

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

1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—BIENES RESERVABLES: FACULTADES DEL ALBACEA CONTADOR-PARTIDOR.—MEJORA A LOS NIETOS FUTUROS.—AL FORMAR PARTE LOS BIENES RESERVABLES DE LA HERENCIA DEL RESERVISTA, EL ALBACEA CONTADOR-PARTIDOR DESIGNADO CON AMPLIAS FACULTADES PODRÁ, SIN INTERVENCIÓN DE LOS RESERVATARIOS Y SIN PERJUICIO DE QUE ÉSTOS PUEDAN IMPUGNAR SUS ACTOS, FIJAR Y DESLINDAR LOS BIENES RESERVABLES, CUANDO EN LAS OPERACIONES PARTICIONALES DEL CÓNYUGE PREMUERTO NO SE DETERMINARON LOS BIENES QUE EL BÍNUBO ADQUIRIÓ POR GANANCIALES, CUOTA LEGAL Y TERCIO LIBRE Y TAMPOCO SE HIZO CONSTAR EN EL REGISTRO LA CALIDAD DE RESERVABLES DE LOS BIENES.
- MEJORADOS LOS NIETOS DEL TESTADOR QUE VIVEN AL OTORGARSE EL TESTAMENTO NOMINATIVAMENTE, ASÍ COMO LOS DEMÁS QUE PUDIERA TENER, ES DEFECTUOSA LA ADJUDICACIÓN HECHA A LOS NIETOS QUE VIVEN AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO, SI NO SE ARTICULA EN FORMA CLARA Y COMPLETA LA CONDICIÓN DE QUE NAZCAN O NO, OTROS MÁS, A QUE SE SOMETE LA ADJUDICACIÓN, PORQUE IMPOSIBILITA EL CUMPLIMIENTO DE LA REGLA SEXTA DEL ARTÍCULO 51 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 14 de abril del 1969 («B. O.» de 6 de mayo).

Antecedentes de hecho.—Al fallecimiento de doña Josefa Priego Guisado, su viudo don Guillermo Carabaño Alcobendas y sus dos hijas doña Araceli y doña María Luisa Carabaño Priego otorgaron escritura de partición en 1946 adjudicando al primero determinados bienes indiscriminadamente por su mitad de gananciales, cuota legal y legado del tercio libre. Don Guillermo contrajo nuevo matrimonio con doña Carmen Sicilia Urbano de la que no tuvo sucesión. El 21 de septiembre de 1959 el señor Carabaño otorgó testamento en doña Mencía, ante el Notario don José María López-Urrutia Fernández, en el que legó a su segunda esposa el tercio de libre disposición, que se pagaría en determinadas fincas, mejoró a los nietos que en aquella fecha vivían, Salvador, Josefina y Dolores Cubero Carabaño, así como los demás que pudieran tener de legítimo matrimonio sus hijas Araceli y María Luisa Carabaño Priego, en el tercio de mejora, por partes iguales y en pleno dominio e instituyó herederas en el tercio de legítima estricta a sus hijas Araceli y María Luisa, nombrando albaceas contadores-partidores con las más amplias facultades a don L. R. G. y a don Julián Priego Cubero. Fallecido el testador el 31 de agosto de 1966, se otorgó el 26 de noviembre del mismo año, ante el Notario de doña Mencía, don Félix Cristóbal Jos López, una escritura de liquidación conyugal, partición de herencia y entrega de legados, en la que comparecieron el albacea contador-partidor don Julián Priego Cubero, que ostenta la representación de las hijas del primer matrimonio y de la nieta Josefina, todas mayores de edad, la viuda del causante doña Carmen Sicilia y don Rafael Cubero Cubero, casado con la heredera doña María Luisa Carabaño Priego, como padre y representante legal de sus menores hijos Dolores, Salvador, María Luisa y Rafael Cubero Carabaño, estos dos últimos nacidos después de otorgado el testamento.

La primera copia de esta escritura fue calificada con la siguiente nota en el Registro de la Propiedad de Cabra: "Denegada la inscripción del precedente documento porque el ahora causante se adjudicó en la partición de herencia de su primera esposa un bloque de bienes integrado por sus gananciales, cuota legal usufructuaria y legado del tercio de libre disposición, sin determinar qué bienes concretos forman parte de cada uno de estos conceptos, y habiéndose vuelto a casar es necesario determinarlos para saber los bienes que son reservables en favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio y los que por no serlo, puede disponer el referido causante en favor de su segunda esposa. El Contador-Partidor nombrado por dicho causante no puede por sí solo deslindar la referida masa de bienes y hacer las adjudicaciones concretas de ellos. Necesita el concurso de los hijos y descendientes del primer matrimonio o de sus representantes legales. Además este documento tiene los siguientes defectos:

Primero. Las adjudicaciones hay que hacerlas a los nietos ahora existentes y a los demás que el causante pudiera tener.

Segundo. Se adjudican a la segunda esposa algunos bienes que no coinciden con los que específicamente le fueron legados.

Tercero. En las adjudicaciones hechas a doña Araceli Carabaño Priego están equivocadas las extensiones de las fincas.

Cuarto. En la participación de la finca cuatro, adjudicada a los nietos, debe expresarse la extensión con arreglo al sistema métrico

decimal para poder comprobar si con esta adjudicación y con la participación adjudicada a doña Araceli Carabaño Priego se completa la totalidad de la cabida de la finca; y

Quinto. Los linderos de las fincas seis y ocho se expresan deficientemente".

El Notario autorizante interpuso recurso alegando:

A) En cuanto al defecto fundamental que aparece en el primer apartado de la nota, sin numerar: que en la escritura de partición de la herencia de la primera esposa era de aplicación el artículo 1.058 del Código y se inscribió sin obstáculo a pesar de no separarse las adjudicaciones por gananciales, cuota legal y legado del tercio libre; que siendo los reservatarios ciertos y mayores de edad solo ellos pueden exigir el cumplimiento de la obligación de hacer constar la reserva en el Registro y no lo exigieron, siendo a ellos imputable las consecuencias de esta omisión; que en cuanto a que el albacea señale los bienes reservables hay que tener en cuenta: a) el artículo 901 del Código civil; b) que según la Jurisprudencia la partición por comisario equivale a la hecha por el causante mientras las legítimas sean respetadas; c) que si puede entregar legítimas podrá entregar reservas; d) que la forma más eficaz de dar cuenta a los herederos es la que se empleó en la escritura, firmada por el esposo de una hija casada, padre de los únicos descendientes que, además de los herederos, existen; e) que la resolución de 2 de diciembre de 1964 permite al albacea adjudicar un bien hereditario a un heredero, aunque sea acto de enajenación; f) que la de 6 de febrero de 1958, que negó la inscripción de una partición paterna y donación materna, no es aplicable al caso, pues, aquí todos los bienes proceden del testador reservista; y g) que la sentencia de 2 de marzo de 1959 concede al comisario facultades para resolver sobre la obligación de reservar, determinar los bienes reservables y su equivalencia en dinero.

B) En cuanto al defecto señalado como primero en la nota: que la mejora a los cinco nietos se atribuye en su cuantía, bajo la condición suspensiva de que al fallecimiento de las dos hijas no hayan nacido otros descendientes de ellas.

El Registrador informó:

A) Que al fallecer el reservista bínubo es indispensable, como consecuencia de la reserva, acabar con el amasijo (*revoltijo* o *totum revolutum*) de las adjudicaciones de la liquidación de Sociedad conyugal y partición de la herencia de la primera esposa y formar dos grupos de bienes: los procedentes de ésta que integrarán la reserva y los propios, de plena disponibilidad, a salvo las legítimas; que esto no lo puede hacer el contador-partidor por sí solo, porque sus facultades se limitan a la herencia de quien le nombró, sin extenderse a los bienes de otras personas, igual que ocurre en la liquidación de la Sociedad de gananciales; que por las segundas nupcias surge la oposición de intereses entre los hijos y descendientes del primer matrimonio por un lado y el cónyuge viudo, su segunda esposa y los descendientes que pudieran tener por otro, sin que el contador-partidor sea idóneo para armonizar tan opuestos intereses; que los reservatarios heredan a la persona de quien proceden los bienes y no al reservista, según resulta de los artículos 968 y 972 del Código, de la legislación del Impuesto de Derechos reales (arts. 34, 4 y 36, 3.º del Texto Refundido) abundante jurisprudencia y la mayoría de la doctrina más autorizada; que en la escritura se indica como título de

todas las fincas del causante el de herencia de su esposa, lo que haría ser todas reservables; pero el contador se inventa la reserva limitada a las fincas 8 y 9 sin el consentimiento de todos los interesados y sin que las hijas del causante, ni el nieto mayor, ni los posibles nuevos descendientes reservatarios comparezcan ni los represente nadie; y que para poder adjudicar el legado del tercio de libre disposición a la esposa lo primero que hace falta es determinar cuáles son los bienes de libre disposición del causante para comprobar si los específicamente legados caben en dicho tercio sin perjudicar a los hijos y descendientes del primer matrimonio, no sólo en su legítima, sino también en los derechos que como reservatarios tienen en la herencia de su madre.

B) Que teniendo en cuenta la cláusula testamentaria de mejora a los nietos, la adjudicación a los mismos debería haberse hecho en forma más clara, pues, las condiciones son conceptos muy precisos y técnicos cuyo empleo jurídico y registral ni permite ambigüedades ni confusiones; y que no se recoge, en la adjudicación, la cláusula testamentaria, en cuanto ordena que la mejora será entregada a cada mejorado el día en que llegue a su mayoría de edad, lo que aumenta la confusión producida por la adjudicación condicional a los cinco nietos actuales.

Prescindimos de las alegaciones del recurrente y del Registrador en torno a los defectos designados como 2.º, 3.º, 4.º y 5.º en la nota, porque carecen de la sustancia jurídica necesaria para tener interés general. La discusión, como se refleja en los resultandos, se limita a circunstancias de hechos en la redacción del documento, y no cabe zanjarla sin la lectura de la escritura. Por otra parte, las alegaciones de Notario y Registrador no orientan nada sobre quién de ellos se ajusta más con sus manifestaciones a la realidad de la escritura, de sus adjudicaciones y de las descripciones de las fincas. Por iguales motivos prescindiremos luego de todo comentario de la resolución en relación con los expresados defectos, dando por referencia suficiente la transcripción de los respectivos considerandos.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección General con revocación parcial del auto apelado (1), confirma solamente el defecto señalado con el número 1 (el relativo a la adjudicación en pago de la mejora a los nietos) en base a los siguientes considerandos.

Doctrina de la Dirección General.—La cuestión principal que plantea este expediente consiste en resolver si puede el albacea contador-partidor designado con amplias facultades por el cónyuge viudo en su testamento, determinar los bienes que tienen el carácter de reservables, dado que en las operaciones particionales con ocasión de la muerte de la primera esposa se le adjudicó al sobreviviente, sin establecer distinción alguna, un conjunto de bienes en pago de la cuota ganancial y de la herencia de aquélla, o si por el contrario, carece el contador-partidor de esa facultad y se requiere el consentimiento de los reservatarios.

La naturaleza jurídica de la reserva viudal y la posición que ostentan el reservista y los reservatarios aparece muy controvertida en la doctrina patria, pues mientras unos autores entienden que en toda

(1) Vistos los: Artículos 831, 901, 902, 968 a 980 y 1.057 del Código civil. Artículos 9, 1.º; 184 a 186 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento y 170 y 171 del Reglamento Notarial. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959. Resoluciones del Centro Directivo de 23 de julio de 1925 y 25 de enero y 9 de marzo de 1927.

reserva de este tipo se está ante una sustitución fideicomisaria o una situación de desdoblamiento de usufructo y nuda propiedad, en la que el reservista sería un fiduciario o usufructuario y los reservatarios tendrían el carácter de fideicomisarios o nudos propietarios, con lo que estos últimos sucederían directamente al cónyuge premuerto, otros autores se inclinan por considerar que los reservatarios a quien suceden es al reservista, dado que la reserva tiene el carácter de una legítima especial, concretada en unos bienes determinados que se localizan dentro de la herencia del binubo.

En los preceptos comprendidos en la sección segunda, capítulo V, título III, del libro III del Código civil, que regula la materia, parece desprenderse que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista (y no de la del cónyuge premuerto, de donde proceden), ya que: a) al fallecimiento del cónyuge, el sobreviviente recibe los bienes sin limitaciones, entran a formar parte de su patrimonio y puede enajenarlos válidamente (arts. 974 y 976 del Código civil); b) la sucesión en los bienes reservables se realiza separadamente y con independencia de la del cónyuge premuerto, puesto que el artículo 973 prescribe que en la sucesión de aquellos bienes se seguirán las reglas de la línea descendente, "aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado o repudiado su herencia"; c) el reservista puede mejorar (art. 973-1.º) y desheredar (art. 973-2.º) a los reservatarios de los bienes reservables, y la mejora, ordinariamente, sólo puede hacerla por delegación del premuerto "cuando no hubiera contraído nuevas nupcias" (artículo 831).

