

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RECURSO GUBERNATIVO.—CONFORME ESTABLECE EL ARTÍCULO 117 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SOLAMENTE PUEDEN SER OBJETO DE DEBATE EN EL MISMO LOS EXTREMOS CONTENIDOS EN LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.

Resolución de 22 de mayo de 1965 («B. O.» de 14 de junio).

Doña S., dueña de la mitad indivisa de un solar sito en Jávea, avenida del Generalísimo, número 5, de 103 metros cuadrados, cuya otra mitad pertenece por partes iguales a don A. y don E. E., otorgó el 4 de diciembre de 1962, junto con el primero de los que se acaban de citar, ante el Notario recurrente, escritura de declaración de obra nueva, en la que los comparecientes hicieron constar haber construido a sus expensas sobre el citado solar un edificio de planta baja y dos pisos, y en la que además doña S. donaba una cuota indivisa del 25 por 100 de la total finca formada a su nieta doña S. E., que aceptó la donación, asistida y con licencia de su esposo.

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la obra nueva que se declara sobre la finca, porque siendo don E. E. dueño también de una parte indivisa del solar y atribuyéndosele también una participación indivisa en el nuevo edificio, falta su aceptación. Y en consecuencia se suspende también la donación que se hace de parte de dicho edificio. No se toma anotación por no solicitarse.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, que lo es el de Jávea, don Vicente Espert Sanz, en el que, después de expresar que se hallaba de acuerdo con la calificación del Registrador suspendiendo el acceso al Registro de la determinación de cuotas de participación en el condominio del inmueble y de la donación de cuota en el edificio, se hallaba, sin embargo, en desacuerdo con la negativa de dicho funcionario a inscribir la declaración de obra nueva, puesto que la misma no altera el principio de accesión, que nace de las normas exclusivamente civiles, y no es otra cosa que una aplicación del artículo 51, párrafo 4.º «in fine» del Reglamento Hipotecario y del artículo 171 del Notarial; la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante el Considerando siguiente:

Que en el recurso gubernativo solamente pueden ser objeto de debate los extremos contenidos en la calificación del Registrador, según establece el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, y comoquiera que el Notario autorizante de la escritura se ha conformado con la integridad de la nota al aceptar los defectos señalados, habrá de rechazarse de plano el planteamiento de una cuestión que no aparece señalada por el funcionario calificador y que introduciría un nuevo defecto en la resolución del expediente.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD.—ES DOCTRINA REITERADA DEL CENTRO DIRECTIVO LA DE QUE, AL PRESENTARSE TÍTULOS CONTRADICTORIOS, LA ESCRITURA QUE TUVO ACCESO EN PRIMER LUGAR SERÁ LA QUE GOZARÁ DE LOS EFECTOS TUTELARES DEL SISTEMA, SALVO EN CASOS EXCEPCIONALES, COMO EL DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE OCTUBRE DE 1952, QUE SU RIGUROSA APLICACIÓN HUBIERA SIDO INNOCUA, AL TENER QUE CANCELARSE INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE PRACTICADAS LAS INSCRIPCIONES O ANOTACIONES SOLICITADAS EN EL DOCUMENTO PRIMERAMENTE PRESENTADO.

Resolución de 26 de mayo de 1965 («B. O.» de 22 de junio).

Por escritura otorgada en Barcelona ante el Notario don Antonio Clavera Armenteros, el 3 de octubre de 1963, don F. prestó un millón de pesetas al 6,50 por 100 de interés y plazo de un año a don J., en

garantía de cuya devolución, intereses y 250.000 pesetas fijadas para gastos y costas, el deudor constituyó segunda hipoteca a favor del acreedor sobre dos inmuebles en construcción que le pertenecían.

El anterior documento fue presentado en el Registro de la Propiedad número cinco de Barcelona, el 5 de octubre, y el 18 de diciembre de 1963, siendo retirado para pagar el impuesto de Derechos reales, y después de haber sido pagado se presentó de modo definitivo el 5 de marzo de 1964; y el 28 de abril del indicado año se calificó por el Registrador la escritura con la siguiente nota: «Observando que por mandamiento judicial del señor Juez especial para el sumario 248 de 1964, Juzgado de Instrucción número 12 de Barcelona, contra el deudor J., que motivó el asiento 34 del Diario 17, se declara la incapacidad del deudor en cuanto a libre disposición de su caudal, declaración que por tratarse de un problema de orden público y que con arreglo a la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, está en contradicción con el contenido del contrato que motivó el precedente documento, se ha extendido anotación por imposibilidad del Registrador hasta que por los Tribunales de Justicia se declare qué asiento de los contradictorios es el que ha de subsistir. Las anotaciones se han extendido a los folios 143 y 138 vuelto del tomo 780, fincas 29.421 y 29.423, anotaciones letra A.»

