

II. Resoluciones y sentencias

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

Dos motivos fundamentales me vienen impulsando desde hace tiempo, y ahora más acuciantes, a dejar la Sección que desde ya casi seis lustros vengo firmando en esta Revista: la edad—ya a poco más de un año vista de la jubilación, Dios mediante—y el dar paso a otra generación de nuestra gran familia hipotecaria.

También, y esto sí que lo estampo con orgullo, el ver cimentado el gran esfuerzo que nos impusimos—y aquí aludo directamente a Pedro Cabello y Juan José Benayas, ayudados por jóvenes Registradores, de quien cito, como simbolo que a todos reúne, al llorado Francisco Sánchez de Frutos—de que "Revista Crítica" figure entre las más brillantes de Derecho privado de lengua hispánica.

De mi sucesor en esta Sección, ¡qué puedo decir! El que haya seguido mis glosas o notas a las Resoluciones de nuestro Ilustrado Centro Directivo, percibirá en seguida cuanto va a ganar en esta sustitución.

Manuel Amorós Guardiola auna a su juicio reflexivo una cultura de la que yo carezco, por haberse formado a la sombra del insigne maestro don Federico de Castro. Sobradamente es esto co-

nocido por sus trabajos en esta Revista y "Anuario de Derecho Civil".

Cuando en el año 1961, con motivo del Centenario de la mejor Ley española, la nuestra hipotecaria, la benevolencia y afecto de Francisco Cervera y Rafael Chinchilla me impulsaron a que, junto a mi querido amigo Sebastián Moro Ledesma, inaugurase los cursos de Derecho hipotecario para el doctorado en la Universidad Central, mi amistad con Manuel Amorós, asiduo y ejemplar asistente, se estrechó de tal forma que más de una vez acudí a él en solicitud de algún dato o libro que pudo proporcionarme por su cultura singular. Nadie, pues, como Amorós Guardiola, pensé desde un principio, podría llevar una Sección tan fundamental en la finalidad de esta Revista.

Para acabar quiero—una vez más—rendir mi tributo de admiración y respeto a nuestro Organismo Rector: desde su Director al más moderno de los Letrados.

Si tuve algún acierto en mi cometido, a la doctrina de la Dirección, que me indujo a estudiar y a reflexionar, se lo debo. Les ruego, por lo mismo, me perdonen mis torpezas y fallos.

También para el más Alto Tribunal de Justicia, mi reverencia. Hay que estudiar bien los hechos para darse cuenta de las sentencias, que creemos contradictorias en ocasiones... y no lo son.

Nada más. Con nostalgia por los años pasados, pero con la alegría del deber cumplido, digo adiós a todos los que me hayan seguido, con un fuerte abrazo.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO. 1

1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD: INSCRITA EN EL REGISTRO UNA ESCRITURA DE DIVISIÓN HORIZONTAL, CON EXCEPCIÓN DE UNO DE LOS PACTOS CONTENIDOS EN LOS ESTATUTOS QUE REGULAN LA COMUNIDAD FORMADA, POR HABER PRESTADO SU CONFORMIDAD A LA NO INSCRIPCIÓN EL PRESENTE DEL TÍTULO, NO ES NECESARIO HACER CONSTAR EN LA NOTA DE CALIFICACIÓN Y DESPACHO DEL DOCUMENTO LOS MOTIVOS EXPRESOS DE LA SUSPENSIÓN O DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE DICHO PACTO.

Resolución de 17 de septiembre de 1968 («B. O.» de 1 de octubre del mismo año)

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura otorgada en Vigo el 26 de abril de 1966 ante el Notario recurrente, don A. P. A., casado con doña N. P. M., procedió a la división horizontal de un edificio de su propiedad de naturaleza ganancial situado dentro del municipio de aquella ciudad. En los estatutos pactados para regular la comunidad de los futuros propietarios de los pisos sobre los elementos comunes del edificio, se estableció en el apartado señalado con la letra d) la reserva a favor del propietario constituyente del derecho de vuelo para construir las plantas que permitan las Ordenanzas municipales. Y en relación con este derecho de vuelo así reservado expresamente se pactó en el apartado 2.º de tal estipulación lo siguiente: «Dicho derecho de vuelo podrá ser inscrito separadamente en el Registro de la Propiedad y asimismo las obras que se lleven a efecto ejercitando tal derecho, que como tales obras nuevas podrán ser declaradas por el titular de dicho derecho de vuelo, asignando a las nuevas plantas el valor, a efectos de distribución de beneficios y cargas, proporcional a sus extensiones superficiales, pudiendo determinar tales módulos y rectificar los atribuidos a las plantas ya existentes en el acto de otorgar las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, para lo cual se considerará investido de amplios poderes de todos los titulares de las reseñadas plantas».

Presentada en el Registro primera copia de aquella escritura, y previa la conformidad del presentante de la misma para que no se inscribiera el párrafo 2.º de la estipulación d), antes transcrito, fue calificada por el Registrador con la siguiente nota: «Inscrito en donde indican los cajetines estampados al margen de las descripciones de las fincas, a favor de ambos esposos, para la sociedad conyugal por ellos formada, denegándose la inscripción del contenido del párrafo 2.º de la letra d) de régimen de comunidad, relativo a asignación de valor a efectos de distribución de beneficios y cargas a las plantas que se construyan en uso del derecho de elevación reservado, de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario (1) y con la conformidad del presentante.»

(1) Aparte otros extremos que ahora no interesan, dispone este artículo lo siguiente:

... Cuando el documento comprenda alguna estipulación o pacto que no deba tener acceso al Registro o que legalmente deba tenerse por no puesto, podrá ins-

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación registral a efectos exclusivamente doctrinales, por estimar que dicha nota de calificación infringe los artículos 106 y 433 del Reglamento Hipotecario, pues al limitarse a denegar una determinada estipulación o pacto sin consignar las causas o motivos de tal denegación, ello implicaría una vulneración de todo el sistema de calificación registral, ya que haría imposible la utilización del recurso gubernativo.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y ordenó la inscripción de la estipulación denegada porque «no se aprecian razones que aconsejen la negativa a inscribir en el Registro el contenido del párrafo 2.º de la letra d) del régimen de comunidad de la escritura de 26 de abril de 1966».

La Dirección General revoca el auto apelado y declara bien extendida la nota de calificación puesta por el Registrador en base a los siguientes Considerandos:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Que inscrita en el Registro una escritura de división horizontal, con excepción de uno de los pactos contenidos en los Estatutos (que regulan la comunidad formada) por haber prestado su conformidad a la no inscripción el presentante del título, y extendida la nota al pie del documento tal como prescribe el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si en dicha nota ha de hacerse constar la causa o motivo de la suspensión o denegación, tal como preceptúa el artículo 433 del mismo Reglamento, o si, por el contrario, no es necesario cumplir esta exigencia, tal como lo entiende el funcionario calificador.