Al formar parte los bienes reservables de la herencia del reservista, podrá el albacea contador-partidor designado por el testador con amplias facultades resolver todas las incidencias de las operaciones particionales, entre las que se encuentra, tal como declaró la sentencia de 2 de marzo de 1959, la de fijar reservas sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas, además de las que el testador designó para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad; todo ello sin perjuicio de la posibilidad por parte de los reservatarios de impugnar los actos del contador cuando no estén acordes con la voluntad testamentaria o se hayan hecho contraviniendo sus derechos.

En el supuesto concreto de este expediente no se determinaron en las operaciones particionales del cónyuge premuerto los bienes que el binubo adquirió por su participación en la sociedad de gananciales o con cargo a la cuota legal y tercio de libre disposición de la herencia de aquél, ni tampoco aparece que después, tanto el padre reservista como los reservatarios ciertos y mayores de edad, a que se refiere el artículo 185 de la Ley Hipotecaria, solicitaran se hiciese constar en el Registro la calidad de reservables de los bienes para que de esta forma quedara determinado cuáles formaban esa masa, por lo que, en virtud de lo expuesto en los considerandos anteriores, debe concluirse que, atendidas estas circunstancias (y ante la falta de concreción habida), puede el albacea contador-partidor proceder a deslindar los bienes que tienen el carácter de reservables.

En cuanto a los demás defectos de la nota, el señalado con el número 1 se refiere a la adjudicación a los nietos, que debió hacerse en favor de los ya existentes y de los demás que el causante pudiera tener, y aunque el Notario autorizante tuvo en cuenta la cláusula testamentaria, según se desprende del antecedente V, d), de la escritura, en el que se dice: "que al establecer el testamento en la cláusula cuarta que el tercio de mejora sea para algunos nietos y para

los demás que en el futuro llegaran a tener sus hijas, establece, respecto a la cuantía de los actuales titulares una condición suspensiva que se extinguirá al fallecimiento de las dos hijas del causante", y de la misma adjudicación que se hace a "los cinco nietos, en pleno dominio bajo condición y por partes iguales e indivisas", tal condición no se articula en forma clara y completa, en ninguna de las partes de la escritura, lo que imposibilita el cumplimiento por parte del Registrador de la regla sexta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que exige la copia literal en el asiento de las condiciones de toda clase que afecten al derecho que se inscriba.

En cuanto al defecto número 2, se advierte que a la viuda se le adjudican sólo cuatro de las seis fincas que le legó el testador, sin duda con la finalidad de ajustar la adjudicación al valor total de la manda, ya que al exceder de la parte de que el causante podía disponer libremente, era forzoso realizar la reducción del legado, para lo que se encuentra facultado el albacea contador-partidor, según reiterada jurisprudencia, y sin que se observe, como, sin duda, por error, indica el Registrador en su informe, que en la adjudicación figuran bienes distintos (de los concretamente señalados en las cláusulas 2 y 3 del testamento, ni que ninguno de los inmuebles que se le atribuyen sea de los calificados de reservables por el contador).

En relación con el tercer defecto—estar equivocadas las extensiones de las fincas adjudicadas a doña Araceli Carabaño—, del examen de la escritura resulta que en la primera—número 5 del inventario—no se aprecia equivocación alguna, ya que lo mismo significa 1,18 hectáreas que una hectárea 18 áreas, y en cuanto a la segunda—número 4 del inventario—, se remite a la descripción que en éste se hace y se le adjudica el 25 por 100 en *pro indiviso* con los nietos.

El defecto número cuatro, intimamente relacionado con el anterior, tampoco es de advertir su existencia ya que se adjudica a los nietos una participación indivisa equivalente al 75 por 100 de la finca inventariada número 4, que es donde aparece descrita íntegramente y a la que se remite, y carece de trascendencia a efectos registrales la posterior declaración del proyecto sobre futura división material del inmueble adjudicado en *pro indiviso*, pues sólo cuando tal división se realice y se pretenda su inscripción podrán señalarse por el Registrador los defectos que pudiera tener.

El defecto quinto, de gran vaguedad, pues incluso en su informe se limita el funcionario calificador a repetir que los linderos de las fincas 6 y 8 no se expresan con el detalle y precisión debidos, sin determinar en qué consiste la imprecisión, no parece pueda tomarse en consideración, pues tanto la finca 6 como la 8 se describen con indicación de sus linderos por los cuatro puntos cardinales, y en algunos de ellos se ha procedido a la puesta al día de los que sufrieron variación por el transcurso del tiempo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 171 del Reglamento Notarial.

Comentario.—Ya anticipamos que la mayor parte de los defectos acusados en la nota de calificación no van a ser objeto de comentario ninguno por carecer de sustancia jurídica ya que son objeciones sobre cuya verdad no cabe opinar sin la lectura directa del documento. Sólo vamos a tratar del defecto fundamental referente a las facultades del contador-partidor para determinar por sí solo los reservables y del defecto numerado como primero relativo a la adjudicación a los nietos por su mejora.

A) Facultades del Comisario para determinar los reservables.—*Discutiéndose en el recurso si el albacea contador-partidor, por sí*

solo, puede tomar determinadas decisiones en relación con la herencia reservable que juega en el caso es extraño que cada parte del recurso haga afirmaciones tan contradictorias sobre los comparecientes en la escritura y sobre el carácter de su intervención. La nota da, por supuesto, que falta el concurso de los hijos y descendientes del primer matrimonio o de sus representantes legales; el primer resultando dice que el albacea ostenta la representación de las dos hijas y de la nieta J., mayor de edad, compareciendo además la viuda y el padre de los otros cuatro nietos menores de edad; el Notario parece dar a entender que todos los interesados han intervenido; pero el Registrador insiste en su informe en que ni las hijas del causante, ni el nieto mayor (?) ni los posibles nuevos descendientes reservatarios comparecen ni los representa nadie, estando debidamente representados los cuatro nietos menores. Acaso la representación de las hijas y de Josefina por el albacea fuese sin poder o con poder estimado insuficiente u originador de autocontratación. Afortunadamente esta imprecisión se salva al considerar el fallo que el albacea tenía facultades suficientes para lo que hizo.

Hay dos cosas que no parecen disculpirse en el recurso: a) que es suficiente título sucesorio para los reservatarios de los artículos 968 y siguientes del Código civil el testamento del padre reservista. Por ello no seremos nosotros los que planteemos un problema más en el caso. Pero si queremos destacar la contradicción en que incurre el Registrador al considerar reservatarios a los nietos y no preocuparse de su título sucesorio, ya que apurando el argumento de la contradicción de intereses entre reservatarios y cónyuge viudo no parece suficiente título el testamento hecho por éste (2). b) Que el albacea comisario puede inventariar y adjudicar los bienes reservables. La dificultad parece derivarse exclusivamente de la circunstancia especial de no estar previamente determinados los reservables como consecuencia de que la escritura de liquidación conyugal y partición de la herencia de la primera esposa no separó las adjudicaciones en pago de los gananciales, de la cuota viudal y del tercio de libre disposición.

Las Resoluciones de la Dirección citadas en el Vistos solo muy indirectamente nos orientan en el caso:

La Resolución de 23 de julio de 1925 soluciona el siguiente caso: un albacea contador-partidor en territorio de Guipúzcoa, usa de la facultad que el párrafo 2.º del artículo 1.056 concede al padre de familia, amparándose en que el testador que le nombró había mejorado en el tercio a uno de los hijos con la condición de que se encargue del caserio que resultó ser casi el único bien hereditario. El Registrador se opone porque uno de los siete hijos ausente no puede ser pagado a metálico sin su consentimiento y la Dirección admite lo hecho porque la adjudicación del caserio responde a la disposición testamentaria y «en cierta manera» queda garantizada por el artículo 1.056 especialmente dándose las circunstancias del caserio vasco.

En la Resolución de 25 de enero de 1927 se trataba de una liquidación de sociedad conyugal y partición otorgada por el viudo y el contador-partidor en las que las deudas del inventario, que con otros gastos de enfermedad, etc., excedían del activo se imputan confusa e indiscriminadamente haciéndose la manifestación de que no habiendo gananciales responden de aquellas en primer término los bienes propios del marido y en segundo lugar los parafernales por haberse destinado los créditos a sufragar gastos de la familia. La Dirección

(2) No excluye la contradicción el considerarlos reservatarios como consecuencia de la mejora a su favor

confirma la nota denegatoria, porque surge la duda de si los gastos han sido hechos por la misma mujer o si se hacen efectivos sobre los parafernales por entender los otorgantes que todas las deudas contraídas por el marido con el expresado objeto obligan a su mujer y sus herederos aun sin consentimiento ni conocimiento de ésta. Se discutía, pues, más que las facultades del contador-partidor en orden a la adjudicación para pago de deudas hecha al viudo, el ámbito de la calificación registral para prevenir un posible «error juris».

En la Resolución de 9 de marzo de 1927 un albacea comisario, por sí solo, realiza una partición acomodándose a un testamento con cláusulas de dispensa de colacionar y legado de los tercios de mejora y libre a dos de los hijos con obligación de pagar una pensión para estudios a otro hijo hasta los 23 años. El Registrador no inscribe por no constar la aprobación de los interesados o sus representantes legítimos, según edad, estado y condición que tampoco se expresan. La Dirección amparándose en la imprecisión de la nota para no entrar en otras cuestiones desarrolladas por el Registrador en el informe (dudas sobre la citación a inventario del art. 1.057, etc.) considera al comisario facultado para colaciones, fijación de legítimas, reducción de legados y gravámenes testamentarios impuestos a los herederos.

En la Sentencia de 2 de marzo de 1959 se hacen las siguientes afirmaciones de interés para nuestro supuesto:

a) Que la reserva ordinaria está basada en la protección del interés de los hijos y descendientes del primer matrimonio y en el temor de posibles influencias del nuevo cónyuge sobre el viudo más que en sanciones a la falta de respeto a la memoria del premuerto; y genera una titularidad en situación de expectativa con ciertas facultades conservativas

b) Que tiene carácter restrictivo en su aplicación.

c) Que la renuncia al derecho a la reserva ha de hacerse en forma expresa.

d) Que aunque todos los hijos hayan sido instituidos herederos por el padre reservista, existiendo legados a favor del cónyuge, que muy bien pudieran alterar el contenido de la reserva, no puede estimarse innecesario tener en cuenta ésta (no se conocían los bienes que procedían del patrimonio reservable porque no fueron inventariados a raíz del nacimiento del derecho).

e) Que el cometido del "contador-partidor con amplias facultades para practicar todas las operaciones de la testamentaria y resolver las incidencias y asuntos que con ella se relacionen" excede al del albacea y al del simple contador-partidor, ya que se perfila con poderes para resolver las incidencias de la partición y entre ellas están incluidas las atinentes a la facultad de reservar con determinación específica de los bienes reservables y sus equivalentes en dinero en su caso, único tema debatido, juntamente con el de la detracción de la cuota del cónyuge viudo (Este era el de derecho transitorio, relativo al tercio de donde debe deducirse la cuota viudal cuando sólo hay hijos del matrimonio anterior: texto literal del modificado artículo 839 y Sentencia de 8 de noviembre de 1893. La Sentencia estimó que la nueva redacción del 839 por Ley de 1958 fue meramente interpretativa).

En la tolerante afirmación e) se ha basado la resolución para atribuir amplias facultades al albacea contador-partidor a pesar de que

la Sentencia apreció tan amplias facultades no como normales, sino como excepcionalmente concedidas por el testador (3).

La Resolución de que tratamos parte de las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la reserva y sobre la posición o situación jurídica de los reservatarios y reservistas para llegar a la conclusión de que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista.

La consecuencia será que el nombrado albacea comisario, con plenas facultades por el reservista testador, puede resolver todas las incidencias de las operaciones particionales incluso la de fijar reservas y, como el caso concreto exige, determinar de la masa indiscriminada de la adjudicación por herencia de la primera mujer cuáles se deben considerar los bienes reservables. En apoyo de esto manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, que acabamos de sintetizar.

Frente a este riguroso silogismo, la argumentación del Registrador: por el hecho de las segundas nupcias surge automáticamente la oposición de intereses entre los hijos y descendientes del primer matrimonio, por un lado, y el cónyuge viudo, su segunda esposa y los descendientes que pudieran tener por otro, sin que el contador-partidor, nombrado por el causante, sea idóneo para armonizar tan opuestos intereses.

El argumento tiene indudable fuerza. Tanta que nos hace dudar de que sea suficiente para resolver el recurso, averiguar si el reservatario recibe los bienes reservables por herencia del reservista o por herencia de la primera esposa de éste. Lo que está en cuestión es si el reservista testador (y por lo mismo su albacea, contador-partidor) es impotente para determinar los bienes reservables dentro de su total patrimonio. Tanto si la reserva es una legítima especial a la herencia del reservista como si es una legítima especial que se realiza en dos fases, la primera el tránsito de los bienes al cónyuge (por legítima o por disposición libre del premuerto) y la segunda al reservatario legitimatario de éste, lo más importante es saber la rigurosidad con que la Ley ha querido que la sucesión del reservatario sea en los mismos bienes que pertenecieron al cónyuge premuerto y la tolerancia con el principio de subrogación real, tanto en la fase de tenencia de los bienes por el reservista como en la fase de liquidación de su herencia. La reserva viudal desde este punto de vista es un término medio entre la casi total indisponibilidad de los bienes de la herencia fideicomisaria y la plena disponibilidad que el reservista tendría si se tratara de una legítima especial en su herencia referida a una pars valoris bonorum. El casuístico régimen de las enajenaciones de los reservables lo demuestran.