Interpuesto recurso por el acreedor hipotecario, la Dirección, previo informe del Juez que expidió el Mandamiento, que considera acertada la calificación del Registrador, la cual—dice el Juez—no olvida la garantía correspondiente al acreedor hipotecario, sino que sólo se limita a remitir a los Tribunales la fijación de la prioridad, sobre todo si se tienen en cuenta las nuevas orientaciones del Derecho, restrictivas del absoluto y pleno poderio de los de carácter privado y la necesidad de proteger a múltiples perjudicados por la actuación delictiva perseguida en la causa; la Dirección, repetimos, previo dicho Informe, revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la impecable y ortodoxa doctrina hipotecaria siguiente:

Que la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si podrá inscribirse una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo de un millón de pesetas, autorizada el 3 de octu-

bre de 1963, presentada en el Registro el 5 de marzo de 1964 y pendiente de calificación el día 28 de abril del mismo año, en que tuvo acceso a dicha oficina, como consecuencia de un procedimiento criminal incoado, un mandamiento judicial que declaraba la incapacidad del deudor.

Que el principio de prioridad es uno de los fundamentales en que se asienta nuestro Ordenamiento hipotecario, pues al obligar al Registrador a que despache los títulos por el orden de su presentación en el Registro, conforme se deduce de los artículos 17, 24, 25 y 248 de la Ley Hipotecaria, viene a determinar el rango de los mismos, caso de que sean compatibles, y de otra parte impide la inscripción o anotación del título que, presentado posteriormente, esté en contradicción o se le oponga.

Que en el desenvolvimiento del mencionado principio de prioridad es doctrina reiterada por este Centro la de que al presentarse títulos contradictorios, la escritura con las debidas formalidades que tuvo acceso en primer lugar será la que gozará de los efectos tutelares del sistema, no obstante lo cual—conforme declaró la Resolución de 22 de octubre de 1952—en algunos casos no puede aplicarse con total rigurosidad, hasta el punto de que llegue a limitar la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho, que puedan contribuir a una más acertada calificación.

Que el examen detallado de las circunstancias del presente caso muestra como hecho fundamental la apertura del sumario por el Juez instructor y la subsiguiente expedición del mandamiento referido, para evitar que resulten perjudicados los posibles legítimos derechos de un gran número de personas como consecuencia de los actos del deudor; mas como quiera que la resolución judicial se ha dictado con fecha posterior a la del asiento de presentación de la escritura de hipoteca y sin tener efectos retroactivos, no puede enervar la pretensión del acreedor hipotecario que se encuentra protegido en base del principio de fe pública registral, y todo ello sin perjuicio del fundamental derecho de los interesados de ejercitar las acciones oportunas ante los Tribunales de Justicia, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad del título discutido, según establece el artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

A nuestro juicio—siempre intrascendente—, el Ilustrado Centro Rector enmienda con la presente la nada convincente doctrina que sentara en su decisión de 18 de octubre de 1955, invocada—¿cómo no?—por el Registrador implicado en el recurso.

Aunque allí no se debatió en su más estricta aplicación la prioridad de títulos, de hecho se abordó o llegó al fondo del problema, pues, como alegó el impugnante de la calificación en aquel recurso, se dejó sin caducar el asiento de presentación de un mandamiento que cerraba el Registro indefinidamente.

Aquí—si cabe—se intentó ir más lejos por el Registrador y Juez informante, tratando de impedir el desenvolvimiento del «prior tempore», basados en *principios de orden público* y en una *incapacidad* con efectos retroactivos no declarados.

Siendo bastante cuanto llevamos expuesto en estas páginas sobre este fundamental principio de prioridad a las mismas, y particularmente a la doctrina desenvuelta sobre aquél por la Dirección, remitimos al que nos siguiere, reseñando para mayor facilidad fechas de las Resoluciones y lugar de su constancia en esta Revista, por orden cronológico:

R. de 2 de diciembre de 1944, pág. 200, año 1945.

R. de 22 de octubre de 1952, págs. 370 y siguientes, año 1953.

R. de 18 de octubre de 1955, págs. 244 y siguientes, año 1956.

R. de 7 de febrero de 1959, págs. 511 y siguientes, año 1959.

R. de 2 de marzo de 1962, págs. 538 y siguientes, año 1962.

OBRA NUEVA Y TRACTO SUCESIVO.—EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA NO CONSTITUYE OBSTÁCULO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LAS REALIZADAS POR TITULARES ANTERIORES, YA QUE EL DERECHO DEL TRANSFERENTE APARECE INSCRITO AL ESTARLO EL INMUEBLE SOBRE QUE LA OBRA NUEVA SE ASIENTA, SIENDO AQUÉL LA ENTIDAD FINCA Y NO LAS CONSTRUCCIONES, QUE POR SÍ SOLAS, SEPARADAS DEL TERRENO QUE LES SIRVE DE SOPORTE, CARECEN DE VIRTUALIDAD PARA ABRIR FOLIO REGISTRAL.