Que en los casos en que se devuelve el título sin haberse practicado operación alguna por atribuirse falta que impida la inscripción, el artículo 106 del Reglamento Hipotecario establece que no es necesario hacer constar los motivos en que se basa la calificación más que cuando el presentante lo reclamare expresamente, y en este mismo sentido hay que entender el contenido de los artículos 433 y 434 de la misma disposición legal, que reflejan idéntico criterio, por lo que al prestar el interesado su conformidad a la no inscripción del pacto, es correcta la actuación del Registrador que se limitó a aplicar los preceptos citados y realizar la inscripción en la forma deseada por el presentante.

Que únicamente en el supuesto de que se solicitare la inscripción en los libros registrales del pacto no inscrito, lo que podría tener lugar a través de una nueva presentación del título calificado, y se negare su ingreso en el Registro, habría aquél de devolverse con nota firmada suficiente que indicara la causa o motivo de la suspensión o denegación, y de esta forma sirviera de base

scribirse el título y denegarse la inscripción de tal estipulación o pacto, del que no se consignará referencia alguna en el asiento que se practique, si bien se hará constar la denegación en las notas que se extiendan al pie del documento y al margen del asiento de presentación.

En los supuestos del párrafo anterior, el Registrador se abstendrá de practicar el asiento solicitado en tanto que el presentante no manifieste su conformidad con que la inscripción sea extendida denegando la de dicho pacto o estipulación.

Quando los defectos atribuidos no afectasen a todas las fincas comprendidas en el documento y los interesados, verbalmente o por escrito, desistiesen de que se practique operación alguna respecto a la finca o fincas a que el defecto se refiera, la nota expresará dicho desistimiento y la finca o fincas de que se trate, sin perjuicio de consignar los datos relativos a las operaciones practicadas.

para que las personas señaladas en el artículo 112 del Reglamento pudieran interponer el correspondiente recurso gubernativo.

C) *Comentario.*—Desde que se presenta un título en el Registro solicitando su inscripción hasta que el Registrador lo inscribe, o suspende o deniega la práctica del asiento debido, se desarrollan una serie de actos jurídicos sucesivos y reglados por la Ley que integran el llamado procedimiento registral. Procedimiento en el sentido de actividad debida, realizada por el Registrador en cumplimiento de su estricta función, que tiende a dotar de la publicidad correspondiente al acto o situación contenido en el documento presentado, y a través del cual se da cumplimiento a la solicitud del interesado. El problema de la naturaleza del procedimiento registral, enfocado muchas veces a través de la naturaleza de la función calificadora que en aquél se manifiesta, ha dividido a los autores en opiniones contrarias (2), y no es éste el momento de plantearlo aquí en su adecuada extensión. Porque su consideración pormenorizada daría desproporcionada longitud a estas modestas y ocasionales notas. Siguiendo la doctrina más autorizada, entiendo que el procedimiento registral no es ni estrictamente jurisdiccional ni directamente administrativo, sino que se encuadra con más precisión, por su propia peculiaridad, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y es, en tal sentido, relativamente autónomo (3).

Para que el procedimiento registral se ponga en marcha es preciso una previa solicitud por parte del interesado en la inscripción. El procedimiento registral es un procedimiento dispositivo, se inicia a instancia de parte (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA). La actividad registral es rogada, salvo las excepciones que en seguida indicaremos. Ni en los casos de inscripción constitutiva, ni en los de inscripción necesaria o forzosa, puede el Registrador desarrollar su función sin una previa solicitud de los interesados. Otra cosa es que éstos vengan o no obligados a esa petición. Los muy pocos supuestos en que el Registrador debe actuar de oficio (4) no sólo son numéricamente excepcionales, sino que vienen condicionados ya por una previa solicitud (arts. 171 de la Ley Hipotecaria y 426 del Reglamento Hipotecario), ya por la especial naturaleza de los intereses que se protegen (art. 164-2.º del Reglamento Hipotecario), ya por tratarse del plazo automático de caducidad de un asiento formalizado en virtud de previa rogación (arts. 98 y 298 del Reglamento Hipotecario), ya, en fin, por una situación anterior anómala o excepcional (arts. 213 de la Ley Hipotecaria y 161 y 481 del Reglamento Hipotecario). En cuanto a los asientos que se practican en virtud de mandamiento judicial o administrativo creo que la declaración de voluntad contenida en el mandamiento en forma expresa encierra una auténtica petición de inscripción, y no hay entonces, propiamente hablando, excepción a la solicitud de inscripción que con carácter general inicia el procedimiento.

(2) a) *Teoría del procedimiento registral como procedimiento jurisdiccional* (PAZOS Y GARCÍA, ROMANÍ CALDERÓN, GALLARDO RUEDA, LÓPEZ MEDEL, ITURMENDI).

b) *Teoría del procedimiento registral como procedimiento administrativo* (ROMANÍ PUIGDENGOLAS, ARAGONÉS CARSI, CAMPUZANO, GONZÁLEZ PÉREZ).

c) *Teoría del procedimiento registral como procedimiento de jurisdicción voluntaria* (JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE, COSSÍO, SANZ-FERNÁNDEZ, LACRUZ BERDEJO).

(3) LACRUZ BERDEJO: *Jurisdicción y Administración en el Registro de la Propiedad*. Primer Congreso de Derecho Registral (2 a 6 de mayo de 1961). Ponencias, Actas, Conferencias Publicaciones del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España Madrid, 1965, págs. 255 y sigs.

(4) Cfr. los señalados por ROCA SASTRE en *Derecho hipotecario* (DH), Barcelona, 1954, tomo I, pág. 781.

Como es bien sabido, la solicitud de inscripción puede hacerse en forma expresa, verbal o escrita, o en forma tácita y presunta, mediante la mera presentación en el Registro de los títulos cuya registración se pretende (5). Peticion de inscripción y presentación de documentos son naturalmente actos distintos. sin embargo, la forma normal de exteriorizarse la petición de inscripción es la presentación de los documentos. Pues bien, una vez iniciado el procedimiento, sus etapas subsiguientes (calificación por el Registrador de los títulos; acto registral que se traduce en la decisión de inscribir, o en suspender o denegar la inscripción solicitada; extensión del asiento y de la nota al pie del título, etc.) se desarrollan en forma automática y reglada. Pero también esta afirmación tiene sus excepciones. En el sentido de que los interesados, y formalmente el presentante, pueden intervenir todavía después de la presentación y antes de la práctica del asiento, bien sea retirando el título presentado, bien modificando el contenido de su solicitud en la forma que veremos en seguida.

