

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES LÍCITO CON ARREGLO AL ARTÍCULO 4.º DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL EL PACTO ESTATUTARIO QUE PROHÍBE LA VENTA DE LA CUOTA INDIVISA EN LA PROPIEDAD DEL SÓTANO —QUE APARECE COMO FINCA INDEPENDIENTE EN LOS LIBROS DEL REGISTRO PARA APARCAMIENTO DE VEHÍCULOS DE LOS TITULARES DE LAS VIVIENDAS— CON INDEPENDENCIA DE LOS RESPECTIVOS PISOS DEL EDIFICIO A CUYO SERVICIO O UTILIDAD SE ENCUENTRE. (Resolución de 20 de diciembre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 17 de enero de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Valencia ante el Notario don Joaquín Sapena Tomás, el 21 de abril de 1969, don Juan Reig Fito y otros, condueños de una casa sita en Valencia, calle del Pintor López, número 4, describieron los departamentos que la integraban y los asignaron a sus respectivos propietarios; que en la citada escritura no comparecieron todos los condueños y algunos de los otorgantes que lo fueron por representación, sólo habían conferido poder para declarar la obra nueva, pero no para regular la propiedad con los estatutos que se acordaron, pues estas normas estaban pendientes de regulación y aprobación por todos los interesados; que uno de los copropietarios, don Joaquín Vilabelda Sanchiz, en escritura otorgada ante el citado fedatario el 24 de junio de 1970, vendió a don Fernando Llopis Mezquita el piso sexto, puerta doce que le pertenecía, así como la correspondiente plaza de garaje, en el sótano, destinado a aparcamiento de catorce automóviles, reservándose para sí la participación que poseía en la planta baja; y que por otra escritura otorgada ante el repetido Notario de Valencia, el 29 de abril de 1971, los copropietarios del inmueble ratificaron la de 21 de abril de 1969, excepto el contenido de los estatutos que fueron rectificandos, aprobándose otros que comienzan así:

“El régimen de propiedad horizontal del edificio, se regirá por las disposiciones legales, con estas particularidades, cuyas normas tienen plenos efectos reales y *erga omnes*:

1.ª El destino exclusivo del sótano (departamento número uno), es el de aparcamiento de automóviles o garaje como departamento procomunal, con arreglo a las determinaciones de la presente regla.

Su uso y aprovechamiento corresponde única y exclusivamente a las catorce viviendas que son los departamentos números tres al nueve y once al diecisiete, esto es, menos la vivienda puerta ocho.

Cada una de dichas catorce viviendas con derecho al uso y aprovechamiento del sótano, tiene como derecho anejo el de aparcamiento de un vehículo que sea factible de aparcar dentro del espacio que resulte de dividir entre catorce la superficie del sótano, de modo que permita su mejor aprovechamiento como garaje. El uso de este aparcamiento individual podrá ser cedido a otra persona que sea titular de otra de dichas catorce viviendas. Igualmente podrá cederse a la misma persona a la que se ceda el uso de la vivienda que lo tiene como derecho anejo. Pero en ningún caso podrá transmitirse con carácter perpetuo, separando cada derecho a un espacio, de su correspondiente vivienda, ni podrá resultar que por un mismo derecho a un espacio se pueda aparcar más de un coche. Y en todo caso de cesión de uso, deberá comunicarse al Presidente de la Comunidad, remitiéndole copia del correspondiente documento con el nombre y circunstancias del cesionario y de las características del vehículo que se pretenda aparcar.

El sótano no contribuirá a los gastos generales del edificio ni de sus elementos comunes, pues el valor de cada vivienda con derecho al mismo ya se ha estimado en función de éste, y por ello ya contribuye por su derecho a tales gastos generales.

En cuanto a los gastos que origine el uso y administración del garaje, serán satisfechos a partes iguales por las catorce viviendas que a él tienen derecho, tanto si lo usan como si no, siendo responsables de aquéllos con carácter solidario, el titular de la vivienda y aquel a quien haya cedido el uso de su derecho."

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en este Registro de la Propiedad de Occidente en unión de trece primeras copias parciales de la escritura que por el mismo se rectifica, en el tomo 1.206, libro 30 de Serranos, folio 145, finca número 1.567 dpdo., inscripción 9; haciendo constar que no se ha insertado en dicha inscripción la primera norma estatutaria contenida en este documento, a petición del presentante, hecha en el asiento de presentación de este documento en el libro Diario de las operaciones de este Registro.—Vaencia, a diez de diciembre de 1971"; y vuelto a presentar más adelante con la pretensión de que se inscribiese la citada norma, se agregó esta otra nota: "Denegada la inscripción que se solicita de la cláusula 1.^a de los Estatutos en la forma en que está concebida, por las siguientes razones:

1.º Porque en ella se subordina la enajenación de los derechos sobre el local destinado a garaje a la disposición conjunta con locales destinados a viviendas del mismo disponente, sin que resulte de la descripción de estos últimos que sean anejos a ellos los derechos sobre el garaje, por lo que, mediante la cláusula cuya inscripción se deniega se establecería sobre este departamento derechos no a favor de un titular cierto y determinado, sino meramente determinable a través de la titularidad de una vivienda que constituye una entidad registral distinta e independiente, fórmula esta no reconocida en modo general por nuestro ordenamiento.

2.º Porque, en todo caso, se establece una traba a la plena facultad de disponer distinta de las que las leyes admiten y regulan y no comprendida en los casos de permisión del artículo 26 de la Ley Hipotecaria.—Valencia, 15 de noviembre de 1972.”

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el 21 de abril de 1969 autorizó la escritura de obra nueva del edificio en propiedad horizontal objeto del recurso, en la que comparecieron tan sólo parte de los condueños, alegando que los restantes ratificarían después su actuación; que posteriormente éstos negaron su ratificación por estimar que no debía regularse el garaje como se hizo, sino que debería configurarse como un departamento independiente al servicio tan sólo de catorce viviendas, ya que únicamente tenía espacio para catorce automóviles; que después de varias horas de discusión se llegó al acuerdo que refleja la regla primera de los actuales Estatutos, cuya redacción, evidentemente, y debido a la forma precipitada y a pie forzado en que se adoptó, no es lo perfecta y clara que sería de desear; que, noblemente, el Registrador que calificó la escritura propuso al recurrente que aplazase el planteamiento de la cuestión suscitada para otro caso similar que pudiera surgir en el futuro y en el que se diese a la correspondiente cláusula estatutaria una redacción más clara y contundente teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones que de ella surgen; que, sin embargo, agradeciendo el gesto, prefiere abordar ahora el problema por entender que las cuestiones que se debaten son de fondo y no de forma, por lo cual la dicción no debe influir en su apreciación y, además, porque así es como con frecuencia tienen que actuar los notarios en muchos casos, sin tiempo ni calma ante problemas que por una u otra causa requieren urgente solución, servidumbre o carga que hay que aceptar con todas sus consecuencias; que entrando en la cuestión planteada, son tres los fundamentos denegatorios que se desprenden de la nota recurrida a saber: 1.º Que mediante la cláusula que se debate se fijarían sobre el departamento que por ella se regula “derechos no a favor de un titular cierto y determinado, sino meramente determinable, a través de la titularidad de una vivienda, que constituye una entidad registral distinta e independiente, fórmula esta no reconocida de modo general por nuestro ordenamiento”. 2.º Que la “subordinación” en los actos dispositivos se establece con relación a los “locales destinados a viviendas del mismo disponente, sin que resulte de la descripción de estos últimos que sean anejos a ellos los derechos sobre el garaje; y 3.º Que, “en todo caso, se establece una traba a la plena facultad de disponer, distinta de las que las leyes admiten y regulan y no comprendida en los casos de permisión del artículo 26 de la Ley Hipotecaria”; que en nuestro sistema tradicional la relación real entre dos fincas sólo es posible a través o por medio de las figuras reconocidas por el legislador, por lo que a primera vista, sin entrar en más detalle, habría que dar la razón al Registrador, pues la titularidad de las cuotas del garaje en función de la titularidad de una vivienda en fórmula “no reconocida de modo general en nuestro orde-

namiento” como dice la nota, que, sin embargo, en este caso no resulta así, porque en la propiedad horizontal no se parte como en el supuesto general a que se aplica el criterio señalado, de una finca independiente perfectamente diferenciada, sino que cada uno de los departamentos de un edificio está íntimamente relacionado con los demás y con los elementos comunes del inmueble, razón por la cual, incluso su inscripción registral tiene que hacer referencia al folio en que figure inscrito el edificio en su conjunto, y la adscripción de una dependencia como la buhardilla a un piso, no se hace por vía de agrupación como ocurre en los casos normales, sino por simple inserción descriptiva como derecho anejo (artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal), pero este camino es inviable por no constar en la inscripción del correspondiente piso-vivienda; que entiende, como también parece entenderlo el Registrador, que la enumeración de los anejos que se hace en el párrafo aludido no es exhaustiva (el texto dice “tales como”), sino meramente indicativa, y si los anejos tienen como finalidad completar el servicio a que esté destinado el departamento principal, no hay duda de que una plaza de garaje puede ser anejo de una vivienda, especialmente cuando este destino concreto es uno de los expresamente previstos por el legislador, sin que a juicio del exponente sea necesaria, contra lo que opina el Registrador, la descripción de este anejo en el piso o local a que corresponde; que, ciertamente, el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal dice que en la descripción de cada piso o local se expresará la de los anejos que le pertenezcan, pero esto se refiere a los elementos diferenciados como buhardilla, etc., pero no a los que sólo suponen una cuota de participación como es una plaza de garaje para automóvil, cuya descripción global ha de hacerse necesariamente con independencia de los distintos pisos o locales a que sirve; que el hecho de que conste en los Estatutos como tal derecho anejo, con su completa regulación, presupone su constancia por necesaria referencia en cada una de las catorce viviendas a las que está adscrito, ya que estas inscripciones-hijuelas son siempre con relación a la inscripción matriz del edificio total, debiendo figurar en ésta todas las reglas estatutarias que limitan, benefician o, en definitiva, afectan de algún modo a los distintos departamentos del edificio; que la falta de consideración como derecho anejo no obsta la validez e inscribibilidad de la regulación jurídica del sótano-garaje, pues si a pesar de lo expuesto, la falta de una referencia explícita en la descripción de cada una de las catorce viviendas se entendiera como omisión bastante para negar el carácter de anejo a cada cuota de garaje, no por ello quedaría desamparada la regulación que de tal mismo ha hecho; que no debe olvidarse que la Ley de Propiedad Horizontal representa, más que reforma de una legalidad anterior, la ordenación ex-novo de la propiedad de casas por pisos que, según su exposición de motivos, admite ampliamente la intervención de la voluntad siempre que no contravenga las normas fundamentales que establece; que de acuerdo con este criterio, el artículo 4.º de la Ley regula las dependencias en pro indivisión que la doctrina ha convenido en llamar “departamentos procomunales”, que es como se ha configurado el garaje en la

regla primera de los Estatutos incorporados a la escritura cuya inscripción ha sido denegada; que si se admite que pueda fijarse como destino exclusivo del sótano-garaje la guarda de automóviles de las catorce viviendas beneficiarias —la nota registral no lo discute— y al mismo tiempo se niega —como la nota postula— la dependencia de su titularidad respecto a la de tales viviendas, quedaría sin contenido el derecho de cualquier adquirente extraño, que no podría utilizar lo que había adquirido; que si prospera la tesis mantenida en los anteriores razonamientos el último defecto carece de consistencia y si no se acepta no tiene por qué entrar en juego ninguna traba a la facultad de disponer, pues basta con no admitir la titularidad *ob rem* que es inaplicable al presente caso, que encaja en una regulación distinta; y que, en definitiva, la estipulación convenida debe inscribirse porque: 1.º No son aplicables a este caso las conclusiones de carácter general a que ha llegado la doctrina y la jurisprudencia en materia de titularidades *ob rem* y *propter rem* al negar acceso al Registro de la Propiedad estimando que se trata de figuras o relaciones de derecho real no reconocidas en nuestro ordenamiento, por cuanto nos encontramos ante una normativa especial, nueva, completa y distinta: la de la propiedad horizontal.

2.º La adscripción de la titularidad del sótano-garaje a la de las viviendas a cuyo servicio se destine con carácter exclusivo, está amparada tanto por el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, como una consecuencia lógica del mismo, como por el artículo 5.º al permitir que el título constitutivo contenga reglas del ejercicio del derecho en orden al uso o destino de los diferentes pisos o locales, formando parte del estatuto privativo que afectará (perjudicará) a terceros al inscribirse en el Registro de la Propiedad.

3.º No existe, ni en la Ley de Propiedad Horizontal, ni en el Código civil, ni en la legislación hipotecaria, norma alguna que prohíba esta dependencia en la titularidad entre unos departamentos independientes y un departamento en común construido y regulado para el servicio exclusivo de aquéllos.

4.º No se trata de una prohibición de disponer contenida en título oneroso de las que veta el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, sino de una regla de un estatuto de propiedad de un todo —el edificio— que afecta a sus partes como la Ley de Propiedad Horizontal permite.

Resultando que el Registrador informó: Que con fecha 14 de noviembre de 1972 fue presentada en el extinguido Registro de la Propiedad de Valencia-Occidente la escritura a que se refiere este expediente, que fue calificada por don José María de Mena y San Millán, cotitular con otros tres Registradores de dicha oficina que funcionaba en régimen de división personal; que el 15 se puso al margen del asiento de presentación expresado la siguiente nota: "Denegada la inscripción a que se refiere el asiento adjunto por defecto insubsanable de limitarse la disposición de determinadas participaciones de modo no permitido por las leyes"; que no se cumplió por el Registrador que puso la nota con lo dispuesto por el apartado c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario,

que ordena dar cuenta a los otros cotitulares; que interpuesto recurso contra la nota de calificación, el Presidente de la Audiencia lo comunicó al Registro de la Propiedad de Valencia número 1; que esta oficina, al acusar recibo, solicitó que por aplicación del apartado d) del repetido artículo 485 del Reglamento Hipotecario, se entendiese el recurso con el Registrador que hizo la calificación; que por Decreto del Presidente de la Audiencia se acordó que el informe correspondiente se hiciese por los Registradores titulares de la oficina número 1 de Valencia por ser el Registro a que correspondía la finca cuestionada; que en cumplimiento de tal acuerdo el presente informe manifiesta el criterio de los dos cotitulares de la oficina; que se desiste y se tiene por no puesto el defecto consignado en la nota bajo el número 1, por considerarlo inoperante, manteniéndose íntegramente la calificación en cuanto al señalado bajo el número 2, que se considera insubsanable por contener la norma estatutaria primera una clara prohibición de enajenar contra lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria; que no se precisa argumentar mucho para mantener este defecto por ser asunto ya resuelto por el Centro Directivo que en Resolución de 4 de noviembre de 1968 sentó la doctrina de que el pacto de no disponer que no tenga su origen en alguno de los supuestos del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, no puede tener acceso al Registro si no se garantiza su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real, sin que ello impida la inscripción de la escritura de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria es de una gran claridad, por lo que el criterio de la Dirección General resulta legal y formalmente ortodoxo; y que quizá fuese recomendable una modificación del precepto legal abriendo un camino más fácil a estas estipulaciones, que a veces obedecen a buscar soluciones prácticas en consonancia con la actual ordenación de la propiedad horizontal, pero mientras esa modificación no se produzca no se puede enfocar el problema a que se refiere la nota más que con la configuración del garaje como elemento común de los pisos separados en la propiedad horizontal.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó el segundo defecto de la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, sin entrar en el análisis del primero al desistirse del mismo en el informe registral.

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, a los que agregó: Que desistido el primer defecto de la nota de calificación, el problema se reduce a la licitud del pacto según el cual queda prohibida la transmisión del derecho de aparcamiento de automóvil en el sótano-garaje de un edificio en propiedad horizontal, con independencia del dominio de la correspondiente vivienda; que esta cuestión no debe plantearse en el terreno de una ordenación general de las prohibiciones de disponer, sino en el concreto de la propiedad horizontal a que se refiere; que el pacto que se debate no contiene en sentido estricto una prohibición de disponer, sino una regulación de uso del sótano-garaje que se vincula a la titularidad de las

viviendas beneficiarias de las plazas utilizables de aparcamiento de automóviles; y que si como dice el propio Presidente en su auto, el propietario de una cosa puede disponer de ella sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (artículo 348 del Código civil), una de estas leyes es precisamente la de Propiedad Horizontal, sin que en este supuesto sean de aplicación prohibiciones generales establecidas para transmisiones gratuitas o que difieran de la misma por otras cosas.

Doctrina.—“Considerando que, desistido el primer defecto de la nota de calificación, la cuestión planteada se reduce, en efecto, a la licitud del pacto estatutario en inmueble bajo régimen de propiedad horizontal, que, al regular el destino exclusivo del sótano —que aparece como finca independiente, departamento número 1— para aparcamiento de los titulares de las viviendas, prohíbe que en ningún caso se transmita esta propiedad separadamente de la vivienda, lo que podría suponer traba a la plena facultad de disponer distinta de las admitidas por las Leyes y en especial por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria.”