Resolución de 29 de mayo de 1965 («B. O.» de 23 de junio).

Por escritura autorizada en Solsona por el Notario recurrente el 11 de septiembre de 1963, «don J., doña M., doña M. y

doña M. P. P., el primero por sí y por doña A. P. M., aceptan los legados y prelegados que les dejó don J. P. B., y los cuatro hermanos P. P. aceptan la herencia del mismo»; en el citado documento se describieron, entre otros bienes relictos pertenecientes al causante, el manso heredad llamado «El Monegal», integrado por tierras, dos casas, un molino harinero y un aprovechamiento hidroeléctrico, todo lo cual figuraba inscrito en el Registro de la Propiedad formando una sola finca—la número 284 de Guixés—, y además había una central eléctrica, una tubería forjada, una balsa o cámara de agua y un canal, que no figuraban en la descripción registral de la finca, y que ahora se describen en la escritura de aceptación, por lo que se solicitaba del Registrador de la Propiedad que hiciera constar dichos cuatro elementos y segregara de aquella heredad éstos y el aprovechamiento hidroeléctrico, para formar con ellos finca independiente.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento con relación a las fincas primera, tercera y sexta que se relacionan en el mismo, donde dicen los cajetines puestos al margen de las mismas. Se suspende la inscripción de la segregación del aprovechamiento de aguas y elementos que forman la central eléctrica por el defecto subsanable de falta de previa inscripción de la obra nueva referente a estos últimos, conforme al artículo 31 del Reglamento Hipotecario, implicando dicha suspensión de la inscripción de la segregación el que no pueda practicarse la inscripción de la finca resto ni la agrupación industrial solicitada. Por otra escritura otorgada ante el mismo Notario el 16 de agosto de 1964, el dueño de la finca colindante de «El Monegal», por la que transcurría parte del canal indicado, reconoció «la existencia de la servidumbre reseñada en el apartado expositivo segundo de esta escritura, que grava la finca descrita del apartado primero a favor de la agrupación industrial indicada en el cuatro, y consiente que dicha servidumbre se haga constar en el Registro de la Propiedad»; y presentada esta escritura en el Registro, junto con la de 11 de septiembre de 1963, se pusieron en las mismas las siguientes notas: «Se suspende la inscripción del documento precedente por el defecto subsanable de no constar previamente inscrita la finca predio dominante», y «se suspende la inscripción del documento precedente (la escritura inicialmente presentada) por los siguientes defectos subsanables:

- 1.º Por presentarse sólo una copia parcial del mismo, en la que, no constando la totalidad de las cláusulas o estipulaciones que integran dicha escritura, imposibilitan la función calificadora del mismo.
- 2.º Por no presentarse la ratificación a que alude dicho documento, de doña A. P. M.»

Interpuésto recurso por don Enrique Jiménez Brundelet, Notario autorizante de las reseñadas escrituras, exclusivamente contra el defecto señalado en la primera nota—falta de previa inscripción de la obra nueva—, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, que había confirmado el extremo objeto del recurso de la nota calificadora, en méritos de la doctrina siguiente:

Que la única cuestión discutida en este recurso consiste en resolver si puede inscribirse la declaración de obra de una central eléctrica, tubería forjada, cámara de carga y canal, descritos en una escritura de aceptación de herencia, por los actuales titulares registrales, o si será necesaria la previa inscripción conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, de dichas obras a favor de la persona que las realizó, que no las inscribió en su día y transmitió el inmueble en estas circunstancias al padre de los actuales propietarios.

Que el principio de publicidad exige que el registro se asiente sobre la base del elemento finca inscrita bajo folio y número especial, según el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, con la finalidad de que los terceros puedan enterarse de todo lo que haga referencia al inmueble y les facilite el conocimiento no sólo de su situación jurídica, sino también de los datos físicos correspondientes, pues aunque estos últimos no aparecen amparados por la fe pública registral no por ello deja de tener importancia su constancia, conforme puso de relieve, entre otras, la sentencia de 21 de marzo de 1953, en base del principio de legitimación que reputa veraz, mientras no sea declarada su inexactitud, cuantas circunstancias materiales o físicas resulten de los asientos.

