

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

Puede y debe ser cancelada, a petición del titular registral autenticada en acta notarial, la constancia en el arrastre de cargas de una finca, de la mención de estar libre de cargas, "salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma a perpetuidad según la inscripción 1.^a", si de ésta resulta que se inscribió en ella el dominio de la parcela, sin reserva de derechos a favor del dominio público y no solamente una concesión de marisma en terreno público. No obstante, la cancelación debe limitarse a la porción de la finca de origen, que por virtud de agrupaciones y segregaciones ha venido a pertenecer al titular registral solicitante. (Resolución de 20 de diciembre de 1977; "Boletín Oficial del Estado" de 24 de enero de 1978).

Hechos.—El historial de la finca objeto del recurso es el siguiente: Finca 6.931, con fecha 24 de diciembre de 1929 se inmatricula en el Registro una parcela de marisma por título de concesión administrativa. Se hace constar en dicha inscripción que el concesionario queda obligado a conservar las obras que realice en buen estado, de modo que se satisfaga siempre el objeto para el que dichas obras han sido construidas; también se hace constar en la inscripción que "la concesión se hace a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedades y sin perjuicio de tercero", no entrando a disfrutar de la libre disposición del terreno hasta tanto que "no haya terminado completamente el relleno". Se añade que "la falta de cumplimiento a cualquiera de las condiciones será causa bastante para declarar la caducidad de la concesión y una vez declarada se procederá con arreglo a lo prevenido para estos casos en la Ley General de Obras Públicas y en el Reglamento para su ejecución. En la misma inscripción se recoge el acta, aprobada por la Dirección de Obras Públicas, por la que se dan por recibidas las obras, siendo el acta de inscripción del siguiente tenor:

"En virtud de todo lo expuesto, la Sociedad de Minas de Complemento inscribe la finca de este número a título de concesión administrativa". Por otra inscripción de la misma finca se inscribe un exceso de cabida en relación a ella; posteriormente dicha finca se agrupa con otras fincas normales, y de la agrupada, a su vez, se hacen diversas segregaciones: una de dichas segregaciones es la de la finca registral 8.392, a la que se contrae el recurso y en la inscripción 3.^a de dicha finca, siendo así que en todas las inscripciones anteriores se dice que la finca esté libre de cargas, se hace constar en el Registro que no tiene cargas, "salvo las

condiciones que afectan a la concesión de marisma, a perpetuidad, según la inscripción 1.^a de la finca 6.931”, expresión que se repite en las inscripciones posteriores y que se arrastra en una segregación posterior de dicha finca, y en la venta de la parcela segregada.

Por acta autorizada el 13 de abril de 1975, por el Notario de Santander, don Antonio Vázquez Presedo, comparece don José Luis Gómez Pérez, interesando que conste en forma auténtica que aparezca libre de cargas de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Santoña con el número 8.392, al folio 132 vuelto del libro 100, tomo 978, ya que figura sujeta a las condiciones que afectan al derecho de concesión a perpetuidad para sanear y aprovechar una parcela de marisma del dominio público, respecto a la parte de esta finca que procede de la finca número 6.391, que, por agrupación con otras tres, formó la finca número 7.402 de la que por segregación procede la citada número 8.392; las condiciones que afectan a esta finca según esa inscripción son las relativas a la realización de las obras de saneamiento, desecación y aprovechamiento propias de las concesiones de marismas que figuran en la inscripción 1.^a de la finca número 6.391, y que fueron establecidas por la Real Orden de otorgamiento de concesión de marisma a perpetuidad de 3 de marzo de 1899, modificada por la de 13 de noviembre de 1909; dicha concesión fue inscrita como finca número 6.931 otorgada a perpetuidad, haciéndose constar en la inscripción que se procede al conocimiento de las obras, según el acta reglamentaria que fue aprobada por la Dirección General de Obras Públicas; en el apartado 3.^o del acta autorizada se afirma que como consecuencia de lo anterior, dicha finca, inscrita a título de concesión administrativa, se convirtió, al reconocerse y recibirse las obras por la Administración, en inscripción de propiedad a condición, sin sujeción alguna, carga o gravamen según ha venido figurando inscrita en los asientos registrales anteriores a la inscripción 3.^a de la finca número 8.392, que procede de la 6.931; que habiéndose consolidado plenamente la propiedad de la finca 6.931, procede que la finca 8.392 figure inscrita en plena propiedad y sin sujeción a ninguna condición precedente de aquella antigua concesión, solicitándose del Registro que así se inscriba, transformando las inscripciones que limitan el derecho de pleno dominio, para adecuar la realidad jurídica a la registral, anulándose y cancelándose toda referencia a las condiciones que afectaban a la condición de marisma.

Presentado en el Registro de la Propiedad de Santoña el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: “Presentado este documento el 14 de julio de 1976, según asiento 586 del diario 52, no procede practicar las operaciones solicitadas en su apartado 4.^o, por los siguientes motivos:

I.—No parece exacta la afirmación que contiene en el apartado 3.^o, relativa a la “conversión en plena propiedad, no sujeta a limitación ni condición alguna”, del derecho derivado de una “concesión para sanear y aprovechar una parcela de marisma del dominio público” otorgada conforme a la Ley General de Obras Públicas y su Reglamento, la Ley de Puertos y las Reales Ordenes de concesión (que causó la inscripción

1.^a, de la finca 6.931, al folio 45 del libro 73, tomo 662 de este Registro de la Propiedad, una vez realizadas las obras de cerramiento; por no tener dicha conversión apoyo legal concreto ni estar reconocido expresamente por la Administración concedente; y ser en principio contradictoria con el concepto de "concesión otorgada a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero"; características que, junto con su destino especialmente señalado y con todas las demás "condiciones" establecidas legal y documentalmente (y que están recogidas en la inscripción), configuran la naturaleza jurídica y el contenido del derecho inscrito, que no pueden ser alterados unilateralmente por quien, al adquirir, ha de entenderse "subrogado" en la posición del concesionario.

II. De las antedichas "condiciones" contenidas en el acto concesional inscrito, se derivan derechos reservados por la Administración concedente (posibilidad de reversión o rescate por causa de "caducidad" de la concesión por incumplimiento de sus condiciones; control de la Administración por la simple naturaleza de la concesión, etc.); cuyos derechos reservados deben considerarse igualmente inscritos y con el mismo carácter de perpetuidad que tiene el derecho del concesionario; por lo que no pueden ser cancelados ni alterados, si no es por sentencia firme o con el consentimiento de la Administración que es su titular; conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Estas dos consideraciones que preceden están referidas a la inscripción 1.^a de la finca 6.931, que es la primera practicada en virtud del acto concesional, pero afectan con la misma extensión a todas las fincas o partes de ellas, formadas o procedentes de aquélla, que tendrán la misma condición jurídica, como ocurre, en parte, con la finca número 8.392 que se dice inscrita a favor del requirente.

III.—Dado el principio de voluntariedad y rogación que informa nuestro Derecho hipotecario, debe limitarse la práctica de la operación registral solicitada —caso de ser posible— a la parte de finca de que sea titular en la actualidad el requirente, cuya finca sólo se indica en el documento calificado por la referencia registral (incluso incompleta), por lo que es preciso que dicha parte de finca se describa con todos los requisitos necesarios para su perfecta identificación (situación, nombre, cabida, linderos); no sólo porque así lo exigen los principios de especialidad y claridad registral, sino también porque respecto de dicha finca 8.392 se ha realizado por el requirente la segregación de una parcela de 108.665 metros cuadrados, que por escritura otorgada el 9 de julio de 1974, ante el Notario de Santander señor Vázquez Presedo se vendió a don José Castillo Morante, casado con doña María Teresa Santiago-Higuera, a cuyo favor figura inscrita (y de hecho pueden existir otras segregaciones y ventas no inscritas), cuyos titulares pueden estar conformes con la condición atribuida a la finca en la parte que deriva de la concesión de marisma, y nada soliciten".

