será el último recurso no deseado. El comprador quiere también, total y definitivamente la cosa, pero carece del dinero necesario por el momento. Por esto la venta sólo se consuma en parte; el vendedor no se desprende de todo su dominio, sino que se reserva la parcela de facultades necesarias para garantizar el cobro del precio: el derecho real de realización de valor. Esta reserva es sinalagmática equivalencia del precio que el comprador no entrega.

Por esto, no es razonable pensar en una venta normal traslativa del pleno dominio a la que se le añade una constitución de hipoteca realizada por el comprador. Es más sencillo considerar que hay una compraventa imperfecta que una compraventa plusquamperfecta por el añadido de un préstamo hipotecario del vendedor. ¿Quién tiene el dinero de ese préstamo? ¿Dónde ve ese dinero el conceptualismo jurídico y el legislador fiscal?

Dejaremos para ocasión más apropiada estudiar la influencia que la legislación fiscal haya podido tener en la hipoteca por vía de reserva. La Hacienda y sus juristas hacen bien en ver dos negocios para la calificación fiscal. En primer lugar porque siempre es mejor que haya dos conceptos liquidables que uno y en segundo lugar porque en muchos supuestos de reserva de hipoteca por el precio aplazado resulta justo fiscalmente hablando estimar que existe un préstamo implícito o deducido, aunque no exista ninguna entrega de dinero. El tema es de gran interés como tantos otros en que la legislación fiscal perturba la paz jurídica privada al establecer un estado de guerra fría entre contribuyentes inventando simulaciones y Fisco amontonando presunciones defensivas; pero aquí sólo queremos adelantar que lo justo en muchas ventas de inmuebles con reserva de hipoteca en garantía de precio aplazado, que se realizan en nuestros días a favor de compradores a los que les resultaría fácil la prueba de que el metálico de dicho precio está en su futuro ahorro, sería prescindir del mutuo imaginario, de la hipoteca, e incluso, deducir ésta, igual que se hace en la reserva de usufructo.

Tampoco podemos aquí agotar el tema de la hipoteca en garantía del precio aplazado, en relación con la unidad del acto inscribible. Ya hemos dicho que la indivisibilidad del negocio se extiende a su entrada en el Registro. Se ha puesto de moda la discusión sobre si nuestro Registro es un Registro de títulos o un Registro de derechos reales. Pero pocas veces se entra en el análisis de las muchas cuestiones prácticas que en esta discusión van implicadas. Y una de ellas es ésta. Si nos obsesionamos demasiado en que tenemos un Registro de derechos llegaremos a la conclusión de que los principios registrales y entre ellos el de roga-

ción tienen por objeto los derechos nacidos en el título y despreciaremos el contrato, acto o negocio jurídico total que el título comprende. Siendo así, en nuestro caso, el comprador podía pedir la inscripción de su dominio sin el gravamen de la hipoteca y correspondería al vendedor preocuparse de la inscripción de ésta, la que podría obtener aún sobre cosa propia si el comprador no había registrado aún su copia. Inútil decir que todo esto se despegue de la concepción popular por lo menos. Ya hemos visto cómo el Código italiano impone la inscripción de oficio de la hipoteca legal. Iguales razones juegan aunque ésta sea pactada. Y la mecánica libre de cada copia de una permuta no es argumento aunque lo parezca y aunque el principio de voluntariedad de la inscripción nos sumerja constantemente en raras paradojas.

No hace falta insistir más ni buscar más argumentos en pro de la unidad de la figura de la venta con reserva de hipoteca en garantía del precio aplazado, cualquiera que sea el orden y redacción de las cláusulas notariales. En la duda deberá deducirse que venta e hipoteca forman un conjunto de causa inescindible, un acto jurídico, único e indivisible, cuya indivisibilidad se extiende a su inscripción registral que no es lícito descomponer en dos negocios independientes.

Con todo esto no queremos decir que sea imposible una hipoteca constituida por el comprador a favor del vendedor en garantía del precio aplazado. Es posible que al vender el comprador encuentre suficiente la confianza en el comprador y un año, un mes o un día después crea conveniente y obtenga del comprador la garantía real sobre la finca vendida. La hipoteca entonces está ya desconectada de la venta y el negocio de constitución de hipoteca tiene su causa propia y en sí misma y ello aunque la obligación de pago del precio permanezca inalterada y sin que haya que pensar en una transformación de aquella en mutuo al vendedor. Y así como cuando venta e hipoteca se otorgan en una misma escritura es muy difícil separarlas para formar dos negocios independientes, cuando están otorgadas en escrituras separadas, aún del mismo día es igualmente difícil coordinar los dos negocios como simultáneos, para que gocen del trato de la hipoteca por "deductio", incluso alegando error en la primera escritura. Registrador y terceros deberán considerar en principio y a todos los efectos que la hipoteca no tiene con la venta más relación que la de accesoriedad ordinaria con un crédito a su vez nacido de aquella venta, y sólo a los Tribunales corresponde determinar cómo y en qué sentido a través de la causa pueden llegar a hacerse interdependientes negocios al parecer totalmente desconectados como hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de abril de 1961 (11).

Por todo lo dicho, aunque estimamos impecable el fallo de la resolución comentada, hay algo en ésta con lo que no estamos conformes. El considerando cuarto separa y distancia excesivamente el pacto de hipoteca por "deductio" de lo que llama compraventa con hipoteca por la parte de precio aplazado que dice fue objeto de la resolución de 13 de mayo de 1968. Dice que ambas figuras persiguen igual finalidad de garantía, pero da a entender que son diferentes. Hemos intentado demostrar que no conviene separar ambos supuestos; que se trata de un tipo negocial único con dos formularios distintos en el estilo del arte de Notaría; y que uno, el que contiene la cláusula de reserva de hipoteca es más correcto que el otro, porque cuando el comprador después de las cláusulas de venta, de precio y de aplazamiento de éste, constituye la hipoteca a favor del vendedor queda impreciso si se está ante el ne-

(11) Por ella se relacionaron unas supuestas donaciones paternas con unas renunciaciones de los hijos a la herencia materna en favor del padre, no obstante hechas en escrituras diferentes.

negocio unitario de venta con hipoteca en garantía del precio aplazado, o bien ante el supuesto, éste sí claramente distinto, de dos negocios independientes con unión meramente externa, según la ya consagrada terminología de ENNECERUS.

B) *Trataremos ahora brevemente del defecto primero de la nota de calificación. No hay duda de que el representante de la Sociedad podía aceptar la hipoteca (facultad que necesitaba si se estima que es el comprador el que la constituye) y podía constituirla (si se estima que debe hacer esto al momento de reservársela). Para ambas cosas le facultaba el artículo 15 de los Estatutos.*

No obstante, razonando así nos movemos exclusivamente dentro de una Jurisprudencia de conceptos. Lo verdaderamente interesante es si el negocio complejo de venta con precio aplazado y garantía hipotecaria de este, necesita poder expreso a los representantes del vendedor y del comprador en su caso. Las dudas son similares a las de si el vendedor o el comprador necesitan más o menos facultades dispositivas y capacidad que los vendedores y compradores ordinarios.

Las resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968 han contemplado esta cuestión desde el ángulo de la capacidad del comprador y concretamente en la de si el marido puede comprar para su sociedad conyugal sin consentimiento de la esposa si la venta se hace con aplazamiento de precio garantizado con hipoteca. La reiterada solución ha sido afirmativa. Ahora la resolución que comentamos colocándose en los terrenos del vendedor y en la cuestión de la especialidad del poder ha entendido que comprendiendo éste la facultad de vender, la de hipotecar y la de aceptar hipotecas comprende implícitamente la de vender con precio aplazado garantizado con hipoteca.

En rigor, el principio de la especialidad del poder llevado a sus últimas consecuencias conduce a una constante oposición o choque con el principio de quien puede lo más puede lo menos. Corresponde a la Jurisprudencia en paciente y casuística labor ir encontrando las justas bases de armisticio entre ambos principios en lucha, labor más paciente y casuística tratándose de negocios jurídicos complejos en que una fuerte incidencia económica puede ir cambiando constantemente los elementos determinativos de lo más y de lo menos en la onerosidad de las prestaciones y vinculaciones de cada parte contratante. Basta pensar en la influencia de la coyuntura económica en todo cuanto se relacione con los aplazamientos de precio y la contratación a crédito en general.

Por ello es peligroso cualquier apriorismo en materia de capacidad, facultades dispositivas, complementos de capacidad y ámbito de los poderes tanto en cuanto al comprador como en cuanto al vendedor en el negocio complejo de venta con precio aplazado garantizado con hipoteca. Nunca debe ser esta cuestión definitivamente resuelta para siempre ni colocándose en la tesis de la absorción con decisiva primacía de la compraventa ni colocándose en la tesis de la combinación para acumular las exigencias más duras de cada uno de los elementos componentes (venta, hipoteca, préstamo, etc.) que el más meticulado análisis pueda encontrar en el complejo negocio.

T. C. G.

6. NOTA MARGINAL DE DERECHO DE RETORNO ARRENDATICIO. CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD: EL PLAZO DE CADUCIDAD DE CINCO AÑOS QUE EL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO SEÑALA PARA LA NOTA MARGINAL DEL DERECHO DE RETORNO HA DE CONTARSE DESDE LA FECHA EN QUE SE PRACTICÓ LA NOTA, Y NO DESDE QUE SE TOMÓ LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA CAUSANTE DEL PLEITO EN QUE SE DISCUTÍA LA PROCEDENCIA DE TAL DERECHO.

Resolución de 30 de octubre de 1969 ("B. O." de 28 de noviembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora se interpuso demanda de juicio especial regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos solicitando la declaración judicial de la existencia del derecho de retorno arrendaticio a favor de los demandantes sobre la casa situada en la calle de Santa Clara número 7 de Zamora. Dicha demanda fue objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad el 14 de diciembre de 1963. El 13 de marzo de 1964 se dictó sentencia estimando el derecho de los demandantes al retorno sobre los locales y viviendas que ocuparon, una vez reconstruido el inmueble, y en las condiciones previstas en el artículo 82 del Decreto de 13 de abril de 1956. La Audiencia Territorial, en trámite de apelación, confirmó la sentencia de instancia. Y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de injusticia notoria, por lo cual la primera sentencia quedó firme. Como consecuencia de la resolución judicial dictada en esos términos, fue practicada en el Registro nota marginal del derecho de retorno así declarado judicialmente, al margen de la inscripción de propiedad del inmueble y a favor de los titulares del mismo derecho, habiéndose presentado en el Registro el testimonio de la sentencia el 6 de octubre de 1967.

Don Julio García Pernia, como copropietario del inmueble antes referido, dirigió escrito al Registrador de aquella capital solicitando la cancelación por caducidad del derecho de retorno así anotado a favor de don Manuel Díez Lozano, doña Blanca Alonso Rodríguez y su esposo don José María Pérez Harina.