Que el principio de tracto sucesivo, regulado en el artículo 20 de la Ley, no constituye un obstáculo para la inscripción de unas obras realizadas por titulares anteriores, ya que el derecho del transferente aparece inscrito al estarlo el inmueble sobre el que se asientan la

central eléctrica y demás realizaciones, que es lo que constituye la entidad finca y no las construcciones y obras por sí solas, que separadas del terreno que le sirve de soporte carecen de virtualidad para abrir folio registral, ya que al ser elementos accesorios del suelo—artículo 358 del Código Civil—forman parte integramente del mismo y únicamente pueden ser inscritos en la hoja abierta a la finca principal.

Que, por lo expuesto, la legislación hipotecaria se preocupa de que figuren en los libros registrales todas aquellas circunstancias que pongan en concordancia la situación real con la del Registro, y así los artículos 208 de la Ley y 308 de su Reglamento, en términos generales, y el artículo 31 de este último texto legal en los casos de concesiones administrativas, autorizan las inscripciones de las declaraciones de obras ejecutadas, incluso después de practicada la del inmueble, con lo que se logra aquel paralelismo y es ajustada la actuación de los titulares actuales del inmueble, que de esta forma han subsanado la omisión que se había padecido.

DERECHO FORAL ARAGONÉS.—FIDUCIA TESTAMENTARIA O NOMBRAMIENTO DEL HEREDERO POR EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE, A MODO DE FIDUCIARIO COMISARIO, CON LA ASISTENCIA E INTERVENCIÓN «EN SU RESPECTIVO CONCEPTO» DE LOS PARIENTES DESIGNADOS: CENTRADA LA DISCUSIÓN EN SI SE PODÍA CUMPLIR EL ENCARGO SÓLO POR ACTO «INTERVIVOS» O TAMBIÉN PODÍA LLEVARSE A CABO POR ACTO «MORTIS CAUSA», LA SINGULARIDAD DEL DOCUMENTO OBJETO DEL RECURSO EN DONDE SE EXPRESA LA VOLUNTAD DE LOS ÚNICOS LEGITIMADOS PARA DISPONER ANTE FUNCIONARIO DOTADO DE FE PÚBLICA COMO EL NOTARIO, EL CUAL REDACTA UN DOCUMENTO QUE SI NO VALIERA COMO TESTAMENTO—Y PUESTO QUE LA MANERA DE INTERVENIR LOS PARIENTES NO ATENTA AL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL MISMO—POSEERÍA LA VIRTUD DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO, LO HACE VIABLE PARA SU ADMISIÓN EN EL REGISTRO.

Resolución de 16 de junio de 1965 («B. O.» de 2 de julio).

Por escritura autorizada en Tamarite de Litera ante el Notario don Mariano Laviña Almenara, el 27 de octubre de 1914, los cón-

yuges aragoneses don J. M. C. y doña D. H. C. otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que figuraba el siguiente pacto: «Si alguno de los contrayentes fallece con sucesión y sin hacer disposición de sus bienes, lo verificarán de los del que así muera un pariente consanguíneo de cada parte juntos con el sobreviviente si existe, y por muerte de los dos en igual caso lo verificarán de los bienes de ambos dichos parientes por si solos y siempre en beneficio de los hijos de los contrayentes»; fallecido el marido, don J. M. C., el 12 de enero de 1928, sin haber otorgado testamento ni dispuesto en otra forma de sus bienes, la esposa viuda, doña D. H. C., en unión de un pariente de cada línea—su hermana doña M. y don J. R. M., sobrino carnal de su difunto marido—, otorgó ante el Notario recurrente, el 29 de noviembre de 1961, testamento abierto en nombre propio y como comisaria fiduciaria del finado, en el que, tras ordenar diversos legados en dinero para pago de derechos legitimarios paternos y maternos en favor de tres hijas del matrimonio, llamadas M., D. y M., instituyó herederos de ambos consortes, por partes iguales, a los dos hijos varones, M. y P. M. H. La testadora falleció el 29 de octubre de 1962 sin haber revocado ni modificado dicha disposición, y el 8 de marzo de 1963 los nombrados herederos otorgaron, también ante el Notario recurrente, escritura en que aceptando las disposiciones de sus padres se adjudicaron por mitad indivisa dos inmuebles que integraban las herencias de ambos.