A partir de la formulación que don JERÓNIMO GONZÁLEZ hizo de la teoría de los principios hipotecarios, la mayoría de los autores coincide en afirmar la existencia de un principio de rogación, con carácter general dentro de nuestro sistema registral, que traduce aquella necesaria solicitud de inscripción y el carácter dispositivo que informa al procedimiento registral (6). De las dos razones que se apuntan como fundamento de este principio me parece más convincente la idea de que el Registro funciona primordialmente al servicio de intereses privados, cuya protección se encomienda a la libertad de los propios titulares, y de ahí el carácter dispositivo del procedimiento, que la otra tesis, según la cual la rogación se vincula a la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho. Porque, como ya he apuntado antes, la realidad legal de la inscripción forzosa o de la constitutiva no implica necesariamente la actuación de oficio por el Registrador, y aun entonces es (o puede ser) defendible la previa solicitud. En esta misma línea la Dirección General de los Registros ha mantenido en reiterada jurisprudencia el criterio de que el principio de rogación es uno de los fundamentales en nuestro sistema de Registro inmobiliario. Confróntese, por ejemplo, las Resoluciones de 30 de abril de 1936 y la muy reciente de 19 de diciembre de 1966.

Supuesta la existencia del principio de rogación en nuestro Derecho registral, lo que a mi juicio resulta indudable, conviene recordar ahora los casos en que se manifiesta ese principio dentro de nuestra legislación positiva. Porque no se trata de afirmar sin más la vigencia de un principio jurídico de valor organizatorio general, ni de atribuirle un contenido más o menos importado de legislaciones extranjeras con distinta mentalidad normativa, sino de precisar las concretas aplicaciones que nuestra Ley Hipotecaria, la jurisprudencia y la prác-

(5) El artículo 6.º de la Ley Hipotecaria reconoce legitimación activa para pedir la inscripción no sólo al adquirente, al transmitente y al simplemente interesado en asegurar el derecho de cuya inscripción se trata, sino también al representante de cualquiera de ellos. Y el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, con criterio amplísimo, atribuye esa representación para pedir al mero presentante de los títulos. De donde resulta que la sola presentación *ad inscribendum* se reputa legalmente solicitud de inscripción a efectos de iniciar el procedimiento.

CHICO y BONILLA reconocen, además una forma presunta de solicitud, en los casos en que entra en juego el artículo 355 del Reglamento Hipotecario respecto a la cancelación de asientos caducados o a la conversión de inscripciones de posesión en dominio.

(6) Matizan esta afirmación en sentido restrictivo, destacando su carácter meramente procesal o limitando su aplicación generalizada, LÓPEZ TORRES, SANZ FERNÁNDEZ, LACRUZ y SANCHO, CHICO y BONILLA.

tica registral, hacen del principio así formulado. Algunas de dichas manifestaciones podrían resumirse así:

1. *En todo caso, la necesidad de solicitar la inscripción por persona autorizada por la Ley para ello (art. 6.º de la Ley Hipotecaria y concordantes), en la forma y con las excepciones que antes hemos señalado.*

2. *La posibilidad de que los interesados retiren el título, una vez presentado en el Registro, para el pago del impuesto correspondiente o para que se subsane cualquier otro defecto de que adolezca. Este último subcaso presupone la previa calificación por el Registrador, pero no que se extienda la pertinente nota de suspensión (arts. 19 y 255 de la Ley Hipotecaria).*

3. *La posibilidad de que el presentante, después de retirado el documento por alguna de estas causas, libremente deje de presentarlo en el Registro, a pesar de haberse subsanado el defecto que motivó su retirada, y desista, por tanto, de su inscripción. Posibilidad un tanto anómala que tiene su apoyo en la voluntariedad de la inscripción.*

4. *La posibilidad, realmente más extraña, de que los interesados o el presentante retiren el documento, después de su presentación en el Diario, sin mediar defectos u otra causa externa que lo justifique. Es el problema del desistimiento a la inscripción de los títulos ya presentados, cuya solución no deja de ser dudosa por no acreditarse frente al Registrador con causa legal suficiente el motivo por el cual se paraliza el procedimiento registral ya iniciado (7).*

5. *La posibilidad de que los interesados exijan del Registrador que, antes de extender el asiento correspondiente, les dé conocimiento de su minuta, para pedir en su caso judicialmente la subsanación de cualquier error que pudiera contener (art. 258 de la Ley Hipotecaria).*

6. *Cuando un título contenga varias fincas y hubiere defectos que afectaren solo a alguna de ellas, la posibilidad para el presentante de solicitar la inscripción únicamente respecto de las fincas no defectuosas, desistiendo de la inscripción en cuanto a las demás (art. 434 del Reglamento Hipotecario).*

7. *Cuando el título comprenda alguna estipulación ineficaz o no inscribible, la posibilidad de pedir la inscripción respecto al restante contenido válido del documento. En todo caso, es preciso la previa conformidad del interesado para esa inscripción parcial (art. 434 del Reglamento Hipotecario).*

8. *Cuando el título contenga varios actos, o una situación de cotitularidad por cuotas, la posibilidad de solicitar la inscripción en cuanto a uno solo de los actos, o en cuanto a alguna sola de las cuotas correspondientes a los distintos interesados.*

9. *La posibilidad de pedir la inscripción de un título sólo respecto a parte del mismo, con exclusión de alguna de sus estipulaciones, y sin que medie previa calificación de defectos relativos a las estipulaciones excluidas. Lo cual puede*

(7) Véase el estado de la cuestión en nuestra doctrina en LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, páginas 352-3.

hacerse en el momento de la presentación del documento o incluso después, iniciado ya el procedimiento registral y antes de la práctica del asiento.

10. En cualquier caso, la facultad de recurrir gubernativamente contra la calificación negativa (suspensión o denegación) del Registrador (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 111 del Reglamento Hipotecario).

Fijémonos por un momento ahora en el caso señalado con el número 9. Se trata de un problema que puede suscitarse a veces—como en el caso que ahora nos ocupa—dentro del procedimiento registral. Problema de si el presentante del documento, en la solicitud de inscripción que formula en el momento de la presentación o incluso después de ésta, puede desistir de que se inscriba parte del título, y solicitar la inscripción tan sólo del resto del documento. Obsérvese la diferencia entre los supuestos respectivamente señalados con los números 7 y 9. En el número 7 se contempla el caso de que el documento contenga alguna estipulación o pacto no inscribible, lo cual supone la previa calificación por el Registrador, ya que, a efectos de inscripción, sólo el Registrador (por vía de función calificadora negativa) o el Juez (a través del juicio declarativo de la ineficacia o nulidad material de la estipulación) pueden formular aquel juicio de valor. Entonces, para que el Registrador pueda denegar la inscripción del pacto inválido e inscribir el resto del negocio, es preciso que el interesado preste su conformidad. Para evitar que la publicidad de parte del contrato desintegre en perjuicio de los contratantes el contenido de lo estipulado como un todo. Mientras que en el supuesto 9 no hay en principio calificación negativa del Registrador ni valoración negativa respecto a la eficacia de algún pacto, sino mera exclusión por el interesado de la inscripción de éste formulada en trámite de petición o instancia inicial o modificada. Evidentemente son cosas bien distintas.