Presentado en el Registro ese escrito, fue calificado con la siguiente nota: "Denegada la cancelación que se solicita en la presente instancia, porque la anotación preventiva letra A, obrante al folio 160 del tomo 812, libro 75 de Zamora, única que se ha tomado de la finca número 4.306, es de demanda de juicio especial de arrendamientos urbanos seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora; Constando nota marginal del derecho de retorno de don Manuel Díez Lozano y doña Blanca Alonso Rodríguez en el folio 157 del referido tomo, al margen de la inscripción décima, en virtud de sentencia recaída en los autos a que se refiere la anterior anotación, con fecha 13 de marzo de 1964, que fue confirmada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Valladolid el 5 de octubre de 1964, contra la que se interpuso recurso de injusticia notoria, desestimado por la del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1965; de cuya nota marginal no se solicita cancelación que tampoco procedería por tener fecha 13 de noviembre de 1967, desde la cual no han transcurrido los cinco años".

Contra dicha calificación interpuso recurso gubernativo don Julio García Pernía alegando que el plazo legal de vigencia de la nota marginal del derecho de retorno—cinco años—debía contarse desde la fecha de la anotación de demanda—14 de diciembre de 1963—y no desde la propia fecha de la nota marginal—6 de octubre de 1967—por estimar que la segunda no es más que la confirmación de la primera, y que de otra manera la publicidad registral del derecho de retorno alcanzaría al plazo de ocho años nueve meses y diez días, muy superior al taxativamente fijado por el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y declaró que no resulta lícito recortar el plazo de los cinco años a que se refiere el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, ni hacer puramente ilusorias las facultades reconocidas por la norma al amparo de una pretendida caducidad de derechos que no se han podido ejercitar mientras se encontraban pendientes de reconocimiento por una decisión judicial. Y la Dirección General, en apelación interpuesta por el recurrente, confirma el auto apelado y la nota del Registrador, sentando la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—La cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si el plazo de caducidad de cinco años que señala el artículo 15 del Reglamento Hipotecario en los supuestos de nota marginal de derecho de retorno, se ha de contar desde la fecha en que se practicó tal nota por presentación del testimonio de la sentencia firme que lo declare, o bien desde que se tomó la anotación preventiva de demanda del pleito en que se discutió la procedencia de tal derecho.

El derecho de retorno, introducido por la legislación de Arrendamientos Urbanos para el caso de negativa de prórroga basada en el número 2 del artículo 62 de la Ley, supone la facultad legal y en ciertos casos convencional, que tiene el arrendatario, de instalarse en el inmueble reedificado, en una vivienda o local de negocio análogos a los que ocupaba en el destruido, y ofrece las características de que, normalmente, nace por la voluntad del propio locatario, limita el dominio del arrendador y produce efectos “*erga omnes*”.

Dado que este derecho de retorno puede afectar a todo adquirente de finca urbana, no podían pasar desapercibidos al legislador los perjuicios que a las transacciones y relaciones inmobiliarias podría ocasionar la falta de una publicidad adecuada de este derecho, y por ello, el Decreto de 17 de marzo de 1959, que reformó algunos preceptos del Reglamento Hipotecario, reguló, en el artículo 15, los efectos registrales de este derecho de retorno y ordena que se podrá hacer constar en el Registro de la Propiedad, mediante la nota marginal correspondiente, sin cuya constancia no perjudicará a los terceros adquirentes, con lo que, de esta forma, se logra armonizar la legislación arrendaticia y la registral o hipotecaria.

Para extender la mencionada nota basta, según expresa el artículo 15 citado, la solicitud del interesado, acompañada del contrato del inquilinato o arriendo y el título contractual, administrativo o judicial—como sucede en este caso—, del que resulte el derecho de retorno, nota que tendrá una duración de cinco años desde su fecha, y que una vez cumplida dará lugar a la cancelación por caducidad del asiento, ya que por constituir una limitación al dominio del propietario no parece deba extenderse más tiempo del prudencialmente indispensable.

En caso de contienda judicial acerca de la existencia del derecho de retorno por negarse el arrendador a reconocerlo, la anotación preventiva de demanda será la medida cautelar que proteja o garantice en su día el derecho del arrendatario, tal como declaró la Resolución

de 6 de julio de 1962, y si la demanda prospera en virtud de sentencia firme, de acuerdo con el artículo 198 del Reglamento Hipotecario, podrá practicarse la nota marginal ordenada, momento en que empezara a contarse el plazo de caducidad, tal como señala expresamente el artículo 15 del Reglamento, que tiene una clara justificación, pues no resultaría lógico recortar la duración establecida al amparo de una pretendida caducidad del asiento si se retrotrajera la iniciación del cómputo al momento de extenderse la anotación—que tiene la finalidad antes indicada—, ya que se harían ilusorias las facultades reconocidas en la norma al titular del derecho, que no podría ejercitarlas por encontrarse todavía pendientes de reconocimiento por una decisión judicial.

C) *Comentario.*—1. Uno de los rasgos más acusados del derecho español de los últimos años es la enérgica protección que la legislación especial de arrendamientos urbanos concede a la situación jurídica del arrendatario. Esa protección se articula a través de diversos procedimientos legales: irrenunciabilidad de derechos, revisión legal de la renta pactada, derechos de tanteo y retracto en favor del arrendatario, etc. De todos ellos, quizá el más eficaz y de mayor importancia práctica, sea el de la prórroga legal forzosa. Pero este mecanismo de la prórroga resulta desorbitado en su formulación legal, porque a través de este cauce jurídico discurre un doble nivel de eficacia: a) Por una parte, la duración indefinida del contrato, a merced del arrendatario, más allá del plazo contractualmente fijado. Cuestión de eficacia temporal, acorde con la propia naturaleza de la prórroga; b) Por otra, la repercusión del contrato de arrendamiento, y de la situación jurídica del ocupante del piso o local por este título, frente a los terceros adquirentes de la finca arrendada. Cuestión de oponibilidad del arrendamiento urbano o eficacia frente a terceros. Aunque consagrado este importante principio en el mismo artículo en que se establece la prórroga legal (cfr. artículo 57 L. A. U.), es evidente que ambos temas son institucionalmente distintos y que la cuestión de la oponibilidad frente a terceros del arrendamiento urbano rebasa con mucho el cauce técnico de la prórroga.

De donde resulta que, a pesar de esa imprecisión técnica legal, o quizá por causa de ella, la regulación legal de la prórroga arrendaticia traduce la mayor densidad de eficacia que el arrendamiento urbano despliega para la persona del arrendatario. Por eso también, las posibles excepciones a la prórroga aparecen recogidas en una enumeración legal y taxativa (cfr. art. 62 L. A. U.), de modo que sólo puede desvirtuarse aquel complejo mecanismo de protección legal cuando entra en juego alguna de estas causas impeditivas y legalmente tasadas.

Según la causa segunda de excepción a la prórroga, no entrará en juego esta continuidad automática de la situación arrendaticia cuando el arrendador proyecte el derribo de la finca arrendada para edificar otra que cuente con un tercio más de las viviendas que hubiera en la primitiva o, por lo menos, con una, si no existieren en el edificio anterior, respetando al mismo tiempo los locales de negocio (art. 62-2.º L. A. U.). La no continuación de la prórroga legal se justifica por la necesidad social de modernizar los inmuebles antiguos y de aumentar su capacidad habitable. Pues bien, aún en este supuesto excepcional, para que el arrendatario inicial quede suficientemente protegido en su necesidad de habitación, se concede al mismo el derecho de instalarse en el inmueble reedificado en determinadas condiciones y previo el cumplimiento de ciertos requisitos (vid., art. 81 L. A. U.). Con lo cual resulta igualmente protegido el interés del arrendatario de ocupar un

piso o local semejante al que disfrutaba en virtud del primitivo contrato. Es el llamado, primero por la doctrina y hoy también por la Ley reformada, derecho de retorno arrendaticio (cfr., art. 81-5 L. A. U.),

2. a) Los imprecisos perfiles de la figura jurídica así creada y su ocasional aparición, han planteado a los autores no pocas dudas al tratar de precisar su naturaleza jurídica y su régimen aplicable. Se discute en primer lugar si se trata de un derecho real o meramente personal. Porque falta aquí, desde que la finca antigua se derriba hasta que se termina la construcción del nuevo edificio, un objeto actual y determinado del presunto derecho real. Por eso, la doctrina más autorizada entiende que se trata, más bien, de un derecho de crédito que constituye el contenido especial de una relación obligatoria de arrendamiento en los casos de derribo del edificio arrendado para su reedificación; cuyo reverso es una obligación que consiste fundamentalmente en un "dare", el objeto de la cual no se encuentra plenamente determinado, sino que es sólo determinable a través de criterios legales (1).

En relación con este punto concreto pienso que ocurre aquí lo que en otras figuras de dudosa naturaleza jurídica. A saber: Que la clásica distinción entre derechos reales y de crédito puede aquí ser sustituida con éxito por la más modesta y a la vez más eficaz de derechos oponibles y no oponibles. Porque aquélla no resulta aplicable con justeza a estas figuras jurídicas de dudoso contorno. Y porque, mucho más que su posible naturaleza real o personal, nos interesa en la práctica determinar si estas situaciones jurídicas afectan o no a los terceros en el tráfico, si son o no oponibles frente a terceros. Es el lado externo o de eficacia "erga omnes" que se atribuye a los derechos reales, el que aquí más nos importa precisar. Con independencia de la inmediatez del poder sobre la cosa. Respuesta que, de ser afirmativa, postula un necesario grado de publicidad para que el derecho o la situación jurídica lleguen a ser oponibles (2).

Desarrollando esta necesidad estructural, podemos afirmar que el derecho de retorno es evidentemente un derecho oponible. En cuanto que puede afectar a los terceros adquirentes de la finca a través de su publicidad registral, como en seguida veremos. Lo cual confirma la tesis, por mí defendida hace ya mucho tiempo, de que al Registro de la Propiedad no tienen acceso sólo los derechos reales, como entendió con unanimidad la doctrina clásica convirtiendo esta idea en un tópico, sino también los personales y las situaciones jurídicas de dudosa naturaleza real en la medida en que son legalmente susceptibles de inscripción. Es decir, que a efectos de determinar lo que es inscribible, lo definitivo no es la calificación de real o personal—puramente teórica y a veces opinable e insegura—(3), sino la calificación de que una situación jurídica sea o no oponible, en función del reconocimiento legal de su eficacia frente a los terceros.

b) En segundo lugar, y siguiendo con la naturaleza del derecho de retorno, se cuestiona igualmente sobre si esta facultad del arrendatario

(1) Díez-Picazo: *Protección registral del derecho de retorno*, «A. D. C.», XIV-III, pág. 595.

(2) En más de una ocasión me he permitido opinar que, frente a la crisis actual de la dicotomía derechos reales—personales, podía ésta ser sustituida con ventaja por la más limitada y más precisa de derechos oponibles—no oponibles. La cual es susceptible de aplicación a muchas otras figuras y revela su aspecto dinámico en el tráfico jurídico. Siempre que el concepto de derecho o situación oponible quede suficientemente perfilado en nuestra doctrina.