Por otra parte, la libertad de testador y comisario para la determinación, avalúo y liquidación en la herencia del reservista sólo puede moverse dentro de los límites del tracto sucesivo y el Registrador puede calificar la coincidencia del inventario de reservables con el contenido registral (historial registral de procedencia) y en este aspecto surge la característica específica del caso: son las adjudicaciones indiscriminadas por gananciales y herencia, el totum revolutum, de que habla el Registrador, en la testamentaria de la primera esposa, lo que está dificultando esa previa calificación del inventario del patrimonio del reservista difunto.

El revoltijo en las hijuelas producido por la falta de especificación de los haberes que se pagan con cada finca o participación adju-

(3) Prescindimos por razones de espacio de las Resoluciones citadas por el Notario y no recogidas en el Vistos (6 de febrero de 1958 y 2 de diciembre de 1964).

dicada y por la mezcolanza, en el inventario, de bienes de distinta naturaleza y procedencia (donaciones conjuntas con herencia, liquidaciones de comunidades conyugales hechas implícitamente, etc.) es una permanente fuente de polémicas entre Notarios y Registradores. No pretendo defender estos revoltijos; pero es conveniente tener en cuenta que la perfección es algo que de antemano hay que descartar en la vida jurídica real. Es totalmente imposible, casi siempre, una perfecta liquidación de sociedad conyugal de un matrimonio que ha alcanzado sus bodas de oro. Normalmente, los interesados hacen su reparto a ojo de buen cubero, teniendo en cuenta los trasiegos patrimoniales de la sociedad conyugal y las colaciones solamente grosso modo y realizando en el fondo una transacción de derechos imprecisos, por consecuencia del transcurso del tiempo, alteraciones en el valor de las cosas, etc. Muchas veces el totum revolutum no es producto de la pereza del artifice del cuaderno particional, sino obligada consecuencia de la imprecisión de los presupuestos particionales.

En rigor, el "todo revuelto" de la partición de la herencia de doña Josefa Priego correspondía deshacerlo a los otorgantes de la misma. Muerto el padre binubo sin deshacerlo, su comisario contador-partidor tiene un dato objetivo para componer el revoltijo: todos y cada uno de los bienes adjudicados al reservista, en la herencia de su esposa, lo están en participaciones indivisas proporcionales al correspondiente haber. En el inventario del caudal partible *el cónyuge viudo* la determinación del patrimonio reservable podrá hacerse sobre tales participaciones. Ningún reservatario exigió a don Guillermo Carabaño el cumplimiento de sus obligaciones de garantía de los reservables. Los perjuicios que puedan sufrir los hijos reservatarios por avalúos y formación de lotes favorables a la viuda del segundo matrimonio podrán ser referidos a dos campos distintos (reserva materna y legítima paterna), pero no resulta fácil encontrar diferencias cualitativas entre las posibles lesiones procedentes de cada campo. La calificación registral no debe pasar aquí del inventario. Podrá rechazar un inventario en que trastrocando los títulos de adquisición del binubo (en relación con el Registro) pretenda incluir bienes reservables en el caudal libre; pero debe quedar relegada a la oposición judicial de los legitimarios reservatarios toda supuesta lesión por razón de la legítima y por razón de la reserva. Estas parecen ser las razones que ha tenido en cuenta la Dirección en su benigno fallo.

La cuestión fundamental consiste en saber si la reserva ordinaria genera una obligación de conservar los bienes in natura o simplemente de garantizar y entregar su valor a los reservatarios, cuando siendo estos ciertos y mayores de edad no han exigido el cumplimiento de las obligaciones de garantía. No hay que olvidar que la Exposición de Motivos de la Ley de 1961, decía que en este caso se entienden que renuncian a ella. ROCA, VALLET y CÁNOVAS (4), han tocado este punto, al discutir sobre los efectos de las enajenaciones de inmuebles reservables sin la expresa constancia registral de tal carácter. Ignoramos si se ha tratado o ha originado jurisprudencia, aparte de la manejada en este recurso, el supuesto de la ruptura de la conservación in natura precisamente al partir el caudal del reservista sin la intervención de los reservatarios. Una Sentencia de 6 de mayo de 1902 llegó a negar a los reservatarios herederos del reservista el derecho a impugnar la venta de reservables que éste realizó porque como herederos y continuadores de la personalidad de su padre están obligados a estar a los actos de éste. Muchos autores (SCAEVOIA, etc.), se pronuncian

(4) Ver ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1958, IV, 2º, págs. 910 y sigs. y sus citas.

contra esta Sentencia, pero el argumento contrario es que el derecho a la reserva lo reciben los hijos de la Ley, como el derecho a la legítima. Y por este camino volvemos a encontrarnos con la aproximación entre reservas y legítimas en el trance de su posible vulneración por el contador-partidor del reservista.

PUIG PEÑA (5) dice que el reservista está obligado a mantener para los reservatarios el fondo económico del patrimonio reservable, unas veces en su propia integridad física o in natura, y otras veces en su valor o compensación económica. Efectivamente, el casuístico trato de las facultades dispositivas del reservista de los artículos 974 a 976, agravado por la imprecisión de la frase final del 975 (sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria) es la causa de todas las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la reserva, sobre la posición de reservistas y reservatarios y sobre si éstos reciben la reserva del reservista o del cónyuge premuerto. La ecléctica frase de CLEMENTE DE DIEGO, según la cual el derecho de reserva es una forma de sucesión en los bienes del difunto consorte por intermedio del supérstite, creo que sigue teniendo permanente valor. La posición del reservista es mucho más fuerte que la del heredero usufructuario, más fuerte que la del fiduciario. Pero es, sin duda, más débil que la de un obligado meramente personal (posición extrema sobre la reserva) y posiblemente más débil que la de un testador con legitimarios. Pero no mucho más débil. MARÍN MONROE asimila la posición del reservatario a la del legitimario, y esto es lo que en definitiva ha venido a estimar lógico la resolución que comentamos en el punto de las facultades del comisario del reservista para manipular con la reserva, al partir.

Por ello no es justo BUENAVENTURA CAMY (6) al acusar a la Resolución de no aludir a la postura jurisprudencial recogida en la Sentencia de 17 de junio de 1967. Aunque no la aluda se ajusta, acaso excesivamente a ella, al asimilar la reserva a una legítima diferenciada sobre la herencia del reservista para dar al comisario con amplias facultades las mismas en el ámbito de las reservas, que tiene en el de las legítimas.

A CAMY le parece insostenible afirmar que los bienes reservables forman parte de la herencia del reservista. Tiene razón en que esto no se puede decir tan simplemente. Pero reconocerá que tampoco se puede decir simplemente que los bienes reservables forman parte de la herencia del cónyuge premuerto. Lo que interesa saber es hasta dónde y cómo puede manejar la reserva el albacea contador-partidor con amplias facultades, nombrado en el testamento del reservista. Y para solucionar este problema toda la Jurisprudencia que cita es insuficiente: La Resolución de 13 de octubre de 1916, porque un testador-partidor conforme al artículo 1.056 no podrá incluir los gananciales, pero si atribuir los reservables a los reservatarios; las Sentencias de 30 de mayo de 1956 y 14 de diciembre de 1957, porque se refieren a la reserva del artículo 811 y concretamente al problema de la coincidencia de reservatarios con legitimarios del reservista; la de 29 de mayo de 1965, porque no es totalmente cierto que los reservables no pertenezcan al testador y la de 2 de marzo de 1959, por cuanto es en ella donde la Dirección ahora se ha apoyado para conceder al albacea contador-partidor facultades para la determinación y atribución de los bienes reservables.

Con esto no queremos decir ni que la lectura y estudio de la Jurisprudencia citada por CAMY sea inútil para el mejor planteamiento

(5) Tratado de Derecho civil, tomo V, volumen 2, 1963, pág. 508.

(6) Recensión y Comentario de esta Resolución en «Revista de Derecho Privado», junio, 1969, págs. 527 a 531.

del caso ni que sea indiscutible la identidad de supuestos de la Sentencia de 1959 y de la Resolución que comentamos, pues no es disparatado opinar que la Sentencia apreció unas facultades excepcionales en el contador-partidor de su caso, derivadas de la frase testamentaria de su nombramiento.

La Dirección ha considerado que el nombramiento de don JULIÁN PRIEGO como albacea contador-partidor con las más amplias facultades, daba a éstas facultades la misma amplitud que para su caso, apreció la Sentencia de 1959. Esto viene a consignar el cuarto considerando, dejándonos en la duda de si la doctrina hubiese sido la misma en el caso de no figurar las palabras "con las más amplias facultades" en la cláusula testamentaria. Las dudas aumentan con la lectura del considerando quinto, en el que se mezclan dos circunstancias que debieron distinguirse: la del *totum revolutum* en las operaciones particionales de la herencia del cónyuge premuerto y la de falta de expresa constancia en el Registro de la calidad de reservables de fincas determinadas. Creo que es muy diverso el juego de cada una de estas circunstancias en orden a atribuir facultades a testador y comisario para trasiegos subrogatorios dentro de la total masa patrimonial del reservista. La indiscriminación de ambas circunstancias no se justifica por el hecho de que el *totum revolutum* dificulte la expresa constancia de la calidad de reservables.

La doctrina insinuada por la Dirección con carácter general y más allá del supuesto concreto decidido parece ser:

— El albacea contador-partidor tendrá respecto a la determinación y adjudicación de bienes a favor de los reservatarios tantas facultades como tendría el reservista testador. Esto parece demostrar los considerandos segundo y tercero al afirmar que, al menos en este punto, los reservables forman parte de la herencia del reservista. El margen de actuación del albacea contador-partidor sería, pues, similar al que tiene en materia de legítimas.

— No constando en el Registro la calidad de reservables de bienes determinados, podrá el contador-partidor deslindar los bienes que componen el patrimonio separado reservable y hacer el inventario, liquidación y avalúo de este patrimonio separado que ha de adjudicarse a los reservatarios. Una incidencia particular de esta determinación y previa liquidación del patrimonio separado reservable, será la de que las adjudicaciones al binubo en la testamentaria, de su primera esposa, adoleciese de la debida claridad.

— Si, en cambio, consta en inmuebles inscritos la calidad de reservables, estos deben quedar sustraídos a toda actuación del contador-partidor, e incluso del mismo testador, que no sea la mera y simple adjudicación a los reservatarios. Para cualquier operación de liquidación previa o de subrogación real en ellos será imprescindible la intervención de los reservatarios.

— Todo ha de entenderse sin perjuicio de:

a) La posibilidad por parte de los reservatarios de impugnar los actos del contador (y también los del reservista testador) que contraengan o lesionen sus derechos.

b) Las facultades calificadoras del Registrador para rechazar la partición en la que el inventario de reservables y libres descansen en títulos de adquisición discordantes con las inscripciones registrales a favor del causante reservista.

En resumen: la circunstancia de que conste o no, en el Registro, la calidad de reservables de los inmuebles es fundamental para determinar la libertad de acción tanto del contador-partidor como del

propio testador reservista. Esto no debe extrañar, pues, en el sistema de la Ley hipotecaria es exclusivamente la hipoteca legal expresa y la constancia también expresa de la cualidad de reservables de los inmuebles, lo único que produce la efectiva vinculación in natura del patrimonio reservable. Fuera de ellas, la reserva no pasa de ser una legítima especial ad valorem, como demuestra la gran libertad dispositiva del reservista conforme a los artículos 974 y 976, vigentes aún cuando hoy tienen tanta importancia los patrimonios mobiliarios. Libertad dispositiva que la frase final de 975 extiende a los inmuebles, aun después de contraídas las segundas nupcias, si no consta en el Registro el carácter de reservable conforme a la Ley Hipotecaria. Con estas afirmaciones no pretendemos aquí terciar en las dudas originadas por la frase final del artículo 975, pero tampoco queremos ocultar nuestra inclinación inicial por la tesis de VALLET, confirmada por las Sentencias de 20 de diciembre de 1904 y 8 de octubre de 1923.

B) DEFECTO RELATIVO A LAS ADJUDICACIONES A LOS NIETOS POR SU MEJORA.

Aunque no resulta de la Resolución el texto literal de la cláusula testamentaria de mejora a los nietos, por el primer resultando sabemos que el señor Carabaño "mejoró a los nietos que en la fecha del testamento vivían, S., J. y D., así como a los demás que pudieran tener, de legítimo matrimonio, sus hijas Araceli y María Luisa, en el tercio de mejora que se distribuiría entre ellos por partes iguales y en pleno dominio". Por el informe del Registrador, según relata el penúltimo resultando, nos enteramos de que en la cláusula testamentaria se dice, que "la mejora será entregada a cada mejorado el día que llegue a su mayoría de edad". La nota de calificación pretende que las adjudicaciones se hagan "a los nietos ahora existentes y a los demás que el causante pudiera tener; el Notario recurrente hace observar que en la escritura, la mejora a los cinco nietos nacidos se atribuye, en su cuantía, bajo la condición suspensiva de que al fallecimiento de las dos hijas no hayan nacido otros descendientes de ellas; el Registrador quiere la adjudicación hecha en forma más clara, porque las condiciones son conceptos muy precisos y técnicos, cuyo empleo jurídico y registral no permite ambigüedades ni confusiones, y añade que la confusión producida por la adjudicación condicional a los cinco nietos actuales se aumenta por la falta de referencia al momento de la entrega de la mejora a cada mejorado (su respectiva mayoría de edad) según el testamento. La dirección da la razón al Registrador en los términos del considerando 6, a cuya transcripción nos remitimos.