En relación con el apartado 9, que es el que ahora más nos interesa, no se ocultan las dificultades que encierra la admisión de tal posibilidad de solicitud parcial por parte del presentante: la escisión de la unidad del acto complejo concebido como un todo; el posible perjuicio de los interesados, o del interesado favorecido por el pacto cuya inscripción se excluye, con doble motivo si la hace el mero presentante sin poder de los contratantes; la discordancia que habría entonces entre lo publicado por el Registro y lo convenido por los interesados. El Reglamento Hipotecario no regula expresamente el caso que nos ocupa. Pero la práctica registral ha admitido esta posibilidad de petición parcial, y buena prueba de ello es el caso que contempla la presente Resolución. La doctrina ha recogido timidamente tal posibilidad (8). Y la jurisprudencia de la Dirección General aplica analógicamente a este supuesto la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

No olvidemos tampoco el necesario mantenimiento del principio de congruencia dentro del procedimiento registral. Por virtud de este principio, cuya necesaria vigencia queremos recordar aquí, la función calificadora y el acto registral de inscripción deben acomodarse a la pretensión del que solicita la registración. Es decir, que el Registrador debe calificar, y en su caso inscribir, todo y sólo lo que el presentante del título solicite. La necesaria existencia de la rogación justifica que todo el desarrollo del procedimiento se acomode a la inicial solicitud que lo inicia y que condiciona su ulterior desenvolvimiento. Aunque la actividad del Registrador sea reglada y no pueda variarse a petición de los interesados, si pueden éstos influir en el procedimiento, determinando

(8) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, I, pág. 787.

voluntariamente el objeto de la publicidad e incluso desistiendo o renunciando a la registración solicitada antes de formalizarse, según hemos explicado antes. Si el Registrador inscribe algo que no ha sido pedido por el presentante o que ha sido excluido de la solicitud, su actuación resultará incongruente y podrá ser invalidada.

Veamos cómo juega este principio de congruencia en dos casos distintos:

a) Cuando se presente un título para su inscripción sin que el presentante ni los intervinientes en el acto documentado hagan ninguna reserva o restricción. La presentación sin más implica solicitud de inscripción total. Si el Registrador inscribe todo el contenido del título, por resultar éste íntegramente inscribible, no hay problema. Si no llega a inscribir, y el presentante lo reclama, el Registrador deberá hacer constar en la nota al pie del título el resultado negativo de su calificación: los defectos subsanables o insubsanables que concurran, expresados en forma clara y precisa, y los motivos que determinen tal apreciación defectuosa (art. 106 del Reglamento Hipotecario). Aunque esto último no es necesario, y el Registrador puede devolver el título viciado por defectos sin necesidad de hacer constar éstos si se conforma con tal devolución el interesado (art. 105 del Reglamento Hipotecario). Si sólo se puede inscribir parte del título, pero no alguna de las estipulaciones que contenga, para que el Registrador dote de publicidad a aquella parte y deniegue o suspenda la inscripción del resto, necesita el consentimiento del interesado (art. 434 del Reglamento Hipotecario).

b) Cuando al presentar un título en el Registro solicita expresamente el presentante que no se inscriba en su totalidad, sino sólo parte del mismo, con exclusión de alguno de los extremos que comprende. Supuesto que este desistimiento parcial sea posible, lo que me inclino a admitir en base al criterio general de voluntariedad de la inscripción y lo dicho antes, entonces el Registrador deberá calificar y vaciar en el molde de la publicidad tan sólo lo solicitado por el presentante, con exclusión de los otros pactos respecto de los cuales no se solicita la inscripción (9).

Pues bien, en este último supuesto—b)—parece encajar el caso que nos ocupa. No resulta del todo claro en la exposición de los hechos de la Resolución que comentamos, si la conformidad del presentante para la no inscripción del párrafo 2.º de la estipulación d) de la escritura de división horizontal, se formuló en el momento de la presentación del título o después de la calificación negativa del Registrador respecto de dicho pacto. Aunque indirectamente a través de las alegaciones del Registrador y, sobre todo, a través de los Considerandos del Centro Directivo, parece desprenderse que la conformidad del presentante a la no inscripción de aquella estipulación parcial se produjo en el momento mismo de la presentación, y no después de una calificación negativa en el sentido de estimar ininscribible tal estipulación.

Partiendo de este planteamiento de los hechos entiendo que en tal caso, que se reconduce al supuesto antes contemplado con el número 9, el Registrador ni siquiera deberá denegar la inscripción de la estipulación excluida en la nota al pie del documento. Porque entonces no se produce una calificación negativa, ni el Registrador reputa ininscribible el pacto, y por ello—además de por otras razones—no ha de expresar los motivos legales en que apoya su denegación.

(9) Salvo, claro, la posible calificación total *prima facie* del documento para decidir si tal desistimiento parcial, a la vista de la conexión o independencia del pacto excluido respecto al negocio jurídico en su totalidad unitaria, es posible.

Sino que basta con no inscribir por haberse solicitado así expresamente. Y reflejar tal actuación, con éstas o parecidas palabras, en la nota al pie del título (10). De otra manera, la expresión utilizada resulta equívoca y sirve para no deslindar debidamente los dos casos de aplicación, antes señalados y diferenciados con los números 7 y 9. Dicho sea con todos los respetos hacia la opinión contraria, que no comparto.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General que estamos comentando aplica al caso propuesto la recta doctrina registral. Interpreta por analogía la norma contenida en el apartado 2.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, dictada, a mi juicio, para un supuesto algo distinto. Con lo cual y con buen criterio hace posible el desistimiento parcial en el momento de la presentación (11). Y consagra el criterio de que no es necesario hacer constar en la nota los motivos de la no inscripción, tanto porque ésta se realizó de acuerdo con la solicitud del presentante (argumento basado en el principio de congruencia, que me parece el más fuerte), como por estimar que los artículos 433 y 434 del Reglamento Hipotecario deben interpretarse en armonía con el artículo 106, que permite la devolución del título al presentante sin nota expresa de denegación (12) (argumento de interpretación sistemática). Véanse los Considerandos 2.º y 3.º antes transcritos. Como este último sanciona rectamente, mediante una nueva presentación del título y la consiguiente petición de inscripción del pacto excluido, se hubiera provocado la calificación del Registrador respecto al mismo, y se hubiera abierto el camino al recurso correspondiente en su caso. Bien fácil solución para respetar el derecho de los interesados, y también del Notario autorizante, a impugnar la negativa a inscribir.