El Procurador doña Mercedes Manero Barriuso, en la representación de don José Luis Gómez Pérez que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la finca número 7.402,

de la que por segregación procede la número 8.392, figuraba inscrita (inscripciones 1.^a y 2.^a) como una finca normal en plena propiedad y sin cargas, haciéndose constar expresamente en la inscripción 2.^a su adjudicación en pleno dominio, pero al practicarse la inscripción 3.^a en virtud de deslinde voluntario formalizado por escritura pública de 20 de octubre de 1972 es cuando aparece el dato de las cargas que la gravan y que no figuraban desde tiempos remotos en el historial de dicha finca, al advertirse en esta inscripción que "no constan cargas salvo las condiciones que afectan a la conceción de marisma a perpetuidad, según la inscripción 1.^a de la finca 6.931, que por agrupación con otras forman la finca 7.402, de la que por segregación procede la de este número, según su inscripción 1.^a y en cuanto afectan a esta porción de fincas segregadas"; que de las cuatro fincas que por agrupación forman la número 7.402, tres de ellas son fincas rústicas inscritas en el Registro como de pleno derecho de dominio, y que la otra finca, la 6.931, se inmatriculó igualmente en el Registro, aunque el título que sirvió para la inmatriculación fue, en este caso, la Real Orden que otorgaba la concesión para sanear una marisma; que, así pues, lo que se inscribe en el Registro y abre folio registral no fue una concesión administrativa, sino una finca rústica normal, pero cuyo título de inmatriculación era una concesión administrativa; que si lo que se hubiera inscrito fuera sólo un derecho y no una finca física, en ningún caso hubiera podido agruparse con otras fincas físicas normales; que la Orden de otorgamiento de la concesión administrativa que sirvió de título para la inmatriculación tiene por objeto el saneamiento y aprovechamiento de una marisma, y que la concesión se hace a perpetuidad, no entrando el concesionario a disfrutar de la libre posesión del terreno hasta tanto no se haya terminado completamente el relleno, estableciendo por último que el terreno quedará sujeto a la servidumbre de salvamento y vigilancia litoral y demás establecidas en la Ley de Puertos; que en la inscripción 1.^a de dicha finca se hace constar que por haberse reconocido y recibido las obras, la sociedad titular de la concesión inscribe la finca mencionada, lo que ratifica el carácter y naturaleza de esta inmatriculación de finca rústica en virtud de título concesional, cuyas condiciones se han cumplido, por lo que puede inscribirse, no ya la concesión administrativa, sino la propiedad de la finca; que durante más de treinta años ha figurado esta finca inscrita en el Registro en pleno dominio y sin sujeción a ninguna condición y que en el transcurso de este largo lapso de tiempo ha de tenerse en cuenta por la posible prescripción de dichas cargas y condiciones; que a continuación el recurrente hace un estudio de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas y de las características especialísimas que dentro de ellas tienen las concesiones de marismas, respecto de las cuales asegura que en este tipo de concesiones lo que los particulares inscriben no es propiamente la concesión o sus derechos, sino la propiedad del terreno que se inmatricula en el Registro a través del título concesional como una finca física normal objeto de dominio; que las concesiones de marismas son negocios jurídicos bilaterales por los que la Administración entrega al particular un bien comprometiéndose

el concesionario a realizar las obras de desecación y saneamiento del terreno necesarias, y que una vez realizadas, el vínculo contractual no perdura por haberse consumado el contrato, y el concesionario adquiere los terrenos, produciéndose la desafectación que determina el cese del dominio público de la inalienabilidad; que esta tesis viene corroborada por la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 6 de noviembre de 1884 y de 23 de marzo de 1972 y que en igual sentido el Consejo de Estado, en dictamen de 14 de julio de 1964, entiende que "según la Ley de marismas, la relación concesional se extingue al término de las obras, ya que la concesión de que se trata se agota por la realización de las obras con arreglo al proyecto y satisfacción de la Administración, sin que existan con posterioridad a tal momento nuevas obligaciones concesionales; que, por lo tanto, es impropio que la nota de calificación trate de mantener sobre la finca objeto de la inscripción, las primitivas cartas o condiciones establecidas en la primera inscripción de la concesión de marisma; que aun suponiendo que la interpelación (sic) legal expuesta no fuera la correcta y la propiedad del terreno saneado continuara perteneciendo al Estado es indudable que en virtud de la prescripción adquisitiva, el titular de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad habría adquirido los bienes por la posesión durante diez años con buena fe y justo título (artículo 1.957 del Código civil), o al menos por la prescripción extraordinaria del artículo 1.959 del mismo texto por la simple posesión no interrumpida durante treinta años sin necesidad de título ni de buena fe; y que, por último, la Dirección General de lo Contencioso, en consulta formulada por la Junta del Puerto de Santander, ha reconocido expresamente la imposibilidad de reivindicar la propiedad de una finca de igual procedencia que la que nos ocupa y de cancelar los asientos registrales referentes a la misma, por haber entendido que los titulares que primitivamente figuraban en el Registro de la Propiedad de Santoña como de pleno dominio y sin sujeción a condición alguna, eran efectivamente propietarios y sus propiedades no se encontraban sujetas a ninguna carga.

El Registrador informó que la nota de calificación se limita a mantener una situación jurídica derivada de una legislación y de unos asientos registrales antiguos, pero vigentes, con un criterio que indudablemente es contrario a una realidad de hecho y al convencimiento actual generalizado que considera pleno dominio a esa situación posesoria derivada, junto al paso del tiempo, de una concesión otorgada a perpetuidad por la Administración para cerrar, rellenar, sanear y aprovechar una marisma, pero que esta realidad, apoyada por la indiscutible autoridad de los dictámenes del Consejo de Estado que el recurrente cita, no puede ser apreciada por el funcionario calificador, sin haber sido antes constatada por los Tribunales de Justicia a quienes únicamente corresponde declarar su evidencia y realidad; que el acta notarial objeto del recurso no es documento suficiente para acceder a la pretensión de convertir en pleno dominio no sujeto a condición ni limitación alguna, lo que, según el Registro, fue y puede ser todavía limitado, sin acreditar documentalmente que esas limitaciones y condiciones han quedado extinguidas, es decir, que

si tales limitaciones subsisten no se pueden expulsar del Registro sin consentimiento expreso de su titular, o por sentencia firme en que se declaren extinguidas; que el hecho de que en los asientos registrales se hable de "finca" no es argumento para entender inscrita la propiedad, ya que, en la técnica registral, "finca" es todo aquello que abre folio registral, y la concesión lo abre, se inmatricula (artículos 31 y 44 del Reglamento Hipotecario), por lo que se la considera como una finca, si quiera sea "anormal", y sin que sea necesaria la inscripción a favor del ente público concedente, porque antes de la concesión sólo habrá un dominio público que no se inscribe por su propia naturaleza al estar excluido del tráfico jurídico (artículo 5 del Reglamento Hipotecario); que no existe obstáculo alguno para agrupar fincas físicas con concesiones que tengan su trato físico (sic) y de este supuesto encontramos ejemplos como los regulados por los artículos 44 y 76 del Reglamento Hipotecario; que ha de tenerse en cuenta que las limitaciones y condiciones que figuran en la inscripción 1.^a de la finca 6.931, derivadas del acto concesional que la originó, afectan a todas las transmisiones y a todas las partes de finca que de ella deriven, porque son limitaciones consignadas en el folio registral de la finca, aunque incidentalmente se hayan omitido en algún asiento intermedio; que según las Reales Ordenes que aprueban la concesión (inscripción 1.^a de la finca 6.931), ésta se otorga para sanear y aprovechar una marisma exigiendo como base física de su aprovechamiento que se realicen las obras de cierre y de relleno y una vez realizadas las obras el concesionario entrará en la libre posesión del terreno, pero la concesión continúa en cuanto el aprovechamiento que la Administración sigue concediendo al particular, como compensación de las obras, pero también para la satisfacción de ese interés público general constituido por el destino ulterior para el que se atribuyó. Teniendo el concesionario "la obligación de conservar las obras en buen estado, de modo que satisfagan siempre cumplidamente el objeto para el que han sido construidas", por lo que la concesión se hace a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad, y sin perjuicio de terceros y el incumplimiento de cualquiera de estas condiciones será causa bastante para declarar la caducidad de la concesión; que la inscripción también recoge que el 7 de octubre de 1912 se procedió al reconocimiento de las obras, resultando ejecutadas las de cerramiento que se dan por recibidas, pero faltan por acreditar las obras de relleno y las verificadas para la transformación del terreno en apto para el cultivo, punto importante para apreciar el cumplimiento de "la satisfacción de la utilidad general", que iniciaría el cómputo del plazo para la prescripción; que la finca se inscribe a favor del concesionario "a título de concesión administrativa", siendo sólo esto lo que se acredita en la citada inscripción 1.^a de la finca 6.931; que, así pues, se demuestra que estamos en presencia de algo distinto de la propiedad o pleno dominio, y que las Reales Ordenes de concesión no son títulos aptos para adquirir ni para inscribir el dominio; que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 alegada por el recurrente en su favor sólo contiene en su parte dispositiva la declaración de que la concesión de marisma ob-

jeto de pleito, que originariamente se había otorgado por cincuenta y cinco años nada más, debería otorgarse a perpetuidad; que en cuanto al informe de la Dirección General de lo Contencioso que igualmente alega el recurrente, aunque referido a una finca distinta, pero que tiene igual procedencia que la 6.931 no fue conocido por el Registrador en el momento de la calificación, pues no fue aportado en tal ocasión, por lo que no debería tenerse en cuenta en este recurso; y que al no alegar nada el recurrente respecto al apartado 3.º de la nota, el Registrador entiende que deberá ser mantenido en su total contenido.