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción por observarse el defecto de intervenir en el testamento de doña D. H. C., además de la testadora, otras dos personas; no estando tal forma de testar permitida por la legislación vigente. No se ha solicitado anotación preventiva, la que tampoco procedería por estimarse insubsanable el expresado defecto.»

Interpuesto recurso por don Francisco Sans Aranga, Notario autorizante de las escrituras de 29 de noviembre de 1961 y 8 de marzo de 1963, relacionadas, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la interesantísima doctrina siguiente:

Que a consecuencia del pacto estipulado en las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 27 de octubre de 1914, y por tanto antes

de la vigencia del Apéndice Foral de Aragón, por los consortes don J. M. C. y doña D. H. C., que aparece transcrito en el primero de los resultandos, la cuestión que plantea este recurso es la de resolver si, muerto el marido, puede la viuda sobreviviente, conjuntamente con los dos parientes señalados, «cada uno en su respectivo concepto», ordenar las dos herencias, distribuyendo los bienes del difunto y los suyos propios en un acto «mortis causa», como parece ser el instrumento autorizado, que sirva de base a la legalidad de operaciones sucesorias; o si, por el contrario, tal forma les estaba vedada por tratarse de un acto personalísimo.

Que la fiducia testamentaria o nombramiento del heredero por el cónyuge sobreviviente a modo de fiduciario comisario del pre-muerto, bien solo o asistido de determinados parientes, así como la designación de heredero común, que se deriva de estipulaciones contenidas en las capitulaciones matrimoniales—regidas por la libertad de pacto y, en las omisiones habidas, por el uso local con arreglo a los artículos 58 y 60—son instituciones de origen consuetudinario, probablemente nacidas al amparo del principio «standum est chartae», pues no hay fuero ni observancia que expresamente faculte que se confíe a terceras personas la confección del testamento, las recoge el Apéndice vigente en el artículo 29, si bien con una regulación sumaria, y tienen como finalidad principal dejar para más adelante el nombramiento de heredero y la distribución del patrimonio, a fin de que la elección pueda verificarse en mejores condiciones y recaiga en el que aparece como más idóneo para llevar la casa, a la vez que fortalece la posición del cónyuge supérstite frente a los hijos, máxime en los casos en que carece de bienes propios o de la facultad de disponer «mortis causa» por la irrevocabilidad del anterior testamento mancomunado.

Que una de las cuestiones más discutidas en esta materia era la relativa a la forma o medio en que los fiduciarios habrían de cumplir el encargo, centrándose la discusión en si solamente podían hacerlo por actos «inter vivos» o si estaban autorizados a realizarlo por acto «mortis causa», en particular cuando el facultado no fuera el cónyuge sobreviviente, sino otras personas, como ocurría antes de la publicación del Apéndice, cuestión que el artículo 29 de éste resuelve al admitir ambas formas, si bien establece que ya única-

mente podrá ser fiduciario el cónyuge, solo o con asistencia de determinados parientes, sin que precise dicho precepto la naturaleza y manera de realizarse esta asistencia, en lo cual, por otra, parece diferir profundamente de la regulación contenida en el nuevo anteproyecto de compilación, aún en estudio.

Que esta intervención de los parientes antes de la publicación del Apéndice vigente tenía el carácter de un auténtico testamento realizado por comisario, según se deduce de la costumbre y práctica existente, principalmente en el Alto Aragón, como ponen de manifiesto diversas sentencias de la Audiencia de Zaragoza del siglo pasado, así como la del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1882, y en términos muy similares a las que motivan estos supuestos aparece redactada la que da origen a este recurso; mas una vez entrado en vigor el Apéndice, la intervención de los parientes posee un carácter mucho más restringido, pues su misión se limita a asistir al cónyuge supérstite, que es el que realmente ostenta el encargo de comisario, por lo que, para determinar los efectos de la cláusula y la misma naturaleza de todo el instrumento notarial, habría que aplicar la disposición transitoria del Apéndice, la cual, al remitir a las del Código Civil, confirma la efectividad de los poderes para testar otorgados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella.

Sobre todo, que si las singularidades del documento objeto del recurso, por una parte, han de hallar justificación, como viene a demostrar el Notario autorizante en su defensa, en la no muy acabada formulación del Derecho aragonés, en el Alto Aragón—y más en la zona limítrofe con la catalana—, en la que los pactos sucesorios son una realidad, a la que tímidamente abre paso el propio Apéndice, por otra parte, tales singularidades no acaban de anular la clara voluntad de los otorgantes, únicos legitimados para ello, de disponer de las dos herencias, expresada ante funcionario dotado de fe pública como es el Notario, el cual redacta un documento que si no valiera como testamento—y la mera asistencia e intervención «en su respectivo concepto» de los parientes designados no atentaría al carácter personalísimo del mismo—, siempre, por el principio de conservación del negocio en aras al mantenimiento de aquella voluntad declarada y evitación del abintestato, poseería la virtud de

un instrumento público que ampararía formalmente la complejidad de su contenido.