Hasta aquí el aspecto estrictamente formal del problema. Hubiera sido quizá más interesante el planteamiento del problema de fondo: la posible validez o ineficacia del párrafo 2.º, tantas veces repetido de la estipulación no inscrita. En orden a determinar si es o no inscribible un estatuto semejante al constituirse un edificio en régimen de propiedad horizontal. Lo cual parece en principio por lo menos dudoso. Pero ello exigiría la previa calificación del Registrador, que aquí no se produjo. Y por eso no llegó a plantearse en el recurso.

(10) Diferencias entre denegación y no inscripción :

- a) Una implica solicitud de inscripción, la otra la excluye.
- b) Una entraña ejercicio de función calificadora, la otra no.
- c) Una exige justificación de motivos legales de denegación, la otra no lo necesita

(11) En la misma línea doctrinal, la ya citada Resolución de 19 de diciembre de 1966 estableció que el carácter rogado que tiene la actuación registral se manifiesta no sólo en la voluntariedad de la práctica de los asientos, salvo aquellos supuestos en que se permite la actuación de oficio, sino también en que no podrá extenderse la función calificadora *más allá o a otros extremos no solicitados por las partes* o interesados en el título que motivó el asiento de presentación.

(12) Según el artículo 105-1.º del Reglamento Hipotecario, antecedente y complementario del 106, que aquí se recoge: «Cuando el Registrador, después de extendido el asiento de presentación y antes de transcurridos los sesenta días que duran sus efectos devuelva el título, por atribuirle falta que impida la inscripción o *por cualquier otra causa* (esta última frase se introdujo acertadamente en la reforma de 17 de marzo de 1959), extenderá al pie del documento una nota que contenga la fecha de la presentación y otra nota al margen del asiento expresiva de la devolución del documento, la cual deberá firmar el presentante o un testigo, en su defecto, si el Registrador lo exigiere».

2. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO PUEDE ORDENARSE EN ESTE PROCEDIMIENTO EJECUTIVO LA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO CAUSADAS POR CRÉDITOS POSTERIORES A LA HIPOTECA QUE SE EJECUTA, PERO ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE DICHA HIPOTECA, POR NO SER LOS PROCEDIMIENTOS DE APREMIO LOS ADECUADOS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON TAL PREFERENCIA DE CRÉDITOS.

FUNCIÓN CALIFICADORA: SEGÚN EL ARTÍCULO 99 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, CORRESPONDE A LAS FACULTADES CALIFICADORAS DEL REGISTRADOR EXAMINAR "LA CONGRUENCIA DEL MANDATO CON EL PROCEDIMIENTO O JUICIO EN QUE SE HUBIERE DICTADO", CONGRUENCIA QUE NO SE PRODUCE EN EL PRESENTE CASO, YA QUE LA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES PRACTICADAS CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DEL CRÉDITO DEL ACTOR APARECE ORDENADA, NO POR EL JUEZ QUE ENTIENDE DE LA TERCERÍA QUE PUEDA INTERPONERSE, QUE SERÍA EL COMPETENTE, SINO POR AQUEL OTRO ANTE EL CUAL SE TRAMITÓ LA EJECUCIÓN.

Resolución de 28 de septiembre de 1968 («B. O.» de 16 de octubre del mismo año).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura otorgada el 21 de enero de 1965 ante el Notario de Madrid don Blas Piñar, doña E. B. S. concedió a don L. B. M. un préstamo de 400 000 pesetas con garantía hipotecaria, habiendo sido inscrita la hipoteca el 22 de abril del mismo año en el Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial sobre la finca número 2.639, inscripción 4.ª El 8 de abril de 1965 se había anotado sobre la misma finca un embargo decretado en procedimiento ejecutivo el 9 de febrero de aquel año por el Juez de Primera Instancia de Sabadell en favor de «Fibrolán, S. A.», y el 22 del repetido mes de abril se anotó también sobre dicha finca otro embargo, decretado igualmente en procedimiento ejecutivo el 26 de febrero anterior por el Juez de Primera Instancia número 17 de Barcelona en favor de «Salvador Casacuberta, S. A.».

Por no haberse satisfecho en su momento el crédito hipotecario, la acreedora formuló demanda para iniciar el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que correspondió al Juzgado número 22 de Madrid. Después de librada la certificación de cargas que dicho artículo previene, se solicitó del Juzgado que, en cumplimiento del párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se notificase a los acreedores a que hacía referencia la mencionada certificación de cargas, y entre ellos los titulares de las dos anotaciones señaladas, para que pudieran intervenir en el procedimiento. El Juzgado, «teniendo en cuenta que el crédito de la actora, constituido por escritura pública con garantía hipotecaria, tiene carácter preferente a las dos anotaciones de

embargo que figuran inscritas en primero y segundo lugar en la certificación de cargas del Registro de la Propiedad por haberse otorgado con anterioridad a la fecha de las mismas», decretó, por providencia de 12 de julio de 1966, que se notificase a los titulares de ellas, «Fibrolán, S. A.», y «Salvador Casacuberta, S. A.», la existencia del procedimiento a los efectos del párrafo 2.º de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En el procedimiento aparece que ambos titulares fueron notificados, sin que se personaran en el mismo.

En los anuncios de la subasta se hizo constar el contenido de la regla 8.ª de dicho artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Declaradas desiertas la primera y la segunda subastas, la acreedora obtuvo del Juzgado la adjudicación de la finca en pago de su crédito. En el auto de adjudicación de 22 de febrero de 1967 se decretaba la cancelación «de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquella (la hipoteca), incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.ª del mencionado artículo (131) y las que figuren en dicha certificación como anteriores, señaladas en primero y segundo lugar, por haber sido consideradas también posteriores, dado el carácter preferente de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de la actora, que se otorgó con anterioridad a las mencionadas inscripciones». Y exhortado el Juez de Primera Instancia de San Lorenzo de El Escorial, se expidió mandamiento dirigido al Registrador para la cancelación de los asientos procedentes.

Presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: «Hecha la cancelación de las hipotecas constituidas en favor de doña E. B. S., don M. E. G. R. y don M. F. T. en el tomo 815, libro 48 de Collado de Villalba, folio 73, finca número 2.639, inscripción séptima. No se practica la cancelación de las anotaciones de embargo, letras A y B, en favor de «Fibrolán, S. A.» y «Salvador Casacuberta, S. A.», en la forma que se decreta, por oponerse a ello la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria».

Interpuesto recurso gubernativo por doña E. B. S. contra la anterior calificación, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y la Dirección General confirma igualmente el auto apelado y la calificación negativa del Registrador.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Que este expediente plantea la cuestión de si puede cancelarse, tal como ordena el auto judicial, dos anotaciones preventivas de embargo, que son de fecha posterior a la escritura de hipoteca que se ha ejecutado, pero que aparecen anotadas en el Registro de la Propiedad con fecha anterior a la inscripción de aquella hipoteca.

Que idéntica cuestión a la expuesta ha sido ya decidida por este Centro en la Resolución de 20 de marzo de 1968, en la que declaró:

a) Que el artículo 131-17 de la Ley Hipotecaria establece que se ordenará por el Juez la cancelación de «todas las inscripciones y anotaciones posteriores» a la inscripción de la hipoteca que se ejecute, permitiendo además el artículo 233 de su Reglamento la cancelación de las inscripciones y anotaciones «anteriores pospuestas al crédito del actor», lo que deberá hacerse conforme a las normas contenidas en el artículo 44 de la citada Ley y 1.923 del Código civil, y en el ámbito del procedimiento hábil para ordenar tales cancelaciones y posposiciones.

b) Que la doctrina reiteradamente declarada por el Tribunal Supremo acerca del artículo 1.923-4.º del Código civil de que lo que determina la preferencia para el cobro no es el orden de ingreso de los embargos en el Registro de la

Propiedad, sino la fecha de los respectivos créditos, entendida aisladamente de otros preceptos legales, puede inducir a confusión, ya que para su correcta aplicación hay que ponerla en relación con otras normas de particular importancia, como son las de carácter procesal, de las que se desprende que no son los procedimientos de apremio los adecuados para resolver las cuestiones relacionadas con la preferencia de créditos que, por el contrario, deberán ser ventiladas según disponen las normas sobre la tercería de mejor derecho «por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía» (art. 1.534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que el Juez que entiende del apremio no es el competente para decidir acerca de esa preferencia.

c) Que si bien de conformidad con los preceptos legales que estructuran en nuestro ordenamiento hipotecario el principio de legalidad en su aplicación a los títulos de carácter judicial, es cuestión privativa del juzgador todo lo que concierne al aspecto sustantivo y formal de la litis y, por tanto, de su exclusiva responsabilidad la decisión de las cuestiones planteadas entre las partes, corresponde a las facultades calificadoras del Registrador, según establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, examinar «la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado», congruencia que no se produce en el presente caso, ya que la cancelación de las anotaciones practicadas con anterioridad a la inscripción del crédito del actor aparece ordenada, no por el Juez que entienda de la tercería que pueda interponerse, que sería el competente, sino por aquel otro ante el cual se tramitó la ejecución.

C) *Comentario.*—La realización del valor en cambio de la cosa hipotecada, que pretende el acreedor en caso de incumplimiento del crédito y que constituye el grado de eficacia típico de esta forma de garantía, se obtiene normalmente en nuestro Derecho en forma procesal (1). De los varios caminos procesales que tiene el acreedor hipotecario para pretender el pago de su crédito, parece ser el más práctico y frecuente el regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, procedimiento de ejecución del crédito hipotecario (2).

En el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dentro del cual se alberga la doctrina de la presente Resolución, está vigente el principio de subsistencia de cargas preferentes (3). Tal principio se consagra expresamente en la regla 8.ª del referido artículo, según la cual «en los anuncios [de la subasta ejecutiva] se expresará: ... que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes—si los hubiere—al crédito del actor continuarán subsistentes, enten-

(1) Una excepción a esta realización procesal de la garantía se encuentra en el llamado procedimiento extrajudicial, que regulan los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 234 a 236 del Reglamento Hipotecario. En éste, la actuación procesal del Juez se sustituye por una actividad procedimental del Notario que autoriza la subasta.

(2) Sería interesante poner en relación la ejecución procesal del crédito hipotecario inscrito (art. 131) con la ejecución procesal de los demás derechos inscritos susceptibles de posesión (art. 41). En orden a precisar la eficacia procesal de la inscripción registral con carácter general a través de estos dos procedimientos que regula la Ley Hipotecaria. Pero no tenemos tiempo ni parece ser ésta la ocasión propicia para entrar ahora en esa más amplia cuestión.

(3) De acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, hoy dicho principio procesal se aplica no sólo a los supuestos de ejecución hipotecaria, sino también a todos los casos en que se ejercite procesalmente cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles.

diéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate» (4).

Por virtud de este principio, que instauró por vez primera la Ley Hipotecaria de 1909, en caso de venta judicial de una finca gravada, subsisten las cargas preferentes a la hipoteca o el embargo que determinan la ejecución, de modo que el adquirente de la finca en la subasta se subroga judicialmente y «ex lege» en la deuda con ellas garantizada y recibe la finca con tales gravámenes. Mientras que las cargas no preferentes se extinguen, quedando la finca libre de las mismas al pasar al rematante; sin perjuicio de que el resto del precio del remate, una vez satisfecho el acreedor ejecutante, se destine a pagar a los acreedores posteriores.

El fundamento de tan razonable criterio legal se nos aparece hoy bastante claro. Se trata de proteger el crédito territorial y los intereses concurrentes de acreedores preferentes, acreedor ejecutante y rematante en la subasta. La situación de los titulares preferentes a la hipoteca continúa subsistente con igual eficacia en virtud de su propia preferencia. No les puede afectar lo que se haga a instancia de un acreedor de inferior rango. A su vez éste, que ya conocía la preferencia de los demás por su respectiva publicidad, no puede cobrar más que con lo que quede de la finca, una vez descontado el importe de esas cargas. Y para favorecer la venta en pública subasta y el interés de los licitadores, el rematante adquiere la finca libre de cargas posteriores. La realización de la hipoteca arrastra la extinción de las cargas no preferentes. Los titulares de estas últimas ya saben el riesgo de desaparición que corren en función de su propia situación claudicante.

La Ley Hipotecaria no se refiere directamente a la extinción de los derechos posteriores, y sí sólo a su cancelación (art. 131-17.^a), porque contempla el problema en su aspecto puramente formal o registral, no en el sustantivo o civil. Pero no cabe afirmar que las cargas posteriores subsistan con eficacia civil y carentes de inscripción. No es ése el criterio de la Ley ni la «ratio» que inspira la norma. Como he dicho alguna vez antes de ahora, las cargas posteriores a la hipoteca que va a la ejecución no se extinguen porque se cancelen, sino que se cancelan porque al mismo tiempo se extinguen. La cancelación no es más que el reflejo registral del fenómeno extintivo, que viene impuesto por la propia virtualidad de la hipoteca y la necesidad de obtener el mayor valor en cambio del bien gravado. Así lo ha reconocido paladinamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (5).