“Considerando que al establecerse el destino exclusivo del sótano “para aparcamiento de automóviles o garaje” cuyo uso y aprovechamiento corresponde “única y exclusivamente a las catorce viviendas”, se confiere el carácter de elemento pro-común a dicho sótano y, de conformidad con el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal— se ordena un adecuado uso en cuya regulación, si no se llegó a especificar plazas de garaje concretas —jaulas o simples espacios— adscritas a las distintas viviendas como anejos de éstas, repitiendo el esquema de la propiedad horizontal, de un espacio arquitectónicamente acotado, de uso singular y exclusivo de puertas adentro, y el resto del inmueble con sus servicios, de propiedad y uso compartido, quedan, sin embargo, fijados los correspondientes derechos y limitaciones que tal propiedad común comporta.”

“Considerando que dentro de tal regulación, aquellas limitaciones que, saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de las viviendas, prohíben la transmisión de este derecho procomunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado, no hacen sino reiterar una limitación institucional del régimen de la Propiedad especial por pisos, según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3.º de la Ley, y en el mismo artículo 4.º “in fine” al negar la acción divisoria, y en este sentido no se atenta con ello al fundamental principio de libertad de disposición del artículo 348 del Código civil, ni se está ante uno de los supuestos que el artículo 27 de la Ley Hipotecaria impide su acceso al Registro.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas

Se hace difícil enjuiciar la doctrina emanada de esta Resolución, pues en ella se aborda el único problema a que se redujo el recurso, después de desistir el Registrador calificante del que verdaderamente valía la pena haber mantenido, aunque sólo fuera con el objeto de poner en un serio compromiso a la Dirección para que con su doctrina diese solución

a esa singular figura de los garajes en casas por pisos, producto de una necesidad evidente al haber proliferado tanto el automóvil.

Las posibles razones que asistieron al funcionario calificador no se traslucen en el recurso, pero lo que sí es evidente es que este hecho lo aprovechó sustanciosamente el Notario recurrente para ganar la batalla. La especialización del Notario recurrente en estas materias era el suficiente aliciente para contender en buena lid con sus posibles argumentos y valía la pena haber arriesgado todo, pues todo se perdió por haber insistido sólo en parte. Y el caso es que la argumentación inicial de la nota tenía toda la garra suficiente para poner en serio compromiso las tres construcciones que doctrinalmente había ofrecido otro Notario en una conocida publicación. Y precisamente el haber defendido el primer defecto hubiese llevado, sin duda alguna, a confirmar el segundo.

Sobre esta base es preciso montar nuestro comentario e intentar ver lo que hubiese ocurrido si el Registrador defiende el primer defecto junto con el segundo. Por todo ello vamos a distinguir: la posibilidad o no de inscribir los garajes en la propiedad horizontal y la disposición libre o no de los mismos.

A) *Inscripción de los garajes.*

Según la conocida monografía de MONET y ANTÓN ("Los garajes en comunidad.—Variantes en su tratamiento jurídico ante la Ley de Propiedad Horizontal", *Rv. Dr. Notarial*, núms. 77-78, 1972, págs., 443 y ss.) parece ser que solamente son tres los caminos jurídicos que admiten los garajes: a) Plazas de garaje independizadas como propiedades horizontales autónomas. b) Planta destinada a garaje, configurada como propiedad horizontal independiente del edificio, con atribución a distintos titulares (con convenio de división de uso, comunidad proindiviso, departamento procomunal, y sociedad; y c) Planta destinada a garaje, configurada como elemento común del edificio (como anejo o con convenio de división de uso).

La primera situación no ofrece grandes dificultades en torno a su posible inscripción, pues si cada plaza de garaje, identificada por un número, superficie y rayas que la delimitan espacialmente, se considera como piso o local independiente, deberá ajustarse a la normativa general del artículo 8 de la Ley Hipotecaria y los correspondientes de la Ley de Propiedad Horizontal. Como en la planta destinada a garaje deben quedar determinados espacios para el acceso a la misma, así como los precisos para la maniobra de aparcamiento y salida, se plantea el problema de cómo han de calificarse los mismos. El autor antes citado entiende que se trata de elementos comunes, con lo que en ellos existiría, además de las cuotas de cada garaje, las de los correspondientes pisos y locales de negocios, vinculando por ese solo hecho a los posibles gastos de conservación de elementos que son usados por otros. A mi entender, la solución pudiera estar en considerar esos elementos como "anejos" de cada garaje o plaza de garaje en tantas partes como plazas existan.

La segunda situación, estimando la planta que contiene los diversos garajes o aparcamientos como propiedad horizontal independiente, con atribución a distintos titulares, no ofrece, en principio, grandes dificultades, pues registralmente es como un piso o un local comercial que en vez de pertenecer a un propietario se adjudica a diversos de ellos. No obstante, todo ello debe ser entendido con diversos condicionamientos, pues en las variantes que ofrece el autor citado es necesario precisar diversos aspectos de estructuración de esa posible comunidad y afrontar si ello puede ser considerado como departamento "procomunal". Entiendo que solamente cuando la planta destinada a garaje esté considerada como departamento *procomunal* las normas que lo rigen, estructuran y perfilan pueden tener acceso al Registro de la Propiedad vinculando a los posibles titulares posteriores. Naturalmente que el supuesto sólo podría darse, conforme al artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando el departamento procomunal sea de "todos" los que forman la comunidad horizontal. Con ello nos inclinamos por una de las opciones que BLANQUER UBEROS (*Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal en la legislación vigente. Supuestos de hecho típicos y atípicos*. "Rev. Fidelidad", números 123-124, 1970) ofrece en el trabajo citado. Las dos variantes de comunidad, con convenio de división de uso y la de "prodiviso", me resisto a creer que puedan llegar a tener acceso registral en su normativa interior. El último supuesto de configurar el caso como una sociedad civil, el mismo autor la rechaza por diversas razones.

La tercera situación es la de configurar a la planta destinada a garaje como elemento común del edificio, equiparándolo a cualquier otro que pueda estimarse como tal. A diferencia del apartamento o departamento *procomunal*, aquí no hay independencia o individualización en su titularidad. Las diferentes cuotas de los distintos propietarios inciden en el mismo en la proporción que en los demás elementos comunes. Las dos variantes que el autor señala, como anejo y con simple convenio de división de uso, pueden tener la trascendencia de ser incluidas o no en un caso u otro de la Ley de Propiedad Horizontal y ser o no incluidas en el Registro de la Propiedad. El anejo puede penetrar al amparo de los estatutos mientras que el convenio de división de uso no pasa de ser regla interna que juega en el campo del artículo 6 de la Propiedad Horizontal.

Delimitados en forma muy general los tres supuestos que el autor contempla en el trabajo citado, se hace preciso tratar de proyectar el supuesto de hecho contemplado en los Resultandos de la Resolución comentada, para ver en qué supuesto puede encajar, sacando luego las conclusiones en orden a su posible enajenación o la prohibición que lo limita.

Ya el Notario autorizante de la escritura se disculpa en el recurso de la forma "precipitada y a pie forzado" en que se hizo la redacción de la cláusula que "no es lo perfecta y clara que sería de desear". En la referida cláusula se parten de estas premisas: 1.º Se habla de un sótano como departamento autónomo con una cuota (caso que perfectamente

puede ser incluido en el supuesto segundo de los antes dichos) destinado a garaje. 2.º) Se afirma que es apartamento procomunal, correspondiendo su uso sólo a catorce viviendas (lo cual viene a suponer que estamos también en la segunda de las construcciones apuntadas). 3.º) Se estima que el uso y aprovechamiento del sótano como garaje es "anejo" de cada una de las catorce viviendas, las cuales tienen derecho al aparcamiento de un solo vehículo en uno de los catorce huecos o espacios en que se divide (lo cual nos lleva a la solución tercera de las apuntadas. 4.º) Se dan normas en cuanto a cesión que pueden implicar una conexión *ob rem* con la correspondiente vivienda, y 5.º) Se exonera de gastos generales al sótano (a pesar de tener una cuota) y en cuanto a los específicos del garaje se entienden a cargo de cada una de las catorce viviendas, siendo responsables solidariamente sus dueños o cesionarios de las mismas.

Es curioso que toda la claridad que podían ofrecer las construcciones citadas, aquí se oscurece. No creo que haya sido la prisa, ni el pie forzado, sino la intención de hacerlo de este modo para que resultando tan complicado fuese también difícil la calificación. No es posible que todo esto sea al mismo tiempo un apartamento independiente, un elemento procomunal y un anejo. O es una cosa o es otra, pero las tres a la vez es imposible. Descarto que se trate de un apartamento *procomunal*, porque de las dos opciones de que hablaba BLANQUER en el artículo citado ya hemos visto que nuestra postura es estimar que sólo cuando "todos" los condueños lo acuerden así para su "servicio o utilidad" puede hablarse de apartamento "procomunal", conforme al artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal y aquí sólo son catorce, sin que conste la renuncia de todos los demás, si es que ésta cabe en esta materia.

Si lo calificamos de anejo y lo adscribimos a cada uno de los catorce pisos o viviendas (rectificando su respectiva inscripción, pues originariamente no figuraba como tal), es absolutamente necesario que dicho sótano deje de tener una cuota en los elementos comunes, pues si es elemento común (el anejo en sí lo es) no puede ostentar cuota. Hubiera sido preciso para ello reestructurar las cuotas de las catorce viviendas, repartiéndolo entre ellas la del sótano. No hacía falta, por supuesto, acudir a la vieja teoría de la titularidad *ob rem*, pues con el criterio de accesoriadad o la construcción de pertenencia, basta.

Necesariamente, por tanto, tenemos que desembocar en la construcción segunda de las apuntadas, pues estamos ante una especie de piso o local que en vez de pertenecer a un solo propietario ostentan su titularidad catorce de ellos, con unas reglas de uso y aprovechamiento y disposición de carácter interno que no pueden vincular más que a los titulares de todo ello, pero nunca tener la eficacia *erga omnes* y el carácter real que se las pretende dar. Es decir, que la construcción, aun aceptando la segunda solución, toma una o varias de sus variantes. El hecho de descompensar la contribución de gastos comunes con el cargo en cada vivienda beneficiaria, no supone la eliminación de la cuota, sino una regla de régimen interior, pues el mayor valor del precio de la adquisición de un piso no puede suponer —a la larga— una contribución mayor en los

gastos generales, salvo que así se haya establecido en los estatutos o en su variación, pero para que ello se lleve a cabo es necesario la alteración de la cuota.

Por ello, al ser sólo catorce y no *todos*, era imposible hablar de apartamento "procomunal" que sólo provocaría una alteración en la descripción de la finca inscrita en el folio general y sus posibles repercusiones en las especiales de cada piso o local, y al ser configurado como apartamento con cuota, perteneciente a diversos titulares, era preciso determinar su titularidad, cosa que señala el Registrador en su nota calificadora, ajustada al principio de especialidad. Caso de haberse entendido que eran "anejos" hubiera sido necesario describir cada plaza de garaje, en base de lo que disponen los artículos 3, a) y 5, apartado 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, para luego atribuirlo a cada vivienda respectiva.

En el presente supuesto era muy difícil utilizar la técnica de la titularidad *ob rem* —divulgada por ATARD en los derechos reales que se ostentan por razón de las cosas —pues su doctrina no está plenamente aceptada por la legislación hipotecaria a través del principio de especialidad y, de otra parte, su problemática se resuelve a base del criterio de accesoriedad de los "anejos". Pero ya hemos visto que no estamos en tal caso.

La Dirección General, para basar la solución que da al segundo defecto de la nota registral, abre en un considerando la construcción que entiende ajustada al tema, lo cual puede provocar una "generalización" del enfoque sobre la materia. La Dirección General admite que estamos ante un "elemento pro-común" al amparo del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal y rechaza la configuración del supuesto como si se tratara de un "anejo", con lo cual elimina la teoría de la titularidad *ob rem* y el criterio de accesoriedad de que hemos venido hablando. Pero lo que sí se afirma es que a través de esa construcción quedan "fijados los correspondientes derechos y limitaciones que tal propiedad común comporta". Decimos que la Dirección elimina el criterio de "accesoriedad" solamente para rechazar el carácter de "anejo" al sótano destinado a garaje, pero no para entender que el departamento "pro-comunal" no quede vinculado a la propiedad de cada uno de los catorce pisos que tienen derecho de uso y disfrute de dicho aparcamiento.

B) *Disposición de los mismos.*

Partiendo de la construcción que hemos apuntado, la tesis defendida por el Registrador en su informe debe prevalecer sobre la defendida por el Notario recurrente, pues la titularidad de un apartamento en comunidad regida por el Código civil permite la enajenación de la respectiva cuota, y su limitación o prohibición entra en el cauce normativo del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Pero dicha tesis había que haberla enlazado con la construcción jurídica del supuesto base, ya que de lo contrario dejaba de tener solidez.

El Notario, en su habilidoso informe, mezcla dos construcciones y juega con ellas. Por una parte habla de *anejos* y, por otra, de apartamentos *procomunales*. Es curioso destacar una afirmación notarial que resta fuerza al argumento esgrimido. El Notario dice que conforme al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal hay que describir en la inscripción de cada piso o local la de los “anejos” que le pertenezcan, “pero esto se refiere a los elementos diferenciados como buhardilla, etc., pero no a los que sólo suponen una cuota de participación como es una plaza de garaje para automóvil”. Leído con cierto detenimiento el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal vemos que, dentro de los “anejos” que hay que describir figura el “garaje” y el “sótano”, además de la buhardilla.

Realmente destaco esta idea notarial para resaltar la habilidad en el juego de su informe, pues partiendo de que se trata de un “anejo”, lo convierte posteriormente en un “departamento procomunal” y aplica a ambos supuestos la misma norma: la descripción de la titularidad del sótano-garaje a la de las viviendas a cuyo servicio se destine con carácter exclusivo. Efectivamente que la norma tiene que ser igual, pero lo que no puede es simultanearse dos construcciones para un mismo supuesto: o hay anejo, vinculado estrechamente a cada piso, o hay departamento “procomunal” al servicio de “todos” los copropietarios, quedando vinculados los mismos por el destino asignado.

La Dirección General, más precisa en este punto, califica al supuesto de elemento o departamento “procomunal” y de esta forma invoca los artículos 3, último párrafo “in fine” y 4, también “in fine” de la Ley de Propiedad Horizontal, que permiten un pacto de indivisión y destacan el estrecho vínculo existente entre los pisos o locales y los elementos comunes. Ello, trasladado al caso que nos ocupa, en el cual existen unas normas sobre disposición del uso y aprovechamiento de cada plaza de garaje, no viene más que a “reiterar la limitación institucional” que vincula al piso o pisos con los elementos comunes del edificio.

En conclusión, era inevitable una configuración del supuesto para poder defender la consecuencia. La Dirección lo califica de “procomunal”, el Notario da dos opciones (anejo y “procomunal”) en su informe, pero de los términos empleados vemos que puede existir un *tertius genus* que pone serios reparos a las decisiones ofrecidas.

COMPRAVENTA.—ES INSCRIBIBLE LA NUEVA ESCRITURA OTORGADA POR LOS MISMOS INTERESADOS Y CALIFICADA DE “RESOLUCIÓN MEDIANTE NUEVA COMPRAVENTA” SIN PERJUICIO DE LOS DERECHOS QUE CON ANTERIORIDAD A ESTA INSCRIPCIÓN SE HAYAN HECHO CONSTAR EN EL REGISTRO A FAVOR DE TERCERAS PERSONAS. (Resolución de 27 de diciembre de 1973, *B. O. del Estado* de 19 de enero de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Cuenca ante el Notario don Antonio Pérez Sanz, el 10 de junio de 1969, doña Basilisa Carreras Temprado, vendió a don Pascual Crespo de Marco, por el precio

de mil quinientas pesetas, un solar sito en la calle Menéndez y Pelayo, número 46, que el adquirente inscribió en el Registro de la Propiedad; que aunque en la escritura no se hizo constar ningún condicionamiento, el motivo determinante del negocio jurídico fue que posteriormente la vendedora tendría preferente derecho a ocupar una vivienda en el edificio que el comprador se proponía levantar en el local adquirido; y que, por dificultades económicas, éste no pudo realizar la construcción proyectada, por lo que, después de diversas gestiones, los otorgantes decidieron de mutuo acuerdo dejar sin efecto la operación realizada, para lo cual otorgaron nueva escritura el 16 de octubre de 1971, ante el Notario don Antonio Varona Díaz, en la que los interesados, para volver a la situación inicial manifestaron que "han decidido dejar sin efecto" la anterior compraventa, estipulándose que "don Pascual Crespo de Marco, con consentimiento de su esposa, transmite a doña Basilisa Carreras Temprado el pleno dominio de la finca descrita y ésta la acepta y la adquiere libre de cargas", y a su vez el señor Crespo de Marco declara que "tiene recibido de la señora Carreras Temprado el precio que se estipuló y entregó en la relacionada escritura de mil quinientas pesetas y otorga carta de pago".