El Presidente de la Audiencia, basándose en que la doctrina viene poniendo de relieve que, en la concesión de marismas, una vez desecado y saneado el terreno y cumplidas las cláusulas concesionales, el concesionario pasa a ser propietario del terreno saneado, de modo que tal "concesión" constituye una enajenación atípica de bienes ligada a finalidades trascendentales al puro hecho de la enajenación y que, con criterio análogo, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de marzo de 1972, declara que este tipo de concesión otorga un derecho real administrativo de goce que a su vez "se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento", de suerte que, en definitiva, se proclama "la eficacia del saneamiento para la adquisición de la propiedad del terreno" y entendiéndose que la inmatriculación que se produjo fue de la finca normal, y no la de la concesión, por considerar legítimamente el Registrador que en su día practicó la inscripción 1.ª que la propiedad privada se había adquirido por el titular en virtud de un título concesional de una marisma ya saneada y recibida por una resolución administrativa, estimó en parte el recurso y en parte lo denegó, acordando que debe quedar plasmada en las inscripciones de la finca número 8.392 del Registro de la propiedad de Santoña, que la misma figure inscrita en plena propiedad de su titular salvo las condiciones que afectan a la concesión de marisma a perpetuidad, según la inscripción 1.ª de la finca 6.931, que por agrupación con otras tres formó la finca 7.402, de la cual procede la citada 8.392 por segregación y en cuanto afectan a esa porción segregada, limitándose la práctica de la operación registral a la parte de la finca de que es titular el recurrente don José Luis Gómez Pérez, si bien la inscripción acordada no podrá practicarse hasta que sea subsanado el defecto consistente en la descripción completa, con todos los requisitos necesarios para su completa identificación.

El funcionario calificador se alzó contra la decisión presidencial e interpuso recurso de apelación ante el Centro directivo.

Y la Dirección General, resolviendo la apelación, acordó confirmar el auto apelado solamente en la parte que revoca el defecto primero de la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—“Al haber apelado el auto presidencial solamente el Registrador, y no haberlo hecho la persona que interpuso el recurso, queda circunscrito éste exclusivamente al defecto 1.º de la nota de calificación que plantea como cuestión primordial la de si la finca, de la que por sucesivas operaciones registrales de agrupación y segregación procede la

actualmente existente se inmatriculó en los libros del Registro en pleno dominio o únicamente a título de concesión administrativa, a favor del inmatriculante.”

“La concesión para sanear y desecar terrenos de marisma ofrece en nuestra legislación una normativa muy peculiar que la diferencia de las otras clases de concesiones administrativas, peculiaridad que se manifiesta ya en la primitiva Ley de Aguas de 1866, y en particular en la de 1879 (artículo 65), así como en la Ley de Puertos de 1880, pasando por la Ley de 24 de julio de 1918, dedicada especialmente a esta materia, que rompe en cierta manera con el criterio tradicional, volviéndose de nuevo al anterior sistema con la Ley de Puertos de 1928 (artículos 51 y 52) y la de Costas de 26 de abril de 1969, disposiciones legales todas ellas que confirman como efecto primordial la adquisición al concesionario de la propiedad de los terrenos ganados al mar, una vez ejecutadas las obras y cumplidas las cláusulas de la concesión.”

“Como han puesto de relieve diversos dictámenes del Consejo de Estado y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 en este tipo de concesiones, el derecho real administrativo de goce que toda concesión comporta “se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento”, por lo que viene a constituir, como indica el auto del Presidente, un modo de adquirir atípico, paralelo a la desafectación del dominio público producido y que tiene su fundamento en la actividad administrativa de fomento que estimula la iniciativa privada para conseguir un beneficio general al sanear un terreno que en su estado natural no es utilizable por nadie.”

“Si tenemos en cuenta la legislación aplicable y en particular la que estaba vigente cuando se realizó la inmatriculación y la documentación que para extender el asiento tuvo el Registrador a la vista (Ordenes de concesión y muy especialmente la de aprobación por la Dirección General de Obras Públicas, de 16 de diciembre de 1912 del acta de 14 de octubre del mismo año de haber sido ejecutadas las obras y aprobación de la transferencial), así como las facultades de calificación que como funcionario le atribuye la legislación hipotecaria, y aun apreciando una falta de claridad en la inscripción practicada, no ofrece duda que en el ejercicio de su función realizó una inscripción en pleno dominio de la finca discutida a favor del inmatriculante, lo que parece confirmado además por la calificación de “rústica”, que confiere al inmueble y el haber comenzado su descripción con el sustantivo “parcela”; y que este mismo carácter de inscripción en pleno dominio fue reconocido por los sucesivos Registradores, que sin ninguna dificultad realizaron operaciones registrales de agrupación y segregación del mencionado inmueble con otras fincas rústicas normales, e igualmente tuvieron acceso los posteriores deslindes realizados, todo lo cual no hubiera sido posible si se hubiera tratado de la inmatriculación de una concesión administrativa.”

“Al aparecer inscrita la primitiva finca, de la que tiene origen la actual, en pleno dominio, debido a la calificación hecha en su día por el Registrador que la inmatriculó, no cabe entender, por tanto, que se pretende alterar unilateralmente la naturaleza jurídica del derecho ins-

crita —concesión—, pues no es esta la situación que publican los asientos registrales, sino por el contrario la ya indicada de dominio, sin que por último pueda entrarse, en cuanto a la posible cancelación de las limitaciones y condicionamientos que los mismos asientos manifiestan, en el examen de los conceptos de “desafectación fáctica” y “degradación del dominio público”, estudiados con detenimiento por la moderna doctrina administrativa, al no haber sido objeto este punto de apelación.”

Consideraciones críticas

En la presente Resolución aparecen mezcladas una serie de cuestiones de difícil disección a la hora de su posible tratamiento aislado. A mi entender, la mezcla envuelve la temática de si lo que está inscrito en el Registro de la Propiedad es una finca rústica, o estamos ante una concesión administrativa que por el poder taumatúrgico de la norma es considerada como tal, pero al mismo tiempo esa temática, convertida en pieza fundamental, oscurece el verdadero problema hipotecario de rectificación registral. Los argumentos se acumulan del lado del primer problema en una auténtica obsesión de demostrar —con dominio de la técnica administrativa— que lo que se discute no es una concesión y ello hace que a la hora de argumentar el problema hipotecario quede raquítico y sin fuerza. Marginalmente se tocan problemas de arrastre de cargas, segregaciones, inmatriculaciones, etc., pero ya decimos que el fundamental y sobre el que gira el recurso es si estamos ante una *finca normal* o ante la ficción legal de considerar a la *concesión como finca* que abre folio registral.

Quizá, por ello, debemos destacar esos dos puntos fundamentales señalados de concesión y de rectificación de errores, sobre todo este último para entrar a discutir si el recurso gubernativo es o no un camino legal para su logro.

Para simplificar cuestiones creo que es preciso centrar la materia y situarnos en la verdadera problemática del tema. En una inscripción figuran, por arrastre de cargas, una afección de la finca a las condiciones que dimanar de una concesión administrativa inscrita y lo que se discute es si es procedente ese arrastre de cargas, ya que la inscripción de que procede no es la de una verdadera concesión administrativa, sino de una finca normal o, por lo menos, transformada en normal por el juego de una normativa administrativa. La consecuencia se ve clara: si es cierto que era una finca y no una concesión, no procede ese arrastre de cargas que, por error registral, se viene consignando. Y el tema se desliza irremisiblemente a la normativa de la rectificación de errores. Y si esa era la cuestión registral habrá que destacar la doctrina mantenida ininterrumpidamente por la Dirección General de que el recurso gubernativo no está incluido en ninguno de los medios de rectificación de errores a que se refiere el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

A) *La finca registral y la concesión administrativa*

No creo que sea preciso aclarar cómo el concepto de finca dentro de la Ley Hipotecaria es muy amplio, pues al lado de lo que podríamos llamar finca normal, definida por Roca Sastre como “un trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios proindiviso”, están las fincas anormales, especiales, funcionales, urbanísticas, etc., entre las que figuran las llamadas “concesiones administrativas” que tienen, como dice el autor citado, virtualidad inmatriculadora. Se ha llegado así, doctrinalmente, a emplear un término más genérico hablándose de “entidades hipotecarias” o “fincas registrales”.

Admitida la posibilidad de que la concesión administrativa tenga esa “virtualidad inmatriculadora” y sea considerada como finca a la que se le destina un folio particular y un número especial, es preciso descender no a una concepción unitaria de la figura, sino a la admisión o no de variantes que se aparten sustancialmente de la esencia de la temporalidad que lleva consigo la misma. Genéricamente podríamos concluir con Roca Sastre que toda concesión administrativa supone: “Un acto administrativo, en virtud del cual se crea sobre bienes de dominio público y a favor de un particular un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva”. De ahí se desprende la idea fundamental que guía el concepto, esto es, la de “constitución” de un derecho subjetivo. Y esto resulta importante a la hora de enjuiciar la figura, pues Villar Palasí (“Concesiones Administrativas”, voz de la Enciclopedia Jurídica SEIX) en su aportación doctrinal a la figura y al estudiar la naturaleza de la misma, distingue entre las concesiones “constitutivas” y las “traslativas” y dice: “A estos efectos preciso es escindir, dentro del género común, los casos de pura constitución de un derecho privativo, de aquellos otros supuestos en que la creación del derecho concedido opera a base de transferir al administrado algo que antes virtualmente, y en potencia, tenía su existencia en manos de la Administración. Se ofrece así una doble perspectiva, de concesiones constitutivas y traslativas, que no debe inducir al error de considerar que sólo las primeras son creadoras de derechos. La distinción hace referencia más bien a un *plus* inherente a las segundas y de que las primeras carecen...”. Si esto es así, y así parece ser, habrá de ser leído el trabajo de García de Enterría sobre “Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo”, con esa restricción que pone en balanzas de entendimiento al principio de la imprescriptibilidad del dominio público, el principio corrector de la reversión frente a la prescripción inmemorial, la duración de los noventa y nueve años y la posibilidad o no de una desafectación tácita.