La controversia del recurso estaba, pues, planteada, en este punto, únicamente sobre si la adjudicación a los nietos estaba correctamente hecha y suficientemente articulada en congruencia con la cláusula testamentaria de mejora. Entendemos que éste es un planteamiento incompleto de la cuestión en cuanto nos falta un previo análisis de la cláusula testamentaria misma.

El testador, señor Carabaño instituye herederas a sus hijas en el tercio de legítima, deja el tercio a libre disposición a su esposa por vía de legado y mejora a los nietos en el tercio correspondiente sin determinar si lo hace por vía de institución o de legado. Esta es la primera duda que no deja de tener su importancia. ¿Es posible la mejora por vía de institución de heredero a favor de nietos no concebidos al momento del fallecimiento del testador? El heredero debe haber nacido (o al menos estar concebido) en el momento del falleci-

miento del causante (7). La sucesión mortis causa a favor de los non-dum concepti es excepcional y debe realizarse a través del legado o de la sustitución. El testador dice que el tercio de mejora se distribuiría entre los nietos por partes iguales y en pleno dominio; pero se añade, al parecer, que la mejora será entregada a cada mejorado el día en que llegue a su mayor edad. La partición y adjudicación definitiva del tercio de mejora en pleno dominio y en partes iguales se retrasa así, no hasta el fallecimiento de ambas hijas, sino hasta la mayoría de edad del último nieto.

¿Cuál será la situación de los bienes asignados al tercio de mejora hasta ese momento? Es difícil deducirla de la cláusula testamentaria en la que el mandato de distribución del tercio en pleno dominio está un tanto contradicho con el de retrasar la entrega hasta la mayoría de edad. Construir la mejora a los nietos futuros como sustitución fideicomisaria parece chocar con la letra de los artículos 783 y 785, 1.º y, sin embargo, la mejora a nietos futuros hecha cuando aún viven sus padres presenta indudables contactos con la sustitución fideicomisaria prevista en el 782. También cabe construirla como legado a cargo de los hijos herederos; pero los problemas no desaparecen si se tienen en cuenta la indeterminación del número de posibles legatarios y la duda de si el momento de la mayoría de edad ha de referirse al dies veniens o al dies cedens.

El Notario de nuestro caso recurrió a una adjudicación a los nietos existentes, subordinada en cuanto a su cuantía a la condición suspensiva de que no nazcan otros. Es fácil, acusar a esto de impreciso; pero es muy difícil dictaminar cuál sería la adjudicación más correcta en congruencia con la cláusula de mejora.

El considerando correspondiente entiende que la condición con la que se hace la adjudicación a los existentes no se articula en forma clara y completa, lo que impide cumplir la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento. En mi modesta opinión debió decir que la adjudicación de los bienes de lote del tercio de mejora no está hecha en términos que cumplan suficientemente el principio de determinación registral.

En resumen, podemos hacer las siguientes observaciones al recurso y a su Resolución en la cuestión de las adjudicaciones a los nietos por su mejora:

a) Registrador, Notario y Centro Directivo menosprecian un poco el problema por considerar fundamental el relativo a las facultades del albacea. La Dirección se lo plantea y resuelve en el Considerando 6.º siendo el único defecto que confirma en su fallo; pero censurándolo excesivamente en la forma (oscura e incompleta) en que se articula la condición a la que se somete la adjudicación a los nietos ya vivos. Con ello, parece dar por buena esta adjudicación condicional a los ya vivos sin más que completar y aclarar la condición, lo cual no coincide con la nota de calificación que pretende que las adjudicaciones se hagan a los nietos existentes y a los demás que pudieran nacer.

b) Estas vacilaciones derivan de no haberse planteado previamente la esencia, sentido y dificultades de las cláusulas de mejora a nietos nacederos cuyos padres viven. Sin duda, deben considerarse válidas, no sólo en cuanto a los nietos nacidos antes de fallecer el abuelo testador, sino en cuanto a los nacidos después. Pero en cuanto a éstos el

(7) Esta afirmación de principio debemos considerarla válida para el Derecho español, aun después de los documentados alegatos en contra, de DIEZ PASTOR. Para una exposición suficiente del tema nos remitimos a LACRUZ-ALBADALEJO (1961. Parte General, págs. 236 y sigs.).

juego de la institución de herederos pura y simple falla y es necesario recurrir a las normas más congruentes con el supuesto y con la cláusula testamentaria, que encontremos en la sustitución fideicomisaria, en el legado o en la institución concional. Sin este planteamiento previo y sin interpretar primero el sentido de la cláusula testamentaria de mejora; tan insuficiente es, decir que las adjudicaciones hay que hacerlas a los nietos existentes y a los demás que el causante pudiera tener como aventurada es la adjudicación inmediata y en pleno dominio del total del tercio a los nietos existentes sometida en cuanto a su cuantía (?) a la condición suspensiva de que no nazcan más.

c) Puesta tanta atención a las facultades del albacea en cuanto a la reserva, se olvida en el recurso la cuestión de la reserva en cuanto a los nietos. No se plantea claramente el problema de si la mejora a los nietos se extiende a los reservables conforme al artículo 972 del Código. Y ello a pesar de que el Registrador insiste en considerar reservatarios también a los nietos, que sólo lo serían a través de la mejora en los reservables.

T. C. G.

2. CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.—DERECHOS INSCRIBIBLES: SÓLO PUEDEN TENER ACCESO AL REGISTRO AQUELLOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE GENERAN EN FAVOR DEL INTERESADO UN VERDADERO DERECHO REAL OPONIBLE A TERCEROS Y QUE VINCULAN A LA ADMINISTRACIÓN DURANTE UN DETERMINADO PLAZO, PERO NO AQUELLAS SITUACIONES DE CARÁCTER PRECARIO O DE MERA TOLERANCIA QUE PUEDEN CESAR EN CUALQUIER MOMENTO, SIN DERECHO A INDEMNIZACIÓN, POR DECISIÓN UNILATERAL DE LA ENTIDAD CONCESIONARIA.

Resolución de 18 de abril de 1969 («B. O.» de 9 de mayo).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por Real Orden de 29 de junio de 1911 se concedió a don Domingo Figueroa Pedrero, un aprovechamiento consistente en instalar en la época veraniega, durante diez años, una galería y 60 casetas movibles en un trozo de terreno de 300 metros de longitud de la zona marítimo-terrestre de la playa denominada "La Costilla", de la villa de Rota. Posteriormente, por otra Real Orden de 13 de julio de 1923, se modificó la condición primera de las establecidas en la anterior disposición, en el sentido de que la concesión se otorga sin plazo limitado, pero pudiendo también cesar sin indemnización, siempre que lo exija el interés público. Por último, el 30 de mayo de 1967, a instancia de los interesados se expidieron por el ingeniero Jefe de la Sección Primera de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, dos certificaciones de las propuestas de las mencionadas Reales Ordenes a efectos de transterencia de la referida concesión.

Presentados en el Registro de la Propiedad los anteriores documentos, fueron calificados con la siguiente nota: "Denegada la inscripción a que se refieren las dos certificaciones precedentes —ambas relacionadas con una llamada concesión administrativa concedida gratuitamente en el año 1911 y, al parecer, prorrogada sin plazo limitado en el año 1923— por los siguientes defectos: Primero. No hallarse incluida en ninguna de las concesiones reguladas, a efectos de inscripción, en los artículos 60 al 72 del Reglamento Hipotecario, ni podersele aplicar, lo que con carácter general dispone el artículo 31 del citado texto legal, debido a que por el contenido y naturaleza jurídica del derecho conferido a su titular en las dos resoluciones insertas en dichas certificaciones, y también por el especialísimo carácter de las limitaciones que lo condicionan, no presenta semejanza alguna con las concesiones inscribibles; observándose a simple vista que el expresado derecho carece de trascendencia real inmobiliaria, y, por consiguiente, no puede tener acceso al Registro de la Propiedad. Segundo. Aún reconociéndose que en las dos resoluciones aludidas se utilizan con carácter preferente las palabras "concesión" y "concesionario", simultaneándolas, aunque en menor escala, con las de "autorización" y "permiso", la verdadera esencia jurídica del acto o contrato otorgado en ellas no constituye propiamente una concesión aunque se le dé tal nombre, pues el derecho concedido, consistente en poder instalar todos los años en la zona marítimo-terrestre con fines comerciales y durante cuatro meses consecutivos, 60 casetas y una galería portátiles, destinadas al uso de los bañistas, sólo puede encajar en la figura jurídica administrativa del permiso, regulada específicamente en los artículos 35 y 36 de la vigente Ley de Puertos; confirmando indirectamente la resolución de prórroga inserta en la segunda certificación, al transcribirse en ella el contenido del artículo 37 —que es el 41 en la Ley anterior—, el cual se aplica con carácter exclusivo a lo que se dispone en los dos inmediatos anteriores; al igual que en los restantes artículos del mismo capítulo VI de la nombrada Ley, se regula sin conexión alguna con los tres primeros citados, todo lo relativo a concesiones y autorizaciones relacionadas con las obras permanentes construidas por particulares. A más de que en la resolución de referencia se dice: "... para hacer cesar en ciertos casos el permiso".

En su consecuencia, y por los mismos motivos en que se basa el defecto señalado bajo el número primero, dicho permiso, concretado a instalaciones desmontables de carácter temporal-estacional, carece de la entidad inmobiliaria requerida para poder ser objeto de una inscripción hipotecaria, o sea, que no puede incluirse en las concesiones administrativas a que se refiere el número 10 del artículo 334 del Código civil. Tercero. Al otorgarse la concesión sin plazo limitado, se altera institucionalmente el carácter propio de toda concesión en general, doctrina ésta que es corroborada por el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado (15 de abril de 1964), en el que se ordena "que en ningún caso podrán otorgarse concesiones o autorizaciones sobre el dominio público por tiempo indefinido". Y a mayor abundamiento, es de observar que las diferentes leyes y disposiciones administrativas sobre autorizaciones o concesiones exigen como condición esencial un plazo tope de duración, y aún admitiéndose que cuando se trata de concesiones con base estrictamente real, se acogieran en algunas leyes, excepciones al dogma de la reversión concesional, permitiendo el otorgamiento a perpetuidad —como ocurre, entre otras, con las demaniales puras y las minas—, estas excepciones tienen una regulación concreta y específica en leyes especiales, y, por tanto, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del acto o contrato administrativo otorgado a favor de don Domingo Figueroa Pedrero,

tendría que someterse forzosamente la exigencia de la preceptiva reversión. Cuarto. No ser título adecuado ni suficiente —en el aspecto formal— las dos certificaciones presentadas, porque los términos en que se insertan las resoluciones en ellas reseñadas más parecen una propuesta a S. M. que una auténtica disposición ministerial. Y si bien al final de la primera certificación se añade que la real Orden a que se refiere fue publicada en la “Gaceta de Madrid” —que no se acompaña—, en la segunda certificación ni aún siquiera se indica si fue publicada en la “Gaceta” ni si la propuesta formulada fue aprobada, figurando en ella nada menos que cuatro fechas con cuatro firmas ilegibles de funcionarios, cuyos nombres se desconocen, expresado todo ello en forma telegráfica y con abreviaturas —“con la D^{na}”—, imposible de calificar a efectos registrales, por no indicarse la clave para descifrarlas. Además, no se acompañan los traslados de las dos disposiciones aludidas ni documento alguno que permita conocer las circunstancias que por exigencia de la regla sexta del artículo 9 y del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, y de la regla décima del artículo 51 de su Reglamento, es necesario consignar en la inscripción que se pretende, pues si se omitiese una sola de ellas, o se expresase con inexactitud, sería nulo el asiento practicado, según dispone el artículo 30 de la mencionada Ley, y en relación con él, el párrafo segundo del 98 del mismo Reglamento. Quinto. No consignarse la medida superficial ni los linderos del trozo de terreno de la zona marítimo-terrestre, afectado por las instalaciones estacionales que se autorizan. Así lo imponen en todo caso las reglas segunda y cuarta del artículo 51 del Reglamento y el ya citado artículo 30 de la Ley Hipotecaria. En relación con este defecto, conviene añadir, para mayor claridad, que aunque lo que se pretende inscribir es la “concesión”, forzosamente hay que tener en cuenta que el terreno por ella afectado es su soporte objetivo y debe describirse individualizándolo, de forma que haga posible su identificación, y no confusión con terrenos colindantes de la misma zona que puedan hallarse afectados por otras concesiones, o con fincas linderas de propiedad particular, y aún admitiéndose que la Administración Pública, al otorgar una concesión gratuita por tiempo indefinido sobre una porción de la zona marítimo-terrestre, tiene sobradas facultades para delimitarla, indicando solamente la longitud de una de sus líneas poligonales; en nuestro sistema registral, y más concretamente la longitud de una de sus líneas poligonales; en nuestro sistema registral, y más concretamente por exigencia de los principios hipotecarios de especialidad y publicidad, es obligado consignar en la inscripción las circunstancias exigidas en las citadas reglas del repetido precepto reglamentario. Sexto. La indeterminación del derecho cuya registración se pretende constituye otro defecto. Lo motiva el contenido de la condición número 15 de la parte dispositiva de la resolución inserta en la primera certificación —que deja en vigor la segunda—, en la que se admite, sin concretarla, la existencia de una concesión temporal de análoga explotación otorgada en fecha anterior, a favor de don José Santos Calderón, e implícitamente sobre el mismo trozo de terreno de la zona marítimo-terrestre, lo cual imposibilita el poder precisar la extensión y alcance del derecho que se pretende inscribir a favor de don Domingo Figueroa Pedrero. Confiando este criterio —sobre defectos de análoga índole—, la Dirección General de los Registros y del Notariado sienta la doctrina reiterada en reciente jurisprudencia, de que es función de los Registradores evitar el ingreso en el Registro de derechos ambiguos e imprecisos. Séptimo. No consignarse la edad y el estado civil del adquirente, datos éstos indispensables para poder apreciar la capacidad del “con-