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con Nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción por el defecto que se reputa insubsanable de resultar el acto en él contenido, contradictorio en sus propios términos, en cuanto se le hace revestir a la vez de carácter de resolución de compraventa y de venta nueva, sin que pueda válidamente encajarse en ninguno de dichos negocios, según los antecedentes del Registro, un contrato de compraventa perfecto y consumado, sin pacto de cláusula resolutoria alguna, y la nueva venta que pudiera deducirse al presente carece de precio real y efectivamente entregado al hacerse servir a la actual transmisión el precio que se estipuló y entregó en la anterior. Todo lo cual, unido a la ambigüedad resultante de las estipulaciones de las partes, contraria a la claridad y determinación que inspira la publicidad registral, impide la inscripción".

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia enseñan que es lícito el acuerdo resolutivo de la compraventa y cualquier otro negocio jurídico anterior, distinguiéndose en tal resolución dos aspectos: el convenio resolutivo y la nueva transmisión de lo que recíprocamente recibieron en el contrato anterior; que, igualmente, la doctrina y la jurisprudencia reconocen con amplitud el principio de autonomía de la voluntad en la resolución de contratos precedentes siempre que no se perjudique a terceros; que el artículo 1.506 del Código civil dispone que la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y además por las expresadas en los capítulos anteriores y por el retracto convencional y por el legal; que al no establecerse ninguna limitación, el precepto comprende naturalmente todo supuesto de compraventa per-

fecta y consumada, aunque no se haya establecido pacto previo de resolución; que la principal consecuencia de la resolución es que quede sin efecto el contrato anterior, recuperando el vendedor la cosa y el comprador el precio, siendo ambos liberados de sus anteriores obligaciones; que la Nota calificadora sólo contempla el aspecto rescisorio de la resolución, olvidando la obligación de devolverse recíprocamente lo recibido, que da lugar a la nueva escritura de compraventa; que en esta escritura hay transmisión y hay precio que es el mismo que se estipuló y entregó en la compraventa anterior; y que no existen ninguna ambigüedad en las estipulaciones del documento calificado, como puede apreciarse en un examen del mismo.

Resultando que el Registrador informó: Que el contenido del Registro respecto de la finca objeto del recurso es el siguiente: a) Inscripción primera de compraventa en favor de don Pascual Crespo de Marco y su esposa, para la sociedad conyugal, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria. No figura pacto ni determinación accesoría alguna en ella, ni figuraba en la escritura, como demuestra la nota al margen del correspondiente asiento de presentación, que no hace referencia a suspensión o denegación alguna. La fecha del asiento de inscripción es de 31 de diciembre de 1969. b) Anotación preventiva de suspensión de embargo, letra A, caducada mas no cancelada, en favor de don Domingo Arias Montoya, mayor de edad, casado, ebanista, practicada en méritos de procedimiento ejecutivo 116/71 seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Cuenca, en reclamación de 100.464 pesetas de principal, más otras 40.000 para costas y gastos, contra el señor Crespo de Marco, declarado en rebeldía. La expresada anotación fue tomada en suspensión de la de embargo por falta de cumplimentar el artículo 144 del Reglamento Hipotecario mediante citación o notificación a la esposa del deudor. c) Asiento de presentación de la escritura calificada con Nota indicativa de la interposición del recurso y referencia a la calificación que ha dado lugar a la misma; que los defectos señalados en la Nota recurrida son tres: 1.º Contradicción entre los propios términos del contrato que identifican los conceptos de transmisión *ex novo* o nueva venta y resolución de la precedente, dando como resultado ambigüedad y confusión. 2.º La inexistencia de resolución del contrato anterior, y 3.º La carencia de precio real y efectivamente entregado; que deja sin efecto la falta últimamente señalada pese a lo ilógico de resultar el precio fijado muy inferior al que arroja la comprobación de valores, tratarse de una compraventa posterior en año y medio a la anterior sin tener en cuenta la plusvalía y los beneficios que supondría la reserva de piso que la vendedora tenía sobre el edificio que, según dicen los otorgantes, el comprador proyectaba levantar en el solar adquirido, todo lo cual hace pensar en la simulación; que la naturaleza del derecho que se inscribe es una de las circunstancias esenciales de la inscripción y ha de expresarse con toda claridad, y como nuestro sistema de transmisión es causalista, igualmente clara ha de ser la causa de la transmisión; que la denominación que se da al negocio convenido de "resolución de compraventa mediante una nueva venta" no

expresa con claridad la causa del contrato e induce a confusión; que, además, el título es contradictorio, porque “resolución de venta” y “nueva venta” son dos conceptos jurídicos muy diferentes, sin que la contraposición de los mismos quiera dar a entender que cabe resolución voluntaria de venta; que la resolución es un concepto negativo, extintivo, mientras que el de compraventa, como resulta obvio, es positivo y creador de obligaciones; que la resolución es un concepto jurídico al que la Ley y la doctrina han dado significación propia de regreso a la situación jurídica anterior, de reconocimiento de ésta y destrucción con carácter retroactivo de las consecuencias intermedias; que sus efectos se producen *ex-tunc* e *in-rem*, con trascendencia respecto de terceros adquirentes, por lo que no es ocioso tener presente el contenido del Registro en cuanto a la finca cuestionada; que si bien en el presente caso no figura ninguna anotación preventiva vigente, el folio registral muestra un crédito que acudió al procedimiento ejecutivo, que quizá podría subsanar su caducada reserva de puesto, lo que constituye un argumento más en favor de la tesis que defiende; que con la inscripción de la venta que se pretende se garantizaría a la primera enajenante que con su imprevisión dio lugar a la situación creada, una posición privilegiada ante acreedores que al menos merecen una paridad de trato; que excluido el planteamiento de problemas de simulación y fraude de acreedores, que desborda el ámbito de la calificación, nada habría que objetar si sencillamente se hubiese convenido una clara y simple venta con los términos personales invertidos respecto a la anterior, pero sin reflejar idea resolutoria; que el mayor peso de la Nota no radica, como parece que pretende el recurrente, en el señalamiento de falta de precio, sino en la ausencia de verdadero carácter resolutorio en sentido técnico, que requiere previsión del legislador o de las partes para que se produzca, y que origina una restitución de prestaciones y la invalidez de los efectos desplegados en el interregno; que tal resolución no existe en el contrato calificado, ya que no pueden identificarse mutuo disenso y resolución cuando se trata de contratos perfectos y consumados, por lo que no es aplicable al mismo la doctrina y jurisprudencia referente a ésta; que la idea de extinguir por mutuo disenso una obligación contraída anteriormente es clara y está admitida sin reservas por la jurisprudencia y la doctrina, pero debe observarse que se trata de extinguir, o sea, poner fin a un contrato que está desplegando sus efectos, no al que ya los agotó bastante antes con la entrega de la cosa y el precio; que cumplidas las prestaciones de un negocio, éste escapa a la voluntad de las partes para entrar en el mundo del derecho con las condiciones que le son propias, en el presente caso la plena titularidad del entonces comprador sin evento alguna condicionante; y que toda confusión y mezcla de instituciones no coherentes puede ser dilucidada por el Juez en su sentencia, pero no por el Registrador en su calificación.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura informó: Que dio a la operación realizada, que le parece perfectamente lícita y normal, la denominación de “resolución de compraventa mediante nueva venta”,

que podrá ser más o menos técnica, pero que no supone falta de legalidad en las formas extrínsecas, ni de capacidad en los otorgantes ni de validez de los pactos dispositivos contenidos en la escritura, cuya validez ha sido reconocida por el Registrador al rectificar en su informe la Nota calificadora; que entiende que el acuerdo resolutorio, de signo meramente obligacional y sobriamente recogido en la escritura, está amparado por el artículo 1.255 del Código civil que autoriza los pactos que las partes tengan por convenientes estipular siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público; que el pacto convenido es lícito, como reconoce el funcionario calificador en su informe y admite unánimemente la doctrina, que entiende que las partes pueden dejar por mutuo acuerdo sin efecto un contrato anterior perfecto y consumado que de este modo resuelve, que precisamente este sistema es el que han utilizado las partes otorgantes de la escritura primitiva al convenir un nuevo contrato traslativo para resolver el primero; que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tanto patria como extranjera, admiten ampliamente el principio de autonomía de la voluntad; que si la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, además de otras específicas, uno de los modos de resolverlas es el concreto acuerdo de las partes contratantes; que el Registrador en su informe no lo entiende así y su razonamiento no es convincente por confuso y falto de rigor; que no es que la venta se resuelva por la venta como indica dicho funcionario, sino que se resuelve por el acuerdo de comprador y vendedor, y conseguido dicho acuerdo la transmisión de la cosa se hace mediante una nueva venta u otro negocio de transferencia, lo que no es un contrasentido en ningún aspecto; que entre la Nota calificadora y la concreción de los defectos en el informe registral existe una gran diferencia, pues en la primera se señala un solo defecto que se va explicando en el desarrollo de la Nota, mientras que en el informe se señalan tres defectos independientes que no se articulan con la conexión que tenían en aquella, lo que supone una modificación de la misma, no admitida por la jurisprudencia registral; que hay además una esencial inexactitud al decirse "resolución de compraventa y venta nueva" cuando la escritura fue designada con el nombre de resolución de compraventa mediante venta nueva; que esta venta nueva es el instrumento o medio de realización del pacto resolutorio de la compraventa anterior; que el lenguaje utilizado podrá ser más o menos correcto, pero no hay duda de que aunque no existiese una resolución propiamente dicha, el pacto estipulado es de los admitidos por el artículo 1.255 del Código civil; que si el Registrador opina que la declaración de dejar sin efecto el contrato anterior es simplemente obligacional, pudo prescindir del mismo e inscribir la escritura como título traslativo con vida independiente; que el Registrador en su informe habla de muchas cosas, pero no puntualiza dónde radica la contradicción que señala en la Nota, alterando los términos de la escritura autorizada que relaciona con la copulativa y, cuando el término utilizado en ella es mediante; que para justificar su contradictoria confusión, el Registrador habla de la teoría de la causa, que no viene aquí a a cuento, pues admitida la validez de

la compraventa, tanto la naturaleza del derecho que se inscribe como la causa de la transmisión, están perfectamente determinadas y no pueden inducir a confusión; que es anómalo razonar la inexistencia de la resolución después de haber reconocido que la compraventa es válida y eficaz; que la transmisión que opera la compraventa tiene su antecedente y razón de ser en el pacto resolutorio previo y reconocida la existencia y legalidad de aquélla hay que aceptar, quiérase o no, que su antecedente y razón esencial también existe; que aparte de la resolución prevista por el legislador y las partes, hay que admitir por imperativos de la doctrina legal, jurisprudencial y científica, aquélla que tiene lugar por mutuo disenso o acuerdo de los interesados; que la resolución no produce siempre efectos *in-rem* y *ex-tunc*, sino que en el caso de la escritura. por ejemplo, quedan a salvo los derechos de terceros; y que el Registrador habla en su informe de simulación y posible fraude, lo que es muy delicado y deja entrever la posibilidad de que la escritura calificada encubra estas irregularidades, lo que es excesivo y fuera de lo que procede en una calificación, a más de que la realidad de los planteamientos iniciales a que alude demuestran lo contrario.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y Notario autorizante del instrumento y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Doctrina.—“Considerando que inscrita en el Registro de la Propiedad una escritura de compraventa, que ya se encontraba consumada al haber entregado el vendedor el inmueble y pagado el comprador el precio, la cuestión que plantea este expediente consiste en dilucidar si es inscribible una nueva escritura que los interesados califican de “resolución mediante una nueva compraventa” en la que el primitivo vendedor adquiere otra vez la finca al asumir la posición de comprador dando cumplimiento a su obligación de satisfacer el precio e inversamente el primitivo comprador asume la posición del vendedor y entrega el mismo inmueble objeto del contrato anterior.”

“Considerando que en el Derecho de Obligaciones es fundamental el principio de libertad contractual sancionado en el artículo 1.255 del Código civil que no tiene más limitaciones que las que el mismo artículo establece de que los pactos, cláusulas o condiciones no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, y estas obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes según el artículo 1.091 del Código civil y deben ser cumplidas en la forma en que fueron pactadas.”

“Considerando que este principio general permite, por tanto, a las partes regular en la forma que tengan por conveniente las relaciones entre ellas, y que por mutuo disenso pueden dejar sin efecto toda clase de obligaciones patrimoniales, unas veces antes de consumarse los efectos del contrato ya perfecto, y otras, cuando esto ha tenido lugar —como sucede en este expediente— en cuyo supuesto lo que en realidad sucede es que se ha formalizado un nuevo contrato inverso al primero y que se

endereza a dejar sin efecto el preexistente, por lo que es necesario que reúna los requisitos esenciales para su validez.”

“Considerando que independientemente de la denominación que las partes asignen al negocio concluido, los contratos tienen la esencia que les es propia, y en este sentido la escritura calificada contiene un negocio extintivo de la compraventa celebrada entre los mismos interesados en 10 de junio de 1969, que han configurado a través de una nueva compraventa, cuya causa *vendendi* aflora a través de la especificación de los motivos que la fundamentan, y que como todo contrato nuevo producirá sus efectos a partir de la fecha de su celebración, y por ello huelga toda discusión sobre las vicisitudes que hayan podido suceder en el período que media entre las dos compraventas, así como los posibles derechos de terceros que se hayan inscrito sobre la finca retransmitida durante esta situación.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.”

Consideraciones críticas.

La materia objeto de la presente Resolución resulta más complicada a través de los informes que emiten Registrador calificador y Notario recurrente que lo que en la realidad jurídica se ofrece. El problema es simplemente la resolución de una compraventa, consumada mediante una nueva compraventa, en la que cambian de posición contractual las partes intervinientes en la primera, de tal forma que el comprador es ahora vendedor y el vendedor lo es comprador.

Por supuesto, entran en la solución del problema una serie de conceptos que elevan el tono del mismo, pero que a fin de cuentas no aportan verdaderas salidas ingeniosas para soluciones distintas de las adoptadas. Juegan los conceptos de “ambigüedad de redacción del documento”, el de “causa y motivo”, el de “perfección y consumación del contrato”, el de “autonomía de la voluntad”, la “terminología empleada”, el “mecanismo resolutorio”, etc.

Por todo ello —y en aras de un intento de claridad— creo que caben distinguir estas tres partes: a) La posibilidad de resolución de los contratos. b) La forma adecuada para ello y c) Las repercusiones que pueden producirse por dicha resolución. Vamos a desarrollar en este comentario los tres puntos, dejando incompleto el último de ellos —en lo que se refiere a los terceros— pues queremos destacar este efecto en el comentario que hagamos seguidamente a la Resolución de 29 de diciembre de 1973, con supuesto análogo al que ahora contemplamos.

A) *Posibilidad de resolución de un contrato*

No vamos a generalizar la doctrina de la resolución de los contratos, pues lo conveniente es que si se trata de un contrato de compraventa lo ideal es centrar la materia en el mismo. Conforme al artículo 1.506 del Código civil hay tres cauces para la resolución de la compraventa:

las causas generales de las obligaciones, las específicas que se señalan para la compraventa por razones de evicción, saneamiento, gravámenes ocultos, incumplimiento, condición, etc., y por el juego del retracto convencional y el legal.

Entre las causas genéricas de resolución de las obligaciones no figura, por supuesto, el *mutuo acuerdo* de las partes, como puede comprobarse en el artículo 1.156 del Código civil, lo cual no es obstáculo para que entendamos con la generalidad de la doctrina que puede perfectamente entrar en juego el principio de autonomía de la voluntad y puestas de acuerdo las dos partes contratantes dejar sin efecto un contrato celebrado, todo ello al amparo del artículo 1.255 del Código civil. La argumentación hasta el presente parece ajustarse plenamente a los cánones estrictos de una legalidad vigente.

¿Puede resolverse una compraventa en la que las partes no hayan previsto esa resolución en sus cláusulas? Esta es precisamente la primera objeción que el Registrador opone en su nota: un contrato perfecto y consumado no puede resolverse sin que exista en él pacto o cláusula resolutoria. El Notario defiende todo lo contrario y entiende que el acuerdo resolutorio, de signo meramente obligacional y sobriamente recogido en la escritura, está amparado por el artículo 1.255 del Código civil, que autoriza los pactos que las partes tengan por conveniente estipular, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. La tesis que prevalece, desde un punto de vista de lógica jurídica, es esta última a la que hace alusión los segundo y tercer considerandos de la Resolución al invocar el artículo 1.255 del Código civil y decir que “este principio general permite, por tanto, a las partes regular en la forma que tengan por conveniente las relaciones entre ellas, y que por *mutuo disenso* puedan dejar sin efecto toda clase de obligaciones patrimoniales”.

B) *Forma adecuada para ello.*

La operación de resolución del contrato primitivo se realiza a través de una “nueva venta”, que el Notario autorizante de la escritura aclara que podrá ser más o menos técnica, pero que no supone falta de legalidad en las formas extrínsecas, ni capacidad en los otorgantes, ni de validez de los pactos dispositivos contenidos en la escritura, cuya validez ha sido reconocida por el Registrador.