(3) Cfr. en este sentido, VALLET DE GOYTISOLO: *Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral*, en esta misma REVISTA, enero-febrero 1961, págs. 163-190.

cuando se ha derribado la finca originaria, implica la continuación o extinción de la relación arrendaticia primitiva y la constitución de una nueva. Como ha visto con claridad DÍEZ PICAZO, se trata de la continuación de una única relación jurídica a través de tres fases o momentos, el primero de los cuales comprendería hasta el abandono de los antiguos locales, el segundo desde el abandono hasta la reinstalación, y el tercero desde ésta en adelante. Una relación jurídica que atraviesa tres vicisitudes distintas y que, por tanto, tiene en cada una de ellas un contenido diferente... El derecho de retorno constituye sólo el contenido especial de la relación arrendaticia durante una de sus fases y, en este sentido, puede configurarse como un derecho y un deber que recaen sobre una prestación: la prestación del retorno (4).

c) En fin, después de la reforma del Reglamento Hipotecario en 1959, su artículo 15 consagra expresamente la publicidad registral del derecho de retorno arrendaticio mediante nota puesta al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique (5), e impone esa constancia registral para que el derecho de retorno pueda perjudicar a los terceros adquirentes de la finca (6). El fundamento de esta medida de publicidad es bien patente, ya que el arrendamiento urbano puede exteriorizarse a través de la posesión del arrendatario, pero, derribada la finca y antes de la ocupación de los nuevos locales, los terceros adquirentes del solar o del edificio no pueden conocer la reserva del derecho de retorno a favor de los inquilinos anteriores. Y si se pretende legalmente que el retorno subsistente en esas circunstancias afecte a los terceros, la quiebra de la seguridad del tráfico es inmediata. Lo cual produciría la injusticia evidente de que los terceros adquirentes tendrían que soportar una situación jurídica de retorno de la que no habían tenido noticia y que disminuiría claramente el valor económico de la finca comprada. Por eso, para armonizar las necesidades del tráfico con la protección del arrendatario titular del retorno, el Reglamento Hipotecario ha venido a exigir su publicidad registral para que el retorno sea oponible. Aunque con ello se haya limitado la originaria eficacia "ex lege" del derecho de retorno sin más requisitos (artículo 94, "L. A. U.") (7).

El tipo de asiento registral elegido para dotar de publicidad al retorno arrendaticio se justifica por la propia naturaleza del derecho publicado: derecho personal no real, de publicidad transitoria, no definitiva.

(4) Loc. cit., págs. 593-595. Cfr también OGAYAR: *El régimen jurídico del derecho de retorno*, «R. D. N.», núm. 40, pág. 17, y las opiniones doctrinales recogidas en págs. 13-15.

(5) Vid. sobre este tema de la publicidad registral del derecho de retorno, además de los trabajos citados de DÍEZ-PICAZO y OGAYAR, los siguientes:

DE LA RICA y ARENAL: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*. Publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1959, págs. 15-22.

FERNÁNDEZ BOADO: *El Derecho de retorno y el Registro de la Propiedad*, en «Primer Congreso de Derecho Registral», 2 a 6 de mayo de 1961. Ponencias, Actas, Conferencias. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1965, págs. 205-216.

(6) Antes de la reforma del artículo 15 del Reglamento Hipotecario en 1959, la cuestión era por lo menos dudosa a la vista del artículo 94 L. A. U., que imponía la eficacia del Derecho de retorno en todo caso, aunque cambie la persona del primitivamente obligado (interposición del tercer adquirente) y sin otro requisito. Vid. sobre este tema la discusión posterior a la Ponencia de FERNÁNDEZ BOADO, loc. cit., págs. 217-219.

(7) Como se afirma en la Resolución que comentamos, con la publicidad obtenida mediante la nota marginal del derecho de retorno, se logra armonizar la legislación arrendaticia y la registral o hipotecaria.

Lo cual excluye el asiento de inscripción. El plazo de cinco años de vida registral que se atribuye a la nota marginal parece más que suficiente, en principio, para la protección del retornante y para que las obras de reconstrucción se hayan terminado. Con ello se evita una prolongación excesiva de la limitación dominical que el retorno supone (8).

3. En el presente Recurso se planteaba un problema bien concreto: desde cuándo debe empezar a contarse el plazo de caducidad de la nota marginal del derecho de retorno. Porque en este caso se había discutido judicialmente la procedencia del retorno. Y la demanda con que se inició el pleito había sido objeto de anotación preventiva en el Registro. Con posterioridad, el testimonio de la sentencia firme recaída—después de agotar la vía de los recursos legales—que declaraba el derecho de retorno, fue el causante de la nota marginal. En vista de esos antecedentes, la duda se planteaba sobre la siguiente disyuntiva: si el plazo de caducidad de los cinco años debía contarse desde la fecha de la anotación de demanda, en cuanto ésta sirve para anticipar o preparar la ulterior sentencia inscribible, como pretendía el recurrente en sus alegaciones; o desde la propia fecha en que se extendió la nota marginal (9), como sostuvo el Registrador.

A mi juicio, la duda suscitada en esos términos no es más que la aplicación a un caso concreto de un problema más general que se plantea en relación con determinado tipo de asientos registrales, y que como tal no debe ser silenciado aquí. En los asientos cuya eficacia o cuya vida registral aparece cronológicamente limitada durante un determinado plazo—anotaciones preventivas, notas marginales substitutivas de otros asientos cuando así ocurre, inscripciones de inmatriculación cuya eficacia frente a terceros se suspende por dos años (art. 207, L. H.), etc.—, hay que distinguir dos fechas distintas, en función de su respectiva y heterogénea aplicación:

a) Fecha a efectos de prioridad, fecha extrínseca al asiento. Se trata de determinar desde qué momento el acto que ha ingresado en el Registro se antepone con eficacia excluyente o preferente a cualquier otro referente a la misma finca. Por virtud del principio de prioridad registral, vigente en nuestro sistema (art. 17 L. H.), el título que se inscribe antes prevalece sobre el que pretende su inscripción después. La prioridad cronológica, que despliega su eficacia en todo el campo de los derechos reales, y atribuye la preferencia al título de fecha anterior, condiciona igualmente la protección dispensada por la publicidad registral, pero en función aquí de su propio ámbito registral; es decir, de la fecha de la inscripción (10). En este sentido, y a efectos de deter-

(8) LA RICA, loc. cit., pág. 22

Como este mismo autor señala, en la práctica podría llegar a suscitarse el tema de la prórroga de la nota marginal de retorno—su posibilidad, su duración y su procedimiento de obtención—para el caso de que en los cinco años de vigencia de la nota no se hubiera conseguido la reinstalación del retornante en el nuevo local. Cuestiones éstas sobre las que el Reglamento Hipotecario guarda silencio.

(9) Claramente posterior a aquélla en el presente caso, según se desprende de los antecedentes de hecho.

(10) De acuerdo con mi opinión de que lo que publica el Registro son relaciones jurídicas, recordemos que la relación jurídica registral a favor de un determinado titular existe desde que y en la medida en que está inscrita. Desde este punto de vista formal, la fecha de la relación jurídica registral es la de su inscripción. Antes habrá relaciones jurídicas civiles, pero no registrales. Y en base a esa fecha de la inscripción, desarrolla su eficacia excluyente o preferente sobre las otras relaciones jurídicas igualmente inscritas. Es lo

minar la preferencia sobre otras relaciones igualmente inscritas, la fecha de cada inscripción es la del asiento de presentación del título que la causa (arts. 24 y 25 L. H.): momento en que se acredita oficialmente la solicitud de registración. La fecha de la inscripción se retrotrae a la del asiento de presentación. Cuyos datos (hora, folio, número del asiento en el Diario, etc.) han de constar especialmente en las inscripciones extensas (art. 51-11 R. H.).

Por eso creo que la expresión empleada por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria ("fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir") es demasiado amplia en su formulación y que, rectamente entendida, debe limitarse a aquellos efectos que la inscripción pueda producir en relación con el principio de prioridad. Es decir, cuando se plantee la preferencia entre dos relaciones jurídicas inscritas.

b) *Fecha intrínseca*, a efectos de determinar la propia subsistencia y eficacia—o limitación de eficacia, en su caso—del asiento en sí mismo considerado, con independencia de su virtualidad ofensiva y preferente sobre otros asientos. Entonces la fecha relevante será aquella en que el asiento ha sido formalmente autorizado por el Registrador. Fecha del asiento en sentido interno o intrínseco.

Como decíamos, este dato cobra especial relieve en aquellos casos de asientos con vigencia temporalmente limitada. Recordemos, por ejemplo, la limitación de efectos frente a tercero por dos años que el artículo 207 de la Ley Hipotecaria señala para las inscripciones de inmatriculación practicadas conforme a los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria, o el plazo de tres meses, dentro del que necesariamente ha de extenderse la nota marginal de publicación de edictos (art. 205 de la Ley Hipotecaria y 298 R. H.); o el plazo de caducidad de las anotaciones preventivas (arts. 86, 87, 92 y 96 L. H.), y de las notas marginales cuando así esté fijado legalmente (art. 15 R. H.: cinco años para el derecho de retorno, como en el caso presente); o el plazo de diez años para la conversión de las inscripciones de posesión en dominio (art. 355 R. H.); o los plazos de caducidad señalados en las Disposiciones Transitorias primera y segunda de la Ley Hipotecaria, etc., etc.

En todos estos supuestos entiendo que los plazos legales deberán contarse desde la fecha misma de los asientos respectivos, y no desde la fecha en que se presentaron en el Registro los títulos inscribibles. La razón de ello está en la necesidad de la adecuada protección del titular a cuyo favor funciona la publicidad del asiento—plazos de caducidad—o su limitación de eficacia—terceros no afectados por la inmatriculación, por ejemplo—.

Así lo reconoce con buen criterio la Resolución que comentamos, al afirmar que de no admitirse la fecha del asiento de nota marginal como principio del plazo de su vigencia, y pretender que se retrotraiga a la de la anotación preventiva de demanda anterior, quedaría sin la adecuada protección el titular inscrito del derecho de retorno, por no ser eficaz aquella anotación como reveladora del mismo derecho frente a los terceros mientras éste no haya sido judicialmente reconocido. Es decir, mientras no exista con plenitud jurídica indiscutida.

Por el mismo camino de este razonamiento, podríamos recordar otro caso igualmente real: Se presenta en el Registro un título que no puede inscribirse por adolecer de algún defecto subsanable. El Registrador lo hace saber verbalmente al interesado y no extiende inmediatamente la anotación de suspensión en espera de que se subsane el defecto.

que la doctrina califica como prioridad registral en sentido formal. Unica que, en mi opinión, puede considerarse a través del Registro. Sin perjuicio, claro es, de la posible prioridad material o preferencia de fechas en el ámbito civil.

Transcurridos treinta días desde el asiento de presentación, y no habiéndose subsanado el defecto, el Registrador extiende la anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días, y devuelve el título así despachado. Sería injusto que los sesenta días de vigencia de la anotación empezaran a contarse desde el asiento de presentación, cuando ya han transcurrido treinta días a partir de éste. En beneficio del titular anotado y de la mayor posibilidad de subsanación, parece más razonable que los sesenta días empiecen a contarse desde la misma fecha de la anotación.