Por una serie de coincidencias vitales intervine —en forma indirecta— en una famosa desecación de laguna (la de Antela, allá por Galicia) y en otras marismas en esa lengua de tierra ambientada para el turismo que es la Manga del Mar Menor, pero ninguno de los dos casos me sirven como experiencia para ser aportados al supuesto presente. Allí

los problemas fueron de distinta índole. Pero si hemos de hacer caso al segundo considerando de la Resolución resulta que sobre la base de la Ley de Aguas de 1879, la Ley de Puertos de 1880, así como la de 1928 y la de Costas de 1969, las concesiones de saneamiento y desecación de terrenos de marisma ofrecen singularidades muy peculiares. Igualmente el considerando tercero insiste en la misma idea basándola en dictámenes del Consejo de Estado (uno de ellos citado por el recurrente de fecha 14 julio 1964) y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo 1972.

Si esto es así, el proceder del Registrador en su calificación inicial de inmatriculación y en las posteriores inscripciones realizadas, sobre todo la que provocó el cerramiento y recepción de obras, pudiera afirmarse que fue improcedente, ya que añadió esa coletilla que ahora se discute de "salvo las condiciones que afectan a la concesión de la marisma a perpetuidad, según la inscripción 1.^a". ¿Cómo es posible que un Registrador haya podido añadir oficiosamente esa coletilla si no figuraba en los títulos o en las inscripciones anteriores? Eso tuvo que sacarlo el Registrador de alguna parte o es preciso admitir que al reflejarlo cometió un error, provocando con ello una inscripción errónea necesaria de rectificación.

¿Pero es cierto todo lo que dice la Dirección General en apoyo de su tesis? Es cierto, pero a medias, pues la Ley de 1918 (24 de junio) que también cita el considerando segundo al establecer un principio contrario a la idea de la perpetuidad había que estimarla derogada para dar paso a la de 1928, cosa que no sucedió, ya que dicha Ley no quedó derogada y lo único que cabía es plantearse su aplicación o no al caso concreto. Tampoco es cierto que la idea de perpetuidad sea la dominante en "toda la legislación", ya que la Ley del Patrimonio del Estado, en su artículo 126 plasma el principio general de que es preciso señalar un plazo de duración que no podrá exceder de noventa y nueve años, salvo que se señale otro menor en alguna disposición. Y recuerdo este artículo —común a concesiones y autorizaciones— porque estuve implicado en una lucha entre el Ministerio de Obras Públicas y el del Ejército a cuenta de un acueducto para abastecer de agua a una población, donde se evidenciaba la contradicción entre la Ley de Aguas y la del Patrimonio del Estado. Tendría que contar el final del asunto, pero sólo diré que como solución intermedia se autorizó el paso del agua por el acueducto, reservándose el Ministerio del Ejército la posibilidad de bombardearlo y sujetarlo al paso de tanques y vehículos pesados.

Pudieron pesar sobre el Registrador estas dos normas citadas para justificar su proceder. Verdaderamente que la última sólo podría afectar a las inscripciones más recientes y la falta de efecto retroactivo no pareciera aconsejable su aplicación. La otra disposición del año 1918, tampoco creemos que se tuviera en cuenta, ya que aunque los hechos no lo dicen, parece que no se ajustó a su normativa, aparte de que la concesión debió ser anterior en fecha. Pero si el Registrador al provocar ese "arrastre de cargas" no tuvo en cuenta nada de esto y su actuación dio lugar a un error, no puede ocultarse éste con la sutileza de que al practicar

la primera inscripción se iniciaba con la palabra "rústica", lo cual evidencia que estaba inscribiéndola en *pleno dominio*. Creo que esto es un argumento que la Dirección recoge de las alegaciones del recurrente, pero resulta sumamente peligroso esgrimirlo en forma tan general y con tan poco apoyo doctrinal. Una cosa es el "pleno dominio de una finca" que reflejará la cláusula de inscripción (que, según dice el Registrador, era "a título de concesión administrativa") y otra el carácter rústico, urbano de la finca, que, además, tratándose de "concesiones administrativas" nada debe extrañar que se las califique de "rústica" tal y como lo hizo la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1944. Tampoco puede admitirse que en las inscripciones de "concesiones administrativas" no puedan practicarse operaciones de segregación y agregación de terrenos, así como las realizaciones de obras, obras nuevas, planteos y replanteos, con evidente olvido, como señala el Registrador, de artículos como el 44 y 76 del Reglamento Hipotecario. Que esas operaciones tengan unas peculiaridades específicas, bueno, pero que no puedan hacerse es no querer ver la realidad registral de aquellas zonas donde proliferan las inscripciones de concesiones.

Creo que debe añadirse algo más, pues aparte del juego poco decisivo de las modificaciones fundiarias y de la utilización de la palabra "rústica", sí creo que es importante la cláusula de inscripción a que he aludido. En los modelos oficiales que acompañan al Reglamento se habla de que el Registrador o el titular inscribe *su título* de compra, de herencia, de adjudicación, etc. En alguna de mis publicaciones, y por supuesto en la forma de llevar mis diversos Registros, siempre he utilizado la fórmula que "inscribo a nombre de don... el pleno dominio de esta finca por título de ...". Es decir, que la fórmula que en la primitiva inscripción de la finca se utilizaba nada decía, por supuesto, del pleno dominio, sino —en base de un tributo a unos formularios oficiales— solamente se decía que la finca de ese número se inscribía "a título de concesión administrativa".

Si es preciso creer al Registrador, parece ser por su informe que tampoco había clara desvinculación del dominio público, pues para que esa concesión pudiéramos configurarla como "traslativa" se hacía preciso cumplir lo requisitos que como condiciones se establecían para su otorgamiento y, entre ellos, era el de justificar no sólo el cerramiento, sino las de relleno y transformación del terreno en apto para el cultivo, cosa que, como es lógico al no estar justificado da subsistencia a todos esos condicionamientos que en la inscripción tercera de la finca se reflejan en el arrastre de cargas. Este punto ha quedado sin aclaración dentro del recurso. Se han utilizado generalizaciones teóricas, pero no se ha descendido al examen concreto del supuesto, como se pone de manifiesto en el informe registral.

B) *La inexactitud registral*

Verdaderamente que el recurso planteado en los tres defectos que se alegan en la calificación, queda reducido con el Auto del Presidente al

primero, que es el que solamente recurre el Registrador y que pierde al confirmarse el auto presidencial por la Dirección.

Demostrado que aquello que figuraba inscrito no era una concesión, sobraba la referencia que en el arrastre de cargas se hace en la inscripción tercera y quizá posteriores: cabe su cancelación. ¿Pero esto es así de simple? La Dirección General tiene establecido con auténtica reiteración en sus resoluciones que la materia de errores no puede ser objeto de recurso gubernativo. Recuerdo a este respecto la de 23 enero 1975, comentada por mí en estas páginas. Igualmente la de 11 noviembre de 1970.

Este recurso era viable si sólo se discutía el problema de qué era lo que estaba inscrito, pues si el segundo defecto era el que de verdad se esgrimía quedaba fuera de toda duda que el recurso gubernativo no podía tener competencia, ya que caso de no acceder el Registrador a rectificar habría que acudir a los Tribunales de Justicia. Como tanto para el recurrente, como para el Presidente, como para la Dirección no había error y el Registrador no insiste en él, el recurso prospera.

Dentro de los errores y sus clases —materiales y de concepto— los hay *derivados*, es decir, provocados por inscripciones sucesivas, asientos accesorios o complementarios, referencias, etc. Pues bien, los llamados “arrastrés de cargas” a que parece hacer referencia el artículo 51, 7.^a del Reglamento Hipotecario, pueden provocar también errores y, de hecho sucederá con cierta frecuencia, si se sigue el sistema de la enumeración de cargas sin emplear el sistema genérico de referirse a las que figuren en asientos anteriores, pues la especificación de ellas genera el riesgo de una posible cancelación sin el necesario reflejo en ese “arrastre de cargas”. En nuestro caso, sin embargo, el posible error se debe a una interpretación registral que entra de lleno en la facultad calificadora, habiendo optado el Registrador por hacer constar esas limitaciones que parecen derivarse de las condiciones de la concesión administrativa, aunque luego en la realidad ello sea discutible.

Sea cual fuera la postura que se mantenga, lo que sí es cierto es que ese acta notarial que el interesado presenta para que se haga constar la cancelación de la referencia a las condiciones y reservas que contiene la inscripción de concesión, supone una especie de solicitud para que se rectifique el Registro en aras de un error cometido por el Registrador que, creyendo que tenía inscrita una concesión, lo que la Dirección General le aclara es que tiene una finca normal y corriente en pleno dominio, pues la concesión se purificó al reunir los requisitos y condiciones de su constitución.