* * *

¿Se trata de un problema de derecho constituyente que no puede resolverse en un recurso gubernativo, como al final de su dictamen expresa el Registrador?

Para nosotros resueltamente no, a la vista del artículo 29 del Apéndice, siquiera la regulación en el mismo de la institución debata sea sumaria, como se dice en el segundo Considerando.

Sin antecedentes positivos—Fueros u Observacias—para resolver las opiniones, como se dice en el magnífico informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas sobre el anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón (talleres editoriales *El Noticiero*, Zaragoza, 1963), eran contradictorias acerca de la validez del testamento por comisario, estimando ISÁBAL que el principal argumento a favor de su admisibilidad había que fundarlo en el apotegma «Stamdum est Chartae» (página 36).

En este sentido, cuanto se dice en el Considerando 4.º o penúltimo parece admisible. Pero no lo es tanto cuanto se deduce—con harta habilidad—sobre la asistencia e intervención de los parientes junto con la viuda, única fiduciaria, «en su respectivo concepto», en relación al carácter personalísimo del testamento (y no se puede negar que por lo que afecta a su herencia la viuda lo otorga); intervención—de los parientes—, por otra parte, que no regulada en el artículo 29 del Apéndice por lo que hace referencia a los actos «mortis causa», como parece *ser el instrumento autorizado* (léase primer Considerando), dada la gravedad del problema nos resistimos a pensar no lo tuviesen en cuenta los insignes redactores de aquel artículo—el 29—del Apéndice, sino que estimarían tal intervención sólo para actos «inter vivos» admisible, y de aquí la irrevocabilidad de los que otorgasen de tal clase. Porque parece incuestionable que la irrevocabilidad, tanto por esencialidad institucional cuanto por la claridad con que se produce el párrafo 2.º del artículo 29 del Apéndice, no afecta a los actos del fiduciario de última voluntad. Y siendo así, preguntamos: si el fiduciario—que hemos quedado sólo es el

cónyuge sobreviviente—estimase variar la institución o nombramiento del heredero, ¿podrá operar solo o necesaria además la intervención de los parientes que le asistieron?

Y si éstos hubieren premuerto, ¿los sustituirían los que ocuparen por derecho su puesto? ¿Y si no los hubiese?

Podría decirse que estamos a presencia de un pacto sucesorio. Timidamente—dice el último Considerando—abre paso a ello el propio Apéndice.

En efecto, nos encontramos con los artículos 34 y 58 de éste, en los que difícilmente—si no imposible—, con franqueza, podríamos encajar esta no muy nitida figura de fiducia testamentaria. ¿Y esa singular *conversión* de instrumento «mortis-causa» en «inter vivos» para su validez registral?

Cuanto va—con deliberada concisión—apuntado, en forma alguna debe tomarse como crítica negativa a lo resuelto.

Lejos de ello, estimamos que en ésta como en la mayoría de sus decisiones, nuestro Ilustrado Centro, con visión realista del problema planteado, ha realizado o llevado a cabo una labor constructiva, manteniendo en este especial caso (que tiene mucho o es casi de derecho transitorio) una voluntad declarada—la de la fiduciaria—ante Notario.

Avala esta postura de la Dirección la reciente sentencia de nuestro más alto Tribunal de 3 de abril de 1965, al distinguir o diferenciar la fiducia sucesoria del artículo 29 del Apéndice de la pseudo fiducia que resulta de los artículos 58 y 60 del mismo, al integrar la primera una figura directamente entroncada con el poder testatorio, o el testamento por comisario, por virtud de la cual el cónyuge sobreviviente ordena la sucesión del premuerto en virtud de las atribuciones que éste le confirió, lo cual se aparta del supuesto de ser encomendada a ambos esposos, o *sólo al sobreviviente o a otras personas, la designación del heredero común...*

Constituyendo la fiducia propia del citado artículo 29 una institución de Derecho privado, muy semejante al mandato, que lleva implícita la obligación del fiduciario de no contradecir la voluntad de quien se la confirió..., mientras que la *segunda está regida por la libertad de pactos* que establece el artículo 58 del Apéndice foral, unida a la alusión al heredamiento contenido en el artículo 60, y encuadran la cuestión en la designación de herederos dentro del

contrato de Capitulaciones matrimoniales, al que concurren no sólo los futuros cónyuges, sino que, actuando como intervinientes, lo hacen otras personas...