El Registrador, sin embargo, hace una especie de alarde acumulativo de teorías que crean más “ambigüedad y confusión” que las que él mismo alega en la construcción jurídica. Así, por ejemplo, dice que hay contradicción entre los conceptos de “transmisión *ex novo* o nueva venta y resolución de la precedente”, niega la existencia de resolución del contrato anterior y llega a la conclusión de que se trata de un contrato sin precio real y, por ello, simulado, aparte de que el medio resolutorio empleado de la nueva venta induce a confusión al no expresar con claridad la “causa del contrato”. Es decir, el Registrador, en apoyo de su tesis, hace aflorar en su informe a los conceptos fundamentales de la teoría

general del contrato, pero lo hace con tan poca habilidad que su alegato más que ser un argumento favorable se vuelve ataque de su tesis.

Entiendo que es más convincente la postura notarial: no es que la venta se resuelva por la nueva venta, sino que se resuelve por el *acuerdo* de comprador y vendedor, *mutuo disensio*, y conseguido dicho acuerdo la transmisión de la cosa se hace mediante la “nueva venta” u otro negocio de transferencia. ¿Cuál sería este otro negocio de transferencia? Verdaderamente que en vez de complicar el supuesto, como en los hechos acaece, hubiese sido posible el otorgamiento de una escritura de resolución del contrato primitivo, dando lugar la misma a la restitución del precio por una parte y de la cosa por otra. Pero nada impide que se haya hecho en la forma en que se realiza, aunque ella nos recuerde a otra que tuvimos que calificar en su día y en la cual el incumplimiento de un destino pactado para una donación de bienes provocó la resolución de dicho negocio después de transcurrir el tiempo pactado y el Notario, con raíces catalanas, estructuró el nuevo negocio de resolución o readquisición del inmueble donado con el calificativo de un negocio de *retrodonación*, locución que aflora en la Compilación catalana.

Creo es desacertado hablar de “simulación” y de “posible fraude”, cosas ambas que entran dentro de las facultades del Registrador, en su calificación —aun y a pesar de que el Notario considere que es excesivo— pues esa afirmación comporta una prueba o, por lo menos, una argumentación convincente al respecto. Alegar, de otra parte, la falta de causa es ya más arriesgado. La causa de la nueva compraventa —causa *vendendi*— surge como una consecuencia de los motivos que la fundamentan y que radican en la resolución del anterior contrato por *mutuo disensio* de las partes y sobre la base de un incumplimiento de una de ellas.

C) *Efectos que produce.*

Más que los efectos que se producen por el negocio así estructurado queremos, en estos momentos, precisar el momento en que los mismos se producen. El momento debe ser claro. La resolución produce efectos únicamente desde el momento en que la nueva compraventa o contrato se realiza. No obstante, el Registrador alega —y en cierto modo tiene algo de razón— que el efecto propio de la resolución, según reiteradamente tiene declarado la doctrina y la jurisprudencia es retroactivo, *ex tunc* o *in rem*, lo cual hace que deba borrarse todo el tiempo intermedio pasado desde la perfección del contrato, de difícil aplicación al presente caso en el que las partes alegan como motivo fundamental para la celebración de una nueva venta la resolución de la anterior, lo cual hace que la misma sólo pueda tener vigencia desde el momento de su celebración.

Esta también es la acertada opinión de la Dirección General, que entiende que el contrato de compraventa “es nuevo” y que como tal producirá sus efectos *a partir de la fecha de su celebración* y por ello huelga toda discusión sobre las vicisitudes que han podido suceder en el período

que media entre dos compraventas, así como los posibles derechos de terceros que se hayan inscrito sobre la finca transmitida durante esta situación.

Hemos apuntado antes que no íbamos a tratar de los efectos de esta resolución —llevada a cabo mediante una nueva venta— frente a posibles terceros, pues de este problema queremos hacer un pequeño comentario en la Resolución que sigue para no dejarla huérfana de él y tener que acudir al socorrido criterio de la remisión analógica.

En el transcurso del comentario he querido dejar muy claro la acertada solución que la Dirección General da al caso, así como el poco acertado en las alegaciones del Registrador calificador, que pudo perfectamente superar el problema sin complicarlo con vertiginosas alturas doctrinales, manejadas con poca eficacia y habilidad.

COMPRAVENTA.—REITERA LA DOCTRINA DECLARADA EN LA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1973. (Resolución de 29 de diciembre de 1973, *B. O. del Estado* de 19 de enero de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Cuenca ante el Notario don Antonio Pérez Sanz el 10 de junio de 1969, los cónyuges doña Lorenza-Victoria Rodríguez Mercado y su esposo vendieron por el precio de 2.000 pesetas a don Pascual Crespo de Marzo y señora, un solar en la calle Menéndez y Pelayo, número 44, que los adquirentes inscribieron a su nombre en el Registro de la Propiedad; que aunque en la escritura no se hizo constar ningún condicionamiento, el motivo determinante del negocio jurídico, según los interesados, fue que posteriormente los vendedores tendrían preferente derecho a ocupar una vivienda en el edificio que los compradores se proponían levantar en el local adquirido; y que, por dificultades económicas, éstos no pudieron realizar la construcción proyectada por lo que, después de diversas gestiones, los otorgantes decidieron, de mutuo acuerdo, dejar sin efecto la operación realizada, para lo cual otorgaron nueva escritura el 16 de octubre de 1971 en la que para volver a la situación inicial, manifestaron que “han decidido dejar sin efecto” la anterior compraventa, estipulándose que “don Pascual Crespo de Marco, con consentimiento de su esposa, transmite a doña Lorenza-Victoria Rodríguez Mercado el pleno dominio de la finca descrita y ésta la acepta y la adquiere libre de cargas”, y a su vez el señor Crespo de Marco declara que “tiene recibido de la señora Rodríguez Mercado el precio que se estipuló y entregó en la relacionada escritura de dos mil pesetas y otorga carta de pago.”

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con Nota del tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción por el defecto que se reputa insubsanable de resultar el acto en él contenido, contradictorio en sus propios términos, en cuanto se le hace revestir a la vez el carácter de resolución de compraventa y de venta nueva, sin que pueda válidamente encajarse en ninguno de dichos

negocios, toda vez que la previa transmisión que dice dejar sin efecto constituyó en su día, según los antecedentes del Registro, un contrato de compraventa perfecto y consumado, sin pacto de cláusula resolutoria alguna, y la nueva venta que pudiera deducirse al presente carece de precio real y efectivamente entregado al hacerse servir a la actual transmisión el precio que se estipuló y entregó en la anterior. Todo lo cual, unido a la ambigüedad resultante de las estipulaciones de las partes, contraria a la claridad y determinación que inspira la publicidad registral, impide la inscripción”.

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia enseñan que es lícito el acuerdo resolutivo de la compraventa y cualquier otro negocio jurídico anterior, distinguiéndose en tal resolución dos aspectos: el convenio resolutivo y la nueva transmisión de lo que recíprocamente recibieron en el contrato anterior; que igualmente la doctrina y la jurisprudencia reconocen con amplitud el principio de autonomía de la voluntad en la resolución de contratos precedentes siempre que no se perjudique a terceros; que el artículo 1.506 del Código civil dispone que la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y, además, por las expresadas en los capítulos anteriores y por el retracto convencional y por el legal; que al no establecerse ninguna limitación, el precepto comprende naturalmente todo supuesto de compraventa perfecta y consumada, aunque no se haya establecido pacto previo de resolución; que la principal consecuencia de la resolución es que quede sin efecto el contrato anterior, recuperando el vendedor la cosa y el comprador el precio, siendo ambos liberados de sus anteriores obligaciones; que la Nota calificadora sólo contempla el aspecto rescisorio de la resolución, olvidando la obligación de devolverse recíprocamente lo recibido, que da lugar a la nueva escritura de compraventa; que en esta escritura hay transmisión y hay precio, que es el mismo que se estipuló y entregó en la compraventa anterior; y que no existe ninguna ambigüedad en las estipulaciones del documento calificado, como puede apreciarse en un examen del mismo.

Resultando que el Registrador informó: que el contenido del Registro respecto de la finca objeto del recurso es el siguiente: a) Inscripción primera de compraventa en favor de don Pascual Crespo de Marco y su esposa, para la sociedad conyugal, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, sin determinación accesoria ni condicionamiento de ninguna clase; b) Anotación preventiva de embargo, letra A, en méritos de juicio ejecutivo promovido ante el Juzgado de Primera Instancia de Cuenca por doña Victoria Blanco Sanz, contra el señor Crespo de Marco sobre reclamación de cantidad, intereses y costas, con nota de expedición de la certificación prevista en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento civil; c) Otra anotación de suspensión de embargo por defectos subsanables, derivada de reclamación de cantidad, y ya cancelada, y d) Asiento de presentación de la escritura calificada con nota indicativa de la interposición

del recurso y referencia a la calificación que ha dado lugar a la misma; que los defectos señalados en la Nota recurrida son tres: 1.º Contradicción entre los propios términos del contrato que identifican los conceptos de transmisión *ex novo* o nueva venta y resolución de la precedente, dando como resultado ambigüedad y confusión; 2.º La inexistencia de resolución del contrato anterior, y 3.º La carencia de precio real y efectivamente entregado; que deja sin efecto la falta últimamente señalada pese a lo ilógico de resultar el precio fijado muy inferior al que arroja la comprobación de valores, tratarse de una compraventa posterior en año y medio a la anterior sin tener en cuenta la plusvalía y los beneficios que supondría la reserva de piso que la vendedora tenía sobre el edificio que, según dicen los otorgantes, el comprador proyectaba levantar en el solar adquirido, todo lo cual hace pensar en la simulación; que la naturaleza del derecho que se inscribe es una de las circunstancias esenciales de la inscripción y ha de expresarse con toda claridad, y como nuestro sistema de transmisión es causalista, igualmente clara ha de ser la causa de la transmisión; que la denominación que se da al negocio convenido de "resolución de compraventa mediante nueva venta" no expresa con claridad la causa del contrato e induce a confusión; que, además, el título es contradictorio, porque "resolución de venta" y "venta nueva" son dos conceptos jurídicos muy diferentes sin que la contraposición de los mismos quiera dar a entender que cabe resolución voluntaria de venta; que la resolución es un concepto negativo, extintivo, mientras que el de compraventa, como resulta obvio, es positivo y creador de obligaciones; que la resolución es un concepto jurídico al que la Ley y la doctrina han dado significación propia de regreso a la situación jurídica anterior, de recomposición de ésta y destrucción con carácter retroactivo de las consecuencias intermedias; que sus efectos se producen *ex novo* e *in rem* con trascendencia respecto de terceros adquirentes, por lo que no es ocioso tener presente el contenido del Registro en cuanto a la finca cuestionada; que la anotación de embargo que figura en el mismo no es, efectivamente, un defecto que obstaculice la inscripción en general, pero es un argumento más en favor de la tesis que defiende; que con la inscripción de la venta que se pretende se garantizaría a la primera enajenante que con su imprevisión dio lugar a la situación creada, una posición privilegiada ante acreedores que al menos merecen una paridad de trato; que excluido el planteamiento de problemas de simulación y fraude de acreedores, que desborda el ámbito de la calificación, nada habría que objetar si sencillamente se hubiese convenido una clara y simple venta con los términos personales invertidos respecto a la anterior, pero sin reflejar idea resolutoria; que el mayor peso de la Nota no radica, como parece pretende el recurrente, en el señalamiento de falta de precio, sino en la ausencia de verdadero carácter resolutorio en sentido técnico, que requiere previsión del legislador o de las partes para que se produzca y origina una restitución de prestaciones y la invalidez de los efectos desplegados en el interregno; que tal resolución no existe en contrato calificado, y que no pueden identificarse *mutuo disenso* y resolución cuando se trata de

contratos perfectos y consumados, por lo que no es aplicable al mismo la doctrina y jurisprudencia referente a ésta; que la idea de extinguir por *mutuo disenso* una obligación contraída anteriormente es clara y está admitida sin reservas por la jurisprudencia y la doctrina, pero debe observarse que se trata de extinguir, o sea, poner fin a un contrato que está desplegando sus efectos, no al que ya los agotó bastante antes con la entrega de la cosa y el precio; que cumplidas las prestaciones de un negocio, éste escapa a la voluntad de las partes para entrar en el mundo del derecho con las condiciones que le son propias, en el presente caso la plena titularidad del entonces comprador sin evento alguno condicionante; y que toda confusión y mezcla de instituciones no coherentes puede ser dilucidada por el Juez en su sentencia, pero no por el Registrador en su calificación.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura informó: que dio a la operación realizada, que le parece perfectamente lícita y normal, la denominación de "resolución de compraventa mediante nueva venta", que podrá ser más o menos técnica, pero que no supone falta de legalidad en las formas extrínsecas, ni de capacidad en los otorgantes ni de validez de los pactos dispositivos contenidos en la escritura, que ha sido reconocida por el Registrador al rectificar en su informe la Nota calificadora; que entiende que el acuerdo resolutorio de signo meramente obligacional y sobriamente recogido en la escritura está amparado por el artículo 1.255 del Código civil que autoriza los pactos que las partes tengan por conveniente estipular siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral ni al orden público; que el pacto convenido es lícito, como reconoce el funcionario calificador en su informe y admite unánimemente la doctrina que entiende que las partes pueden dejar por mutuo acuerdo sin efecto un contrato anterior perfecto y consumado, que de este modo resuelven; que precisamente este sistema es el que han utilizado las partes otorgantes de la escritura primitiva al convenir un nuevo contrato traslativo para resolver el primero; que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tanto patria como extranjera, admiten ampliamente el principio de autonomía de la voluntad; que si la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, además de otras específicas, uno de los modos de resolverlas es el concreto acuerdo de las partes contratantes; que el Registrador en su informe no lo entiende así y su razonamiento no es convincente por confuso y falto de rigor; que no es que la venta se resuelva por la venta, como indica dicho funcionario, sino que se resuelve por el acuerdo de comprador y vendedor, y conseguido dicho acuerdo la transmisión de la cosa se hace mediante una nueva venta u otro negocio de transferencia, lo que no es un contrasentido en ningún aspecto; que entre la Nota calificadora y la concreción de los defectos en el informe registral existe una gran diferencia, pues en la primera se señala un solo efecto que se va explicando en el desarrollo de la Nota, mientras que en el informe se señalan tres defectos independientes que no se articulan con la conexión que tenían en aquélla, lo que supone una modificación de la misma, no admitida por la jurisprudencia

registral; que hay, además, una esencial inexactitud al decirse “resolución de compraventa y venta nueva” cuando la escritura fue designada con el nombre de “resolución de compraventa mediante venta nueva”; que esta venta nueva es el instrumento o medio de realización del pacto resolutorio de la compraventa anterior; que el lenguaje utilizado podrá ser más o menos correcto, pero no hay duda de que aunque no existiese una resolución propiamente dicha, el pacto estipulado es de los admitidos por el artículo 1.255 del Código civil; que si el Registrador opina que la declaración de dejar sin efecto el contrato anterior es simplemente obligacional, pudo prescindir del mismo o inscribir la escritura como título traslativo con vida independiente; que el Registrador en su informe habla de muchas cosas pero no puntualiza dónde radica la contradicción que señala en la Nota, alterando los términos de la escritura autorizada que relaciona con la copulativa y, cuando el término utilizado en ella es “mediante”; que para justificar su contradictoria confusión, el Registrador habla de la teoría de la causa, que no viene aquí a cuento, pues admitida la validez de la compraventa, tanto la naturaleza del derecho que se inscribe como la causa de la transmisión, están perfectamente determinadas y no pueden inducir a confusión; que es anómalo razonar la inexistencia de la resolución después de haber reconocido que la compraventa es válida y eficaz; que la transmisión que opera la compraventa tiene su antecedente y razón de ser en el pacto resolutorio previo, y reconocida la existencia y legalidad de aquella hay que aceptar, quíerese o no, que su antecedente y razón esencial también existe; que aparte de la resolución prevista por el legislador y las partes, hay que admitir por imperativos de la doctrina legal, jurisprudencial y científica, aquella que tiene lugar por *mutuo disenso* o acuerdo de los interesados; que la resolución no produce siempre efectos *in rem* y *ex tunc*, sino que en el caso de la escritura, por ejemplo, quedan a salvo los derechos de terceros; y que el Registrador habla en su informe de simulación y posible fraude, lo que es muy delicado y deja entrever la posibilidad de que la escritura calificada encubra estas irregularidades, lo que es excesivo y fuera de lo que procede en una calificación, a más de que la realidad de los planteamientos judiciales a que alude demuestran lo contrario.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y Notario autorizante del instrumento y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la misma cuestión decidida por la Resolución de 27 de diciembre de 1973 sobre inscripción de una escritura que los interesados calificaron de “resolución mediante una nueva compraventa”, en la que la primitiva vendedora adquiere otra vez la finca al asumir la posición de compradora e, inversamente, el primitivo comprador aparece como vendedor, y en la que son idénticos los argumentos jurídicos esgrimidos, por lo que en base a lo indicado en la mencionada Resolución, y para evitar reiteraciones, es forzoso declarar que la escritura calificada es inscribible en los libros re-

gistrales, sin perjuicio de los derechos que con anterioridad hayan podido ser inscritos a favor de terceras personas.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto Apelado.”