Y es claro que si esto es así lo que procede, a la vista de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales, es que, aparte de que el interesado lo solicite, es que acceda a ello el Registrador, pudiendo aplicarse el artículo 213 de la Ley Hipotecaria, número 2, al referirse a las rectificaciones de “indicaciones de referencia”, sobre todo si el error lo calificamos de material, aunque también cabría aplicar la misma doctrina si el error lo reputásemos como de concepto sobre la base

del artículo 217 de la misma Ley Hipotecaria, aplicando siempre la rectificación "en cadena" de que nos habla el artículo 317.

Pero como ante la posible solicitud de rectificación del Registro, el Registrador ofreció a la parte recurrente la oportunidad de estimar no como solicitud de rectificación, sino como ataque al contenido del Registro, se ha permitido la puesta en marcha del recurso. El Registrador, a mi entender, debió negarse a rectificar la inscripción, estimando que en base de los artículos legales y reglamentarios que cita en el segundo punto de su nota calificadora, era preciso una resolución judicial en que así se ordenase. Pero entró o dejó entrar en el fondo de un asunto y por esa puerta penetró la autoridad de la resolución del recurso gubernativo.

En todo este comentario ha quedado marginado el contenido de la nota registral en cuanto al tercer defecto y creo que ello merecería una alusión en cuanto se podrían aclarar puntos que parecen mezclarse. Es evidente que el posible arrastre de cargas se debe hacer partiendo de las que figuran en la inscripción primordial y que afectan a todas y cada una de las fincas en que ha podido dividirse o configurarse la primera. Esto así, solicitada la cancelación de un arrastre de cargas de una de ellas, debe entenderse solicitado el de todas ellas, máxime cuando como en el caso presente el error se motivaba por una interpretación equivocada del contenido de la primera inscripción. Creo que esta solución es la más adecuada a la vista del artículo 317 del Reglamento Hipotecario, aun y a pesar de las afirmaciones registrales de la voluntariedad y rogación de nuestro Derecho hipotecario. Todo, sin perjuicio de que se concrete la finca a la que afecta, para así deducir de ella las que también han de ser rectificadas.

Es suficiente la solicitud del titular inscrito acompañada de la sentencia desestimatoria de tercería interpuesta por uno de los cónyuges adquirentes por compra conjunta con pacto de sobrevivencia (arts. 61 y 62 de la Compilación Catalana) frente a ejecución seguida contra el otro cónyuge comprador por su mitad indivisa; para rectificar la inexactitud resultante de haberse inscrito la escritura de venta judicial que finalizó el juicio ejecutivo con la carga de la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia que en ella se mantenía, dado que aquella sentencia estimó —acertadamente— que al consumarse la adjudicación se extinguía el pacto de sobrevivencia. (Resolución de 29 de diciembre de 1977; "Boletín Oficial del Estado" de 24 de enero de 1978.)

Hechos.—Don Francisco Murió Jansá interpuso demanda de juicio ejecutivo el 11 de agosto de 1969 contra don Miguel Güell Catalá, que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, por virtud del cual se trabó embargo sobre la mitad indivisa de una finca urbana situada en Palamós, propiedad del ejecutado, correspondiendo la propiedad de la otra mitad indivisa a su esposa, doña Rosa Puig Crosa, habiendo adquirido ambos cónyuges la finca por mitad y

pro indiviso, pactando la cláusula de sobrevivencia, mediante la cual, al fallecimiento de uno de ellos, la mitad perteneciente al cónyuge premuriere pasaría a acrecer la parte del sobreviviente; dictada sentencia de remate, se procedió por vía de apremio a la adjudicación indivisa de la finca embargada al ejecutante, una vez realizadas las subastas y demás trámites procesales pertinentes, momento en el que comparece en autos la esposa del señor Güell, doña Rosa Puig Crosa, promoviendo por medio de juicio declarativo de menor cuantía la nulidad de actuaciones con deducción de tercería de dominio, basándose en el pacto de sobrevivencia estipulado con su esposo al adquirir la propiedad de la finca; el mismo Juzgado de Primera Instancia número 1 tramitó el nuevo procedimiento como pieza separada, dictando sentencia el 29 de mayo de 1973 por la que se desestima la demanda de doña Rosa Puig y se alza la suspensión del juicio ejecutivo acordado; esta sentencia fue recurrida correspondiendo su trámite a la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial que dictó nueva sentencia el 7 de marzo de 1974 confirmando la apelada y en las que tanto en una como en otra se declara la extinción en cuanto a la mitad indivisa embargada del pacto de sobrevivencia; seguido el juicio ejecutivo, se aprobó la adjudicación al ejecutante otorgándose escritura de compraventa que fue autorizada el 3 de abril de 1975 por el Notario —designado por turno— don Bartolomé Masoliver Ródena, por la que el Juez del Juzgado de Instrucción número 1 como Decano de los de Barcelona vende al recurrente, don Francisco Murió Jansá, la mitad indivisa de la finca urbana en litigio, con la carga derivada del pacto de sobrevivencia establecido a que ya se ha hecho referencia.

Presentada en el Registro de la Propiedad de La Bisbal primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Inscrito el precedente documento en el tomo 1.739 del archívo, libro 65 de Palamós, folio 201, finca 442 quintuplicado, inscripción 18.ª, sujeta a la condición resolutoria de que el señor don Miguel Güell Catalá premuera a su esposa, doña Rosa Puig Crosa, derivada del pacto de sobrevivencia, entre ellos pactado al adquirirla.—La Bisbal, 16 de diciembre 1975."

El señor Murió Jansá, en instancia de 20 de enero de 1976 dirigida al señor Registrador, a la que acompaña las dos sentencias antes indicadas, solicitó se dejase sin efecto la nota y se cancelase la condición resolutoria, siendo calificada con la siguiente nota: "Denegada la cancelación solicitada en la precedente instancia por las razones siguientes:

PRIMERA.—Haberse practicado la inscripción en virtud de la escritura pública de compraventa autorizada en Barcelona el 3 de abril de 1975, por el Notario don Bartolomé Masoliver Ródenas, en cuya estipulación 3.ª se pactó expresamente que la mitad indivisa vendida se transmitía con la carga de la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia establecido por los cónyuges don Miguel Güell Catalá y doña Rosa Puig Crosa.

SEGUNDA.—No puede afirmarse, como se hace en la instancia, que el pacto de sobrevivencia sólo empieza a tener valor legal y efectividad cuando muera uno de los cónyuges, y no en vida de ambos, por ser contrario al artículo 63 de la compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, que regula precisamente el régimen de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia durante la vida de los dos esposos.

TERCERA.—Si bien parece que las sentencias cuyas fotocopias se acompañan dan preferencia a los intereses de los acreedores frente a los particulares de los cónyuges, no declaran la nulidad o extinción del pacto, ni ordenan expresamente su cancelación, por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Teniendo los defectos apuntados el carácter de insubsanables no se toma anotación preventiva.

La presente nota se extiende con conocimiento y conformidad del otro Registrador titular, don Toribio de Prado Alcalá.—La Bisbal, 14 de febrero de 1976.”

Don Francisco Murió Jansá interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que en la compra con pacto de sobrevivencia no existe una verdadera condición resolutoria, ya que la muerte no opera como cumplimiento de condición, sino que más bien puede configurarse como una especie de heredamiento mutuo, regulado por la Compilación catalana, circunscrito en este caso a una finca en el que la muerte de uno de los cónyuges determina la adquisición por el sobreviviente; que, en cambio, la condición resolutoria supondría, normalmente, la extinción de un derecho en vida de su titular; que el hecho de que el Notario califique como condición resolutoria un pacto de sobrevivencia, no altera la naturaleza del negocio jurídico en sí; que de la sentencia dictada por la Audiencia Territorial el 7 de marzo de 1974 se sigue que en el pacto de sobrevivencia no existe ni puede existir condición resolutoria; que ni el artículo 63 de la Compilación ni los demás concordantes pueden suponer un obstáculo a la acción de los acreedores de uno de los cónyuges, durante el matrimonio, pues de ser así el marido comerciante habría encontrado el sistema de defraudar a sus acreedores y conservar su patrimonio, utilizando el pacto de sobrevivencia para dejar de cumplir sus obligaciones; que no es de aplicación en nuestro caso el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, ya que no se trata de cancelar ningún gravamen, ni suplir el consentimiento de un titular registral, sino de dar cumplimiento a una sentencia firme e inscribir un título translativo de dominio otorgado conforme a todas las normas procesales vigentes.