De todos modos, y en nuestro deseo de observar la máxima objetividad, justificamos plenamente la nota del Registrador ante un documento que nuestro mismo Centro califica de «mortis causa» (C. 1.º) y un problema que—de lo sucintamente expuesto—a tantas interpretaciones y aun dudas se presta.

EXPEDIENTE DE APREMIO SEGUIDO POR DÉBITOS A LA HACIENDA CAUSADOS POR LA LIQUIDACIÓN DE UN DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA: HALLÁNDOSE LA FINCA INSCRITA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR, SIQUIERA APAREZCA AQUÉLLA COMO VENDEDORA EN EL EXPRESADO DOCUMENTO, NO PROCEDE TOMAR LA ANOTACIÓN DE EMBARGO SOLICITADA HASTA TANTO SE INSCRIBA PREVIAMENTE EL DERECHO DEL CITADO DEUDOR, EN LOS TÉRMINOS Y POR LOS TRÁMITES ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 98 DEL ESTATUTO DE RECAUDACIÓN, QUE COINCIDE CON LO PRECEPTUADO EN EL 38 DE LA LEY HIPOTECARIA.

FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN.—SIN DESCONOCER LA EQUIPARACIÓN A EFECTOS EJECUTIVOS DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES, NO PARECE ADECUADO AMPLIAR EL ALCANCE NORMATIVO DEL ARTÍCULO 165 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y EXTENDER A LOS MANDAMIENTOS DE EMBARGO EXPEDIDOS POR LOS EJECUTORES UN REQUISITO QUE NO EXIGE EL ARTÍCULO 57 DEL ESTATUTO DE RECAUDACIÓN.

Resolución de 22 de junio de 1965 («B. O.» de 9 de julio).

En expediente de apremio instruido por la Recaudación de la zona de Tamarite de Litera, contra don J. R. M., para hacer efectivos débitos por el concepto de Derechos Reales, importantes 707.421,90 pesetas, más 151.484,38 pesetas por recargos, la Tesorería de Hacienda, por desconocer la existencia de bienes embargables del señor R., autorizó, mediante acuerdo de 28 de marzo de 1961, que se procediera al embargo de los bienes objeto de la transmisión gravada por las liquidaciones cuyo adeudo se perseguía, y la Recaudación, el 6 de abril, dictó providencia según la cual procedía trabar

inmediatamente a dichos bienes, que aparecen parcialmente descritos en la certificación de descubierto, en cantidad suficiente para la realización de éste, más los recargos de apremio y costas reglamentarias, observándose en el correspondiente procedimiento las pertinentes disposiciones del capítulo V del Estatuto de Recaudación vigente y notificar el proveído a doña C. F. M., actual poseedora de los bienes, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 y el 56 del Reglamento para aplicación de la misma de 15 de enero de 1959. La providencia fue notificada a la poseedora el 19 de abril; y el día 13 de abril, la Recaudación dirigió al Registrador de Tamarite el oportuno mandamiento de anotación de embargo y se hacía constar la circunstancia de trabarse las fincas en razón de haber sido objeto de la transmisión a que correspondía los débitos perseguidos y la condición de doña C. F., afectada por el embargo, en el que se hizo constar «que las liquidaciones que motivan los débitos que se persiguen en este expediente tienen origen en un contrato privado de venta de las fincas descritas, no puede procederse a la tramitación prevista en el artículo 98, apartado e), del vigente Estatuto de Recaudación para la inscripción de dicho contrato en el Registro de la Propiedad, por lo que se interesará del mismo que la anotación preventiva de este embargo sea practicada a nombre de doña C. F. M. por la afección al pago del Impuesto a que están sujetos, en virtud de los preceptos de su Ley y Reglamento».

Presentado en el Registro de la Propiedad el mandamiento, fue calificado por la siguiente nota: «Denegada la anotación preventiva de embargo interesada en el precedente documento por los siguientes defectos: 1.º No expresarse que la providencia ordenando el embargo sea firme. 2.º Figurar la finca inscrita a nombre de persona distinta de don J. R. M., contra quien se instruye el expediente de apremio y a cuyo cargo se giraron las certificaciones de descubierto que lo han motivado. El primer motivo, digo defecto, se estima subsanable; el segundo, insubsanable; por cuyo motivo no procede tomar anotación preventiva de suspensión».