El recurrente en sus alegaciones parece partir de la idea de que la anotación de demanda actuaba como precedente de la nota de retorno causada por la sentencia, y que ésta no era más que la confirmación de aquélla por su común origen e idéntica finalidad. Idea que no puede admitirse en sentido técnico. Como puso de relieve el Registrador calificador en su preciso y bien meditado informe, ambos asientos tienen distinto origen, diferente naturaleza y diversa finalidad. Por lo que no puede sostenerse que la nota marginal del derecho de retorno de 13 de noviembre de 1967 sea la confirmación de la anotación de demanda de 14 de diciembre de 1963.

Ello parece indudable. Sobre todo si se tiene en cuenta, como el propio Registrador indicó, que la anotación de demanda no se convierte en inscripción definitiva—nota marginal de retorno en este caso—según establece el artículo 197 R. H. A diferencia de lo que ocurre con las anotaciones de suspensión por defectos subsanables (art. 70 L. H.). Sino que cuando se inscribe la sentencia definitiva, se cancela al mismo tiempo la anotación de demanda (art. 198 R. H.). Por lo que no cabe aplicar a un asiento el carácter de precedente inmediato del otro, ni hacer depender la vigencia temporal de éste de la fecha de aquél. Las anotaciones de demanda tienen por finalidad hacer cognoscible la iniciación del juicio y asegurar frente a los terceros adquirentes de la finca la efectividad de la sentencia que en su día recaiga. Sólo en este aspecto, de oponibilidad frente a terceros del futuro pronunciamiento judicial, puede la anotación de demanda ser considerada como asiento preparatorio ("Vormerkung"). Pero no en el sentido de absorber desde su fecha el plazo de vigencia del segundo asiento, cuando éste sea limitado.

En resumen, la solución dada al presente caso por el Centro Directivo parece justa y adecuada. Tanto desde el punto de vista de la jurisprudencia de conceptos y mantenimiento de los principios técnicos fundamentales de nuestro sistema hipotecario, como desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses y necesidad de la adecuada protección del titular registral dentro de los límites legales

M. A. G.

7 INSCRIPCIÓN DE SENTENCIA FIRME.—ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. CADUCIDAD DE ANOTACIONES PREVENTIVAS Y CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE LAS MISMAS. PRINCIPIOS DE FE PÚBLICA Y LEGITIMACIÓN.

NO ES INSCRIBIBLE UN MANDAMIENTO QUE ORDENA LA INSCRIPCIÓN DE UNA SENTENCIA FIRME, SI CADUCADA LA CORRESPONDIENTE ANOTACIÓN DE DEMANDA ESTÁN INSCRITAS LAS FINCAS A NOMBRE DE TERCERAS PERSONAS QUE NO FUERON PARTE EN EL PROCESO, POR IMPEDIRLO LOS PRINCIPIOS DE FE PÚBLICA (ART. 34) Y LEGITIMACIÓN (ARTS. 1, 3.º, Y 38, 2.º, DE LA LEY HIPOTECARIA) Y SIN TOMAR EN CONSIDERACIÓN LAS APRECIACIONES SOBRE LA BUENA O MALA FE DE LOS ADQUIRENTES POSTERIORES, LO QUE HABRÁ DE SOLVENTARSE ANTE LOS TRIBUNALES.

Resolución de 31 de octubre de 1969 ("B. O." de 29 de noviembre).

Antecedentes de hecho.—Doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo, casada con don Andrés Galera Galera, adquirió por compra a don Gregorio Treviño Peñaranda, casado en segundas nupcias con doña María Isabel Ruiz y González de Linares, las siguientes fincas, según escritura de 5 de marzo de 1951 autorizada por el Notario de Madrid don Julio Albi Agero: "1) Una tierra en término municipal de Tomelloso, próxima a los Arenales de la Moscarda, de una cabida aproximada de 123 hectáreas, según el Catastro"; "2) Otra tierra que es resto a que ha quedado reducida después de varias segregaciones en término de Criptana, hoy según el Catastro, en el de Alcázar, sitio de Tejado, de caber dicho resto, 46 fanegas, equivalentes a 31 hectáreas 75 áreas", y "3) Otra tierra en los mismos términos y sitios que la anterior, de caber 4 hectáreas 89 áreas 11 centiáreas, igual a 7 fanegas"; que en dicha escritura se manifestó que los bienes vendidos eran propios del enajenante y se adquirían con dinero privativo de la compradora, que contaba con la autorización de su marido; que, según la cláusula tercera, el precio se fijó en 140.600 pesetas, de las cuales el comprador confiesa tener recibidas 60.600, quedando pendientes de pago 80.000 que la compradora se compromete a satisfacer en dos plazos de 40.000 pesetas cada uno, que se harían efectivas en el domicilio del vendedor los días 1 de marzo de 1952 y 1 de marzo de 1953, respectivamente, devengando un interés del 5 por 100, que sería satisfecho por trimestres vencidos; que en la cláusula 4.ª se estableció que "para el caso de que doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo no satisfaga al vendedor, don Gregorio Treviño Peñaranda, la suma de 80.000 pesetas adeudadas según la cláusula anterior, se pacta expresamente, como condición resolutoria, que deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que la venta y transmisión solemnizada en esta escritura quedará sin efecto, volviendo al vendedor, señor Treviño, la totalidad plena de las fincas vendidas, sin que dicho señor tenga que abonar a la señora Huertas Sánchez-Carrillejo cantidad alguna, quedando la suma entregada en poder del transmitente como indemnización por los perjuicios sufridos y pena por incumplimiento del contrato. El precio aplazado de 80.000 pesetas se

imputará a las fincas vendidas en la siguiente proporción: a) La cantidad de 50.117 pesetas a la finca descrita al número 1. b) La cantidad de 18.125 pesetas a la finca descrita al número 2. c) La cantidad de 2.658 pesetas a la finca descrita al número 3"; que la citada escritura se presentó en el Registro de Alcázar de San Juan y causó la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en cuanto a una quinta parte de 80 hectáreas 23 áreas 43 centiáreas, cabida registrada de la finca primera; 27 hectáreas 97 áreas 80 centiáreas, cabida registrada de la finca segunda y finca tercera, en los tomos, libros, folios, fincas, números e inscripciones que expresan los cajetines puestos al margen de las mismas, advirtiéndose que la inscripción de la primera y segunda se ha verificado en el término de Campo de Criptana por figurar en los libros de dicho Ayuntamiento y no en los de Tomelloso y Alcázar respectivamente. No se practica operación alguna respecto a cuatro quintas partes de la primera por aparecer adquiridas por el transmitente en estado de casado con doña María Muñoz Arranz, hasta que se liquide la sociedad conyugal, y no se verifica operación alguna tampoco en cuanto a la diferencia de cabida de la primera hasta la que expresa el título, por no justificarse su adquisición por el transmitente, y, en cuanto al exceso de cabida de la segunda, por no aparecer plenamente justificado tal exceso"; que a continuación de la anterior nota se puso otra del tenor literal siguiente: "justificado que una quinta parte de 80 hectáreas 23 áreas 43 centiáreas, cabida registrada de la finca primera, fue adquirida por el transmitente en permuta con otra finca que él mismo había adquirido por herencia de su madre, doña Victoria Peñaranda González, según escritura de 28 de febrero de 1928, ante el Notario de Campo de Criptana, don Enrique García Duarte González, ha sido inscrito este documento en cuanto a dicha parte de finca, única de la que se interesa el despacho"; que seguidamente figura en el mismo una tercera nota, que dice así: "suspendida la inscripción de este documento en cuanto a tres quintas partes de la finca primera de que se solicita el despacho, por aparecer adquirida por el vendedor en su estado de casado con doña María Muñoz Arranz, sin liquidarse la sociedad conyugal, cuyo defecto se considera subsanable y tomo en su lugar anotación preventiva del título a favor de doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo por el término y con los efectos legales y reglamentarios en el tomo 1.350, libro 96, de Campo de Criptana, folio 196 vuelto, finca número 6.240, anotación letra D"; que el 12 de noviembre de 1953, ante el Notario de Alcázar de San Juan, don José Durá Ruiz, se otorgó por don Gregorio Treviño Peñaranda y doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo escritura de rectificación de errores y aclaración a la de 5 de marzo de 1951, haciendo constar que la finca relacionada en primer lugar en aquel documento figuraba en el Catastro con una cabida de 123 hectáreas, según consta en certificación de 15 de marzo de 1943, posteriormente rectificada en el sentido de tener sólo 108 hectáreas 10 áreas 14 centiáreas; que con el fin de conseguir que la finca se inscribiese en el término de Tomelloso y no en los libros de Criptana, a cuyo término no pertenece desde que se rectificaron los términos municipales citados, se omitió la cita de las inscripciones de Criptana, buscando lograr la inscripción en los libros de Tomelloso, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, diciendo que la finca se hallaba pendiente de inscripción, lo que para el término de Tomelloso era cierto; que presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, lo que de ella se inscribió se hizo en los libros de Criptana, por lo que se hace preciso aclarar este extremo para poder inscribir una de las partes que figura como finca independiente; que estas dos partes son las siguientes: a) Una tierra llamada de "Casquetazo", en los Arenales de la Moscarda, de 87 hectáreas aproximadamente, que linda: al Norte,

el río; Sur, herederos de doña Rosario Treviño; Este, camino de la Dehesa, y Oeste, viuda de Francisco Vaquero, adquirida por el vendedor, parte por herencia de su padre y parte por título oneroso de sus hermanos, e inscrita en el Registro de la Propiedad al tomo 263, libro 76 de Criptana, folio 186 y siguientes, y b) Otra, que fue parte de la anterior, de caber unas 18 hectáreas, que linda: al Norte, la finca anterior y don Ramón Baillo; Sur y Oeste, viuda de don Francisco Vaquero, y Este, don Ramón Baillo, adquirida por el vendedor exclusivamente por herencia de su padre e inscrita en el Registro de la Propiedad al tomo 208, libro 52 de Criptana, folio 41, finca 5.009, inscripción tercera; que, rectificadora la descripción de la finca total hecha en la escritura de 5 de marzo de 1951, la descompone en sus dos partes integrantes del modo que queda expuesto antes, y como consecuencia de ello se inscribió el precedente documento "por lo que respecta a la finca b), en el tomo, libro, finca, número e inscripción que expresa el cajetín puesto al margen de la misma"; que la venta formalizada en la escritura de 5 de marzo de 1951, rectificada y aclarada por la de 12 de noviembre de 1953, fue resuelta unilateralmente por el vendedor en virtud del pacto comisorio expreso inscrito en el Registro de la Propiedad, previo requerimiento notarial hecho el día 30 de mayo de 1956; que poco después doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo demandó ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid a don Gregorio Treviño Peñaranda y a cualquiera otro que pudiese alegar un posible derecho sobre las fincas "Casquetazo" y "Tejado", y lo hubiere adquirido con posterioridad al 30 de mayo de 1956, solicitando se declarase no haber lugar a la resolución de la venta aludida, dejando en vigor la escritura de 5 de marzo de 1951; que la demanda se anotó en el Registro el 11 de enero de 1957 en cuanto a la finca número 6.240—"Casquetazo"—, extinguiéndose por caducidad posteriormente y sin que se practicase anotación alguna en cuanto a la finca número 5.009—"Tejado"—; que don Gregorio Treviño Peñaranda, con anterioridad a la práctica de la citada anotación, por escritura de 5 de septiembre de 1956, vendió las dos fincas mencionadas a don Joaquín Catalán Horcajada, y éste, después de haberse extinguido la anotación de demanda, presentó su título, que fue inscrito, en cuanto a la finca "Tejado" totalmente y sólo respecto a las partes "pro indivisas" que figuraban a nombre de don Gregorio Treviño, en la finca 6.240—"Casquetazo"—; que más tarde, en virtud de expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, inscribió a su favor las restantes partes de esta finca, según auto de 9 de octubre de 1965, que consta en certificación unida a los antecedentes del recurso; que, seguido el procedimiento instado por doña Consolación Huertas, el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, con fecha 24 de enero de 1958, dictó sentencia no admitiendo la pretensión de la demandante; que posteriormente don Joaquín Catalán Horcajada vendió en diversas fechas de los años 1958 y 1966 varias parcelas segregadas de la finca número 6.240 a diferentes compradores, quienes después de extinguida la anotación de demanda, inscribieron sus títulos; y que la demandante, señora Huertas, recurrió contra la sentencia del Juzgado número 14 de Madrid, llegando hasta el Tribunal Supremo, que, en 21 de diciembre de 1963, revocó el anterior fallo, declarando no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa litigioso.