La cuestión se centra, pues, en determinar cuáles cargas serán preferentes y cuáles no respecto de la hipoteca ejecutante. Porque en función de esa preferencia habrá que concluir su respectiva subsistencia o extinción. Sólo los derechos preferentes seguirán pesando sobre la finca cuando ésta pase a manos del rematante en la subasta. La preferencia entre varios derechos concurrentes y compatibles sobre una misma finca se articula en el plano civil de acuerdo con su respectiva prioridad. La anterioridad en el tiempo del nacimiento o de la constitución determinan un mayor grado de eficacia. La prioridad en el tiempo es causa de un mejor derecho. Pero para el tráfico jurídico y su repercusión frente a los terceros, en relación con los licitadores que acuden a la subasta y al

(4) El desarrollo legal de dicho principio se completa en los artículos 227, 229, 231 y 233 del Reglamento Hipotecario.

(5) Véase Sentencia de 22 de mayo de 1963 y mi comentario a la misma bajo el título *Las cargas posteriores en la ejecución hipotecaria*, en «A. D. C.», XVI-IV, página 1266. Cfr. allí las razones que abogan este criterio extintivo.

rematante comprador, la oponibilidad de las cargas se establece en función de su respectiva publicidad registral. No se trata ya de la mera prioridad civil o juego de fechas de los títulos constitutivos, muchas veces desconocida para los terceros adquirentes, y por tanto inoponible, sino del momento en que han tenido acceso al Registro, por ser este último dato susceptible de conocimiento por todos (cognoscibilidad legal). La prioridad civil se transforma así, a efectos de oponibilidad en el trájico, en prioridad registral.

Para la cancelación de cargas del artículo 131, que ahora nos interesa, la Ley Hipotecaria considera gravámenes preferentes a los inscritos con anterioridad o simultáneamente: «... Que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes (6) al crédito del actor continuarán subsistentes...» (131-8.º); « aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes...» (131-10.º), « .. el sobrante del precio del remate, después de pagar el crédito hipotecario del actor, se entregará a los acreedores posteriores...» (131-16.º); «... se dictará de oficio auto aprobando el remate y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del acto y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquella...» (131-17.º); «la notificación prevenida en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa, sino, además, a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto unas u otros a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad» (art. 225 del Reglamento Hipotecario); «Se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor» (art. 227 del Reglamento Hipotecario); «Subrogado el rematante o adjudicatario en la responsabilidad de cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor...» (art. 231 del Reglamento Hipotecario); «En el auto de adjudicación de bienes a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley, se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor...» (art. 233 del Reglamento Hipotecario). La venta judicial de la finca en la ejecución hipotecaria desata la extinción y consiguiente cancelación de los derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca. Cargas no preferentes son, en la Ley Hipotecaria, las cargas posteriores. La preferencia deriva de la prioridad formal o registral.

Pero las anotaciones preventivas de embargo tienen un juego específico de eficacia que constituye una excepción al principio expuesto de prioridad y rompe de alguna manera el sistema automático de preferencia registral. Como

(6) Tomada en su estricta literalidad, esta expresión legal podría darnos base para pensar que además de las cargas anteriores, hay otras que resultan preferentes sin dicha prioridad. Las cargas anteriores y las preferentes serían —podrían ser— dos subespecies distintas dentro del género de los gravámenes que subsisten. Pero poniendo en relación este párrafo con los demás preceptos legales que arriba se recogen, fácilmente se aprecia que la opinión contraria es más razonable y verosímil. Cargas anteriores y preferentes son aquí sinónimas. La conjunción y resulta más copulativa y reduplicativa que disyuntiva. La Ley regula la preferencia, y la subsistencia que es su corolario, en función de la anterioridad.

es bien sabido, el artículo 1.923-4.º del Código civil establece que los créditos que causan un embargo anotado preventivamente en el Registro sólo tienen preferencia sobre los bienes embargados en cuanto a los créditos posteriores. Y el artículo 44 de la Ley Hipotecaria traslada al campo registral esa norma de preferencia civil. De modo que en las anotaciones preventivas de embargo la preferencia de la anotación no juega respecto a las otras cargas o gravámenes inscritos sobre la misma finca de acuerdo con su respectiva prioridad registral, sino en función de la fecha civil de los créditos garantizados realmente. De donde resulta posible que una anotación de embargo anterior no sea preferente respecto a un crédito hipotecario inscrito con posterioridad (como es el juego normal de la prioridad registral de asientos), si la fecha de este último crédito es anterior a la del crédito que motivó el embargo (7). Sólo los créditos posteriores a este último no prevalecen frente al embargo anotado. Se rompe aquí el automatismo de la preferencia de cargas en base a su prioridad registral. Se entrecruzan así dos normas contrarias, civil una e hipotecaria la otra. La remisión del artículo 44 de la Ley Hipotecaria al Código civil precipita la anomalía formal de que un embargo anotado antes no sea preferente a una hipoteca inscrita después. Tal es, en definitiva, el problema básico suscitado en esta Resolución. La preferencia registral fundada en la prioridad del asiento se desvirtúa por el juego anterior o posterior de una fecha civil, al margen del encadenamiento registral. Grave problema éste de la excepción a la prioridad registral que entrañan las anotaciones de embargo. Problema de justificación no muy transparente, que se complica al ponerlo en relación con la norma del artículo 1.927-2.º del Código civil, y que ha preocupado justamente a la doctrina (8).

Veamos antes que la Ley Hipotecaria aplica el criterio de la prioridad de asientos para determinar cuáles son las cargas preferentes que deben estimarse subsistentes en caso de venta judicial de una finca a instancia de un acreedor ulterior. Sólo las cargas anteriores—y las simultáneas: artículo 227 del Reglamento Hipotecario—subsisten. Las posteriores se extinguen; el Juez debe ordenar su cancelación y el rematante adquiere la finca libre de ellas. En la Ley Hipotecaria preferencia equivale a prioridad registral. Cuando esto no ocurre, como en las anotaciones de embargo, surge el problema que ha determinado la presente Resolución.