cesionario", y si la "concesión" la adquiere como bien propio, o caso de estar casado, pertenece a la sociedad legal de gananciales. Así lo exige la regla novena del artículo 51 del tan repetido Reglamento Hipotecario; confirmando la jurisprudencia de la Dirección citada, que dicha regla es de aplicación a las titulaciones administrativas que se expidan sobre concesiones. Octavo. No consignarse en ambas certificaciones las diligencias de legitimación y legalización de la firma del funcionario que las suscribe. Noveno. No acompañarse el duplicado de cada una de las dos certificaciones, que en el caso de que se pudiese practicar la inscripción deben quedar archivados en el Registro. Considerándose insubsanables los tres primeros defectos y subsanables los seis restantes, no procede tomar anotación de suspensión aunque se pidiere: Puerto de Santa María, a 16 de noviembre de 1967.

Interpuesto recurso gubernativo contra los tres primeros defectos considerados insubsanables de la anterior calificación, basado sustancialmente en que dados los amplios términos del artículo 31 del Reglamento Hipotecario, no existe limitación o reparo en el ordenamiento inmobiliario para que la concesión cuestionada tenga acceso al Registro; que el segundo defecto carece de consistencia jurídica y contradice la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que establece que la misión de los Registradores debe limitarse a inscribir los derechos que concretamente resulten de los documentos presentados, sin que se encuentren facultados para determinar el alcance de los mismos; y que el tercer defecto incurre en esta misma contradicción, ya que la calificación del documento ha de concretarse al estado legal al otorgarse y no a los que puedan crearse con posterioridad; el Presidente de la Audiencia revocó los tres primeros defectos de la nota calificadora por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Alzado el funcionario calificador de la decisión presidencial, la Dirección revoca parcialmente el auto apelado y confirma los dos primeros defectos de la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

E) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS.

Vistos los artículos 334 del Código civil; 5 y 9 de la Ley Hipotecaria; 31 y 60 a 72 del Reglamento para su aplicación; 38 al 58 de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880; 126 de la Ley del Patrimonio del Estado de 5 de mayo de 1964, y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1932, 13 de noviembre de 1957, 22 de marzo de 1958, 27 de septiembre de 1965, 28 de junio de 1966, 19 de octubre de 1966 y 3 de marzo de 1967.

Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si puede tener acceso al Registro la denominada en la Reales Ordenes de 19 de junio de 1911 y 13 de junio de 1923, unas veces "autorización" y otras "concesión", para utilizar en una zona de la playa de Rota el establecimiento de galería y casetas movibles con destino a baños durante la temporada comprendida entre el 15 de junio y 15 de octubre de cada año;

Considerando que la legislación hipotecaria permite desde el primer Reglamento de 1870 la inscripción de las concesiones administrativas, y así lo recoge con carácter general el artículo 31 del Reglamento vigente, siempre que tengan trascendencia real en base a la naturaleza de bienes inmuebles que a las mismas reconoce el artículo 334 del Código civil, regulando dicho Reglamento en forma especial la inscripción de

las aguas, minas y obras públicas, pero sin que ello quiera decir que la enumeración sea limitada, ya que han de tener acceso todas aquéllas que por sus características y efectos puedan ser consideradas como verdaderas concesiones administrativas;

Considerando que si bien la terminología empleada por la Ley de Puertos de 1880, aplicable al supuesto debatido, no es todo lo precisa que fuera de desear, parecen, no obstante, distinguirse en ella varios términos con un contenido determinado, utilizándose el de "autorización" artículos 38, 43, 44, 47, 51 y 53), con un sentido muy amplio comprensivo de cualquier clase de concesión o permiso que la Administración pueda otorgar; empleándose el de "permiso" (artículos 39, 40 y 41), como la autorización de grado inferior y de carácter precario, ya que "estos permisos cesarán siempre que lo exija la mejor vigilancia y servicios de las playas, la policía urbana o rural o la concesión del terreno para otras empresas" (art. 41), y ni siquiera dan derecho, en el supuesto de cese, a indemnización, ya que en este caso, "los dueños de las concesiones temporales sólo dispondrán libremente de los materiales empleados, sin derecho a indemnización" (art. 41); y reservándose el término de "concesión" para aquella variante de las autorizaciones (arts. 46, 48, 50, 52, 54, 55, 56, 57 y 58), que no tienen un carácter necesariamente precario, que se otorgan ordinariamente por plazo fijo (art. 58), y que en caso de cesar antes de terminar éste, dan lugar a indemnización, si bien ésta consiste tan sólo en el valor material de las obras realizadas (art. 50); empleándose, además, en un solo caso, el término "licencia" (art. 51, párrafo tercero), al parecer, como equivalente al de "permiso" antes aludido.

Considerando que del examen de las dos Reales Ordenes citadas, en las que se emplean con escasa técnica los términos "autorización" y "concesión", se deduce que el acto administrativo contenido en la más antigua—del año 1911—otorga al interesado un derecho a instalar una galería general y sesenta casetas movibles durante la temporada de verano por un plazo fijo (diez años) y con derecho, en caso de anulación sin sujeción a dicho plazo, a la indemnización regulada en el artículo 50 de la Ley de Puertos, características que permiten definir el acto administrativo contemplado como concesión: pero el acto administrativo posterior contenido en la Real Orden de 1923 modificó sustancialmente los términos del anterior, en cuanto que la autorización quedó sin plazo fijo y, lo que es más importante, sujeta no al sistema de indemnización del artículo 50 en caso de cesar aquella, sino al de absoluta carencia de ésta, de conformidad con el artículo 41, de lo que se deduce que lo que empezó siendo una "concesión" pasó a ser, en virtud del posterior acto administrativo, un simple "permiso" a título precario, sin sujeción a plazo y sin derecho a indemnización en caso de revocación de aquél;

Considerando que sólo pueden tener acceso al Registro aquellos actos administrativos que generan en favor del interesado un verdadero derecho real oponible a terceros y que vinculan a la Administración durante un determinado plazo, pero no aquellas situaciones de carácter precario o de mera tolerancia que pueden cesar en cualquier momento, sin derecho a indemnización, por decisión unilateral de la entidad concesionaria, pues en estos supuestos, que la Ley de Puertos califica de "permisos", el interesado no sólo no goza de un verdadero derecho real, sino que incluso no tiene a su favor derecho subjetivo alguno por total carencia de exigibilidad o vínculo obligatorio;

Considerando que el otorgamiento de una concesión, sin sujeción a plazo determinado—siempre que ésta pueda calificarse verdaderamente de tal, lo que no ocurre en el caso presente—, no sería por sí solo defecto suficiente para impedir su inscripción en el Registro de la

Propiedad, ya que, como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1966, en este supuesto puede considerarse que su duración es de noventa y nueve años por aplicación del tope señalado en el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado.

C) Comentario.—La principal cuestión que plantea este recurso radica en si puede tener acceso al Registro de la Propiedad, la figura jurídica que en las Reales Ordenes en que se basa el derecho del recurrente, indistintamente se denomina «autorización o concesión», y cuyo contenido consiste en utilizar por periodo estacional y en una determinada zona de playa, un establecimiento de galerías y casetas móviles con destino a baños. Ello nos lleva, como problema previo, a la necesidad de matizar su naturaleza jurídica con el fin de precisar si la misma habrá de considerarse—dentro de la amplia categoría de los actos administrativos—, como un simple «permiso» o una verdadera «concesión», y para el caso de que se produzca este segundo supuesto, determinar si tal concesión administrativa—por su naturaleza y objeto—habrá de tener entrada en los libros registrales.

En principio, el criterio de calificación nos lo ofrecen las precisiones conceptuales de la doctrina, acerca de los diversos actos administrativos denominados «permiso, autorización y concesión» (1). De acuerdo con esta, puede señalarse en términos generales que la característica común de la licencia, autorización o permiso, consiste en la remoción de los obstáculos o limitaciones establecidas por las Leyes—generalmente de policía—para el ejercicio de ciertos derechos o facultades por los administrados; es decir, que la Administración, a petición de los particulares habilita a éstos para el ejercicio de una determinada actividad, en el sentido de que la Administración no confiere ningún derecho nuevo al administrado sino que se limita a remover los obstáculos o límites legalmente impuestos al ejercicio de algún derecho o facultad que ya estaba dentro de su esfera patrimonial. La concesión, por el contrario, surte el efecto de trasladar o constituir un derecho o facultad a favor del sujeto o concesionario que con anterioridad carecía de él, ya que tal derecho o facultad que se concede es originariamente administrativo y sólo en virtud del acto concesional queda legitimado el particular en cuanto a su ejercicio (2).

Ahora bien, en el presente caso tales nociones generales no nos sirven, ya que no nos encontramos ante una autorización o permiso de policía administrativa, sino ante una posible autorización demanial consistente en la utilización especial del dominio público del que la Administración es titular, y caracterizada por un acto específico de tolerancia de ésta que faculta al particular para realizar tal uso.

(1) Señala ENTRENA CUESTA en *Las licencias en la legislación local*. «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 107, 1959, pág. 641, que la legislación y la jurisprudencia utilizan los términos autorización, licencia y permiso, para referirse a una sola categoría jurídica.

(2) F. GARRIDO FALLA en su *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1964, pág. 426, indica que la doctrina incluye las concesiones y autorizaciones dentro de los negocios jurídicos que amplían la esfera jurídica de los particulares, y señala entre ambas las siguientes notas diferenciadoras: En primer lugar, la autorización supone un derecho o facultad preexistente en el sujeto autorizado. Frente a la concesión, cuyo efecto está en trasladar—o si se quiere, constituir—un derecho o facultad a un sujeto que con anterioridad carecía de él, la autorización presupone tal derecho. En segundo lugar, la autorización consiste funcionalmente en la valoración de la oportunidad del ejercicio de un derecho, de ahí que la Administración actúa discrecionalmente cuando realiza esta valoración, por lo que cabe la posibilidad de que la someta a condición o de que limite mediante otros elementos accidentales, las autorizaciones concedidas.

A juicio de GARRIDO FALLA (3) estas «autorizaciones» muestran los siguientes rasgos típicos: 1. Son auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio, al que el particular no podía alegar derecho alguno. No obstante, si el uso especial del dominio está reglamentado se puede tener derecho a la obtención del permiso; 2. Son actos administrativos unilaterales diferenciándose así de las concesiones cuyo carácter contractual se admite como regla general; 3. Son actos revocables lo que determina una situación jurídica de «precario» para el autorizado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo matiza la distinción entre autorizaciones o permisos y concesiones, a base de señalar a las primeras las notas de revocación potestativa por la Administración y la de que no haya lugar a indemnización cuando aquella se produzca. En este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 1950 nos dice que «en materia de autorizaciones o permisos rige el principio según el cual el interés privado tiene necesariamente que supeditarse y ceder ante razones que son de mayor estimación por afectar al bienestar general de la sociedad, de ahí que sus causas de revocación sean necesarias y potestativas cuando se adopten nuevos criterios de apreciación», a lo que añaden las sentencias de 13 de abril, 13 de octubre y 20 de noviembre de 1964, que «la nota más común, esencial y diferenciadora de los permisos y autorizaciones portuarios frente a las concesiones de igual índole, es la revocabilidad de las autorizaciones o permisos sin derecho a indemnización».

Las anteriores características que señala la doctrina y matiza la jurisprudencia en torno a los «permisos o autorizaciones administrativas», se reflejan en la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 (4), que a base de la potestativa revocación y no indemnización, diferencia claramente los «permisos temporales o permanentes» de la figura de la concesión (5).

(3) F. GARRIDO FALLA: Ob. cit., vol. II, pág. 452.

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su *Código de las Leyes Administrativas*, Madrid, 1966, pag. 1095, señala que si bien la Ley de 1928 no fue convalidada al revisarse la obra legislativa de la Dictadura (revisión dispuesta por Decreto-Ley de 15 de abril de 1931), por lo que podría entenderse que formalmente continúa en vigor la de 7 de mayo de 1880, en la práctica administrativa, sin embargo, e incluso por la jurisprudencia de los tribunales, se da por vigente. Es de anotar, por otra parte, que en la tabla de disposiciones derogadas que acompaña a la Ley del Patrimonio del Estado se presume vigente la de 1880.