Presentada en el Registro ejecutoria de la anterior sentencia, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con *nota* del tenor literal siguiente: "Presentado este documento el día 13 de mayo próximo pasado—1967—, según asiento número 1.175, fue retirado por el presentante y ha sido devuelto a esta oficina acompañado de: 1. Un

testimonio de particulares de la misma sentencia de 21 de diciembre de 1963, expedido el 2 de junio corriente; 2. Testimonio del auto de 25 de octubre de 1957, dictado en expediente de dominio número 89 de 1957 del Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan, cuyo testimonio lleva fecha 12 de junio corriente; 3. Primera copia de la escritura otorgada por don Gregorio Treviño y doña Consolación Huertas el 5 de marzo de 1951 ante el Notario de Madrid, don Julio Albi Agero, con el número 417 de su protocolo; 4. Primera copia de la escritura de rectificación de errores y aclaración otorgada por los mismos señores Treviño y Huertas en Alcázar de San Juan el 12 de noviembre de 1953 ante el Notario don José Durá, con el número 1.115 de su protocolo; 5. Testimonio expedido por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Alcázar de San Juan el 3 de junio de 1957 del escrito de los representantes de don Joaquín Catalán Horcajada, promoviendo expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo en relación a fincas al sitio del "Casquetazo"; 6. Otro testimonio expedido por el mismo fedatario el 3 de junio de 1957, de un escrito por el que doña Consolación Huertas formuló oposición al expediente de dominio incoado por el señor Catalán. Se observan las siguientes faltas: 1.º En cuanto a la primera de las fincas descritas en el documento: Tanto en el momento de la presentación de la ejecutoria como en el día de hoy, esta finca y las segregadas de la misma aparecen inscritas, aunque en el término de Campo de Criptana (la matriz con el número 6.240), a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento judicial, en virtud de inscripciones vigentes que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y cuya nulidad o cancelación no ha sido declarada ni ordenada, habiéndose resuelto expresamente la improcedencia de hacer declaraciones contra las personas que puedan alegar derechos según los propios términos del fallo, y habiéndose extinguido por caducidad antes de practicarse las inscripciones aludidas la anotación de la demanda origen del pleito, alguna de cuyas inscripciones, por otra parte, fue extendida en virtud de título anterior a la anotación, por lo que aunque no hubiera caducado tampoco podría cancelarse en virtud sólo del documento presentado. 2.º En cuanto a la finca segunda, que es la número 11.876 de Campo de Criptana: Aparecer cancelada la condición resolutoria de la venta con el consentimiento de don Gregorio Treviño y no haberse resuelto el contrato a que se refiere la sentencia. 3.º En cuanto a la tercera finca, número 11.868, de Campo de Criptana: Aparecer del Registro que la inscripción a favor de doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo a don Gregorio Treviño fue declarada subsistente el 8 de febrero de 1957; que doña Consolación Huertas dispuso de la finca con posterioridad, estando inscrita actualmente a favor de ulteriores adquirentes; y que quedó extinguida por caducidad la anotación de la demanda origen del pleito. Estas faltas son insubsanables e impiden la inscripción, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, párrafo tercero; 17, 20, 32, 38, 40, 77, 82 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento. No procede tomar anotación preventiva que tampoco se ha solicitado. Alcázar de San Juan a 28 de junio de 1967." A continuación figura esta *otra nota*: "Presentados nuevamente los documentos a que se refiere la precedente nota, en unión de una instancia de fecha 11 de julio próximo pasado suscrita por doña Consolación Huertas, solicitando nueva calificación solamente respecto a la primera de las fincas descritas en la sentencia, pero considerando aquella formada por las registradas con los números 6.240 y 5.009 y otros extremos; y retirados dichos documentos por el presentante han sido devueltos a este Registro. Se observa en cuanto a la primera de las fincas comprendidas en la sentencia la que, según lo solicitado, será la única a que se refiere esta calificación: Primero: A) Que la finca nú-

mero 6.240 se inmatriculó con una superficie de 86 hectáreas 87 áreas 1 centiárea, que pasaron a formar las fincas 17.667 y 18.075, antes de la compra del inmueble por doña Consolación Huertas, a que se refiere el pleito. B) Que en virtud de la sexta, se practicó del modo que se dirá la inscripción de la compra del inmueble por doña Consolación Huertas, pero sólo en cuanto a las 80 hectáreas 23 áreas 43 centiáreas, resto de finca después de las segregaciones aludidas, haciéndose constar que en el título se le atribuía una extensión de 123 hectáreas aproximadamente y los linderos coincidentes con los de la finca primera de la sentencia. La inscripción se practicó respecto a una quinta parte "pro indiviso", sin que se practicara operación alguna respecto de las cuatro quintas partes restantes por aparecer adquiridas por don Gregorio Treviño en estado de casado en anterior matrimonio. También se hizo constar que no se hacía operación alguna en cuanto a la diferencia de cabida por no justificarse por dicho señor Treviño, y que en Catastro aparece en términos de Tomelloso. C) Que en virtud de la séptima, se inscribió de análoga manera a favor de doña Consolación Huertas otra quinta parte cuya naturaleza privativa del señor Treviño se justificó. Se remite el asiento en cuanto a la descripción a la inscripción sexta. D) Que en virtud de la novena, se practicó la inscripción de la resolución de la venta a favor de don Gregorio Treviño por no haber recibido el precio aplazado según se hizo constar en acta notarial de requerimiento, inscripción que se practicó en virtud de la presentación del acta y de la escritura de compra. E) Que el 11 de enero de 1957 se practicó la anotación de la demanda origen del pleito, la cual se tomó en cuanto a 80 hectáreas 23 áreas 43 centiáreas, y se suspendió en cuanto a 42 hectáreas 76 áreas 57 centiáreas por falta de inscripción previa. Esta anotación caducó a los cuatro años de su fecha, aunque en el momento de la presentación de los documentos que motivan esta nota, no se había hecho constar la caducidad, poniéndose hoy la nota marginal cancelatoria. F) Que tanto en el momento de la presentación de la ejecutoria como en el día de hoy, varias fincas segregadas de la 6.240 y el resto de ésta aparecen inscritas a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento judicial en virtud de inscripciones vigentes que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y cuya nulidad o cancelación no ha sido declarada ni ordenada, habiéndose resuelto expresamente en la sentencia la improcedencia de hacer declaraciones contra las personas que puedan alegar derechos, y habiéndose extinguido por caducidad, como anteriormente se refiere, antes de practicarse las inscripciones aludidas, la anotación de la demanda, alguna de cuyas inscripciones, por otra parte, fue extendida en virtud de título anterior a la mencionada anotación, por lo que, aunque no hubiera caducado, tampoco podría cancelarse en virtud sólo del documento presentado. Segundo: A) Que la finca número 5.009 se inmatriculó sin que proceda por segregación de la 6.240. Esta finca fue objeto de venta con condición resolutoria por don Gregorio Treviño a doña Consolación Huertas en virtud de escritura de 12 de noviembre de 1953 de rectificación de errores de la de 5 de marzo de 1951 que motivó la inscripción cuarta. Por la quinta se inscribió la resolución de la venta por don Gregorio Treviño a favor de éste, y por la sexta se inscribió la venta de la finca por el señor Treviño; B) Que esta inscripción vigente últimamente citada está practicada a favor de persona que no ha sido parte en el procedimiento judicial, y está bajo la salvaguardia de los Tribunales. No se tomó anotación de la demanda origen del pleito y no consta que haya sido objeto de litigio esta finca, que tiene entidad hipotecaria distinta de la anterior, al no resultar que la escritura de rectificación se aportara al procedimiento. Las faltas expresadas bajo la letra F) del número primero y B del segundo son insubsanables e im-

piden la inscripción, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, párrafo 3.º; 17, 20, 32, 38, 40, 77 y 82 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento. La certificación a que se alude en el escrito se expide a instancia de la misma interesada, formulada en escrito aparte. Alcázar de San Juan a 8 de agosto de 1967".

Dña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo interpuso recurso contra la anterior calificación y alegó: que el tipo de acción por ella ejercitada deriva del artículo 1.124 del Código civil y la sentencia del Tribunal Supremo, anulando la resolución de la venta, según doctrina del propio Tribunal (sentencias de 10 de marzo y 31 de mayo de 1950 y 19 de octubre de 1957, entre otras), opera "in rem" y "ex tunc", es decir, retroactivamente, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes y las disposiciones de la Ley Hipotecaria; que de la acción ejercitada se tomó anotación preventiva en el Registro de la Propiedad que caducó por el transcurso del plazo de cuatro años, pero sin que hasta ahora haya sido cancelada formalmente; que durante el litigio reseñado, el señor Treviño vendió nuevamente la finca de "Casquetazo" a don Joaquín Catalán Horcajada, quien no la inscribió a su favor, sino que formuló expediente de dominio sobre la misma finca para reanudar el tracto sucesivo interrumpido el año 1957, a lo que se opuso la recurrente alegando la anotación preventiva de la demanda y la pendencia del procedimiento, por lo que no se pudo inscribir entonces la referida finca; que posteriormente, el año 1965, ya firme la sentencia en favor de la demandante, se tramitó otro expediente similar, que tuvo acceso al Registro sin que la dicente tuviese conocimiento del mismo por tener su domicilio en Campo de Criptana; que antes de esta inscripción el señor Catalán, vendió varias parcelas de la finca "Casquetazo", que se inscribieron a nombre de los diferentes compradores una vez que el referido vendedor registró su derecho; que presentada en el Registro la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Supremo en el año 1967, el funcionario calificador deniega la inscripción por estimar que existen otros asientos posteriores cuya cancelación no ha sido ordenada por el Tribunal Supremo y figurar inscrita la finca número 5.009 a nombre de persona ajena al pleito, sin que se hubiese tampoco tomado anotación preventiva de la demanda sobre la misma, como si las anotaciones preventivas fueran actos constitutivos de derechos y no las ejecutorias de los Tribunales; y que como fundamentos de derecho citaba los artículos 99 del Reglamento Hipotecario; 79, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, y 173, párrafo 2.º, de su Reglamento; artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962, entre otras.