El Registrador informó que la inscripción de la adjudicación de la mitad indivisa de la finca objeto de este recurso a favor del recurrente se practicó en virtud de la escritura pública de 3 de abril de 1975 otorgada por el Juez de Primera Instancia Decano y por el ahora recurrente ante el Notario nombrado de oficio señor Masoliver Ródenas, en cuya estipulación tercera se formalizó la adquisición de dicha mitad indivisa sujeta a la condición resolutoria que entrañaba el pacto de sobrevivencia cuya cancelación se solicitó y denegó después; que así pues, la modelación.

jurídica y formalización de la adjudicación se efectuó con la intervención y aprobación del recurrente en la escritura pública referida como es notorio y evidente; que en todo caso es indiscutible que por una simple instancia no se puede modificar ni enervar por una de las partes unilateralmente una situación jurídica creada con toda legalidad en un instrumento público, por impedirlo el principio de titulación auténtica que impone el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria; que el pacto de sobrevivencia origen del recurso es una institución genuina del Derecho consuetudinario catalán cuyos efectos jurídicos no se pueden estudiar prescindiendo del juego propio de las condiciones, ya que la sobrevivencia de uno de los cónyuges es un hecho futuro e incierto a cuyo acaecimiento subordinan las partes la adquisición de la totalidad de la cosa comprada, y este acaecimiento o cumplimiento de condición, producirá un efecto suspensivo respecto de la parte que haya sobrevivido y otro resolutorio respecto de la parte que hubiera premuerto, y esto debido al doble juego o doble vertiente que puede apreciarse en toda condición, doctrina implícitamente reconocida en los artículos 1.113 y 1.114 del Código Civil y desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 22 de diciembre de 1944 y 7 de mayo de 1974; que en nuestro caso fue el mismo recurrente, otorgante de la escritura de 3 de abril de 1975, el que calificó y aceptó la condición resolutoria del pacto de sobrevivencia que ahora impugna; que los artículos 61 y 62 de la Compilación catalana que regulan el pacto sobrevivencia no se refieren expresamente a la posibilidad de que los acreedores particulares de uno de los cónyuges puedan realizar o ejecutar los bienes comprados con pacto de sobrevivencia, para cobrar sus deudas, por lo que aplicando las reglas de la hermenéutica podría llegarse a dos interpretaciones distintas: una negativa según la cual los acreedores no podrían ejecutar estos bienes y otra positiva que permitiría esta ejecución; que abona la primera interpretación el hecho de que el artículo 61, al disponer la afectación de estos bienes al cómputo de las legítimas y de la cuarta marital, silencia en cambio a los acreedores, y que el artículo 62 llevado a ultranza prohíbe la enajenación o gravamen de estos bienes si no es por acuerdo de ambos cónyuges, además de que en todo caso los acreedores podrían conocer previamente la situación de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia por su inscripción en el Registro; que una interpretación positiva que permitiera a los acreedores de uno solo de los cónyuges ejecutar los bienes podría basarse en el hecho de que no admitir dicha ejecución supondría aumentar la lista de bienes inembargables del artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que debe considerarse "numerus clausus", contraviniendo, por otra parte, el principio general de la responsabilidad patrimonial universal establecido por el artículo 1.911 del Código Civil; que según el funcionario calificador debe prevalecer esta segunda posición, pues sería inadmisibles el hecho de que un matrimonio catalán pueda constituir un patrimonio invulnerable para los acreedores particulares de cada cónyuge, mediante la utilización adecuada a este fin del pacto de sobrevivencia; que sería conveniente que esta cuestión tan importante fuera aclarada bien por la vía de las Memorias o bien por la jurisprudencia.

dencia; que si teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 38, 2.º de la Ley Hipotecaria se hubiera solicitado en tiempo oportuno la cancelación del pacto de sobrevivencia que se dejó subsistente, no se hubiera llegado a la situación actualmente consolidada que impide legalmente al funcionario calificador acceder a la pretensión del recurrente; que contra la opinión del mismo, el artículo 82 de la Ley Hipotecaria es de ineludible aplicación al supuesto de este recurso, en el que no se trata, como afirma el recurrente, "de inscribir un título traslativo de dominio", pues dicha inscripción ya se había producido en virtud de la escritura de 3 de abril de 1975, por lo que le son aplicables plenamente las disposiciones contenidas en los artículos 1.º, párrafo 3.º, y 82 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, declarando además que la nota denegatoria de la cancelación no trasciende en el orden procesal y jurídico a sus efectos invalidatorios de la adjudicación, ni a la libre disponibilidad de la finca, aunque con la limitación del pacto de sobrevivencia, y que no implica traba a la ejecución procesal, como garantía y efectividad de los débitos contraídos, no habiendo pretendido el señor Registrador hacer inoqua dicha adjudicación; que tampoco contraría los legítimos derechos de los acreedores en el procedimiento ejecutivo porque si bien los artículos 61 y 62 de la Compilación de Cataluña no hacen referencia concreta a la posibilidad de ejecución por los acreedores de uno de los cónyuges de los bienes con cláusulas de sobrevivencia, el no admitir dicha ejecución a considerar tales bienes como inembargables, lo cual no es posible dado el carácter de "numerus clausus" de la relación que contiene el artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Interpuesta apelación contra el auto por el recurrente señor Murió Jansá, la Dirección General acuerda revocar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina.—“Este recurso versa sobre una institución de gran raigambre en el Derecho catalán, como es la compraventa con pacto de sobrevivencia realizada por cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, y que ha sido regulada en los artículos 61 y 62 de la Compilación de Derecho foral de Cataluña al permitir, en los supuestos en que comprenden bienes conjuntamente y por partes iguales, el que puedan pactar en el propio título de adquisición, que al fallecimiento de uno de ellos, el sobreviviente haga suya la totalidad.”

“Esta institución —por cierto, no muy estudiada— ha provocado en los autores serias dificultades al tratar de desentrañar su esencia, pues mientras para unos se trata de una compraventa en el que cada uno de los esposos adquiere la propiedad de una mitad del bien transmitido bajo la condición resolutoria de premorir al otro, y la otra mitad bajo la condición suspensiva de sobrevivirle; en cambio, para la mayor parte, y con fundamento en el artículo 61, 2.º, es decisivo el momento de la muerte del primer cónyuge que determina la adquisición del sobreviviente e indican que se está ante una disposición sucesoria semejante a un heredamiento mutuo que estuviese limitado sólo al inmueble o inmuebles comprendidos en el pacto, e incluso algún autor señala el carácter de

donación "mortis causa" que presenta, al reunir las características de este tipo de donación, tratamiento al que le somete la legislación fiscal, según el artículo 63, 4.º, del texto refundido de 6 de abril de 1967."

"De adoptar una u otra postura se obtendrían distintas consecuencias, que sólo aparecen resueltas en la Compilación respecto de los derechos de herederos y legitimarios al indicar el párrafo 2.º del artículo 61 que la adquisición de la participación del premuerto, se computará en la herencia de éste a efectos de reservas, cálculo de legítimas e imputación en pago de la cuarta marital, lo que confirma la tesis de aquellos autores que ven en este pacto un fenómeno sucesorio, en donde la muerte opera como acrecimiento al sobreviviente de la porción del premuerto, pero no se contiene respecto de los acreedores de cualquiera de los cónyuges norma alguna que permita conocer si dicho pacto supone una restricción durante el matrimonio a la acción que los acreedores puedan ejercer sobre los bienes por obligaciones contraídas por un cónyuge, caso de que el otro no manifieste su acuerdo, pues no existe más norma que la del artículo 61, 1.º."

"El mencionado párrafo 1.º del artículo 62 prohíbe que mientras vivan ambos cónyuges sean enajenados o gravados los bienes así adquiridos, a no ser con el acuerdo de los dos esposos, pero nada indica respecto a si tal prohibición engloba no sólo a las ventas voluntarias, sino también a las forzosas, por lo que curiosamente se produce una situación paralela a la existente en la sociedad de gananciales, en donde tal cuestión suscitó numerosas polémicas, dio lugar a una copiosa jurisprudencia que terminó por aclarar que el artículo 1.413 del Código civil se refería sólo a las enajenaciones voluntarias, y que en las forzosas como consecuencia de obligaciones contraídas por el cónyuge administrador en uso de sus facultades legales, bastaba la notificación del procedimiento al otro en base a la interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, solución que es la más adecuada, y que tiene todavía un mayor fundamento si cabe en esta institución típicamente catalana, dado el carácter privativo de los bienes adquiridos, en el que cada titular tiene su disfrute y administración con total independencia del otro, por lo que deben responder de las obligaciones que han contraído sus propietarios."

"En este caso concreto, en donde se suspendió el juicio ejecutivo en virtud de la comparecencia en autos de la esposa, debido a la notificación realizada a su marido-deudor, se sustanció el declarativo de menor cuantía correspondiente y la Audiencia Territorial, confirmando la sentencia del Juzgado, declaró no haber lugar a la nulidad de las actuaciones del juicio ejecutivo ni a la tercería de dominio interpuesta por la esposa mediante la correspondiente acción reivindicatoria "y que los bienes pueden ser objeto de trabas y adjudicaciones, que si llegan a consumarse llevan como consecuencia ineludible al adquirir un tercero extraño la mitad en copropiedad, que ésta se rija por las normas legales para tal institución, y se extinga el pacto de sobrevivencia."