Las normas procesales que regulan el desarrollo del procedimiento ejecutivo

(7) A mi juicio, el planteamiento del problema debería matizarse en el sentido de que si lo que se inscribe es el crédito hipotecario como unidad, y no la mera garantía hipotecaria—tal es, al menos, mi opinión—, como en aquél la inscripción es constitutiva, resultará entonces que el crédito hipotecario nacerá en el momento de su inscripción. Antes sólo habrá un mero crédito civil sin garantía inmobiliaria, crédito simple antecedente y subyacente al crédito hipotecario. En cuyo caso la fecha del crédito hipotecario sería siempre la de la inscripción. Y, por tanto, siempre sería posterior al crédito que motivó el embargo, por haberse anotado el embargo antes de la inscripción de la hipoteca, y no ser imaginable la traba del embargo sin un previo crédito que la cause. Pero quizá la norma del Código civil contempla sólo el crédito antecedente de la hipoteca, crédito civil simple que pudo nacer mucho antes de que se inscriba la garantía, por lo menos, en el momento de otorgamiento de la escritura; y que podrá ser anterior así a la fecha del vencimiento del crédito cuyo impago causó el embargo. Por este camino parece orientarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(8) Recientemente ha pronunciado una documentada conferencia sobre este tema en la Academia Matritense del Notariado el Letrado de la Dirección General de los Registros ANTONIO IPIENS. Es de desear su pronta publicación escrita para un mejor estudio de la cuestión a la luz de sus palabras.

hipotecario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria son imperativas y no pueden ser alteradas por la autonomía de los particulares (129-1.º de la Ley Hipotecaria). El auto judicial que aprueba la adjudicación de la finca ejecutada debe ordenar la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca del actor (131-17). No la de las inscripciones y anotaciones anteriores, las cuales deberán quedar subsistentes, aunque no gozaran de preferencia sobre la hipoteca. Tal es la solución que se desprende de la letra estricta de los artículos 131 de la Ley Hipotecaria y 225, 231 y 233 del Reglamento Hipotecario.

Frente a esto, el Juez que intervino en el procedimiento estimó que la preferencia del crédito del ejecutante estaba determinada por los artículos 42, 44, 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria en relación con los 1.923 y 1.927 del Código civil; que civilmente no cabe poner en duda la preferencia del crédito del acreedor hipotecario, porque si bien es cierto que la hipoteca no quedó constituida hasta que se inscribió, el crédito garantizado con ella era anterior al que puede derivarse del que representa la anotación de embargo; que se notificó a los titulares de los créditos anotados previamente en el Registro la existencia del procedimiento, a los efectos determinados en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin que, pese a la notificación y a la intimación de tener sus créditos como posteriores, se personaran en los autos, y que no pueden obligar al acreedor preferente a seguir un nuevo proceso para liberar la finca adquirida por adjudicación de una carga realmente inexistente.

La Dirección General, reiterando el criterio defendido en Resoluciones anteriores, confirma la estricta doctrina. Y entiende, aplicando la legalidad procesal vigente, que la Ley Hipotecaria sólo autoriza la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores. Y que el procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no es el adecuado para resolver en él las cuestiones de preferencia de créditos; problema de tercera de mejor derecho que deberá ser ventilado en el juicio declarativo correspondiente.

Partiendo de la legalidad vigente y de la necesaria conexión entre los artículos 131 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil, atendiendo a la naturaleza estricta e imperativa de las normas procesales que regulan aquel procedimiento especial de ejecución hipotecaria y al carácter sumario de su desarrollo, parece que efectivamente la cancelación ordenada por el Juez que aprueba el remate sólo puede referirse a las cargas posteriores. El concepto de no preferencia ha sido sustituido en la Ley por el de posterioridad. Cualquiera otra alegación o modificación del procedimiento o declaración de preferencia de los créditos concurrentes sobre la finca quedan fuera del procedimiento ejecutivo y deben tratarse en el declarativo correspondiente. Así lo entendió el Registrador y lo proclama frontalmente la Dirección General.

Sin embargo, tan estricta solución puede ofrecer algún inconveniente en su aplicación social y práctica. Porque, como apuntó el Juez en su informe, obligar al rematante a que entable un nuevo proceso declarativo, con el gasto de tiempo y dinero que ello implica, tan sólo para lograr la cancelación de unas anotaciones de embargo que no son preferentes a la hipoteca ejecutante, y que no pueden cancelarse de otra manera (9), cuando por virtud de la Ley el adjudicatario en la subasta sólo debe soportar las cargas preferentes, resulta en verdad excesivamente duro y desproporcionado. Porque los embargos trabados disminuyen el valor en cambio de la finca gravada en la cuantía de su

(9) Dejo ahora de lado la otra posible solución, en ningún caso satisfactoria, de esperar a que transcurra el plazo legal de la vigencia de la anotación o de la prórroga en su caso, para lograr la cancelación por caducidad.

respectiva afectación, y perjudican gravemente al dueño de la finca que por ministerio de la Ley debe adquirirla libre de cargas no preferentes.

Cierto que el criterio automático de la Ley Hipotecaria, que atiende sólo a la prioridad registral para determinar la preferencia a efectos de cancelación, no llega a recoger la excepción que a esa norma supone la preferencia legal de las anotaciones de embargo. Pero si la preferencia de los créditos así anotados, y de cualesquiera otros que afectan a bienes inmuebles, arranca exclusivamente de la Ley, y en función de ésta el Juez ordena la subsistencia de unas cargas y la cancelación de otras, no se ve obstáculo insuperable para que en una futura reforma de la Ley Hipotecaria, al regular esta materia de la preferencia de créditos y su conexión con la ejecución del artículo 131, se recogiera la excepción legal del embargo y se ordenara al Juez su cancelación cuando la anotación sea anterior a la inscripción de hipoteca, pero no preferente al crédito que ésta garantiza. Para evitar la complicación de nuevas dilaciones procesales y favorecer la solución más justa en beneficio del rematante. Que es tanto como favorecer al acreedor hipotecario, y al crédito territorial en general. Siempre, claro, que de las circunstancias de la anotación resulte claramente la fecha del crédito determinante del embargo (art. 72 de la Ley Hipotecaria), para que pueda ser contrastado cronológicamente con la fecha del crédito garantizado con hipoteca. Es decir, al menos, cuando el caso se plantee en forma semejante al que motiva este comentario. Porque la confrontación de fechas puede ser un mero trámite de ejecución procesal, como hoy lo es la determinación de la prioridad registral, y no encerrar otra actividad jurisdiccional de tipo declarativo.

Esta es la duda práctica que me ha despertado la aplicación de la doctrina contenida en la presente Resolución. Sin perjuicio, naturalmente, de reconocer que la tesis de la Dirección General es perfectamente válida en presencia del actual artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Como tal duda quiero someterla a los estudiosos del tema, por si les fuera útil para una reflexión más meditada.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.