Consideraciones críticas.

La razón de haber desplazado aquí el comentario de los efectos frente a *terceros* de la operación de resolución de una compraventa realizada mediante una nueva venta, reside en que, si bien los hechos son los mismos que los que se señalan en la Resolución de 27 de diciembre de 1973 y el comentario de lo allí dicho vale también para la presente, hay que tener en cuenta que aquí la Dirección General hace una precisión al respecto en el final del único Considerando: “sin perjuicio de los derechos que con anterioridad hayan podido ser inscritos a favor de terceras personas”.

Entre la predicación de los posibles efectos *ex tunc* o *in rem* de la Resolución y los que ésta misma alcanzan a los terceros, se hace necesario precisar un poco. Referido el problema a los terceros hipotecarios o registrales es evidente que por mucho que destaquemos esos efectos *ex tunc* si la causa origen de la Resolución no figura en el Registro es materialmente imposible que les perjudique.

De ahí que, en principio, y para el caso de resolución de obligaciones por razón de incumplimiento de una de las partes, el artículo 1.124 del Código civil, en su último párrafo, diga: “Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”. La norma está dictada para el caso de resolución judicial, pero hay que entenderla referida también al supuesto de convenio resolutorio “extrajudicial”.

Esto es; quedan a salvo los derechos de terceros protegidos en base de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, así como los terceros de buena fe en cuyo poder estuvieren las cosas, conforme a la teoría de la rescisión contractual.

De ahí que el Registrador sólo podría llevar a cabo la inscripción nueva si no entran en juego dichos preceptos y, tratándose de derechos compatibles, dejando a salvo su prelación y preferencia.

PARTICIÓN.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN DE HERENCIA OTORGADA SÓLO POR LA HERMANA DE LA TESTADORA COMO ÚNICA HEREDERA FIDEICOMISARIA, DADO QUE EL LLAMAMIENTO HECHO A LOS SOBRINOS DE LA TESTADORA LO ERA ÚNICAMENTE PARA EL CASO DE QUE LA PRIMERA HUBIERA FALLECIDO. (Resolución de 10 de enero de 1974, B. O. del Estado de 21 de enero de 1974.)

Hechos.—Resultando que doña Francisca Orfila Mercadal, casada, sin hijos, otorgó testamento en Mahón ante el Notario don Daniel Cano Cantalops, el 7 de abril de 1951, en el que instituyó heredero universal a su marido, don Ezequiel Morro Menéndez, “facultándole expresamente para

que pueda gravar y vender libremente los bienes de la herencia y consumirlos totalmente para sus necesidades, que no habrá de justificar. No podrá, empero, disponer de dichos bienes a título gratuito y en lo que restare a la muerte del instituido, será heredera Juana Orfila Mercadal, hermana de la testadora, con sustitución vulgar a sus descendientes, queriendo que en tal caso que los hijos de su hermano Guillermo, reciban por iguales partes, como recuerdo de la testadora, la décima parte de los bienes en que consista la herencia de residuo"; que don Ezequiel falleció en Mahón el 29 de octubre de 1966 y su esposa doña Francisca Orfila Mercadal el 26 de mayo de 1972; y que doña Juana Orfila Mercadal, casada en régimen legal de separación de bienes y sujeta al Derecho civil especial de Baleares, otorgó en Mahón el 19 de julio de 1972 ante el Notario don Ramón Clavel Borrás, escritura de aceptación de bienes que se describían, dejados por su hermana, considerándose heredera única de la causante al haber premuerto a ésta su marido;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado el precedente documento en unión del testamento de la causante, de su certificado de defunción y últimas voluntades y del certificado de defunción de su esposo, don Ezequiel Morro Menéndez, se observa: Que la disposición testamentaria de doña Francisca Orfila Mercadal entraña un llamamiento hereditario de residuo a favor de doña Juana Orfila Mercadal y de los hijos de su hermano Guillermo, éstos en cuanto a una décima parte de los bienes, por lo que, no habiendo concurrido tales herederos citados en último lugar al otorgamiento de la escritura de aceptación y en su caso de división de la herencia, se ha vulnerado el principio de unanimidad de la partición establecido en el artículo 1.058 del Código civil. Y siendo ello insubsanable, se deniega la inscripción solicitada, devolviéndose los documentos al presentarse sin practicar operación alguna".

Resultando que doña Juana Orfila Mercadal interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la cláusula testamentaria origen de la negativa del Registrador, se refiere al supuesto de que la recurrente no llegase a adquirir la herencia y pasasen los bienes a sus hijos por su sustitución vulgar, en cuyo caso quería la testadora que la décima parte de los mismos fuese para los hijos de su hermano Guillermo, pero no habiéndose producido la sustitución de doña Juana, falta el presupuesto que daría lugar al llamamiento pretendido por el Registrador; que si el deseo de la testadora hubiese sido llamar a la herencia a los hijos de su hermano Guillermo, no habría utilizado la frase "en tal caso", sino "en todo caso", o no habría puesto ninguna, con lo cual los hijos de don Guillermo serían llamados a la herencia; y que, como fundamentos legales señalaba el artículo 675 del Código civil, sobre interpretación de testamentos y el 148 del Reglamento Notarial sobre la forma de redactar los instrumentos públicos, que el fedatario habría incumplido incurriendo en ignorancia inexcusable, si se aceptase el criterio del funcionario calificador.

Resultando que el Registrador informó: Que la última voluntad de doña Francisca Orfila Mercadal supone una sustitución fideicomisaria de residuo, planteándose el problema de su interpretación, dado que premuerto el esposo instituido como heredero fideicomisario, despliega su actividad el llamamiento efectuado en segundo lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 en relación con el 37 de la Compilación balear; que si la expresión "en tal caso" se entiende referida al supuesto de que entre en juego la sustitución fideicomisaria, están interesados los hijos de don Guillermo, mientras que si se alude a la sustitución vulgar, éstos quedan excluidos; que tratándose de una disposición que admite distintas y contradictorias interpretaciones debe prevalecer el criterio que aparezca más conforme con la voluntad del testador según el tenor del mismo testamento; que la testadora no previó dos llamamientos para el residuo que quedase al fallecimiento de su esposo, sino uno solo a favor de su hermana doña Juana o en su defecto sus descendientes, no pudiendo coexistir ambos supuestos, ya que imperativamente la eficacia del uno entraña la pérdida de virtualidad del otro; que siendo, pues, única la vocación hereditaria al residuo, hay que entender la frase "en tal caso" como voluntad de la testadora de que en cualquier eventualidad quiere que los hijos de su hermano Guillermo reciban la décima parte de los bienes en que consista la herencia de residuo; que esta interpretación se refuerza con la manifestación de que lo hace para que tales sobrinos tengan un recuerdo suyo; que, por consiguiente, apareciendo interesados en la herencia de don Guillermo, es necesario el concurso de los mismos en la escritura de aceptación y, en su caso, partición de bienes, conforme exige el artículo 1.058 del Código civil que consagra el principio de unanimidad en la partición, reconociendo en múltiples Resoluciones de la Dirección General de los Registros (5-9-1896, 24-12-1900, 14-3-1901, 21-6-1906, 31-1-1912, 12-6-1930, 3-12-1938, etc.) y Sentencias del Tribunal Supremo (6-12-1912, 7-11-1935, 5 y 0-6-1958, 25-10-1958 y 9-5-1968, entre otras); que como han reconocido algunas de las Resoluciones y Sentencias citadas, la ausencia del consentimiento de cualquiera de los interesados en la partición, determina la invalidez de la misma, que se convierte en un negocio jurídico inexistente, sin posibilidad de confirmación ni de prescripción, al faltar el requisito del consentimiento, esencial para la existencia de los contratos según el artículo 1.261 del Código civil; y que, concretamente, la Resolución de 20 de marzo de 1916 resuelve un caso muy semejante al del presente recurso, con alguna circunstancia que refuerza aún más el criterio mantenido en la nota de calificación.

Resultando que pedido informe al Notario autorizante del instrumento lo emitió expresando su identificación con las razones expuestas por la recurrente y su discrepancia con la interpretación del Registrador, dado el claro sentido gramatical de la frase usada en el testamento discutido.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota registral por razones análogas a las expuestas por el recurrente, con las que se había identificado el Notario, y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea un problema de interpretación testamentaria centrado en la disyuntiva de si la locución *en tal caso* empleada en su última voluntad por la difunta al llamar a la décima parte del as hereditario a los hijos de su hermano Guillermo, hace referencia a que éstos tengan derecho siempre que por quedar bienes a la muerte del heredero fiduciario, se produzca la situación de residuo, cualquiera que sean los segundos llamados, o bien si solamente podrán heredar en el supuesto de que por haber fallecido la otra hermana de la testadora, doña Juana, llamada en segundo lugar, heredasen los descendientes de ésta por sustitución vulgar.”

“Considerando que es fundamental para resolver la cuestión discutida, el artículo 675 del Código civil, que indica que las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y que en caso de duda se observará la que sea más conforme con la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.”

“Considerando que de acuerdo con el anterior precepto es reiterada doctrina del Tribunal Supremo la de que en toda interpretación ha de tener primacía lo realmente querido sobre el sentido literal de las palabras empleadas, pero sin que sea lícito al intérprete prescindir de esa literalidad cuando de sus términos aparece inequívoca la intención del declarante, por todo lo cual, al investigar una manifestación de voluntad lo primero que hay que examinar es si existe en ella la debida claridad o si, por el contrario, aparecen circunstancias que permitan suponer que fue otra la intención que se propuso el otorgante.”

“Considerando que en el presente expediente aparece que la causante instituye en primer lugar a su esposo como heredero universal con la facultad de vender y gravar libremente los bienes de la herencia únicamente a título oneroso, y establece para después de su muerte un segundo llamamiento —que es el controvertido para el residuo, si lo hubiere, en el que nombra heredera a su hermana Juana, y si ésta no pudiera o no quisiera heredar, los sustituye por sus descendientes, y “en tal caso” es cuando, juntamente con éstos, llama para una décima parte de la herencia a los otros sobrinos, hijos su hermano Guillermo, interpretación que resulta evidente de la cláusula testamentaria, dada la proximidad gramatical de la locución indicada, que sólo al no heredar su hermana, quiere, que, cuando lo hagan en su lugar únicamente sobrinos, reciban todos —unos de ellos al menos como recuerdo— una parte de la herencia.”

“Considerando que al no haberse operado la sustitución vulgar, por aceptar la herencia la hermana de la causante, y ser la única heredera instituida, es obvio que al no tener en este caso ningún derecho los otros sobrinos, no se precisa su concurrencia en la escritura ni se ha infringido el principio de unanimidad en la partición, sancionado en el artículo 1.058 del Código civil.”

“Considerando, por último, que si en la redacción de los instrumentos públicos en general, el Notario, al interpretar la voluntad de los otorgantes y adaptarla a las formalidades necesarias para que surtan los efectos

jurídicos queridos, ha de emplear, tal como indica el artículo 148 del Reglamento Notarial, un estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, cuando se trate de actos de última voluntad ha de extremar si cabe todavía más ese cuidado, con objeto de evitar que por una no adecuada redacción se haga difícil el conocimiento de la voluntad del testador, y con las posibles consecuencias que ello traería consigo."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto Apelado."

Consideraciones críticas.

Importa mucho en este supuesto relacionar la función interpretativa con la de calificación. La calificación registral que, en principio, parece llevar consigo una triple dimensión en orden a la validez de los actos jurídicos, la capacidad de los otorgantes y la formalidad de los actos jurídicos, aparece engrandecida cuando en ella se penetra a fin de lograr llegar a su esencia y determinar su alcance.

En el presente caso surge a cargo del Registrador de la Propiedad y en forma paralela a su calificación un acto de "interpretación" de una cláusula testamentaria. ¿Es posible que en una función tan rigurosamente perfilada por el principio de legalidad pueda llegarse a una labor interpretativa? Los hechos demuestran que sí, y en el recurso no se rechaza esa labor previa que el Registrador realiza, para no admitir el documento que pretendía acceso al Registro.

Fue EMILIO BETTI ("La interpretación de las leyes y actos jurídicos". Ed. Rev. Dr. Privado. 1975) quien apuntó las diferencias existentes entre la "interpretación" y la "calificación", diciendo que cuando el supuesto de hecho de cuya calificación se trata consiste en declaraciones o comportamientos, o sea, en actos jurídicos que requieren ser interpretados, se cuestiona en qué relación lógica se encuentra la interpretación del acto con su calificación jurídica. Que las dos operaciones sean entre sí conexas se comprende con facilidad, pero es preciso guardarse de un equívoco que llega a confundirlas. Cae en tal equívoco el que identifica la interpretación jurídica con la *valoración del acto en términos de abstracción legalista* o cree que *los elementos interpretativos consisten en los índices de regularidad fijados por las previsiones legislativas*. En realidad, la interpretación de actos, aunque relevantes para el Derecho, toma al acto en su concreta individualidad, en su contenido de espíritu y de pensamiento y en el sentido que tiene en el ambiente social, despojado de toda calificación jurídica.

Ciertamente, a la interpretación jurídica incumbe la necesidad de discernir entre las normas que disciplinan la interpretación, las que mejor responden al tipo de acto a interpretar; y tal elección presupone una preliminar y provisoria identificación con el tipo de acto jurídico al que el acto concreto se corresponde. Pero el reconocimiento del sentido a atribuir al acto en cuestión es lógicamente precedente y prejudicial respecto a la calificación o diagnosis que sirve a justificar su tratamiento jurídico y a determinar, por ello, sus efectos jurídicos.

HERNÁNDEZ GIL ("El Abogado y el razonamiento jurídico", 1975) en nuestra Patria llega a la misma conclusión: "Los hechos han de ser condensados y definidos en su dimensión jurídica. Este ensamblaje o conexión (lo que la dogmática tradicional ha concebido como un "subsumir") no es el primer encuentro de los hechos con las normas, aunque sea, ciertamente, el decisivo; y no es tampoco un mero encuentro —un choque o una tangencia— porque la acomodación de los factores supone una última y definitiva decantación al nivel de la correspondencia que, a su vez, se desarrolla en diversas fases, que llamaremos de *interpretación*, de *calificación* y de establecimiento de las *consecuencias jurídicas*".

La doctrina que hace prevalecer la interpretación a la calificación, que en el caso concreto era inevitable para poder precisar el alcance de la decisión calificadora, puede generalizarse para todos los demás casos. En el presente, por tratarse de una disposición testamentaria, debe regirse por el artículo 675 del Código civil que da una doble norma atendiendo a la literalidad y a la posible intención distinta del testador. Entiendo que estas dos alternativas, la literal y la intencional, deben servirnos de guía para estructurar el presente caso, pues la Dirección General parece inclinarse por la interpretación literal, mientras que el Registrador lo hace siguiendo la intención.

A) *La interpretación literal.*

Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido *literal* de sus palabras. Esta es la primera regla del artículo 675 del Código civil, destinado, como sabemos, a la normativa sobre la interpretación testamentaria. Esta interpretación ha sido estudiada en los últimos años con más profusión que la referente a los contratos, y así surgió una serie luminosa de trabajos en torno a las *sustituciones fideicomisarias*.

El presente caso es una disposición testamentaria de residuo que encaja en el párrafo 2.º del artículo 783 del Código civil, en cuya virtud se establece una institución a favor de una persona, estableciendo a su vez un segundo llamamiento a favor de otra persona en el residuo si lo hubiere, y si esta persona no pudiere o no quisiere heredar la sustituye por sus descendientes y "en tal caso" llama conjuntamente a los hijos de un hermano en una décima parte de los bienes.

La interpretación *literal* siempre debe quedar subordinada a la *intencional*, en el sentido de que la intención sea distinta de las palabras, pues si de las empleadas hay base suficiente para deducir la intención no puede prescindirse de esa literalidad. Esta norma interpretativa vale también para el Derecho balear, aplicable al caso presente, en el cual el supuesto de premoriencia del primer llamado permite la entrada del llamado en segundo lugar, conforme a los artículos 26 y 37 de la Compilación.

El Registrador de la propiedad entiende que la frase *en tal caso* que se utiliza en la cláusula, se refiere al supuesto que entre en juego la sustitución fideicomisaria y, por ello, los hijos del hermano que fueron llamados a una décima parte deben concurrir a la partición efectuada

y con su presencia dar cumplimiento al principio de la unanimidad de la partición. La parte recurrente, en vez de utilizar el argumento "intencional", que luego veremos sirve de base al Registrador, utiliza el literal. La frase "en su caso" (en el caso de que se produzca el caso de la sustitución vulgar) debe entenderse referida a ese solo supuesto, pues de lo contrario hubiese utilizado la frase *en todo caso* (que comprendería no solamente el segundo llamamiento, sino el posible juego de la sustitución vulgar a favor de los descendientes).