El Registrador informó: que nada hay que oponer en cuanto a la invocación que hace la recurrente al artículo 257 de la Ley Hipotecaria, el cual no ha servido de base ni a él se opone la calificación; de que de tal invocación parece deducirse que, aunque en la ejecutoria no se acuerda practicar cancelaciones, éstas deben ser hechas sin necesidad de mandamiento, pero este problema no se ha planteado, pues en la calificación no se han considerado cuestiones formales, sino de fondo; que en su fundamento segundo la recurrente alega que con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario no pueden surgir obstáculos del Registro para cancelar el asiento de resolución de la venta, puesto que el Tribunal Supremo declaró que no hay lugar a la misma, por lo que dicha cancelación es procedente aunque no se haya hecho anotación preventiva de la demanda; que sin entrar en este punto en la cuestión de si se ha observado o no debidamente lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que no se ha entablado demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones, lo cierto es que cuando se presentó el documento calificado las inscripciones, a

favor de don Gregorio Treviño Peñaranda estaban ya extinguidas con arreglo al artículo 77 de la Ley Hipotecaria, pues las fincas figuraban inscritas a favor de otras personas; que, por otra parte, si se cancelaran las inscripciones a favor del señor Treviño, podría darse el caso de que no tuviese efecto la ejecutoria ni adquiriese la recurrente la titularidad registral o se producirían inscripciones contradictorias, lo que va contra las normas fundamentales de la Ley Hipotecaria, especialmente los artículos 17, 20, 32 y 40 de la misma; que las resoluciones de 29 de enero de 1940, 26 de junio de 1916 y otras anteriores, sientan la doctrina en que se apoya el criterio del informante; que el párrafo 3.º del artículo 79 de la Ley Hipotecaria no se ha infringido al practicarse la calificación, puesto que dicho artículo sólo dice que "podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación", y en el presente recurso no se ha pedido ni se ha ordenado en el pleito seguido ninguna cancelación, por lo que la nota no se ha ocupado de este supuesto; que menos aplicable aún resulta el párrafo 2.º del artículo 173, ya que en él se alude a los efectos "de las cancelaciones que se hagan" y no se ha practicado ninguna; que a la alegación de no existir terceros interesados y, en todo caso, quedar a salvo sus derechos por la sentencia del Tribunal Supremo, hay que oponer que precisamente uno de tales derechos es el que se deriva de su posición de titulares inscritos que les garantiza que no se cancelarán sus inscripciones sin su consentimiento o sentencia firme en pleito seguido contra ellos, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que, por otro lado, en la nota del informante no se ha citado el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y las cuestiones de buena fe y otras de los nuevos titulares habrá que solventarlas judicialmente, cosa que en el presente caso no ha tenido lugar, razón por la cual las inscripciones en favor de los nuevos titulares están bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme al párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, y que las resoluciones de 17 de noviembre de 1919 y 4 de marzo de 1916, entre otras, confirman el criterio expuesto.

El Juez que intervino en el procedimiento informó que era correcta la calificación del Registrador al no entrar en juego la ejecutoria de la sentencia con la mecánica registral y el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por ambos funcionarios.

La Dirección General, ante la que se alzó la recurrente, insistiendo en sus anteriores argumentos, confirma el auto apelado y la nota del Registrador (1), en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—La cuestión que plantea este expediente ha de ser examinada en sus estrictos términos hipotecarios, a saber, si puede cumplimentarse un mandamiento que ordena la inscripción de una sentencia firme en la que se declara la improcedencia de la resolución de una compraventa llevada a efecto unilateralmente por el vendedor, y que, por tanto, las dos únicas fincas en las que se solicita se practique la operación vuelvan a ser inscritas en los libros registrales a nombre de la compradora.

Al no haberse solicitado por la demandante prórroga de la anotación de demanda que recaía sobre una de las fincas, la que, en consecuencia,

(1) *Vistos:* Los artículos 1, 34, 38, 77, 79, 2.º y 86 de la Ley Hipotecaria.

Los artículos 99 y 199 del Reglamento Hipotecario.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo, 20 de octubre, y 23 de noviembre de 1961, 3 de julio de 1962 y 4 de junio de 1965; y las Resoluciones de la Dirección de 11 de abril de 1935, 22 de enero de 1944 y 11 de agosto de 1960.

quedó caducada, ni haberse extendido siquiera dicha anotación sobre el otro inmueble, se produjo, por las diversas ventas hechas por el demandado, un cambio en la titularidad dominical de las fincas discutidas, reflejado en el Registro a través de los correspondientes asientos, lo que obliga a tener en cuenta preceptos tan fundamentales como son los artículos 1-3.º, 34 y 38-2.º de la Ley Hipotecaria, que impiden pueda accederse a lo solicitado.

En efecto, el principio de fe publica, protector del tercer adquirente, que reúne las condiciones señaladas en el mencionado artículo 34 de la Ley, así como el de legitimación recogido en el artículo 1-3.º, que declara que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y muy principalmente el artículo 38-2.º, que establece que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles inscritos a nombre de persona o Entidad determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, no autorizan que pueda tener acceso al Registro la ejecutoria presentada, por encontrarse las fincas inscritas a nombre de terceras personas que no fueron parte en el proceso y cuyos derechos forzosamente no cabe desconocer, lo que incluso pone de manifiesto la propia sentencia cuando expresa que no sería procesalmente factible, por no haberse solicitado, hacer declaración alguna contra cualquier otra persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas en litigio.

Las apreciaciones hechas por la recurrente en orden a la buena o mala fe de los adquirentes posteriores, que impedirían entrarse en juego la protección establecida en el artículo 34 de la Ley, no pueden tomarse en consideración en un recurso gubernativo por no ser el procedimiento adecuado para ello, sino que habrá de solventarse ante los Tribunales de Justicia, adonde deben acudir los interesados para ventilar y contender entre sí acerca de la procedencia o no de sus respectivos derechos.

No ha habido extralimitación por parte del Registrador al calificar el documento judicial presentado, ya que, de acuerdo con el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, se ha limitado a señalar los obstáculos que han surgido del propio Registro a la inscripción de la sentencia dictada.

Comentario.—En la precedente Resolución, prescindiendo de la inusitada complejidad con la que se presentan sus antecedentes de hecho (1 bis), podemos distinguir las siguientes cuestiones escalonadas:

A) La inscripción de las Resoluciones judiciales que pueden afectar al contenido registral vigente, ha de someterse al principio de tracto sucesivo. Este actúa plenamente en los títulos declarativos judiciales. El titular registral es inatacable por una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que no ha sido parte.

Es frecuente encontrar cierto confusionismo entre los efectos retroactivos o ex tunc de las sentencias de nulidad de los negocios jurídicos, los efectos inter partes (sólo excepcionalmente erga omnes) de las resoluciones judiciales, el principio procesal de que nadie puede ser condenado sin ser citado y oído, y los principios hipotecarios fundamentales. Algo de este confusionismo encontramos en el planteamiento de esta Resolución.

La Dirección General en sus considerandos se apoya fundamentalmente en los principios de legitimación y fe pública para rechazar la inscripción de una Sentencia dictada en procedimiento, en el que no

(1 bis) Por esta complejidad se ha desistido de sintetizar los Resultandos que se han transcrito íntegros.

ha intervenido como demandado el titular registral. Es verdad que el supuesto encuentra encaje en estos principios hipotecarios; pero también y antes en el principio formal de tracto sucesivo que se traduce en el precepto, cuyo destinatario primero es el Registrador, del artículo 20 de la Ley (2).

Es frecuente encontrar vacilaciones respecto a cuál sea el principio y la norma legal que impide la inscripción de un título otorgado por quien fue titular registral y ya no lo es, cuando ese título es de fecha posterior al que despojó de la titularidad registral al otorgante. El artículo 17 de la Ley no sirve y el apartado primero del 20 puede parecer dudoso que sirva, porque su redacción literal contempla al aspecto más manoseado del principio de tracto sucesivo: que no se inscriba un título sin inscribirse antes el antetítulo. Cabe mantener que para dicho supuesto no necesita el Registrador ninguna norma formal porque le bastan los principios sustantivos conforme a los cuáles la segunda y posterior enajenación carece de validez. Pero esta solución no nos deja plenamente satisfechos porque la Ley Hipotecaria debió dar una norma al Registrador que claramente le hiciera seguir conducta contraria a la de sus colegas de otras legislaciones próximas, en las que se podían inscribir todas las enajenaciones contradictorias que sucesivamente fuese haciendo un mismo transmitente. Y efectivamente la dio porque el artículo 20 y el principio de tracto sucesivo tiene una actuación más amplia que la de exigir la previa inscripción del antetítulo; como demuestra el párrafo 2.º del artículo; las palabras previamente inscrito del párrafo 1.º quieren decir previa y actualmente inscrito. Uniendo los dos primeros párrafos del artículo 20 nos resulta el artículo 40 de la Ordenanza Registral alemana: "Sólo debe practicarse una inscripción si aquel cuyo derecho se perjudica por ella está inscrito como titular".

Por ello creemos que el primer principio que pudo alegar el fallo es el de tracto sucesivo cuya actuación práctica respecto de las resoluciones judiciales es sobradamente reconocida por la doctrina y la Jurisprudencia aunque muchas veces se le refuerza con la alegación masiva de otros varios principios hipotecarios más sustantivos, pero de aplicación directa y automática por el Registrador más dudosa (3).

(2) Por su alejamiento del caso, aunque sin duda relacionadas con los principios hipotecarios de legitimación y fe pública prescindimos de la reseña de las Sentencias manejadas en el recurso y reseñadas en el Vistos.

La Resolución de 11 de abril de 1935 trae a colación el principio de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales; pero en materia tan ajena al caso como la imposibilidad de que el Notario pueda recurrir contra la inscripción como ganancial de una finca cuando en la escritura de compra el marido asevera el carácter parafernial del precio. La Resolución de 22 de enero de 1944 también se apoya en el mismo principio de legitimación al efecto de no admitir la segregación y venta como libre, de una finca que está inscrita por título de mejora con las limitaciones y condiciones que el causante impuso en el testamento. Más analogía con el caso presenta el resuelto por la de 11 de agosto de 1960. Se trataba de la certificación de un Tesorero de Hacienda insertando acuerdo del Tribunal Provincial declarando la nulidad de la inscripción practicada a favor de un rematante. Se deniega porque este titular registral ni ha consentido la cancelación, ni ha intervenido en el expediente anulatorio del apremio por el cual se adjudicó e inscribió la finca a su favor, ni hay resolución judicial de cancelación. La Dirección confirmó la nota reurrida por el Abogado del Estado haciendo prevalecer el principio de legitimación sobre el artículo 228 del Estatuto de Recaudación, que sólo da derecho a los rematantes a la devolución del importe y de los gastos y no a reclamar contra el acuerdo de la Administración declarando la nulidad de la venta.