(5) El artículo 35 de la Ley de 1928 se refiere concretamente al «permiso» para levantar barracas o construcciones estacionales con destino a baños, de carácter temporal. El artículo 36 insiste en que los «permisos» para establecer otros servicios o aprovechamientos de carácter temporal dentro de la zona marítimo-terrestre del dominio nacional y uso público..., que no requieran la construcción de obras o que, en caso contrario, estas sean desmontables. La extinción de estos permisos se recoge por el artículo 37, que dispone que tales «permisos» cesarán siempre que lo exija la mejor vigilancia o servicio de las playas, o la concesión del terreno para otras empresas de mayor utilidad y cuantía... En tales casos, los dueños de las construcciones temporales sólo dispondrán libremente de los materiales empleados sin derecho a indemnización. El «permiso» de carácter permanente, según el artículo 38, se somete a las mismas reglas que los de carácter temporal.

Por el contrario, tratándose de concesiones o autorizaciones para obras, construcciones o aprovechamientos permanentes en la zona marítimo-terrestre, o en el mar, los artículos 50 y siguientes señalan de manera detallada las competencias de las distintas Autoridades, estableciendo los requisitos y trámites de las concesiones, su caducidad, extinción e incluso su adquisición por prescripción. La vigente Ley de Costas marítimas de 26 de abril de 1969 se limita a regular en su título II las competencias administrativas en relación con su dominio público.

Así delimitadas las diferencias que existen entre la concesión y el permiso o autorización administrativos, la dificultad estriba en determinar en cual de estas categorías habrá de encajarse el acto contenido en la Real Orden de 13 de julio de 1923, origen del presente recurso, en la que se especifica modalizando la anterior Real Orden de 29 de junio de 1911, que la «concesión» se otorga sin plazo limitado y que puede cesar sin indemnización siempre que lo exija el interés público. A nuestro entender la solución es sencilla, pues, como queda dicho, son precisamente estas características las que obligan a incluir dicho acto administrativo dentro de la categoría de los permisos otorgados a título de precario, dado que su verdadera esencia jurídica no constituye propiamente una concesión aunque se le de tal nombre, siendo forzoso concluir que dicho acto como tal permiso administrativo no constituye un auténtico derecho real por referirse a situaciones de carácter precario y por estar afectado por la facultad libremente revocatoria que se concede a la Administración, de donde se desprende que no puede tener encaje dentro del artículo 31 del Reglamento Hipotecario ni en consecuencia entrada en el Registro de la Propiedad por ser extraño o ajeno a la naturaleza del mismo.

Finalmente, la desmesurada amplitud de la nota calificadora no procede de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, que ordena se haga constar en forma clara y precisa, nota expresiva del defecto o defectos que el título contenga, los motivos en que se base la calificación y el alcance de ésta a juicio del Registrador.

E. F. C.

3. EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA.

- a) **HIPOTECA DE FINCA GANANCIAL.**—NO ES NECESARIO QUE SE DIRIJA LA DEMANDA CON QUE SE INICIA EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO CONTRA LA ESPOSA DEL DEMANDADO, NI QUE SE LE NOTIFIQUE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.
- b) **FUNCIÓN CALIFICADORA.**—EN LA CALIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES EL REGISTRADOR NO HA DE ENTRAR EN LOS FUNDAMENTOS QUE SIRVAN DE BASE AL FALLO DEL JUEZ O TRIBUNAL, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.
- c) **IRREGULARIDADES PROCEDIMENTALES.**—AUNQUE LA CANTIDAD TIPO QUE SIRVIÓ PARA LA SUBASTA FUE INFERIOR A LA PACTADA EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA Y QUE FIGURA EN LOS LIBROS REGISTRADOS, SIN EMBARGO EL REGISTRADOR NO DEBE DENEGAR LA INSCRIPCIÓN DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN DE LA FINCA ASÍ ADQUIRIDA EN PÚBLICA SUBASTA SI LA AUDIENCIA DECLARA, EN TRÁMITE DE APELACIÓN Y POR

RESOLUCIÓN FIRME, QUE NO PROCEDE LA NULIDAD DE LA SUBASTA Y DEBE SEGUIRSE EL PROCEDIMIENTO.

- d) EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS.—LA NOTA MARGINAL A QUE SE REFIERE LA REGLA 4.^a DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA TIENE LA VIRTUALIDAD DE DAR A CONOCER LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO A TODOS LOS QUE, CON POSTERIORIDAD A LA EXTENSIÓN DE AQUÉLLA, ADQUIERAN ALGÚN DERECHO SOBRE LA FINCA, Y PARA ÉLLOS HACE LAS VECES DE LA NOTIFICACIÓN EXIGIDA PARA LOS ACREEDORES Y TITULARES DE CARGAS COMPRENDIDOS EN LA REGLA 5.^a, O SEA, LOS POSTERIORES A LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA, A FIN DE QUE SI QUIEREN PUEDAN INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO PARA DEFENDER SUS DERECHOS.
- e) NOTIFICACIONES.—CARECE DE TRASCENDENCIA LA NOTIFICACIÓN PROCESAL INDEBIDAMENTE HECHA NO AL TITULAR, SINO AL PRESENTANTE DE UN MANDAMIENTO DE EMBARGO, CUYA ANOTACIÓN SE PRACTICÓ VARIOS AÑOS DESPUÉS DE EXTENDERSE LA NOTA MARGINAL A QUE SE REFIERE LA REGLA 4.^a DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA, YA QUE NO ERA NECESARIO REALIZARLA.

IGUALMENTE ES INTRASCENDENTE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN A LOS TITULARES DE LAS ANOTACIONES PRACTICADAS CON ANTERIORIDAD A AQUELLA NOTA MARGINAL SI LOS EMBARGOS FUERON CANCELADOS POR HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO DE CADUCIDAD.

Resolución de 23 de abril de 1969 («B. O.» de 19 de mayo).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don Felipe Gómez Acebo el 4 de diciembre de 1959, don José Ortega de Tena concedió a don Federico Chazal Dubois un préstamo de 350.000 pesetas, en garantía de cuya devolución y de 70.000 pesetas más para costas y gastos se constituyó hipoteca sobre las dos fincas siguientes: parcela de terreno sita en Villaverde e inscrita en el Registro de la Propiedad número 9 de la capital bajo el número 13.534, que respondería de 250.000 pesetas de principal y 50.000 pesetas más para costas y gastos, y casa de cuatro plantas sita igualmente en Villaverde e inscrita en el mismo Registro bajo el número 10.603, que respondería de 100.000 pesetas, más 20.000 pesetas para costas y gastos. Ambas hipotecas fueron inscritas en el Registro al tomo 421, folios 151 y 229, respectivamente, inscripciones número 4.

Transcurrido el plazo señalado para la devolución del préstamo, el acreedor demandó al deudor el día 1 de junio de 1961 ante el Juzgado de Primera Instancia de Getafe, hoy 31 de Madrid, para hacer efectivo

su crédito con arreglo al artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Admitida la demanda, se requirió judicialmente de pago al deudor y se ordenó al Registrador expediese la certificación prevista en la regla 4.ª de dicho artículo 131. El deudor no satisfizo su obligación y, según los autos, de la certificación registral librada resulta que existía una anotación de embargo por un importe de 2.000.000 de pesetas a favor de don Asensio Arin, a quien se notificó el procedimiento. El actor, en escritos de 19 de mayo, 5 de junio y 15 de septiembre de 1965, solicitó se sacase únicamente a subasta la casa hipotecada, por un valor de 100.000 pesetas, que era el principal de que respondía, aunque en la escritura de hipoteca estaba valorada en 200.000 pesetas. Seguidos los oportunos trámites y celebrada la subasta, se adjudicó la finca por el precio anunciado de 100.000 pesetas, con facultad de ceder, a don Ignacio Díez Sixto, quien en tiempo y forma la cedió a don José Ramón Novoa Valencia. El 29 de enero de 1966 el Juzgado de Getafe acordó de oficio la nulidad de la subasta por no haberse fijado en los edictos que el precio en que se tasaba la finca fue de 200.000 pesetas, y recurrido el correspondiente auto, fue revocado por la Audiencia Territorial de Madrid, que ordenó continuase el procedimiento, no obstante, la diferencia señalada entre el precio fijado para la subasta y el anunciado en los edictos. Por auto de 22 de mayo de 1967 se ordenó la cancelación de la inscripción de dominio a favor de don Federico Chazal Dubois y de la anotación de embargo a favor de don Asensio Arin, inscribiéndose a favor de don José Ramón Novoa Valencia. Y el 11 de junio de 1968 se libró testimonio conteniendo el anterior auto y mandamiento para la práctica de lo ordenado.

Presentados en el Registro de la Propiedad número 9 de Madrid los citados testimonio y mandamiento, fueron calificados con las siguientes notas: En el testimonio del auto: "Denegada la inscripción del precedente documento por los defectos insubsanables siguientes: Primero: Haberse seguido el procedimiento exclusivamente contra el deudor hipotecante, don Federico Chazal Dubois, pero no haber sido dirigido también dicho procedimiento contra doña María Marcela Junyent Claramunt, esposa del mismo y con la que estaba casado cuando hizo la compra del solar y la declaración de obra nueva sin alegar el señor Chazal Dubois, ni, por tanto, justificar, que el dinero era privativo suyo, por lo cual la finca hipotecada tiene el carácter de bien ganancial del matrimonio, y exigirse en este supuesto por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario que la demanda haya sido dirigida contra ambos cónyuges. Al menos tendrá que justificarse que al iniciarse el procedimiento se dio conocimiento del mismo a dicha señora. Además, en cumplimiento de este artículo, en relación con el 96 del mismo Reglamento y del 1.413 del Código civil, se debió aprobar el remate de la finca por el Juez, no sólo en representación de don Federico Chazal Dubois, al que por error se le denomina Francisco, sino también en representación de la esposa. Segundo: Haber sido anunciada la subasta de la finca B y haber sido rematada por el tipo o valor de 100.000 pesetas y resultar de la inscripción de hipoteca que se tasó a tal fin en el doble de lo que dicha finca responde por principal, y como esta finca B, que tiene el número registral 10.608 y no el 16.608 como por error se dice en el auto, responde, según la inscripción de la hipoteca ejecutada, que es la quinta y no la cuarta como se expresa en dicho auto, de 100.000 pesetas de principal, resultó en la escritura, tasada para subasta en el valor de 200.000 pesetas, que es el precio que necesariamente ha de servir de tipo para la primera subasta, sin que se pueda admitir postura alguna que sea inferior al mismo, como exige la regla 9.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Tercero: Según resulta de nota marginal fechada el 23 de agosto de 1961, puesta en la

Inscripción quinta de hipoteca, que es la ejecutada, se expidió a instancia del Juzgado de Primera Instancia de Getafe, que inició la ejecución de la hipoteca, la preceptiva certificación de dominio y de cargas; en dicha certificación se comprendieron ocho embargos que fueron anotados preventivamente el año 1960 y que fueron cancelados por caducidad por notas marginales de 17 de abril de 1965, o sea, con posterioridad a la expedición de aquella certificación, y al no hacerse referencia a ellos en el auto ni haber sido citados los respectivos acreedores se demuestra que con posterioridad a aquella certificación fue expedida otra, aunque de ello no hay constancia en el Registro, que ya no comprendía tales anotaciones por estar canceladas y cuya nueva certificación se aportó a los autos, lo que se demuestra por el hecho de expresar uno de los resultandos que de la certificación del Registro presentada resulta que existe una anotación de embargo por un importe de 2.000.000 de pesetas a favor de don Asensio Arin, a quien se le notificó la existencia del procedimiento; esta nueva anotación de embargo no fue practicada a favor de don Asensio Arin, al que en el auto se considera como acreedor posterior, sino que fue ordenada por el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid en el sumario número 442 del año 1963 que se sigue por estafa contra el deudor hipotecario Federico Chazal Dubois y contra otro, y para responder de 2.000.000 de pesetas. El mandamiento que la ordenó fue presentado en el Registro por el citado Asensio Arin Dorronsoro y no Dorronasen como por error dice el auto, aunque se ha subsanado ahora este error en la providencia de 10 de junio de 1968, pero sin que dicho señor tenga interés alguno en el citado sumario ni en la subsiguiente anotación preventiva de embargo; dicho mandamiento motivó primeramente el asiento de presentación 563 del Diario 12, practicado el 12 de junio de 1965, y fue nuevamente presentado por el mismo Asensio Arin Dorronsoro el 5 de abril de 1966, asiento 2.086 del diario 15, y por existir un defecto subsanable motivó una anotación de suspensión en el libro especial con fecha 26 de abril de 1966. Por un segundo mandamiento del mismo Juzgado, presentado por don Jesús López Hierro el 25 de junio de 1966 bajo el número 2.374 del Diario 16, fue ordenada la prórroga por 180 días de aquella anotación de suspensión, lo que se verificó el 23 de junio de 1966, en el mismo libro especial. Por un tercer mandamiento expedido por el mismo Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid, presentado por don Jesús López Hierro el 16 de agosto de 1966, según el asiento 1.166 del Diario 17, y por haber sido subsanado el defecto se ordenó la conversión en anotación definitiva de embargo de la de suspensión antes referida, lo que fue practicado por el asiento letra H al folio 232 del tomo 421, libro 158 de Villaverde, a favor de la Administración de Justicia y a responder la finca de 2.000.000 de pesetas. En consecuencia, no resulta notificado el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid, de la existencia del procedimiento ejecutivo de la hipoteca como ordena el párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y a los efectos prevenidos en la misma. Por ser insubsanables estos defectos no procede tomar anotación de suspensión aunque fuere solicitada. Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: Primero: No acompañarse las cartas de pago de las liquidaciones T86533 y T25802 motivadas por esta adjudicación y que han de quedar archivadas en el Registro, según dispone el artículo 256 de la Ley Hipotecaria. Segundo: No acompañarse la declaración hecha al Ayuntamiento a efectos del arbitrio de plusvalía como exige el artículo 110 del Reglamento de las Haciendas Locales".