Esta es la postura que adopta la Dirección General al entender que para el caso de existir residuo se nombra a la hermana Juana y si ésta no pudiera o no quisiera heredar, la sustituye por sus descendientes, y "en tal caso" es cuando, juntamente con dichos descendientes, llama para una décima parte de la herencia de residuo a los otros sobrinos, hijos de su hermano Guillermo, interpretación que resulta evidente de la cláusula testamentaria, dada la proximidad gramatical de la locución indicada, a la sustitución vulgar establecida.

Debo confesar que antes de leer los considerandos de la Resolución ya me había hecho mi composición de lugar y había percibido una "inquietud acelerada" al contemplar un aspecto distinto del que presumía existía, después de una serena lectura de la cláusula testamentaria. Después de leer todo ello, e incluso un comentario que a esta misma Resolución hace mi compañero TIRSO CARRETERO ("Rev. Cr. Dr. Inm.", número 502, 1974, página 654 y ss.), confirmo mi primera impresión "literal" del supuesto, acorde con lo dicho por la Dirección General y en base de un argumento "intencional" que también expondré a continuación.

B) *La voluntad intencional.*

El argumento intencional está matizado de la siguiente forma por el Registrador informante: la testadora no previó dos llamamientos para el residuo que quedase al fallecimiento de su esposo, sino uno sólo, a favor de su hermana doña Juana o, en su defecto, sus descendientes, no pudiendo coexistir ambos supuestos, ya que, imperativamente, la eficacia del uno entraña la pérdida de virtualidad del otro. Siendo, pues, única la vocación hereditaria al residuo, hay que entender la frase *en tal caso* como voluntad de la testadora de que en cualquier eventualidad quiere que los hijos de su hermano Guillermo reciban la décima parte de los bienes en que consista la herencia de residuo y que esta interpretación se refuerza con la manifestación de que lo hace para que tales sobrinos tengan un recuerdo suyo.

Esta "temerosa" interpretación es compartida por CARRETERO GARCÍA en el comentario antes citado y eso me produce cierta *alarma* ya que es hombre con serenidad de juicio y profundidad de criterio. En su argumentación dice que el camino de la interpretación lógica y de equidad utilizado por el Registrador es más razonable su postura que la de la Dirección, sobre todo si se piensa que el "presunto testamento", que es la *sucesión abintestato*, viene a dar la razón lógica de herencia simultánea

a favor de los sobrinos a través de los artículos 925 y 948 del Código civil.

Si el testador o testadora hubiera querido que *simultáneamente* heredaran su hermana y sus sobrinos, lo hubiera dicho, instituyendo herederos en el residuo a Juana y a los hijos de Guillermo. Esa sí hubiese sido una voluntad intencional. No lo hizo así y por eso la Dirección General entiende que sólo al *no heredar la hermana* lo hagan los sobrinos. De esta forma cobra sentido el último considerando al que TIRSO CARRETERO no le encuentra explicación. Eran precisos dos llamamientos —sin frases ni términos oscuros ni ambiguos— para que los sobrinos tengan derecho a la décima parte de la herencia.

COMPRAVENTA.—LAS NOTAS DE CALIFICACIÓN DEBEN SER EXTENDIDAS EN FORMA CLARA Y PRECISA, TAL COMO ESTÁ PRESCRITO LEGALMENTE, PARA CORTAR TODA CONFUSIÓN O INTERPRETACIÓN ERRÓNEA QUE PUEDA DIFICULTAR LA SUBSANACIÓN DEL DEFECTO. (Resolución de 11 de febrero de 1974. B. O. del Estado, de 23 de febrero de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Tarrasa el 30 de diciembre de 1969 ante el Notario don José Gabriel Erdozain Gaztelu, los cónyuges don Luis Valls Puig, su esposa y una hija de ambos compraron a la Sociedad "Humet Hermanos, S. A.", representada por don Esteban Humet Pale, un "solar edificable en Tarrasa con frente a la calle 9-F, que ocupa una superficie de 1.207 metros y 45 decímetros; linda al norte con la calle Hockey, al este con la parcela que fue segregada y vendida a los compradores, al oeste con otra manzana procedente también de la misma finca matriz y vendida a la Compañía mercantil INPE, Sociedad Anónima, con la calle 9-F en medio, y al sur con la calle 2-F".

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Suspendida la inscripción que se interesa en el precedente documento, por el defecto subsanable de la falta de claridad que atañe a la referencia de la Compañía vendedora y a la identidad de la finca, tomándose en su lugar anotación de suspensión por el término de sesenta días, en el tomo 1.556, libro 412 de Tarrasa, sección 2.^a, folio 28, finca 23.059, anotación letra A".

Resultando que el nombrado procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el representante de la Sociedad vendedora fue nombrado Administrador de la misma en una Junta General de 16 de abril de 1958; que tal acuerdo se inscribió en el Registro mercantil; que el citado Administrador fue renovado en su cargo por Junta General Extraordinaria celebrada el 23 de diciembre de 1969; que para la convocatoria de dicha Junta General se observaron todos los requisitos legales establecidos; que al otorgar el documento público calificado tuvo a la vista, según se hace constar en el mismo, el libro de actas de la Sociedad; que en la propia escritura se transcribieron los acuerdos que facultan al señor Humet para firmar, así como los datos más importantes y concretos de la Sociedad

vendedora; que en cuanto a la identidad de la finca, resulta del propio documento calificado y de los libros del Registro y para mayor claridad acompaña un plano de situación en el que se señala la misma; y que, como fundamentos de derecho, citaba los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

Resultando que el Registrador informó: que en la escritura no se consigna si la renovación del Administrador en su cargo fue o no inscrita en el Registro Mercantil ni por quién aparece autorizada el acta correspondiente a la misma; que tampoco se legitiman las firmas de quienes aparecen suscribiendo el acta, ni las diligencias de apertura del libro que garanticen su autenticidad; que no se acompañó la escritura de constitución de la Sociedad ni las de las sucesivas modificaciones de la misma; que no se insertan los estatutos en la parte pertinente para poder apreciar la capacidad de los Administradores; que no se consignan el resto de los acuerdos tomados en la Junta General sin afirmarse por el Notario autorizante si en lo omitido hay algo que modifique o restrinja lo que se inserta; que las anteriores omisiones constituyen la falta de claridad señalada en la nota en cuanto a la representación de la Sociedad, que impide calificar debidamente si se ostenta o no la representación de la Sociedad y si el Administrador está o no facultado para el acto que realiza; que en cuanto al segundo defecto, concurren las mismas omisiones señaladas en el primero, relativas a la autenticidad de la Junta en que se dice fue tomado el acuerdo de la venta más otras que señalará referentes a la propia finca; que el acuerdo de enajenación testimoniado en la escritura dice literalmente que "se procederá a la enajenación de la denominada Fábrica Nueva, sita en la calle José Tapiolas, número 129... Igualmente se procederá con el resto del terreno correspondientes a la manzana contigua que quedaron tras la venta del solar hecha a don Luis Valls Puig y otros en 9 de mayo de 1967"; "que comparando esta descripción con la que se hace del terreno vendido no resulta que sea la misma finca sin tener a la vista la escritura de 9 de mayo de 1967"; que comparando esta descripción con la que se hace del terreno vendido no resulta que sea la misma finca sin tener a la vista la escritura de 9 de mayo de 1967; que en acta no se dice la cabida de lo que se autoriza a vender ni se expresa su situación y linderos, aunque sí se dice que el precio será el inventariado, sin especificar de qué inventario se trata ni acompañarlo a la escritura calificada, circunstancias todas que por su falta de claridad impiden calificar si el Administrador de la Sociedad vendedora, en el caso de que acreditase tal representación, estaba o no autorizado para vender como ha hecho la finca citada; que la fotocopia que se acompaña del plano de situación no está diligenciada, por lo que carece de autenticidad y además, como reconoce el recurrente, no pudo ser tenida en cuenta al no acompañarse inicialmente al documento calificado; que si en el acta en que se autorizaba la venta se hubiese consignado al menos el número de la finca matriz, podía haberse identificado la que se enajenaba, pero no se hizo así; que también podría ayudar a identificarla la presentación de la escritura de 9 de mayo de 1967; que el estado de quiebra de

la Sociedad vendedora no supone obstáculo a la necesaria aclaración, pues siempre existen órganos que representan a la Sociedad; y que, como fundamentos de derecho, señala los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 117 de su Reglamento, así como las Resoluciones de 30 de julio de 1917, 18 de mayo de 1933 y 15 de julio de 1971.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente, puntualizando que la representación del Administrador es clara, la autorización para vender amplia, y la descripción de la finca, conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

Doctrina.—“Considerando que la presente nota de calificación, al no haber sido extendida en forma clara y precisa, según exige el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, ha dado lugar a que haya sido objeto de interpretaciones diferentes, según puede observarse en los obligados informes presentados, con la consecuencia puesta ya de relieve en la Resolución de 24 de febrero de 1953 de dificultar la subsanación del defecto, al no saberse exactamente en qué consiste, o de impedir apreciar si aquél se halla o no justificado, lo que motivó que el Centro Directivo acordase en ese recurso devolver el expediente a fin de que se cumpliera con lo ordenado en el artículo 106 del mencionado Reglamento.”

“Considerando, no obstante, y aun cuando en base a lo expuesto, aparecía sobradamente fundada la devolución del expediente para que se cumpliera aquella finalidad, razones de economía procesal inducen a entrar en el examen de la nota, sin tener en cuenta, sin embargo, en cuanto a la primera parte ella, “falta de claridad que atañe a la referencia de la Compañía vendedora” las indicaciones hechas en el informe del Registrador, tales como falta de legitimación de las firmas de las personas que entendieron la certificación de la Sociedad, o si la renovación del nombramiento del Administrador se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, etc, que suponen en realidad, agregación de nuevos motivos que agravarían durante la tramitación del procedimiento la calificación realizada, y que no entran dentro del concepto de rectificación a que se refiere el artículo 116 del Reglamento hipotecario ya que no pueden discutirse más que las cuestiones que se relacionen directamente con la nota, según los artículos 117 y 127 del mismo texto legal”.

“Considerando que la Compañía vendedora aparece claramente delimitada en la escritura discutida por los datos que en la misma se contienen, y sin que puedan los Registradores, tal como ya declararon las Resoluciones de 9 de febrero de 1943 y 24 de diciembre de 1948 suscitar cuestiones acerca de la constitución de las Sociedades Mercantiles en cualquier momento de su vida social porque esta materia es de la competencia de los Registradores Mercantiles, sin que ello suponga desconocer la misión conferida a aquellos funcionarios por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria ni se restrinja su deber de calificar todos los documentos presentados que se encuentren relacionados con la operación solicitada.”

“Considerando que en cuanto a la segunda parte de la nota —‘falta de claridad en la identidad de la finca’— parece fundada la cautela del funcionario calificador, puesto que es indudable que por la descripción

de la finca transmitida no se sabe si ésta corresponde con la que en el acuerdo social, transcrito en la escritura, se autorizó para ser enajenada, dada la remisión que se hace a otra escritura de fecha anterior y que al no haberse acompañado cuando se solicitó la inscripción, ha impedido tener a la vista el documento, que podría haber despejado las racionales dudas que, sobre la identidad del inmueble se han originado, y que podrían quedar desvanecidas o por la presentación de la susodicha escritura, o la ratificación o aclaración por la Sociedad de que se trataba de la misma finca o cualquier otro procedimiento que fuera suficiente.”

“Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del Auto apelado, confirmar la segunda parte de la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.

En el fondo de la Resolución existen dos problemas referidos a la *identidad* de la finca objeto del negocio jurídico sometido a inscripción e imprecisiones en orden a la compañía vendedora. Pero estos dos problemas de fondo no afloran con la debida claridad en la nota calificadora del documento.

La facultad calificadora que la Ley otorga al Registrador de la Propiedad ofrece una fase jurídico-intelectual, con una segunda en la que se destaca la construcción formal del asiento o la nota al pie del documento y al margen del asiento de presentación, reseñando con claridad los defectos que se observan y la condición de los mismos. La normativa en este punto, recogida por el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, se manifiesta en el sentido de que las notas al pie del título y al margen del asiento de presentación deben extenderse “en forma clara y precisa”, incluyendo los motivos y el alcance de la calificación.

La razón de ello es bien clara. El solicitante o interesado en la inscripción debe saber con plena claridad los defectos que tiene el título y los obstáculos que se oponen para que pueda ser inscrito, a fin de que pueda subsanarlos o entablar el correspondiente recurso gubernativo. Sería ilógico admitir que al amparo de una nota calificadora “evasiva” se permitiese al Registrador alegar sucesivos defectos que fuera viendo en el tiempo intermedio entre la extensión de la nota y la petición del informe por el Presidente de la Audiencia. De ahí que la conclusión legal sea clara: sólo podrán ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (art. 117 del R. H.).

No obstante, el aseguramiento que el Estado trata de lograr respecto del tráfico jurídico es tan necesario que se permite al Registrador alegar nuevos defectos en caso de presentación repetida del documento o se acordase su inscripción en el recurso gubernativo, pero en estos casos—aun suponiendo una defensa del principio de legalidad—deberá ser corregido disciplinariamente el Registrador (artículo 127 del R. H.).

Choca un poco, sin embargo, la doctrina anteriormente expuesta con la última parte del primer *considerando* de la Dirección en la cual, al ha-

cerse alusión a la Resolución de 25 de febrero de 1953, se dice que motivó que el Centro Directivo acordase en ese recurso *devolver el expediente*, a fin de que se cumpliese con lo ordenado por el artículo 106 del mencionado Reglamento. ¿Es esto posible? Conforme al artículo 123 del Reglamento Hipotecario que se remite al 118 del mismo, la Resolución que se dicte “deberá ser clara, precisa y congruente con las pretensiones deducidas en el procedimiento y ordenará, denegará o suspenderá la inscripción...”, no cabe que se acuerde “devolver” el expediente para que el Registrador cumpla con lo dispuesto en el artículo 106 del mismo Reglamento. Quizá, por ello, la Dirección en esta ocasión hace alusión a esa postura adoptada en 1953, pero no se acoge a ella, aunque en el comienzo de su segundo considerando insiste en que pudo procederse a la devolución del expediente: “No obstante, y aun cuando en base a lo expuesto aparecía sobradamente fundada la devolución del expediente para que se cumpliera aquella finalidad...”.

La cusetión es importante, pues, conforme a los términos en que está estructurado el recurso en la normativa reglamentaria, sólo tiene una triple salida: ordenar, denegar o suspender la inscripción y sólo en el caso de que se ordene la inscripción el Registrador, conforme al artículo 127 del Reglamento Hipotecario, podrá poner nuevos reparos o defectos. Entender que la Dirección General pueda *devolver* el expediente, concediendo un nuevo plazo al Registrador para que ésta cumpla con un precepto que ha incumplido dentro de los términos legales, es un tanto atrevido; aunque quepa entender que con ello lo que la Dirección General trata de demostrar es que hubo “nulidad de actuaciones”, cuando lo que hubo es insuficiencia de claridad en la nota calificadora.

El Registrador puede *rectificar* su nota en todo o en parte, pero rectificar no es añadir nuevos motivos, ni aclarar puntos de la nota extendida. El artículo 116 del Reglamento Hipotecario se está refiriendo —por la relación que guarda el párrafo primero con el segundo— al supuesto de que pedida la emisión del informe al mismo Registrador que calificó, o a otro diferente, puede adoptar dos posturas: o confirmar la nota o desistir de ella en todo o en parte, pero lo que no puede hacer es añadir nuevos defectos porque se lo prohíbe el artículo 127 del mismo Reglamento. El informe que se solicita del mismo supone *un desarrollo de las faltas contenidas en la nota*, pero no una *enumeración y precisión de las que la misma nota debió contener*. Ese desarrollo de que hablo no es más ni menos que la justificación jurídica y doctrinal de la falta alegada.

Como en esta Resolución no hubo “devolución” de expediente, sino “razones de economía procesal”, que dejan campo libre a la Dirección para solucionar los dos aspectos de la nota, descenderemos a ellos para ver las que avalan la negativa en un caso y la confirmación en otro.

A) *Defectos en relación con la compañía vendedora.*

Por mucha desgana, poca afición a escribir, síntesis telegráfica y costumbres monosilábicas, es inconcebible en un jurista expresarse tan la-

cónicamente como lo hace el funcionario de turno. Es como si hubiera estado de mal humor o hubiese tenido un luto reciente: "defecto subsanable de la falta de claridad que atañe a la referencia de la Compañía vendedora". ¿Qué habrá querido decir con todo ello?

Lo que quiso decir lo explica luego —en esa especie de la "solución mañana" que implica el jeroglífico de su calificación— en el informe que emite ante la petición del Presidente de la Audiencia. Y así dice que no se consigna si la renovación del Administrador en su cargo fue o no inscrita en el Registro Mercantil, ni por quien aparece autorizada el acta, ni se legitiman las firmas de quienes suscriben el acta, ni se acompaña la escritura de constitución de sociedad, ni sus modificaciones, ni se insertan los pertinentes párrafos de los estatutos que permitan apreciar la capacidad de los Administradores y que no se consignan los acuerdos tomados en la Junta, sin afirmarse por el Notario autorizante si en lo omitido hay algo que modifique o restrinja lo que se inserta. Haría falta mucha imaginación para comprender dentro de la frase calificadora todo este cúmulo de defectos que el Registrador —liberado de su momento depresivo— alega en su informe.