"En resumen y como corolario de esta sentencia —que tiene especial importancia por ser antecedente del supuesto concreto de este recurso— resulta: 1.º Que la mitad indivisa de un bien sujeto a un pacto de so-

brevivencia entre esposos, puede ser objeto de embargo, y en su caso de adjudicación a un extraño por obligaciones contraídas por el cónyuge propietario, criterio que al ser recogido en la sentencia deja a salvo los derechos de los acreedores, y evita que amparándose en el pacto pueda el deudor dejar incumplidas sus obligaciones. 2.º Que caso de consumarse la adjudicación se extingue el pacto de sobrevivencia, lo que también constituye un acierto de la resolución judicial, pues de no ser así no se respetaría la esencia de la institución, ya que existiría el pacto de sobrevivencia entre un extraño y un sólo cónyuge, en contra de lo claramente establecido en la Compilación —artículo 61, 1.º— y para cuya salvaguarda toma este Cuerpo legal todo tipo de precauciones —artículo 62, 1.º, y, sobre todo, el 2.º— que presupone que durante la vigencia del pacto ningún tercero puede ostentar derecho alguno sobre la cosa comprada, con lo que debe estimarse revocado el defecto 2.º de la nota de calificación.”

“Reanudado el juicio ejecutivo y una vez finalizado con la adjudicación de la mitad indivisa del inmueble el acto se otorgó la escritura de compraventa correspondiente, haciéndose constar como cláusula 3.ª del otorgamiento que la finca vendida se transmite con las cargas que figuran en la certificación registral que obra en autos, entre las que se relaciona —aparte de una hipoteca y otra anotación de embargo—, “la condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia”, y presentada dicha escritura en el Registro se inscribió a favor del comprador, haciéndose constar la sujeción a esta condición, con lo que llegamos a la cuestión primordial sobre la que versa este recurso, a saber, si se puede rectificar el Registro inexacto mediante la instancia a la que se acompañan las dos sentencias habidas, o si, por el contrario, existen obstáculos formales que impiden pueda llevarse a efecto de esta forma la rectificación.”

“El hecho de que en la estipulación 3.ª de la escritura de venta hiciese constar entre las cargas la derivada del pacto de sobrevivencia, no indica, tal como figura relacionada, otra cosa que en la fecha en que se expidió la certificación registral que se aportó a los autos, a la que se remite, la misma se encontraba en vigor, pero ello no quiere decir que lo esté actualmente, y ni siquiera en el momento del otorgamiento de la escritura, al igual que ha sucedido con el resto de las cargas que se relacionaron que fueron canceladas todas por haberse extinguido y que por el hecho de que figuren en la transcrita estipulación, no han de considerarse en vigor; y en cuanto a la carga discutida, la sentencia firme aportada, claramente declaró su extinción, por lo que si no se acatara esta decisión judicial quedaría sin efecto la presunción de cosa juzgada establecida en el artículo 1.251 del Código civil, todo lo cual indica que no cabe estimar el defecto primero de la nota.”

“Para la rectificación de la inexactitud padecida habrá que atenerse según lo dispuesto en el artículo 40 b) de la Ley Hipotecaria, a las normas del título IV de la misma Ley, y en especial al artículo 82 que regula esta materia, y al completarse con la sentencia firme aportada la escritura que motivó el asiento, que es erróneo sólo en cuanto a la cir-

cunstancia de no haberse recogido la extinción del pacto de sobrevivencia, queda clarificada la omisión padecida, y cumplido el requisito exigido en el artículo 82 de poderse cancelar, dado que contra la mencionada sentencia no cabe recurso alguno y que de la misma resulta extinguido el derecho, cuya cancelación se solicita.”

Consideraciones críticas

Una de las instituciones más típicas del Derecho catalán y estudiadas en profundidad con semejanza a los “heredamientos”, es la de las compras conjuntas entre marido y mujer, con pacto de adquisición por el sobreviviente de la porción del premuerto. Parece ser que su frecuencia se da en los distritos notariales del Ampurdán y actualmente la recoge la *Compilación catalana* en los artículos 61 y 62. En regímenes económico-matrimoniales caracterizados por la separación de bienes, este pacto es un reto a dicha idea, pues se parte de una adquisición conjunta y la aleatoriedad de una sobrevivencia. Parece que en nuestro Derecho común no tiene cabida: implica una modificación del sistema económico matrimonial y viola los artículos 1.334 y 1.458 C. c. ¿Cabrán en estos momentos, a la vista de la nueva redacción dada al artículo 1.320 del C. c. o seguirán pesando esas limitaciones en orden a los artículos 1.334 y 1.458 del C. c.?

Hay en la Resolución de la Dirección General que comentamos una especie de disyuntiva para la solución que se ha de dar al tema que se plantea y es que, en el fondo, todo depende de la naturaleza jurídica de la institución, y yo recuerdo de mis viejos apuntes de oposiciones que, entonces, había cinco posturas: a) Se trata de un negocio complejo compuesto de una compraventa a la que va unida una donación “mortis causa” (tesis de Roca Sastre). b) Un sector doctrinal opina que es una donación recíproca y condicional “inter vivos” con entrega “post mortem” (tesis de Sanahuja). c) Un contrato oneroso y aleatorio (postura mantenida por Sorribes). d) Un negocio inescindible en el que cada uno de los compradores adquiere una mitad indivisa de la cosa bajo condición resolutoria de premorir y la otra mitad pendiente de condición suspensiva de sobrevivir (que es mantenida por Vallet de Goytisolo); y e) Un pacto capitular semejante a una donación “mortis causa” (tesis defendida por Calvo Soriano).

Claro que en la Resolución sólo se dan como viables a estos efectos —y partiendo de una falta de estudio doctrinal— dos posturas: la de la compraventa con las condiciones resolutorias y suspensivas y la de la donación “mortis causa”. Quizá en ello pudiera tener razón la Dirección, pues las otras señaladas no son más que variantes de estas dos. No resulta importante, pero sí creo que hay que destacarlo y es que en la práctica tal compraventa suele hacerse con dinero del marido, sin perjuicio de que en la escritura se declare que la mitad del precio lo paga la mujer con sus bienes parafernales. Como consecuencia, en virtud de la “presunción Muciana”, se presume que la adquisición ha sido hecha por el marido y, por tanto, la parte atribuida a la mujer implica una

donación que, por aplicación de un senadoconductor de Caracalla, se reválida con efectos retroactivos si el donante hubiera muerto sin revocarla. Lo que si de verdad resulta importante es que conforme al artículo 62, 1.º, los bienes adquiridos con este pacto “no podrán ser enajenados ni gravados sino por acuerdo de ambos”. Y este es el tema planteado en el presente recurso: si cabe una enajenación forzosa a pesar de la prohibición legal de disponer y si un conjunto de documentos que se presentan pueden servir para lograr la cancelación de la condición resolutoria que parece afectar a la adquisición de los bienes. De ambos puntos trataremos separadamente.

A) *Prohibición de disponer y ejecución forzosa*

Vaya por delante la afirmación de que el condicionamiento que establece el artículo 62, 1.º de la Compilación en orden a la enajenación de los bienes nada tiene que ver con una prohibición de disponer de las que regulan los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria. Aquí solamente se condiciona la enajenación o el gravamen al consentimiento de ambos esposos. En cierto modo es parecido el régimen al de los gananciales que, por virtud del artículo 1.413 C. c., se precisa el consentimiento de ambos esposos o la suplencia del mismo por la intervención judicial. Pero todo lo que son semejanzas en orden a una posible enajenación o gravamen, se convierten en diferencias si se examina a fondo el pacto, pues en el sistema ganancial al marido o a la mujer no hay quien les quite la participación en la mitad de la cosa adquirida, mientras que aquí por la preponderancia de uno se hace dueño de todo el otro.

De ahí que sea dudoso en principio la aplicación analógica no ya del 1.413 del Código civil, sino de la doctrina emanada del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en cuya virtud hasta que se cite al otro cónyuge para entender cumplido el requisito del artículo 1.413 en las ventas o embargos de carácter forzoso. Y este es precisamente el tema, ya que al no recoger en el artículo 62, 1.º de la Compilación más que los actos voluntarios, silenciando los forzosos, se plantea de una parte su posibilidad y, de otra, la forma de resolver el requisito del acuerdo de ambos esposos. En principio hay que aceptar la tesis del Registrador admitiendo la posibilidad de las enajenaciones forzosas, pues negarlo sería aumentar la lista de bienes inembargables y conceder a los cónyuges catalanes a través del pacto de sobrevivencia la facultad de constituir un patrimonio invulnerable para los acreedores particulares de cada cónyuge. Aunque también habría que pensar en que a través de esa admisión pudiera quedar sin efecto el pacto mediante una confabulación entre un tercero y uno de los cónyuges.

Pero admitiendo la posibilidad de esas enajenaciones forzosas, ¿qué sucede con esa especie de condición que afecta a la parte ideal de cada cónyuge en los bienes comprados con el pacto de sobrevivencia? Y la Dirección General, sobre unos argumentos que ofrece, entiende que ejecutada la parte indivisa del marido, protegida por la tercería de dominio la de la mujer, queda sin efecto el pacto de sobrevivencia, purificada

de condición y convertido todo ello en un *condominio ordinario*. No es posible un pacto de sobrevivencia entre un extraño y uno sólo de los cónyuges.