Y en el mandamiento: "Habiéndose acreditado el pago del impuesto correspondiente a las cancelaciones que se ordenan en el precedente

mandamiento, según se acredita en el testimonio del auto al que este mandamiento se refiere, se deniegan las cancelaciones ordenadas en este mandamiento por los tres defectos insubsanables detallados en el testimonio del auto y que se dan aquí por reproducidos. Suspendida la cancelación por los defectos subsanables siguientes: Primero: Han de expresarse correctamente los datos registrales de la inscripción de hipoteca ejecutada que se ordena cancelar, la cual es la quinta y no la cuarta de la finca 10.608 y no 16.608 obrante al folio 229 del tomo 421, libro 158 de Villaverde, y expresarse los datos registrales de la anotación preventiva de embargo tomada a favor de la Administración de Justicia y no a favor de Asensio Arin Dorronsoro, que fue ordenada por el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid, y que es la letra H obrante al folio 232 del tomo 421, libro 158 de Villaverde, según previene el artículo 233 del Reglamento Hipotecario. Segundo: No acompañarse la carta de pago correspondiente a la liquidación número T28803 motivada por las cancelaciones ordenadas y que ha de quedar archivada en el Registro, según previene el artículo 256 de la Ley Hipotecaria. Los defectos insubsanables al principio referidos impiden tomar anotación de suspensión aunque se solicitase”.

Don José Ramón Novoa Valencia interpuso recurso gubernativo contra los defectos insubsanables de las anteriores notas. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador. Y éste recurrió en apelación a la Dirección General, la cual confirma el auto apelado con base en la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—En cuanto al primer defecto de la nota relativa a no haber sido demandada la mujer o, al menos notificada, de que se iniciaba el procedimiento judicial sumario, es de advertir que la acción hipotecaria, por su propia naturaleza, confiere a su titular, tal como establece el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, un poder directo sobre la finca que le autoriza, caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a poner en venta el inmueble, a lo que ya prestaron su consentimiento en el momento de la constitución de la hipoteca tanto el marido deudor como su mujer, por lo que han de sufrir las consecuencias que puedan derivarse, y por ello la intervención en el procedimiento de ejecución es mínima y en el caso de la mujer intrascendente, en situación similar a cómo para el retracto legal puso de relieve la sentencia de 14 de marzo de 1960 por lo que hay que estimar que no existe el defecto señalado.

El segundo defecto plantea el problema de las facultades de calificación de los Registradores en cuanto a documentos expedidos por la autoridad judicial, ya que en el testimonio del auto de adjudicación presentado aparece que la cantidad tipo que sirvió para la subasta fue inferior a la pactada en la escritura de constitución de hipoteca que figura en los libros registrales, por lo que, según la nota discutida, existe un obstáculo derivado del propio Registro, que impide la inscripción, dado que los trámites del procedimiento son inalterables por voluntad de las partes, según establece el artículo 129 de la Ley; pero es de observar que en la calificación de los documentos judiciales, el Registrador, con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, no ha de entrar en los fundamentos que sirvan de base al fallo del Juez o Tribunal, por lo que, al haber estimado la Audiencia que no procedía la nulidad de lo pactado —con revocación del auto del Juez que lo había ordenado— y tratarse de una resolución ya firme, es forzoso que se ha de acatar su decisión.

En relación con el tercer defecto, que la nota marginal a que se refiere la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, tiene la virtualidad de dar a conocer, como ya ha expresado reiterada doc-

trina de este Centro, la existencia del procedimiento judicial sumario a todos los que, con posterioridad a la extensión de aquélla, adquieran algún derecho sobre la finca, y para ellos hace las veces de la notificación exigida para los acreedores y titulares de cargas comprendidos en la regla quinta, o sea, los posteriores a la constitución de la hipoteca, a fin de que si quieren puedan intervenir en el procedimiento para defender sus derechos.

En consecuencia, que practicada en el Registro la nota marginal el día 23 de agosto de 1961, carece de trascendencia la notificación, posiblemente no totalmente ajustada a derecho, hecha, no al titular, sino al presentante de un mandamiento de embargo, cuya anotación se practicó en el año 1966, ya que no era necesario realizarla, y al mismo resultado habrá de llegarse respecto de la falta de notificación a los titulares de las anotaciones practicadas con anterioridad a la expresada nota, pues el defecto evidente ha dejado de serlo desde el momento que los embargos fueron cancelados por haber transcurrido el plazo de caducidad.

C) *Comentario.*—El crédito hipotecario, como cualquier otro tipo de crédito, tiende a su cumplimiento, a su realización. Esta pretensión de cumplimiento se obtiene de una de dos maneras: Voluntariamente, mediante el pago hecho por el deudor o por un tercero. O bien, de manera forzosa, a través de la correspondiente reclamación judicial y subsiguiente ejecución en los bienes del deudor. La garantía hipotecaria despliega su eficacia mediante la realización del valor en cambio de la cosa hipotecada y su dedicación al pago del crédito garantizado. De los varios procedimientos de ejecución hipotecaria, el más frecuente y quizás el más eficaz sea el regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En relación con este procedimiento se suscitan en el presente recurso diversas cuestiones. Veamos algunas de ellas en forma separada y muy sucinta:

1. En primer lugar, cuando la finca hipotecada es de naturaleza ganancial, si es necesario dirigir la demanda con que se inicia el procedimiento del artículo 131 contra marido y mujer, o solamente contra el marido, para que dicho procedimiento siga su curso legalmente.

El artículo 1413 del Código civil exige el consentimiento de la mujer casada para los actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales. En caso de venta de una finca rústica o urbana de esta naturaleza se precisa que el consentimiento contractual sea prestado conjuntamente por marido y mujer. El artículo 1413 resulta aplicable evidentemente a las ventas voluntarias. ¿También a las forzosas? Cuando como consecuencia de la ejecución de una sentencia condenatoria al pago de cantidad, se vende en pública subasta una finca del deudor de naturaleza ganancial para hacerse pago con el precio que se obtenga al acreedor ejecutante, ¿será también necesario el consentimiento o la intervención de la mujer? El artículo 1413 no distingue para su aplicación entre ambos supuestos.

Cierto que la estructura de la venta voluntaria y de la venta judicial es claramente distinta, lo cual produce a veces un diverso grado de eficacia. Frente al consentimiento contractualmente prestado en la venta voluntaria, en la judicial ese consentimiento es suplido por la actuación del Juez (aprobación judicial del remate o de la adjudicación). Ausencia de consentimiento que se traduce causalmente en que el Juez actúa movido por una pretensión o instancia procesal de ejecución, y subjetivamente en que no interviene el dueño sino el órgano judicial. A pesar de lo cual, tampoco aquí es inoperante la voluntad del ejecutado. Porque al prestar su consentimiento para la constitución de hipoteca, consintió en todas las consecuencias juri-

dicas de la garantía hipotecaria. Y entre ellas, fundamentalmente, la ejecución procesal y la venta en pública subasta de la cosa dada en garantía. Por ello, y porque la diferencia entre los efectos de ambos actos no es tan importante como pudiera pensarse (1), creemos con Díez Pícazo, que la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta; y que no hay dificultad teórica insuperable para admitir que la compraventa pueda nacer tanto de un acto de las partes (contrato) como de un acto de las partes con el Juez (proceso) (2).

La finalidad del nuevo artículo 1.413 fue conceder a la mujer una mayor protección dentro de la sociedad de gananciales. Y para ello arbitró, entre otros medios, el de exigir su intervención directa en los actos dispositivos sobre bienes inmuebles. Como muestra de la cotitularidad que ambos cónyuges tienen sobre los bienes comunes. Lo cual se manifiesta a través de la correspondiente atribución de cotitularidad en la facultad dispositiva, cuando ésta afecta a los bienes considerados tradicionalmente como más valiosos. Esta intervención de la mujer mediante la necesaria prestación de su consentimiento negocial garantiza su control de los actos dispositivos.

De acuerdo con esta interpretación finalista, si el consentimiento de la mujer se aplicara a las ventas voluntarias, pero no a las forzosas, sería muy fácil defraudar en la práctica aquella norma imperativa que exige su intervención. Sobre todo a través del reconocimiento de una deuda falsa hecho por el marido solo. Al no pagarse voluntariamente la deuda así establecida, la ejecución procesal del crédito y el embargo subsiguiente de algún inmueble ganancial desataría inmediatamente su venta a favor del acreedor o de tercera persona (rematante en la subasta), habiéndose prescindido para ello del consentimiento y control de la esposa. Tan clara resulta esta consecuencia, que la mayor parte de la doctrina la ha recogido como argumento en contra de la aplicación de aquel criterio. Y la propia Dirección General, en la Resolución de 25 de enero de 1960, dictada en virtud de consulta formulada por el Consejo Superior Bancario, sancionó expresa y terminantemente la doctrina que exige el consentimiento de la mujer para cualquier tipo de enajenación de inmuebles gananciales, ya se realice el acto dispositivo mediante una venta voluntaria o judicial (3). A este planteamiento obedece la norma contenida en el artículo 144 R. H. y las numerosas Resoluciones del Centro Directivo que recientemente la han interpretado (4).

(1) La transmisión se opera desde el ejecutado al adjudicatario, el cual trae causa, en cuanto a su adquisición, del propietario anterior. Aunque por virtud de la ejecución hipotecaria se extingan las cargas posteriores a la hipoteca ejecutante, la finca se transmite en la subasta en la misma situación jurídica en que se encontraba cuando se constituyó la hipoteca. Si acaso podría recogerse como pequeñas muestras diferenciadoras de ambas figuras, el distinto juego que en ellas tienen los vicios del consentimiento y el posible ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

(2) Los llamados contratos forzosos, «A. D. C.», IX-I, pág. 95, nota 38.

(3) «El artículo 1.413 del Código civil no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzosas, y el excluir éstas, como pretende el Consejo Superior Bancario, de la necesidad de la intervención de la mujer haría ineficaz la reforma del Código civil, pues por el sencillo sistema de girar una letra de cambio y utilizar el procedimiento ejecutivo, se llegaría a la enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles sin consentimiento ni conocimiento de la mujer».

Cfr. también la Resolución de 11 de febrero de 1964.

(4) Vid. por lo que se refiere a las anotaciones de embargo, las Resoluciones de 11, 20, 21 y 24 de febrero de 1964; 13 y 18 de abril de 1964 y 9, 13 y 14 de diciembre de 1966.

Parece, por tanto, necesario el consentimiento de la mujer—o, al menos, su conocimiento de los procedimientos de embargo de fincas comunes por deudas del marido—para todo acto que implique o pueda implicar la enajenación de un bien inmueble ganancial, sea cualquiera la forma en que esta enajenación se realice.

La ejecución hipotecaria termina con la pública subasta y la adjudicación judicial de la finca hipotecada a favor del rematante. ¿Qué decir de este acto de enajenación? El Registrador interviniente en el presente recurso estimó que, por tratarse de fincas gananciales, debía seguirse el procedimiento ejecutivo contra ambos cónyuges o, por lo menos, dar conocimiento de aquél a la mujer, aplicando a la hipoteca por analogía el requisito del artículo 144 de la Resolución Hipotecaria.

Que el consentimiento de la mujer era necesario como trámite previo a la venta judicial de las fincas ejecutadas es algo que parece claro, y no necesita mayor justificación después de todo lo dicho. Lo que ya no resulta convincente es el argumento esgrimido por el funcionario calificador. Como antes indicábamos, el consentimiento de la mujer es requisito imprescindible para que la hipoteca pueda constituirse. El negocio constitutivo de esta garantía real encierra un acto de gravamen sobre un bien inmueble que, cuando es de naturaleza ganancial, postula el necesario consentimiento de ambos cónyuges. Sin ese consentimiento conjunto el negocio sería incompleto, ineficaz; y, lo que es más grave, no susceptible de inscripción. Lo cual supondría, por tratarse del derecho de hipoteca, su inexistencia. Pero en el caso que nos ocupa, ambos cónyuges consintieron la hipoteca y ésta había sido inscrita. Evidentemente, la prestación de consentimiento hecha por la mujer casada a la constitución de la hipoteca implicaba la aceptación de todas sus consecuencias. Y entre ellas, la conformidad con la ulterior venta judicial de la finca hipotecada, que es el efecto más típico de la garantía hipotecaria. No cabe alegar, pues, que la mujer no consintió en la venta judicial. Ni aplicar por analogía al caso de la hipoteca la norma dictada por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Porque en las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio, la mujer no ha intervenido, pudo no tener conocimiento de ellas, y es lógico que consienta—o al menos se le notifique—el embargo para que la ejecución de la finca ganancial llegue a consumarse. Lo que en la hipoteca no ocurre.