Es claro, clarísimo, y no admite discusión, que esta serie de alegaciones suponen *nuevos motivos* que se agregan a la calificación inicial. La Dirección General en este punto es taxativa: no entran dentro del concepto de *rectificación del artículo 116 del Reglamento Hipotecario*, ya que no pueden discutirse más que las cuestiones que se relacionen directamente con la nota, según los artículos 117 y 127 del mismo texto legal.

En lo que ya no estoy tan conforme es con el *considerando* tercero en el que la Dirección General delimita la función calificadora del Registrador, separándola de la que corresponde a los Registradores Mercantiles. Mi disconformidad se basa en la posible generalización que se puede dar a esa doctrina, cuando lo cierto es que para apreciar la capacidad y legitimación de una Sociedad Mercantil se hace preciso justificar al Registrador de la Propiedad, con datos y documentos, el cumplimiento de requisitos que la ley establece. Del extracto de los resultandos no aparece claramente que el Registrador de la Propiedad invadiese campos "foráneos", pero lo que sí está fuera de duda —digan los que digan las Resoluciones de 9 febrero 1943 y 24 diciembre 1948— es que en cualquier momento puede el Registrador de la Propiedad pedir y exigir que se le justifique *la constitución* de una sociedad, bien presentando el documento inscrito en el Registro Mercantil o mediante certificación de ese mismo Registro. Todo ello si a la inscripción le damos el carácter constitutivo que parece desprenderse de la ley.

B) *Defectos referentes a la identidad de la finca.*

En este punto la Resolución da la razón al Registrador. Si el Registro de la Propiedad se lleva por fincas y éstas tienen que estar plenamente identificadas por sus datos físicos, aparte de por los formales (número, tomo, libro, folio, etc.), es evidente que cualquier duda que a este res-

pecto tenga el Registrador debe ponerle en guardia para pedir aclaraciones o rechazar el documento hasta tanto se demuestre o disipe la incertidumbre.

En el presente caso se hacía referencia a una finca remitiéndose para su descripción a lo que constaba en otra escritura anterior, que no se presenta como documento acompañatorio. Si el acuerdo social de enajenación se refería a una o varias fincas, es preciso que las mismas se identifiquen para que en los libros del Registro pueda funcionar, de una parte, el principio de especialidad —figurando en el folio destinado a una finca todo su historial— y, de otra, el de tracto sucesivo.

Es regla esta que se induce de la normativa general y que tiene una aplicación muy concreta en materia de inmatriculación, cuando el artículo 298 del Reglamento faculta al Registrador para que en caso de duda sobre la identidad de la finca, rechace lo que se le pide. “En todos los casos será indispensable que no haya duda fundada acerca de la identidad de la finca”.

No entramos, pues tampoco lo hace la Dirección General, en la situación creada por la quiebra de la Sociedad vendedora en orden a la posible justificación de aquella identidad de finca. Es evidente que esa situación puede influir en el “medio” justificativo, pero no en el problema de fondo sobre identidad, que es el que resuelve la Dirección General.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL OTORGADA EN CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA CUANDO EXISTE UNA SITUACIÓN REGISTRAL DIFERENTE, CONSECUENCIA DE UNA DIVISIÓN ANTERIOR DEL INMUEBLE QUE NO SE HA TENIDO EN CUENTA, SIN PERJUICIO DE QUE TRATÁNDOSE DE LOS MISMOS INTERESADOS PUEDAN RESOLVER LA SITUACIÓN POR ACUERDO UNÁNIME, EN LA FORMA QUE TENGAN POR CONVENIENTE, SIEMPRE QUE RESPETEN LA LEGISLACIÓN SOBRE LA MATERIA. (Resolución de 4 de abril de 1974, *B. O. del Estado* 22 de abril de 1974.)

Hechos.—Resultando que los cónyuges don Julián Raneda Romeo y doña Hortensia Gay Gómez, eran dueños de una finca compuesta de casa y corral sita en Alagón, calle Mayor, número 30, de 680 metros cuadrados de superficie, inscrita en el Registro de la Propiedad bajo el número 2.761, inscripción 5.^a; que los nombrados cónyuges otorgaron testamento mancomunado el 26 de enero de 1945 en el que, aparte de otras disposiciones, legaron “la mitad indivisa de la casa” citada a su hijo don Julián Raneda Gay y la otra mitad a sus siete restantes hijos doña Angeles, don Luis, doña Consuelo, doña Cándida, doña Julia, doña María y don Jesús Raneda Gay, con un derecho de habitación durante su soltería, en el piso segundo, a las hijas que no hubieran contraído matrimonio cuando falleciere el sobreviviente; que los testadores establecieron en favor de su hijo Luis un derecho de adquisición por compra a su justo precio en el momento que estimase conveniente de las seis partes de las siete en que se distribuyó la mitad indivisa de la casa referida legada con-

juntamente a él y otros seis hermanos, que lo dejado a la hija Julia, tanto en concepto de heredera como de legataria, lo fue sólo en usufructo con reserva del pleno dominio en favor de su descendencia y a falta de la misma de sus hermanos coherederos o quienes les representasen; que fallecida doña Hortensia Gay Gómez se otorgó escritura particional, el 4 de marzo de 1946, en la que se adjudicó al viudo don Julián Raneda Romeo la mitad indivisa de la casa en pleno dominio y la otra mitad en usufructo, y la nuda propiedad a los ocho hijos en la proporción de la mitad para don Julián Raneda Gay y la otra mitad para los siete restantes, con la salvedad de que la parte de doña Julia lo sería solamente en usufructo según determinaba el testamento; que la hija y heredera doña Julia Raneda Gay falleció el 30 de junio de 1948, sobreviviéndole su esposo, don Miguel Pérez Cisneros, y dos hijos llamados Carlos y María Teresa Cisneros Raneda; que por escritura otorgada el 3 de mayo de 1949, don Luis Raneda Gay, mediando el consentimiento de su esposa, doña Luisa Calvete Alfonso, vendió a su hermano don Julián su partición en los bienes de la herencia de su madre y por consiguiente en el inmueble descrito, incluido el derecho de adquisición a sus restantes hermanos; que don Julián Raneda Romeo falleció el 17 de febrero de 1953, formalizándose la partición en las escrituras de 17 de marzo y 1 de mayo de dicho año; que en la partición realizada, los herederos de doña Julia, o sea, sus hijos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, recibieron en pago de sus cuotas una finca rústica con la que quedaron satisfechos de todos sus derechos en la herencia de sus abuelos y, en consecuencia, la catorceava parte de la casa objeto del recurso dejada a doña Julia en el testamento de sus padres, acreció a los siete hijos restantes y herederos de los causantes; que al otorgarse la escritura de 1 de mayo de 1953 don Luis Raneda Gay convino con su hermano don Julián la venta de todo cuanto pudiera corresponderle en la finca descrita además de lo que ya le había cedido en la escritura de 3 de mayo de 1949; que como consecuencia de todo lo anterior la casa de la calle Mayor de Alagón, número 30, a la que actualmente y por rectificación de numeración practicada por el Ayuntamiento le corresponde el 26, quedó en propiedad: en cuanto a una mitad indivisa, de don Julián Raneda Gay, y en cuanto a la otra mitad, por partes iguales, del propio don Julián y sus hermanos doña Angeles, doña Consuelo, doña Cándida, doña María y don Jesús Raneda Gay; que los referidos hijos y herederos acordaron en la misma escritura de 1 de mayo de 1953 dejar indivisa la casa, que sería administrada por don Julián Raneda Gay como principal partícipe, con la obligación de rendir cuentas a los demás; que mediante escritura de 25 de septiembre de 1953, ratificada por la de 8 de octubre siguiente, los interesados procedieron a dividir la finca en cuestión, previo traslado al piso primero izquierda, del derecho de habitación establecido en el testamento de los padres en favor de las hijas solteras, doña Consuelo y doña Cándida Raneda Gay, atribuyendo a don Julián Raneda Gay "la vivienda derecha del piso primero de la casa, los corrales en su totalidad y todo lo que hay edificado y sin edificar desde los corrales hasta la calle de Las Damas",

con toda la reserva a favor de doña Consuelo y doña Cándida de poder ocupar en los corrales, como facultad anexa a su derecho de habitación, un espacio suficiente para establecer el gallinero, y a estas últimas, más doña Angeles, doña María y don Jesús, así como el propio don Julián, la otra mitad de la casa integrada por tres locales en la planta baja, el piso primero izquierda y el segundo, con viviendas a ambos lados (la izquierda sin terminar de construir), más bodega y desvanes; que la mitad de don Julián originó la nueva finca registral número 3.769, inscrita al tomo 1.288, folio 246, inscripción 1.^a y la otra mitad determinó la inscripción 6.^a de la primitiva finca 2.761 en la forma que quedó después de la segregación practicada; que por diferencias surgidas sobre la administración, que continuaba siendo llevada por don Julián Raneda Gay, y con olvido, según confiese el recurrente, de que la finca estaba ya dividida, se entabló por éste demanda en juicio ordinario de menor cuantía contra sus hermanos, en el que recayó Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, de fecha 15 de febrero de 1971, en la que, entre otros pronunciamientos, se contenía el de dividir el inmueble que se estimaba en estado de indivisión; y que para dar cumplimiento a dicha Sentencia, el 11 de junio siguiente se otorgó ante el Notario de Zaragoza don Mariano Villellas Lamarca, escritura de división y constitución de propiedad horizontal en la que los interesados dividieron el inmueble discutido, cuyo asiento estaba ya cancelado por haberse formado dos fincas nuevas e independientes, y sin hacer ninguna relación en la escritura a la actual situación registral, se adjudicaron en la siguiente forma: A) Casa sita en Alagón y su calle Mayor, señalada con el número 26, que ocupa una superficie de 167,50 metros cuadrados, compuesta de sótano, planta baja y dos alzadas, cada una de éstas con dos viviendas, izquierda y derecha, y la baja con dos locales a la izquierda y derecha del patio de entrada, que se adjudica a los hermanos doña Angeles, doña Consuelo, doña Cándida, doña María y don Jesús Raneda Gay, en régimen de propiedad horizontal, y B) Finca urbana que queda integrada por el resto del primitivo inmueble, con una superficie total de 512,40 metros cuadrados, que se adjudica a don Julián Raneda Gay.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: Se deniega la inscripción por los siguientes defectos: I.—La finca objeto de esta escritura, otorgada de acuerdo con la Sentencia de 15 de febrero de 1971, ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza, es una casa corral en la villa de Alagón, calle Mayor, número 30, de una superficie de 680 metros cuadrados, reseñándose como la finca registral número 2.761, tomo 1.141, folio 241, libro 62 de Alagón, datos éstos que se corresponden con los descriptivos de dicha finca en la inscripción 5.^a, asiento este que se ha extinguido registralmente, al tiempo que también ha desaparecido como tal entidad registral, por haber sufrido una segregación y haberse inscrito una transmisión tanto sobre la porción segregada como sobre la matriz restante. El tracto registral exige entre el asiento obrante en el Registro y el título presentado a inscripción, una acabada identidad del

objeto o finca y del sujeto o de los otorgantes; razón esta por la que no es posible inscribir el reconocimiento del proindiviso o comunidad resultante de la cláusula Segunda y expositivo Séptimo de la escritura; II.— A mayor abundamiento, las dos fincas que en su descripción registral vigente traen razón de la número 2.761, una vez practicada segregación de ésta en su delimitación por la inscripción 5.^a, tampoco se identifican con las dos fincas resultantes de la división pactada en la escritura y descritas en la cláusula Cuarta, bajo las letras A y B. Razón esta por la que no es posible inscribir la división material de la finca estipulada en la cláusula Cuarta de la escritura, y posteriormente la horizontal, según la cláusula Sexta, así como tampoco es posible la inscripción de los pactos de adjudicación de las fincas resultantes de tales operaciones divisorias. III.—Y aún así, para litigar en juicio sobre la finca registral número 2.761, en su descripción a tenor de la inscripción 5.^a —coincidente con la del expositivo Primero de la escritura— debieron ser parte, por tanto, en la tramitación del juicio como el posterior otorgamiento de la presente escritura, los siete hermanos: don Julián, don Jesús, doña Consuelo, doña Cándida, doña Angeles, doña María, don Luis Raneda Gay, más los hermanos don Carlos y doña María Teresa Pérez Raneda, ausentes estos dos últimos de la tramitación del juicio y del otorgamiento de la escritura, siendo así que junto con los siete hermanos Raneda Gay, son los que integraban la titularidad registral de la mencionada inscripción 5.^a. Ejercitada en juicio de menor cuantía, que terminó con la sentencia de 15 de febrero de 1971 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, acción contradictoria del dominio del inmueble en la forma que quedó descrito para la finca número 2.761 en su inscripción 5.^a, debió entablarse previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de la correspondiente inscripción. Motivos legales para esta calificación son los dimanantes de los artículos 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria. Tales defectos se reputan insubsanables no procediendo anotación preventiva. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses y en la forma determinada por los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que para mayor claridad en la exposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario dividirá en tres apartados la impugnación de la nota del Registrador; que en el primero se ocupará de la división de la finca que convinieron lo sinteresados en 1953, analizando si esta división puede impedir la inscripción de la nueva que se ha ordenado por Sentencia y ejecutada mediante la escritura cuya inscripción se deniega; que la calificación registral denegatoria se apoya en este primer extremo en la consideración de haber sufrido una segregación y haberse inscrito una tramitación tanto sobre la porción segregada como sobre la finca matriz; que esto puede inducir a error si se piensa en una transmisión a favor de tercero, que no existe, ya que lo sucedido según el Registro es que se realizará una división

de cosa común que dio lugar a la segregación de una porción que pasó a constituir finca independiente, adjudicada a uno de los partícipes y a continuación de la división entre los demás copropietarios sobre el resto de la finca matriz; que así lo demuestra un proyecto de calificación facilitado por el propio Registrador en 3 de febrero de 1971; que planteada así la cuestión, ante la nueva escritura de división no puede decirse que no hay tracto registral entre ella y los asientos del Registro por faltar la identidad del objeto o finca y del sujeto o los otorgantes, puesto que está perfectamente claro que se trata de la misma finca y que los otorgantes son también los mismos; que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se limita a establecer la presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, pero esta presunción es *iuris tantum* (Sentencia de 26 de noviembre de 1956), admite prueba en contrario, está sometida a materia de juicio y no puede constituir más que un elemento de prueba a conjugar con los restantes (Sentencia de 21 de abril de 1970); que como la sentencia recaída en el pleito seguido declara en su considerando primero que sobre la finca existe una comunidad y que para terminar con la misma procede dividir la casa en la forma establecida, es evidente que la presunción registral desaparece y el Registrador viene obligado a inscribir el reconocimiento previo del proindivido resultante de la cláusula 2.^a de la escritura, hecho por todos cuantos intervinieron en la anterior división de 1953, por lo que tiene fuerza suficiente para dejarla sin efecto y proceder a la nueva división que se realiza; que los efectos de la cosa juzgada obligan no sólo a quienes fueron parte en el litigio, sino también al Registrador que no puede anular los efectos de una sentencia firme, utilizando los asientos del Registro, cuando no existe tercero hipotecario como ocurre en el presente caso; que en el extremo segundo de la nota registral se dice que a mayor abundamiento no es posible inscribir la división material estipulada ni los pactos subsiguientes de constitución en propiedad horizontal y adjudicaciones porque las dos fincas que en su descripción registral vigente traen razón de la número 2.761, tampoco se identifican con las dos fincas resultantes de la división descritas bajo las letras A) y B); que en este punto el Registrador no ha tenido en cuenta que no existe una transmisión de las dos citadas fincas derivadas de la división practicada en 1953, sino que se trata de una nueva división de la misma finca que se declara poseída en proindiviso, que se divide en forma distinta a la practicada en 1953, por lo que la única identificación que cabe exigir es la que debe existir entre la finca dividida en 1953 y vuelta a dividir de otra forma en 1971, identidad que se da de manera indiscutible; que el único problema registral a juicio del recurrente es si la división material convenida en 1953 y llevada al Registro en 1955, puede impedir que se inscriba una división distinta sin haber dejado previamente sin efecto la anterior. problema que no se analiza en la calificación; que no hay duda de que si en la escritura ahora presentada a inscripción se dijera que los otorgantes dejaban sin efecto la división anterior y las inscripciones a que dio