(3) Ver, por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1968, tomo II, página 317.

B) *Efectos de la anotación de demanda respecto del tracto sucesivo.* Siendo el principio de tracto sucesivo el que en primer lugar y antes que otros principios, defiende a los posteriores titulares registrales frente a la resolución judicial en cuyo procedimiento no han intervenido, será el principio de tracto el que queda en primer término enervado por la anotación de la demanda. Esta anotación deja fijada la titularidad y situación registral del momento en que se practica para que las posteriores no sólo puedan ser afectadas por el fallo, sino que pierdan vigor en relación con el principio de tracto sucesivo, permitiendo encadenar, en principio, la sentencia con la situación registral a la fecha de la anotación.

La doctrina y la Jurisprudencia son suficientemente concordes y claras en cuanto a la naturaleza y efectos procesales y registrales de las anotaciones de demanda. Solamente un punto, nunca fue pacífico: el alcance cancelatorio de la sentencia respecto a los asientos posteriores a la anotación practicados en virtud de títulos anteriores a la misma. Ya discutieron la cuestión MORELL, BARRACHINA, GAYOSO, etc. El Reglamento de 1947 trató de solucionarla, al menos para el Registrador, conjugando la doctrina de las resoluciones de 4 de julio de 1919, 21 de diciembre de 1925 y 30 de mayo de 1934. Recién publicado el Reglamento, RAMÓN FCEB en Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia (4) esbozó una crítica de los puntos débiles del nuevo precepto y las dudas sobre la materia continúan (5).

Pero no es del caso detenernos en esto, porque lo discutido en el recurso es distinto. La recurrente lo que alega es que el señor Catalán que compra la finca durante el litigio anotado no la consigue inscribir por expediente de dominio como pretendió y si lo consigue por otro expediente que incoa, después de firme la sentencia estimatoria de la demanda anotada, de manera que las inscripciones a favor del señor Catalán y otras posteriores obstaculizan, sin razón a juicio de la recurrente, la inscripción de la sentencia.

C) Pero la Ley ha estimado conveniente que la anotación de demanda como otras, tenga una vida de duración predeterminada y la ha sujetado a un plazo de caducidad a contar de su fecha. En previsión de que ese plazo pueda resultar insuficiente para que la anotación cumpla su cometido admite la Ley Hipotecaria que pueda prorrogarse por cuatro años más. El ministro de Justicia, señor Aunós, en su discurso ante las Cortes en defensa del Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 afirmó que "la anotación preventiva, tanto por su naturaleza como por su fin es asiento de carácter transitorio y justificó la reforma que se introducía diciendo que la mayoría de las anotaciones requerían para cancelarse una providencia de la misma autoridad que hubiese ordenado su constitución, lo que generalmente daba lugar a que el titular de la finca o derecho... se viese obligado, supliendo una manifestación negligencia, a solicitar la cancelación de un acto que, sobre no haberlo solicitado, perturbaba su propia situación hipotecaria".

La norma del nuevo artículo 86 de la Ley Hipotecaria ha tenido en general crítica favorable. Incluimos en ésta el decisivo trabajo de RAMÓN DE LA RICA que advirtió la posibilidad de que fuese insuficiente la prórroga de cuatro años y que fue motivo de la reforma introducida por

(4) Ver recensión hecha por don RAMÓN DE LA RICA en esta REVISTA, 1947, págs. 65 y sigs.

(5) Ver RICA SASTRE, obra citada, II, pág. 857 y sigs. y los autores por él citados.

el 2.º párrafo del artículo 199 del Reglamento añadido por el Decreto de 17 de marzo de 1959 (6).

D) No hay que olvidar, no obstante, que la norma de caducidad legal de las anotaciones de demanda no es de "jus gentium", sino precepto de introducción obligada para atender especialísimas características de la idiosincrasia española (7). El español suele tomar las cosas con gran ardor y por ello pocas demandas quedarán sin anotar, pero no es constante ni aficionado a rematar los detalles últimos, y por ello, pocas anotaciones se cancelan después de desestimada la demanda o acabado el pleito por transacción, caducidad de la instancia, etc. Por ello, para mi modesta opinión, lo más criticable del artículo 86, que venía a modificar sustancialmente el régimen anterior y tenía una justificación endeble de derecho natural, es que su redacción deje un tanto dudoso el valor que tiene el asiento por el que se hace constar la caducidad. El precepto dice que las anotaciones preventivas caducarán a los cuatro años de su fecha y que esta caducidad se hará constar en el Registro. Es preciso ir a los tratados de Derecho Hipotecario para descartar la duda sobre los efectos de una anotación de más de cuatro años, cuya caducidad no se ha hecho aún constar. Afortunadamente el estricto concepto de caducidad y su juego automático va siendo de dominio público y por ello las insinuaciones de la recurrente sobre este punto son tan breves como veladas (8).

T. C. G.

(6) RAMÓN DE LA RICA: *La caducidad de las anotaciones preventivas judiciales*, «Revista de Derecho Privado», 1952, pág. 893.

(7) El artículo 2.668 del Código civil italiano dice que la cancelación de la transcripción de las demandas se verifica cuando es debidamente consentida por las partes interesadas o bien es ordenada judicialmente con sentencia firme. Deberá ser judicialmente ordenada cuando la demanda sea desestimada o el proceso se extinga por renuncia o por inactividad de las partes (caducidad de la instancia).

En el Derecho alemán el asiento de contradicción (Widerspruch) se extingue por la rectificación registral que garantizaba, por extinción del derecho asegurado y por consentimiento del titular del asiento. Si se practicó en virtud de medida judicial provisional al levantarse ésta. La anotación preventiva (Vormerkung): al extinguirse la pretensión que garantiza, por consentimiento del titular, por sentencia firme, por sentencia que declare su caducidad en procedimiento intimatorio cuando el acreedor es desconocido o han pasado diez años y por dejarse sin efecto la medida judicial provisional cuando se practicó en virtud de ésta. No obstante, se ha planteado, al parecer, el problema de la temporalidad del asiento de contradicción. Enneccerus se remite al Anuario de Resoluciones del Tribunal Supremo en materia de jurisdicción voluntaria (núm. 41, pág. 226) en cuanto a esta cuestión del plazo durante el cual es admisible el Widerspruch. Ignoramos lo que haya dicho el Tribunal Supremo alemán; pero posiblemente se trate de un plazo insito en la misma medida judicial provisional.

(8) Ver doctrina y jurisprudencia sobre el juego automático de la caducidad de asiento en: ROCA SASTRE, III, págs. 170, 179 y 293; LACRUZ BERDEJO: *Derecho inmobiliario registral*, 1968, pág. 295.

REGISTRO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA.—FUNDACIÓN SIMULTÁNEA: EL SENTIDO LITERAL DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, QUE EXPLÍCITAMENTE HABLA DE “PERSONAS QUE OTORGUEN LA ESCRITURA SOCIAL Y ASUMAN TODAS LAS ACCIONES”, ES EL DE EXIGIR LA CONCURRENCIA MÍNIMA, NO DE TRES PATRIMONIOS, SINO LA DE TRES PERSONAS EN LA FUNDACIÓN SIMULTÁNEA DE LA SOCIEDAD.

DADO QUE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CARECE DE PERSONALIDAD JURÍDICA, NO PUEDE NEGARSE A NINGUNO DE LOS CÓNYUGES QUE HAN SUSCRITO ACCIONES EN SU PROPIO NOMBRE EL CARÁCTER DE SOCIOS.

LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL NO PUEDE LLEVARSE TAN LEJOS QUE IMPIDA, EN FORMA RADICAL, A TODA MUJER CASADA EL SER SOCIO DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, SI LAS ACCIONES SE LIBERAN CON DINERO PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL, SINO QUE EL HECHO DE LA SUSCRIPCIÓN, POR SU CARÁCTER EMINENTEMENTE FORMAL, CONCEDE AL SUSCRITOR EL CARÁCTER DE SOCIO, AUNQUE LAS ACCIONES VAYAN A INTEGRAR, EN DEFINITIVA, EL PATRIMONIO GANANCIAL.

Resolución de 4 de noviembre de 1969 (“B. O.” de 1 de diciembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura de 3 febrero de 1967, don Hermann A. Stock, de nacionalidad alemana, en representación de “Comercial Atheneum, S. A.” y los cónyuges don Carlos Spinelli Salgado y doña María del Carmen Muñoz Vázquez, de nacionalidad española y vecinos de Madrid, por sí y en su propio derecho, otorgando además el marido a su mujer la licencia necesaria, constituyeron la Compañía mercantil denominada “Distribuidora Editorial Costa del Sol, S. A.”, con sede social en Málaga y domicilio social y fiscal en Torremolinos. En dicha escritura se fijó el capital social en 300.000 pesetas, representado por 300 acciones al portador de 1.000 pesetas nominales cada una, que fue suscrito y desembolsado en el acto, suscribiendo don Carlos Spinelli Salgado para sí 110 acciones, y doña María del Carmen Muñoz Vázquez también para sí, 10 acciones, y que los comparecientes dando al acto en que intervienen el carácter de Junta general extraordinaria, designaron el primer Consejo de Administración de la Sociedad, que quedó constituido de la siguiente forma: Presidente, don Hermann A. Stock; Consejero Delegado, don Carlos Spinelli Salgado, y Secretario, doña María del Carmen Muñoz Vázquez.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, causó la siguiente nota: “no se admite la inscripción que se pretende por observarse que en el acto fundacional de la Sociedad Anónima ‘Distribuidora Editorial Costa del Sol, S. A.’ intervienen los esposos don

Carlos Spinelli Salgado y doña Maria del Carmen Muñoz Vázquez, de nacionalidad española, juntamente con el representante de 'Comercial Atheneum, S. A.', sin que conste que los señores Spinelli tengan establecido el régimen jurídico patrimonial de separación de bienes, ni se pruebe ni se alegue siquiera la procedencia, privativa o parafernial, del dinero desembolsado; por lo que la inversión en el capital suscrito ha de tener el carácter presuntivamente ganancial, con lo que se infringe el artículo 10 de la Ley que regula el régimen jurídico de las Sociedades anónimas, que exige tres fundadores cuando menos, lo que no puede admitirse que suceda en régimen de gananciales, considérese o no la sociedad conyugal como entidad con personalidad propia, porque de todos modos el marido es el representante y administrador de la sociedad (art. 1.412 del C. c.), sólo a él corresponde la facultad de disponer, no pudiendo la mujer hacer ningún acto de disposición y, por ende, aportación a un fondo social, sin poder expreso de aquel; en cuyo supuesto, aún con ese poder, la mujer realiza el acto, no en nombre propio, sino en representación del marido, de tal suerte, que la cualidad de socio será atribuida al marido y las acciones serán del caudal de gananciales. Porque, de admitirse la escritura, podría afirmarse que al constituirse dos patrimonios independientes entre sí y del de la propia sociedad, se encubre una donación entre cónyuges, se escinde el régimen de gananciales, atribuyendo, sin que se dé ningún supuesto de liquidación de la Sociedad, una porción patrimonial, independiente y singularmente adscrita a cada uno de los esposos. Y porque, en fin, la representación de la Sociedad la comparten marido y mujer, lo que no es posible, rozándose la proscrita figura del autocontrato y se atenta contra el principio de responsabilidad establecido en el artículo 1.111 del Código civil. No procede tomar anotación preventiva aunque se solicitara".