La Dirección General concluye, en contra de la opinión del Registrador, que no era necesario ese requisito procesal de la demanda hipotecaria. Y niega el defecto señalado. Con cuya interpretación estamos completamente de acuerdo.

Al formular este primer defecto, el Registrador añadió algo más: Que el Juez, al aprobar el remate, debió hacerlo en representación de ambos cónyuges, y no sólo del marido, como parece había ocurrido en este caso. Cuestión complementaria que, a mi juicio, si es importante, y no parece tuvo trascendencia en la resolución del recurso.

El procedimiento del artículo 131 termina con auto en que el Juez aprueba la adjudicación de la finca a favor del rematante, en representación del dueño de los bienes hipotecados (regla 17.ª art. 131). Respecto de los bienes inmuebles gananciales, ¿puede estimarse que su único dueño es el marido, o no será más procedente admitir una cotitularidad de ambos esposos sobre este tipo de bienes, sobre todo después de la reforma de 24 de abril de 1958? He ahí el problema básico, siempre tan discutido, en el que no podemos entrar ahora. Planteado el entendimiento de aquel precepto desde otra perspectiva más precisa y, quizá, más fecunda, el Juez actúa en representación de los titulares registrales en cuanto éstos son destinatarios de la facultad de disposición. Porque el Juez está realizando un acto dispositivo sobre la

finca hipotecada que se enajena en pública subasta. Y como tal, debe actuar en representación de aquellas personas a quienes la Ley atribuye el ejercicio de la facultad dispositiva, sean o no al mismo tiempo propietarios. Lo que parece definitivamente claro, en mi opinión al menos, es que sobre los bienes inmuebles gananciales la facultad de disposición corresponde conjuntamente a marido y mujer (5). Por eso el Juez, al aprobar el remate, debió actuar en representación de ambos cónyuges.

El hecho de que el Juez interviniera en aquel acto sólo en representación del marido, ¿debe estimarse como defecto que impida la inscripción? La respuesta, es, por lo menos, dudosa. Desde el punto de vista material, la necesaria intervención de la mujer y su control del acto de gravamen quedaron cumplidos cuando la esposa prestó su consentimiento para la constitución de hipoteca. Pero desde el punto de vista formal, de representación de la mujer por el Juez en el acto de adjudicación con que termina el procedimiento ejecutivo, no parece aventurado pensar que entraña la omisión de un requisito legal, y que puede constituir un defecto para la inscripción. Si es susceptible de calificación por el Registrador. Lo cual nos lleva de la mano a otro tema más complejo: la calificación registral de los documentos judiciales. Tema al que en seguida nos referiremos. Desgraciadamente esta cuestión no fue tenida en cuenta en el recurso.

2. Según la regla 9.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, «servirá de tipo para la subasta el pactado en la escritura de constitución de hipoteca, y no se admitirá postura alguna que sea inferior a dicho tipo». En el presente caso, la finca hipotecada salió a subasta y fue adjudicada en la cantidad de 100.000 pesetas, cuando en la inscripción de hipoteca estaba tasada justamente en el doble, correspondiendo aquella cantidad al importe del principal del crédito garantizado. Sorprende, en verdad, una anomalía procesal tan llamativa. Cuando la regla 9.ª transcrita es tan tajante en su formulación, y el artículo 129 de la Ley Hipotecaria impide expresamente que los trámites regulados por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria puedan ser alterados por convenio entre las partes: Derecho procesal imperativo, de carácter público, no sometido a la autonomía negocial. Tan es así que el propio Juzgado de Getafe que conocía de la ejecución, acordó de oficio la nulidad de la subasta por tal motivo, consciente de la invalidez de la misma por aquel vicio procedimental.

Y aquí viene lo más sorprendente: recurrida la resolución judicial que decretó la nulidad de la subasta, la Audiencia Territorial, en trámite de apelación, declaró bien hecha la subasta y ordenó que continuara el procedimiento. ¿Cómo es esta posible? De acuerdo con el informe del Registrador, que en este punto resulta incontestable, la regulación procesal contenida en la Ley Hipotecaria es de inexcusable cumplimiento. Y obliga tanto al Juzgado que tramita el procedimiento, como al Tribunal que conozca en apelación de cualquier incidencia del mismo.

Para la resolución práctica de este problema, se interfieren dos ideas contradictorias: Por un lado, la necesidad de que el Registrador califique y enjuicie escrupulosamente la legalidad, validez y perfección de los actos cuya inscripción se solicita, para evitar que la publicidad registral ampare situaciones jurídicas inválidas o nacidas en contra de requisitos legales. Por otro, la eficacia absoluta que despliega toda resolución judicial firme, cuando declara la validez de un acto sometido a su decisión jurisdiccional.

(5) Vid. mi Comentario a la Resolución de 28 de marzo de 1969 en esta REVISTA, núm. 475, págs. 1.671 y sigs.

Por este camino desembocamos en el planteamiento de un tema nada pacífico y realmente necesitado de revisión: la calificación registral de los documentos judiciales, su extensión, competencia del Registrador para esta actividad, vinculación que la previa resolución judicial tiene para el funcionario calificador aún en los supuestos—realmente excepcionales—en que infrinja un requisito legal, como parece ocurrir en el presente caso, etc., etc. En el terreno positivo, el artículo 99 del Reglamento Hipotecario limita la función calificadora en estos supuestos a cuatro extremos: competencia, congruencia, formalidades extrínsecas del documento y obstáculos nacidos del Registro. Pero el problema está en precisar en cada caso la extensión con que deben aplicarse estos conceptos. Y preguntarse por la justificación objetiva de ese cuádruple contenido así limitado legalmente. El tema es demasiado polémico y demasiado extenso para ser abordado aquí. Conste al menos su importancia práctica. Y la necesidad de que le dediquen su atención los estudiosos. Para una mayor clarificación y más justa resolución de las abundantes cuestiones prácticas que en torno a él se suscitan.

Volviendo al caso que nos ocupa, el Registrador pudo apreciar el vicio de la subasta, por tratarse de un dato inscrito y surgir la infracción legal de un obstáculo registral, según la expresión que utiliza el artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Pero a la hora de decidir entre aquellas dos ideas contradictorias a que antes nos hemos referido, la Dirección General se inclina por la verdad judicial contenida en la resolución firme de la Audiencia, resolución que se estima inatacable y respecto de la cual el Registrador no puede entrar en sus fundamentos. Esta doctrina es perfectamente defendible, dada la eficacia de los pronunciamientos judiciales. Pero, en nuestra opinión, conduce a resultados no satisfactorios en la práctica. Porque, en el presente caso, el incumplimiento de un trámite procesal y la vulneración del precepto legal que lo regula, resultan evidentes. Sean cualesquiera las razones que pudieran mover a la Audiencia a estimar la validez de lo actuado. La regla 9.ª del artículo 131 en relación con el 129 no admite otra interpretación. Parece legalmente justo y técnicamente incontrovertible que el Registrador pudiera—y debiera—apreciar ese defecto y suspender la inscripción por tal motivo. Pero ello exigiría, quizá, una nueva regulación más precisa y detallada de la calificación registral de los documentos judiciales. Lo que aún no se ha realizado.

3. Cuando el Registrador expide la certificación de dominio y cargas a que se refiere la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en el procedimiento ejecutivo que este artículo regula, debe hacer constar aquel dato por nota al margen de la inscripción de hipoteca que va a la ejecución (regla 4.ª párrafo 4.º). La doctrina más reciente ha estimado unánimemente (RUIZ ARTACHO, ROCA SASTRE, CHICO Y BONILLA) que el efecto típico de esta nota marginal es dar a conocer la existencia del procedimiento ejecutivo y de sus consecuencias a todos los adquirentes de derechos sobre la finca hipotecada con posterioridad a esa nota. En efecto, los adquirentes posteriores al momento en que se expidió la certificación conocieron —o pudieron conocer— que la hipoteca anterior estaba en trámite de ejecución procesal. Y que podía afectarles los resultados cancelatorios y extintivos de la ejecución comenzada. De acuerdo con la publicidad registral, la existencia del procedimiento ejecutivo es directamente oponible a los adquirentes posteriores en virtud de aquella nota marginal. Se trata de una nota marginal de modificación jurídica, según la terminología de ROCA SASTRE Y LACRUZ BERDEJO, que da a conocer frente a tercero el hecho que publica.

Por eso, las notificaciones a los posibles interesados en la ejecución, tal como se regulan en el artículo 131, se hace sólo a los titulares de derechos inscritos con anterioridad a aquella nota marginal (reglas 3.ª - 3.º, 4.ª y 5.ª art. 131). Respecto de los titulares posteriores, no es necesaria la notificación porque ya quedan advertidos de la iniciación del procedimiento y del riesgo que corren con ello, en virtud de la nota marginal. En este sentido, los titulares de derechos sobre la cosa hipotecada pueden ser clasificados en dos grupos, según el momento de la respectiva adquisición de su situación registral: los anteriores a la nota marginal, que deben ser notificados en todo caso de la existencia del procedimiento. Y los posteriores a la nota, que no necesitan ser notificados por la publicidad resultante de ese asiento accesorio. Así lo ha entendido reiteradas veces la jurisprudencia del Centro Directivo (6).

Tan convincente y clara doctrina aparece aquí aplicada por la Dirección General en dos extremos concretos del presente recurso:

a) La existencia del procedimiento se notificó a don Asensio Arín. Pero en la realidad resulta que este señor no era el titular de una anotación de embargo—como, por otra parte, parece desprenderse de la certificación registral expedida según la relación de hechos del recurso—, sino mero presentante del mandamiento judicial de embargo que causó, después de diversas vicisitudes, la anotación correspondiente a favor de la Administración de Justicia, por un importe de dos millones de pesetas, resultante del sumario seguido por estafa contra el deudor hipotecario. Siendo esto así, es evidente que la notificación practicada al señor Arín lo fue indebidamente. Sin embargo, la Dirección General niega virtualidad a la notificación defectuosamente practicada en esos términos. Por la elemental y válida razón de que la repetida anotación de embargo fue extendida en 1966, fecha muy posterior a aquella otra en que se formalizó la nota marginal de haberse expedido la certificación registral (23 de agosto de 1961). Y, por tanto, era legalmente innecesaria la notificación procesal irregularmente practicada. Y no se justificaba la apreciación de tal defecto, por ser irrelevante.

b) Igualmente se discutía si debió notificarse el procedimiento a los titulares de diversas anotaciones preventivas de embargo anteriores en su fecha a la de la nota marginal, pero canceladas después por caducidad. Porque de estimarse esta exigencia positivamente, la omisión de las notificaciones podía constituir defecto impeditivo de la inscripción. Como indicó el Registrador en su nota calificadora. La Dirección General tampoco dió trascendencia a esa falta de notificación, alegando que no tiene importancia práctica aquella omisión, porque habiéndose cancelado aquellas anotaciones antes de la fecha

(6) Vid. Resoluciones de 6 de noviembre de 1933, 22 de mayo de 1943, 20 de enero de 1960 y 27 de noviembre de 1961.

Según esta última, del examen de las reglas 4.ª y 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se deduce con claridad que el legislador pretende dar a conocer a los titulares del inmueble y de los derechos reales posteriores a la hipoteca de cuya ejecución se trata la existencia del procedimiento, facultándoles para poder subrogarse en el lugar del actor mediante el pago de las cantidades reclamadas; que mediante nota marginal se hará constar haber expedido la certificación prevenida en dicha regla 4.ª, lo cual, según la doctrina de este Centro Directivo, no implica un cierre registral, sino que más bien opera como una condición resolutoria, cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de hipoteca, que sea base del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario.

del auto judicial de adjudicación de la finca hipotecada, había desaparecido la situación registral de los acreedores embargantes que legitimaba su intervención en el procedimiento ejecutivo.

La aceptación de este razonamiento parece más dudosa. Porque si la ejecución debía notificarse a los titulares anteriores de cargas inscritas (art. 131 - 5.ª L. H. y 225 R. H.), no se podía privar a estos del derecho a intervenir en el procedimiento pagando el crédito garantizado, suspendiendo la ejecución si así les convenía, y subrogándose en la situación jurídica del actor ejecutante (art. 131 - 5.ª). Es el problema de la protección registral de los derechos inscritos cuando el asiento que los publica tiene un breve plazo de vigencia: supuesto que principalmente se plantea en las anotaciones preventivas.

En atención a este último argumento, creemos que la solución automática dada aquí por la Dirección General es menos convincente. Y que su generalización podría dar lugar a alguna situación injusta. Aunque quizá en el caso planteado estuviera más justificado ese criterio de la irrelevancia de las notificaciones que no llegaron a practicarse.

M. A. G.