lugar y seguidamente pactaran la nueva división, la inscripción de tal escritura no hubiera tropezado con ninguna dificultad; que tampoco habría surgido ningún obstáculo si los titulares de los asientos que produjo y el consentimiento para que se inscriba la nueva división sin que se estime interrumpido el tracto sucesivo; que la solución puede encontrarse en el artículo 1.204 del Código civil cuando dice que “para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles” que es lo que ocurre en el caso planteado; que el extremo tercero de la calificación registral se refiere más a la sentencia que a la escritura, por cuanto afirma que para litigar en juicio sobre la finca registral número 2.761, en su inscripción 5.^a, debieron ser parte los siete hermanos hijos del matrimonio primitivo titular de la misma más los dos sobrinos hijos de otro hermano fallecido que no tomaron parte en la tramitación del juicio y en el otorgamiento de la escritura, puesto que todos integraban la titularidad registral de la mencionada inscripción 5.^a; que en este punto cabe observar que tanto en el proyecto de calificación como en la calificación definitiva, esa inscripción 5.^a está hipotecariamente extinguida; que además, dicha inscripción 5.^a de la finca 1.261 está prácticamente a nombre de los cónyuges don Julián Raneda Romeo y doña Hortensia Gay Gómez, y fallecidos éstos garantizaba los derechos de sus ocho hijos herederos; que fallecida la heredera Julia, sus derechos sobre el objeto de la inscripción pasaron a sus hijos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, pero desde el momento en que se otorgó la escritura de 1 de mayo de 1953, los últimamente nombrados dejaron de tener interés en la repetida inscripción 5.^a, puesto que recibieron otros bienes en pago de sus derechos hereditarios en la sucesión de sus abuelos; que prueba de ello es que cuando se otorgó la división de 1953 los mismos no intervinieron en la escritura y si en aquel momento no fue necesaria menos puede serlo para la inscripción de la nuevamente practicada en 1971; que, ciertamente, los asientos posteriores a la inscripción 5.^a no han sido tenidos en cuenta ni en el pleito ni en la subsiguiente escritura otorgada en ejecución de la sentencia recaída en aquél, pero a pesar de ello lo cierto y reconocido por los interesados es que éstos poseían de hecho la finca al iniciarse el pleito, no en la forma que indican tales asientos, sino de manera indivisa; que es también cierto que los asientos registrales existen hipotecariamente y deben surtir todos sus efectos mientras los Tribunales no declaren su nulidad o sean rectificadas en forma legal, pero también es verdad que la escritura calificada supone realmente una rectificación en forma legal, puesto que ni declara, ni transmite, ni grava, ni extingue ningún derecho registrado, sino que, sencillamente, respetando el dominio inscrito se modifica la situación registral por acuerdo de todos los interesados; que con arreglo al párrafo 2.^o del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sólo se podría denegar la inscripción si los asientos practicados estuviesen extendidos a nombre de personas distintas de los otorgantes de la escritura; que los límites de la calificación, tanto en los documentos normales como en los de carácter

judicial están determinados por los artículos 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria y numerosa jurisprudencia que restringe la facultades del Registrador en los documentos judiciales; que en el caso objeto del recurso, tratándose de una escritura de división de cosa común otorgada en ejecución de sentencia firme recaída en juicio declarativo de menor cuantía, el Registrador no puede calificar si fue o no necesaria la intervención en el pleito de los hermanos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, cuestión que compete exclusivamente al Juzgado; que también carece de facultades el funcionario calificador para denegar la inscripción fundándose en que siendo contradictoria del dominio la acción ejercitada debió entablarse, previamente o a la vez, demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, pues, aparte de que la acción para dividir una cosa común no es contradictoria del dominio, cualquier posible oposición entre la acción ejercitada y la situación registral desaparece al allanarse a la demanda todos los titulares de inscripciones afectadas por ella; y que, finalmente, tampoco tiene facultades el Registrador para calificar la forma en que se inició el procedimiento, extremo que sólo incumbe al Juzgado, y si éste decidió que procedía otorgar la división y condenó a practicarla, la escritura otorgada en cumplimiento del fallo debe ser inscrita si no existe en el Registro obstáculo que lo impida.

Resultando que el Registrador informó: En cuanto al primer apartado de la calificación, que como la finca a que se refiere la escritura ha sido registralmente sustituida por otras dos distintas en que se dividió, según reconoce en su criterio el propio recurrente, ha variado su descripción y titularidad, por lo que no puede tener acceso al Registro ningún título que no recoja la nueva situación, so pena de incumplir un principio tan fundamental para nuestro ordenamiento jurídico como es el del tracto sucesivo que por lo que se refiere al punto segundo, la Resolución de 8 de mayo de 1946 determina que en el recurso gubernativo tiene que estarse a lo que resulte de los asientos del Registro y lo que resulta de éstos es que las fincas que en el mismo constan no se identifican con las resultantes de la división practicada en la escritura sometida a calificación; que los interesados pudieron, como se dice en el escrito del recurso, dejar sin efecto la división anterior y proceder a realizar la nueva, pero no lo hicieron, por lo que hay que tener en cuenta que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y obligan a todos, en primer término al Registrador; que si se prescindiese de la situación registral y la voluntad implícita de las partes, pudiera ser elemento determinante de los derechos y situaciones jurídicas, mal parada quedaría la seguridad del tráfico jurídico, seguridad que el legislador ha querido mantener en el campo hipotecario dando fuerza y consistencia a los asientos registrales y a las titularidades que publican incluso frente a los beneficiarios de las mismas; que admitir la nueva división, aparte de lo dicho llevaría consigo dejar incólume la inscripción primera de la finca 3.769 y la sexta de la finca 2.761, con lo que se desembocaría en una flagrante doble inmatriculación registral; que en cuanto al aparta-

do tercero admite los reparos del recurrente respecto al hecho de no haber sido parte en el procedimiento, don Carlos y doña María Teresa Reneda, y en ese sentido rectifica la calificación recurrida, manteniéndola en lo que se refiere a que previamente o a la vez que la acción de división, debió entablarse demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente ya que el Registro publica una situación distinta de la que resulta de la escritura calificada, con lo que surge el obstáculo registral a que se refiere la Resolución de 18 de diciembre de 1942; y qu, el informante no pretende entrar a examinar el fondo de la cuestión que es competencia de los Juzgadores, sino mantener la validez de unos asientos cuyos pronunciamientos pretende ignorar el recurrente y cuya eficacia hay que respetar en tanto que su cancelación no sea ordenada por los propios Tribunales que los salvaguardan.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumento que relacionó con los diferentes Considerandos del Auto.

Doctrina.—“Considerando que para una mayor claridad en la resolución de este expediente conviene dejar sentado que la situación registral actual refleja la existencia de dos inscripciones realizadas en base a sendas escrituras de división otorgadas en 25 de septiembre y 8 de octubre de 1953, por la que el primitivo inmueble resultó dividido en dos fincas independientes dada la segregación que se verificó, una de ellas —la número 3.769— formada por la porción segregada, y la otra, integrada por la matriz restante, inscripciones estas que, como todos los asientos registrales, se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria en tanto no se declare su e inscritas—.”

“Considerando que dado lo anteriormente expuesto este recurso plantea la cuestión de si será inscribible otra nueva escritura de división de finca y constitución de propiedad horizontal otorgada en cumplimiento de una Sentencia firme, en 11 de junio de 1971, por los mismos interesados y en forma distinta a la que ya aparece inscrita en el Registro, y sin que en la misma se haga referencia a la actual situación registral —que extrañamente el recurrente manifiesta desconocer por haber olvidado la existencia de las escrituras de división anteriormente otorgadas e inscritas—.”

“Considerando que ante esta circunstancia surge en principio un obstáculo derivado del contenido del propio Registro que impide la práctica del asiento solicitado —y todo ello sin entrar en el fondo del asunto que en definitiva ha supuesto el volver a dividir lo que civil e hipotéticamente estaba ya dividido— por oponerse a ello principios tan fundamentales en la Legislación Hipotecaria, entre otros, como es el de tracto sucesivo expresado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el de legitimación en su artículo 38-2.º al no haberse entablado previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones vigentes.”

“Considerando, no obstante, que al ser la causa que ha engendrado la actual situación la falta de conocimiento de aquella previa división del inmueble que no pudo por esta circunstancia ser tenida en cuenta por la Autoridad Judicial, así como tampoco por el Notario autorizante de la escritura, y al ser los titulares los mismos y aparecer claramente reconocidos sus derechos por la Sentencia y confirmados después por todos los interesados en la escritura calificada, se trata de un defecto subsanable y de carácter puramente formal que podría ser superado a través de una escritura de aclaración, en la que utilizando cualquiera de los medios que la legislación hipotecaria ofrece —como podría ser el de reconstituir la primitiva finca número 2.761, tal como era antes de la división hecha en 1953 y por medio de procedimiento de agrupación del artículo 50 del Reglamento Hipotecario—, lo que dejaría sin efecto los obstáculos que hoy día surgen del contenido del propio Registro.”

“Considerando que en los documentos expedidos por la Autoridad judicial aunque la calificación de los Registradores sea más restringida que en relación a otros documentos pueden, no obstante, extenderla a la competencia del Juzgado o Tribunal y demás extremos que recoge el artículo 99 del Registro Hipotecario entre los que aparece el tener que contar con los obstáculos del Registro, por lo que no se ha extralimitado en el ejercicio de su función y, en consecuencia, ha actuado dentro de los límites que legalmente le están permitidos.”

“Considerando que al haber desistido el funcionario calificador del defecto tercero, primer inciso, no es necesario entrar en su examen.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador, salvo en lo relativo a la calificación del defecto, que ha de estimarse como subsanable.”

Consideraciones críticas.

La vida negocial en orden a los derechos sobre inmuebles debe tener la necesaria correlación con las situaciones registrales, pues de lo contrario la posible discordancia —extrarregistral y registral— puede erigirse en obstáculo que impida la realización de una inscripción pretendida. Creo que es este el caso que nos ocupa. Se pretende inscribir una escritura de constitución de propiedad horizontal, en cumplimiento de sentencia, pero en el Registro ya figuraba una división material de la finca que no se tuvo en cuenta.

En un trabajo que GABRIEL HORTAL SÁNCHEZ publicara en el año 1970 en el “Boletín del Colegio Nacional de Registradores” bajo el título “Segregaciones y determinación de resto”, se hacía la pregunta de porqué los hipotecaristas no se habían ocupado de relacionar el principio de tracto sucesivo con el elemento objetivo de la finca. “Resulta un tanto extraño —decía dicho autor— el olvido en que incurren muchos de nuestros hipotecaristas, al tratar del principio de tracto sucesivo, respecto a la íntima relación que éste guarda con la finca, considerada como entidad registral. El tracto sucesivo no se conforma con que aparezca inscrito

«el derecho» como titularidad registral del «transmitente», sino que exige también, en su aspecto objetivo (y diríamos que con mayor rigurosidad aún), que ese derecho y titularidad figuren previamente inscritos sobre la misma concreta finca con la que va a actuarse: de tal manera que si con ocasión del negocio jurídico transmisivo de que se trate, el inmueble o entidad tabular resultan modificados, no cabe admitir a registración el título del adquirente sin que antes el que transmita inscriba a su favor la modificación en aquéllos operada. Obvio parece que estas mismas consideraciones han de aplicarse a cualquiera otra categoría de actos inscribibles, tales como los declarativos, reconocitivos, modificativos, extintivos o de gravamen».

TIRSO CARRETERO, en su comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 28 de mayo de 1971 ("Rev. Cr. Dr.. Inm.", núm. 846, 1971, págs., 1230 y ss.), al tratar del tracto sucesivo en las modificaciones de fincas, dice que los autores son muy poco explícitos en este tema. Ninguno deja de insistir en la previa inscripción de la finca o fincas a favor de la persona que agrupa, divide, segrega o declara la obra nueva; pero todos descuidan otra cuestión, no menos importante: la actuación del principio de tracto sucesivo en las modificaciones hipotecarias mismas; si en éstas hay un tracto sucesivo real, objetivo o de folio totalmente equiparable al de los derechos o titularidades establecido en el artículo 20 de la Ley.

La cita que hago de estos dos autores, coincidentes en relacionar el tracto con la entidad objetiva de la finca, se debe única y exclusivamente a que ellos en sus trabajos parecen dar a entender que soy uno de tantos culpables de no haber tratado el tema dentro de esos márgenes. Y a mi entender una cosa es el principio de "tracto sucesivo", otra el de "especialidad" y otra el de "prioridad".

Tal y como está regulado el principio de tracto sucesivo en el vigente artículo 20 de la Ley Hipotecaria, solamente a los "titulares registrales" se refiere. Para nada habla de fincas. El principio de "especialidad", sin embargo, ya hace referencia a los tres elementos que pueden jugar en el acto inscribible: la finca, el derecho que sobre ella exista y el titular registral. Por el principio de *prioridad*, el acto que se adelanta en su petición frente a uno simultáneo o anterior, gana preferencia con cierre registral o con rango preferente.

Entiendo que el tracto sucesivo supone un principio que trata de regularizar la "dinámica" de los derechos que recaen sobre el elemento finca, delimitado y aislado en su folio registral. Las fincas en sí no se transmiten, sino que el objeto de la transmisión reside en el derecho que sobre ellas se ostenta. Por eso es importante que el transmitente figure legitimado registralmente para el acto de enajenación o gravamen y que ostente su derecho sobre la finca registral "identificada".

Para que pueda inscribirse el derecho de una persona a favor de otra sobre finca inscrita, es preciso que conste previamente o a la vez el derecho de la misma, pero para poder inscribir la enajenación de un derecho sobre una finca, no es preciso que la misma figure inscrita previamen-

te o a la vez, pues la legislación arbitra el medio de inmatriculación preciso para que la misma ingrese por primera vez en el Registro. De ahí que el tan criticado artículo 20 —en sus redacciones anteriores— tenía muchas razones de existir en su exposición. Mientras los diversos titulares —o titulares sucesivos— van siendo distintos en cada transmisión, la finca sigue siendo igual y lo único importante es “identificarla”.

Las modificaciones físicas que la finca sufra ni pueden quedar sujetas al principio de tracto sucesivo ni sería lógico que lo estuvieran, pues ello impediría el juego de dos principios fundamentales que ofrece el sistema español: el de la voluntariedad de la inscripción y el de la prioridad. Es evidente que la agrupación hecha por un titular registral y repetida con otra persona posteriormente, ofrece el mismo problema que la doble venta y será la presentación preferente de una de ellas la que determine el cierre registral de la otra. Lo mismo puede predicarse de las segregaciones y de las divisiones y agregaciones. Yo así lo había expuesto en este mismo ANUARIO DE DERECHO CIVIL al comentar la Resolución de 28 de mayo de 1971.

Retrocediendo al supuesto planteado por esta Resolución es evidente que si el título que se pretende inscribir, aunque lo sea sobre la base de una sentencia con excepción de cosa juzgada, se refiera a una finca que registralmente ya no existe en el Registro por haber provocado una división (que los interesados no recuerdan haber realizado) anterior, lo que procede es suspender o denegar la inscripción hasta tanto se aclare la situación. No lo entiende así el recurrente, cuya opinión contradice el Registrador. Veamos ambas brevemente:

a) *El recurrente.* En sus alegaciones muestra gran habilidad, pero no pleno dominio de la materia hipotecaria. Mezcla inicialmente el concepto de tercero con la división de finca que provoca dos nuevas que, aun no estando inscritas a favor de tercero, no se identifican con la del título que pretende tener acceso al Registro. También invoca el problema judicial de la “excepción de cosa juzgada”, cosa que no tiene repercusión registral, pues por mucha fuerza que pueda tener una sentencia judicial si ésta no se refiere a la finca que registralmente es distinta de la del litigio, no podrá provocar modificación registral. Quizá, por ello, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Por último, alega en base de un pretendido e implícito *animus novandi*, que la escritura nueva provoca una novación de la anterior. Como para nada se hace alusión en el segundo documento del primero, es muy difícil, en el campo de la interpretación, llegar a esa peregrina conclusión, cuando se parte de que los interesados “no recuerdan” la división anteriormente realizada. Puede entrar en el campo de los antecedentes erróneos, pero no en el del ánimo *novandi*.

b) *El Registrador.* Para este funcionario el problema es de tracto sucesivo y la falta de identidad de la finca impide cualquier práctica registral. Puestos en valoración los asientos registrales y la voluntad de los interesados hay que hacer prevalecer —aunque sólo fuera por el criterio de la salvaguardia de los Tribunales a que hace referencia el ar-

título 1 de la Ley Hipotecaria— a los primeros, pues de inclinarse por lo segundo quedaría sin efecto el principio de seguridad del tráfico jurídico. El informe es puramente hipotecario, sin entrar en el fondo de la cuestión, pues la publicidad libraria es tan evidente que o se pone de acuerdo el título que pretende su inscripción con la realidad registral, o de lo contrario no puede inscribirse.

La Dirección General confirma la nota del Registrador y el Auto Presidencial, haciendo tres advertencias: 1.^a) Que la situación que se resuelve es puramente formal, sin entrar en el fondo del asunto, por ser un problema de tracto sucesivo relacionado con la finca, ya dividida hipotecariamente hablando. 2.^a) Que el defecto debe ser considerado como subsanable, pues siendo los mismos interesados que provocaron en su día la división, pueden ahora, refiriéndose a la misma, hacer la que pretenden inscribir. 3.^a) Que aun tratándose de un documental notarial, el origen del negocio que se pretende inscribir tiene su base en una *sentencia firme* y, a pesar de ello y del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, es evidente que entra en las funciones calificadoras del Registrador, pues el contenido del Registro es algo que la sentencia, por muy firme que sea, no puede desconocer.