Interpuesto, por el Notario autorizante del instrumento, recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, el Registrador mercantil dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General acuerda revocar la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Vistos los artículos 59, 60, 1.412 y 1.416 del Código civil; 6, 7, 9 a 12 del Código de comercio; 10 de la Ley de 17 de julio de 1951, y la resolución de 16 de marzo de 1959.

Considerando que la cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si está extendida de acuerdo con nuestra legislación una escritura de fundación de Sociedad anónima otorgada por tres socios, de los cuales dos son marido y mujer que realizan sus aportaciones con bienes presuntivamente gananciales;

Considerando que, como tiene declarado este Centro directivo en su resolución de 16 de marzo de 1959, la exclusión de toda Sociedad entre esposos, "privaria arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la Sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general para contratar los esposos—ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan situaciones especiales—permitiría concluir afirmando la validez de las Sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a

la Ley"; por lo que, reafirmando tal doctrina, hay que declarar que el que los cónyuges constituyan sociedad entre sí no es por sí sólo hecho bastante para considerar no ajustada a derecho la escritura de constitución de aquella;

Considerando que en el supuesto examinado concurre la importante circunstancia de que no se acredita ni alega que el dinero aportado a la Sociedad por cada uno de los cónyuges tenga el carácter de privativo de estos, por lo que entra de lleno en juego la presunción del artículo 1.407 del Código civil, teniendo, por ello, tales aportaciones y las acciones a cambio recibidas, cualquiera que sea el cónyuge que las suscriba, el carácter de presuntivamente gananciales, por lo que ni la constitución de la Sociedad ni la forma en que las acciones han sido suscritas, vienen a cambiar el régimen económico-matrimonial ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos de cada cónyuge;

Considerando que al concurrir, cuando menos, a la constitución de la Sociedad dos patrimonios—el ganancial de los cónyuges don Carlos Spinelli y doña María del Carmen Muñoz y el de "Comercial Athenium, S. A."—, no se incide en el defecto señalado por la ya citada resolución de 16 de marzo de 1959, que contempla el caso de una Sociedad de responsabilidad limitada constituida tan sólo por dos cónyuges de utilizar la forma social para la creación de un patrimonio separado del propio ganancial, atentando al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código civil;

Considerando que admitida la posibilidad de constituir Sociedad entre cónyuges, y alejados los peligros de una alteración de la situación patrimonial del matrimonio o del principio general de responsabilidad contenido en el artículo 1.911 del Código civil, procede entrar de lleno en el problema de si el artículo 10 de la Ley de Sociedades anónimas exige la concurrencia, al menos de tres patrimonios, o bien la de tres personas en la fundación simultánea de la Sociedad anónima, debiendo aceptarse esta última interpretación si se atiende al sentido literal del precepto que, al consignar que "su número no podrá ser inferior a tres", hace referencia al inciso anterior que explícitamente habla de "personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones";

Considerando que a la misma conclusión se llega mediante la contemplación de la finalidad de la norma contenida en el artículo 10 citado, que es, sin duda, la de facilitar la marcha de la Sociedad anónima, haciendo posible la constitución y funcionamiento de sus órganos corporativos—Junta General y Consejo de Administración, principalmente—lo que igualmente se obtiene aunque el número de patrimonios afectados, que han de ser al menos dos, sea inferior al de fundadores de la Sociedad, siempre que estos últimos, en número al menos de tres, tengan el carácter de socios, cualidad que no puede negarse a ninguno de los cónyuges comparecientes, que han suscrito acciones en su propio nombre, en primer lugar, por carecer de personalidad jurídica la sociedad de gananciales, que es quien, de gozar de tal atributo, ostentaría el carácter de socio de la Sociedad anónima constituida; y, en segundo lugar, porque la presunción del artículo 1.407 del Código civil no puede llevarse tan lejos que impida, en forma radical, a toda mujer casada el ser socio de una Sociedad anónima si las acciones se liberan con dinero presuntivamente ganancial, sino que el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal, concede al suscriptor el carácter de socio, aunque las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial.

C) Comentario.—El problema a resolver es el de si una mujer casada cuyo régimen económico-matrimonial no es el de separación de bienes, puede aportar a una sociedad anónima, en concurrencia con su marido, sumas de dinero sin justificar su condición de parafernales ni expresar siquiera el marido tal cualidad y, en consecuencia, si está extendida de acuerdo con nuestra legislación una escritura de fundación de sociedad anónima otorgada por tres socios de los cuales dos son marido y mujer que realizan sus aportaciones con bienes presuntivamente gananciales.

Esta cuestión ofrece una gran complejidad ya que incide directamente sobre tres grupos de materias en íntima conexión: dos propias del Derecho civil, posibilidad de constitución de sociedades entre cónyuges y las restricciones impuestas a aquellos por conducto del régimen matrimonial, y otra peculiar del Derecho mercantil, interpretación del artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas y las posibles repercusiones del carácter formal de la suscripción de acciones en la fundación simultánea de la sociedad.

Con carácter general habrá de admitirse la posibilidad de constitución de sociedades entre esposos siempre que éstas no sean universales —art. 1.677 del C. c.— ya que si bien existen una serie de prohibiciones particulares en nuestro derecho: arts. 1.334, 1.458, 1.677, etc., no consta una prohibición genérica y expresa dentro del articulado del Código, ni aquéllas, por tanto, pueden generalizarse de tal modo que impidan la exclusión de toda sociedad entre esposos.

La segunda cuestión, reviste mayor interés, pues, en ella hay que precisar las repercusiones derivadas e impuestas por el régimen económico-matrimonial, en torno a los actos de aportación y suscripción de acciones realizadas por los cónyuges.

No se plantea problema si el régimen regulador del matrimonio es el de separación de bienes—arts. 1.432 y sigs. del Código civil—, ni tampoco si los bienes o metálico aportado por cada cónyuge tiene carácter propio o parafernial—art. 1.396 en relación con los arts. 1.381 y sigs. del Código civil—, pero la cuestión se complica, cuando como en el presente caso, se trata de aportaciones individualizadas de dinero ganancial realizadas en su propio nombre por cada uno de los cónyuges, pues, ello nos lleva directamente a enfrentarnos con los siguientes problemas:

— Si pueden comparecer en el mismo acto marido y mujer representando individualmente a la sociedad de gananciales.

— Si, en consecuencia, pueden asumir acciones también individualmente a cambio de bienes propios de la sociedad de gananciales.

— Derivado de los anteriores, si realmente nos encontramos ante un único socio—sociedad de gananciales—o ante dos distintos socios—marido y mujer—pese al destino ganancial de lo adquirido.

Dada la redacción de los artículos 1.412 y 1.416 del Código civil, no existe inconveniente para que compareciendo en el mismo acto marido y mujer, obliguen e inviertan metálico de la sociedad de gananciales sin que su actuación pueda confundirse con una liquidación parcial de dicha sociedad. Nos encontramos simplemente ante un acto de inversión o destino de parte de los bienes que integraban e integran el patrimonio de aquélla por imperativo de los artículos 1.407 en relación con el 1.401, 1 del Código civil, y sin que tampoco suponga un obstáculo a tal actuación la figura del autocontrato, ya que marido y mujer intervienen en su propio nombre representando bienes de la masa ganancial y es sabido que esta sociedad matrimonial carece de personalidad jurídica. Quizá el trasfondo del problema radique en las imprecisiones de la doctrina acerca de la verdadera naturaleza jurídica de tal sociedad.

La segunda y tercera cuestión ya escapan del ámbito del Derecho civil y se introducen en la esfera del Derecho mercantil, concretamente, dado el tipo societario en este caso constituido, en el campo de la Sociedad anónima.

Precisan GARRIGUES y URÍA (1) que lo esencial del concepto de "fundador" es el hecho de participar en el contrato social y asumir alguna acción de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley. Esta intervención, habrá de hacerse en propio nombre o en representación de los verdaderos fundadores ya que si el otorgante no actúa en su propio nombre, sino en favor de otra persona, será ésta considerada como fundadora de la sociedad en virtud del mecanismo propio de la representación. En este punto, vuelve por consiguiente a surgir la cuestión de la falta de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales en nuestro derecho, con la inevitable consecuencia de que tal carencia de personalidad exige que la cualidad de socio haya necesariamente de atribuirse tanto al marido como a la mujer, que solamente se verá necesitada en este caso, de la precisa intervención de su marido para poder actuar en nombre propio, de acuerdo con los requisitos exigidos por el Derecho civil.

Por ello, el problema de si la inversión ganancial en el capital suscrito infringe o no el artículo 10 de la Ley de Sociedades anónimas que requiere como mínimo tres fundadores, habrá de resolverse en sentido negativo, pues, tanto el marido como la mujer adquieren el carácter de socios, sin que el hecho de que se trate de aportaciones de dinero ganancial haga recaer tal cualidad únicamente en el marido en atención a la circunstancia de ser a éste a quién incumbe en los supuestos normales, la administración de los bienes gananciales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 59 y 1.412 del Código civil. Esta consecuencia se debe al carácter formal del acto de fundación social, mediante el que tanto el marido como la mujer revisten y adquieren la cualidad de socios de la sociedad que se constituye, sin perjuicio, claro está, del destino ganancial de las acciones que asumen. Tampoco hay base para interpretar el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el sentido de que exige concurrencia mínima de tres personas fundadoras que representen otros tantos patrimonios independientes, ya que la finalidad de la Ley es simplemente la de que los fundadores tengan solvencia para responder del cumplimiento de las obligaciones que asumen como tales, en interés no sólo de los accionistas sino de los futuros acreedores, es decir, precisan GARRIGUES y URÍA, se exige respecto de cada fundador una doble declaración de voluntad consistente en el ingreso en la sociedad que se funda y en la obligación que frente a ella contrae de aportar una parte del patrimonio social equivalente al importe nominal de las acciones suscritas.

Por último, de no seguirse el criterio de admitir la plena validez de las sociedades en que concurren tales circunstancias, no sólo, como acertadamente declaró la resolución de 16 de marzo de 1959, "se privaría arbitrariamente a los cónyuges de las múltiples posibilidades que les permiten, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales", sino que se llegaría al paradójico resultado de que los cónyuges casados bajo el régimen ganancial al no poder utilizar, sin perjuicio de nadie, este medio lícito de incremento de su patrimonio común, fuesen de peor condición que los esposos sometidos a cualquier otro régimen matrimonial.

E. F. C.

(1) J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, págs. 208 y sigs.