Interpuesto recurso por el Abogado del Estado, la Dirección, con revocación parcial del Auto del Presidente de la Audiencia—que había rechazado totalmente la nota calificadora—confirma el se-

gundo defecto señalado por ésta, en méritos de la ajustada y razonada doctrina siguiente:

Que el expediente de apremio seguido contra don J. R. M. por débitos a la Hacienda, causados por la liquidación de un documento privado de compraventa, plantea la cuestión de si podrá anotarse en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo sobre los bienes que figuran inscritos a nombre de doña C. F., vendedora según tal documento, y si, además, constituye un obstáculo el no hace constar en el mismo mandamiento que la providencia que decreta el embargo es firme.

Que para asegurar de la manera más efectiva el derecho de la Hacienda Pública a percibir los impuestos, los artículos 19 del texto de 21 de marzo de 1958 y 56, párrafo primero, del Reglamento de 15 de enero de 1959, disponen que los propios bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago, cualquiera que sea su poseedor, sin más excepción que la de aquellos que aparezcan inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de tercero, a quien bastará hacerle la notificación oportuna en el mismo expediente de apremio incoado contra el deudor personal, con lo cual se confiere a los titulares de los bienes transmitidos un tratamiento semejante al de los terceros poseedores de bienes hipotecados, al tener su responsabilidad limitada exclusivamente al importe de los propios bienes vendidos.

Que la aplicación de los citados preceptos exige ponerlos en armonía con los de la Ley Hipotecaria, y especialmente con el artículo 34, que recoge el principio denominado «fides publica», que regula la protección del tercero que ha inscrito su derecho en el Registro, carácter que no corresponde a la vendedora, titular actual, respecto del contrato privado de compraventa liquidado, en donde aparece como parte.

No obstante, por tratarse de un documento privado hasta que no esté reconocido no producirá efecto alguno, con arreglo al artículo 1.225 del Código civil, entre las partes contratantes por carecer de la autenticidad necesaria, tanto de fondo como de forma, máxime cuando no hay ninguna garantía que de los que aparecen como firmantes sean ellos mismos y que incluso existe contienda judicial acerca de la validez de dicho documento, que ha dado lugar

a la práctica de una anotación de demanda, por lo que no puede servir de base para la petición formulada, pues equivaldría a reconocerle unos efectos jurídicos superiores a los que las disposiciones legales establecen y en consecuencia podría dar lugar a un total desamparo e indefensión del titular registral, que vería perturbado su derecho ante un acto en el que incluso podía no haber tenido intervención.

Además, el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, en el artículo 196, tercero, no admite que pueda practicarse directamente la anotación de embargo solicitada y ordena el aplazamiento del pago del impuesto hasta tanto se inscriba previamente el derecho del deudor, en los términos y por los trámites establecidos en el artículo 98 del Estatuto de Recaudación, con lo cual coincide con el 38 de la Ley Hipotecaria, que dispone el sobreseimiento de cualquier procedimiento de apremio cuando los bienes o derechos consten inscritos a favor de persona distinta del deudor, y con el texto refundido de la Ley del citado Impuesto que, además, en el artículo 19 exige hayan sido transmitidos los bienes para que la afección tenga lugar.

Que la lectura de los preceptos señalados del Estatuto de Recaudación revela que no es preciso que sea firme la resolución que acuerde el embargo, firmeza exigida en el artículo 165 del Reglamento Hipotecario para las anotaciones acordadas por mandamiento judicial, y sin desconocer la equiparación a efectos ejecutivos de las resoluciones administrativas y judiciales, no parece adecuado ampliar el alcance normativo del artículo 165 y extender a los mandamientos de embargo expedidos por los ejecutores un requisito que no exige el artículo 57 del Estatuto de Recaudación y que aparece justificado por la ejecutoriedad de todo acto administrativo en los que, salvo en los casos expresamente señalados en la Ley, no queda paralizado el procedimiento por la interposición del recurso, y todo ello con independencia de la precaución adoptada por el funcionario calificador, quien sólo pudo tener en cuenta los documentos presentados, entre los cuales no figuraba la posterior notificación hecha a la vendedora del procedimiento incoado.

Consideramos de un extraordinario interés práctico la precedente Resolución y nos complace resaltar el celo desplegado en la defensa de la pureza de la doctrina hipotecaria por el Registrador implicado en el recurso, que supo hacerla triunfar contra el sin duda bien razonado alegato del Abogado del Estado, Informe del Tesorero de Hacienda y auto del Presidente de la Territorial.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.