Existe, a mi entender, en la Resolución algo que no encaja plenamente en la línea argumental, pues parece ser que en los primeros considerandos la solución que puede dársele al caso es la configuración jurídica de la naturaleza del pacto y resulta curioso cómo inclinándose por la tesis que construye la figura como una donación "mortis causa", rechazando el juego de condiciones de que habla Vallet de Goytisolo, a la hora de resolver entiende que por las argumentaciones que se ofrecen hay que entender sin efecto esa "condición" cuya construcción se rechaza. De otra parte, la repetida construcción jurídica que se acepta y que ve en la figura, aparte de una donación *mortis causa*, una situación semejante a un *heredamiento mutuo*, complica excesivamente la argumentación, pues los heredamientos mutuales (artículo 95 de la Compilación) se equiparan a los "simples" y conforme al artículo 75 en ellos el heredero contractual tiene una posición "inalienable e inembargable".

Si a esto se une que la Compilación en su artículo 62 habla genéricamente de cuatro negocios jurídicos, sin distinguir si son voluntarios o forzosos, como son las enajenaciones, los gravámenes, las transmisiones y las renunciaciones, resulta aventurado pronunciarse en contra de sus disposiciones, pues en primer término hay que tener en cuenta que "ese régimen" establecido por el artículo afecta a los bienes "mientras vivan ambos cónyuges" y la indivisión que se impone —aparte de las otras limitaciones— está en la expectativa de ganancia que la sobrevivencia o premoriencia les concede en virtud del pacto.

La solución que parece ofrecer el Registrador es la validez de esos embargos y adjudicaciones de la parte del marido con sujeción a la condición que supone el pacto y así precisamente se hizo al practicar la inscripción correspondiente en base de la escritura de adjudicación. Así parece ser que debió procederse de haberse tenido en cuenta la Resolución de 24 de diciembre de 1918 que con tanto acierto destaca Tirso Carretero (comentario a esta misma Resolución en "Rev. Cr. Dr. Inmb.", julio-agosto 1978, núm. 527, págs. 810 y ss.) y en la cual se admitía la anotación de embargo no sólo sobre la mitad indivisa perteneciente al marido, sino sobre la expectante de la mujer, quedando afecta a la condición de la sobrevivencia. Dicha Resolución es ignorada en los vistos por la Dirección y no se tiene en cuenta para nada en la nueva doctrina que se establece.

B) *Cancelación de la condición*

La pretensión de cancelación de la "condición resolutoria derivada del pacto de sobrevivencia" se realiza sobre la base de una instancia y la presentación de dos sentencias, todas ellas anteriores a la inscripción que se practicó en base de la adjudicación hecha en escritura notarial sobre la base del juicio ejecutivo y en la cual, en su cláusula tercera constaba la carga de la condición.

La Dirección General, aparte de considerar sin efecto el pacto de sobrevivencia por la intrusión en la titularidad de los bienes de un extraño a quien se adjudica la parte indivisa que puede corresponder al marido (es decir, reputa el presente caso como un supuesto de extinción del régimen de los bienes adquiridos con dicho pacto aunque el mismo se prevea en duración "mientras vivan ambos cónyuges"), entiende que el Registrador cometió un error al transcribir el pacto ("el asiento que es erróneo sólo en cuanto a la circunstancia de no haberse recogido la extinción del pacto de sobrevivencia") y, sin embargo, aplica el apartado b) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria que no supone rectificación de errores, sino inexactitud registral por no reflejar el Registro la extinción de un derecho que en la realidad se ha producido.

Sin embargo, lo que se hace más difícil de admitir es que una sentencia anterior en fecha a una escritura pública —y que refleja en una de las cláusulas del otorgamiento la vigencia de un pacto y un condicionamiento— sea vehículo apto para entender cumplido el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. La sentencia en que se basa la Dirección para considerar cumplido el artículo 82 es la que culmina el juicio de tercería y no la que da lugar a la adjudicación en el juicio ejecutivo. ¿Como puede pretenderse que una sentencia anterior al nacimiento de una inexactitud sirva para rectificar el Registro?

Hay aquí una mezcla que resulta poco clara entre inexactitudes, errores y consentimientos de cancelación, aparte de, al igual que sucede con la Resolución anterior que en estas páginas comento, se utiliza en forma muy hábil el recurso gubernativo para resolver cuestiones de rectificación de errores. A mi entender, la generalización con que se pronuncia la Resolución es sumamente peligrosa, sobre todo cuando de la reglamentación legal del pacto de adquisición de bienes con la condición de sobrevivencia no deja mucho margen para señalar sus posibles causas de extinción, aparte del fallecimiento de alguno de los cónyuges, ni permite distinguir entre deudas comunes y anteriores o posteriores de cualquiera de los cónyuges. Cautelosamente hubiese sido más procedente haber seguido la doctrina emanada de la Resolución de 24 de diciembre de 1918 que parece acomodarse más a esa continuidad del régimen de unos bienes "durante la vida de los cónyuges".

Por último, en este confuso tema, sí convendría haber aclarado que lo que el solicitante pedía era la cancelación de una condición reflejada en una inscripción vigente y que fue provocada por una escritura de adjudicación en procedimiento judicial y que lo que la Dirección concede es que en base de una sentencia firme que declara sin efecto el pacto de sobrevivencia se rectifique y cancele esa condición. Habrá que cancelar primero el pacto de sobrevivencia y, posteriormente, dejar sin efecto la condición, pero eso, a mi entender, no se solicita. No creo que sea válido el argumento de que dicha condición no estaba vigente por haberse transcrito de una certificación registral, pues mientras registralmente no se haga constar su cancelación los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y se presume que existen y pertenecen los derechos a sus titulares (artículo 1 y 38 L. H.).

El comprador de una finca, resultante de la división de otra efectuada anteriormente, puede solicitar que la escritura de división, que incluía también la venta de la otra finca resultante, se inscriba como documento previo sólo en cuanto sea necesario para la inscripción de su compra. (Resolución de 27 de febrero de 1978; "Boletín Oficial del Estado" de 30 de marzo).

Hechos.—Por escritura otorgada en Salamanca el 1 de diciembre de 1973, ante el Notario don Ignacio Sáenz de Santamaría y Tinturé, con el número 519 de protocolo, don Francisco Marcos Santos, dueño, según el Registro, de una finca en el término municipal de Santa María de Tormes, la dividió en dos porciones para formar dos nuevas e independientes, de una extensión de 6.500 y 9.578 metros cuadrados, respectivamente, vendiendo la primera de ellas en el mismo documento, y quedando pendientes de inscripción tanto la división como la compraventa otorgadas en virtud de la referida escritura; por escritura otorgada en la misma ciudad y ante el mismo Notario el 28 de septiembre de 1974, con el número 4.785 de protocolo, don Francisco Marcos Santos vendió al recurrente, señor Marcos Jiménez, y a don Angel Rodríguez Sáinz, que adquirieron por mitad y pro-indiviso, la porción o nueva finca de 9.576 metros cuadrados, resultante de la división realizada en la escritura anterior, que el propietario se había reservado.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Salamanca primera copia de la referida escritura de división, en unión de instancia del recurrente y de la posterior escritura de compraventa otorgada por el mismo fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado el precedente documento en unión de una instancia suscrita por el presentante don Martín Marcos Jiménez en esta ciudad el 8 de septiembre último, con su firma legitimada notarialmente, y en la que se solicita que solamente se inscriba una de las parcelas divididas, como trámite previo a la de la compra que de ella efectúan el presentante y otro interesado en una escritura posterior otorgada ante el mismo Notario el 28 de septiembre de 1974, que a tales efectos también se acompaña, se devuelve sin practicarse la operación registral que se pide por las razones siguientes: en la presente escritura, don Francisco Marcos Santos, actual titular registral, manifiesta en forma expresa y solemne su voluntad de "dividir" la finca matriz que se describe en "dos porciones" que pasan a formar fincas nuevas e independientes y no la de segregar de referida matriz porción alguna, única forma viable, de contenido, requisitos y formalidades distintas de aquélla, según los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario, para poder acceder a lo que el presentante solicita. Teniendo además en cuenta que el artículo 50 del mismo Reglamento exige en todo caso que la solicitud de una u otra clase de operación conste en escritura pública, la instancia acompañada no es documento adecuado para alterar el contenido de la presente escritura. De otra parte, la aplicación del principio de tracto sucesivo imposibilitaría, en todo caso, el que el presentante, don Martín Marcos Jiménez, rectificara, ni aun por escritura pública, la voluntad aquí manifestada por el actual titular registral, señor Marcos Santos, de que la operación que se prac-

tique sea de división y no de segregación. El defecto se considera subsanable. No se ha solicitado que se tome anotación preventiva. Esta nota se extiende a petición del presentante y previo conocimiento y conformidad del otro cotitular de este Registro. Salamanca, 13 de octubre de 1976".

El 26 de octubre siguiente fueron presentadas de nuevo en el Registro las anteriores escrituras, acompañadas de nueva instancia del recurrente, desistiendo del contenido de su instancia anterior, siendo inscritas ambas escrituras el día 27 del mismo mes y año.

Don Martín Marcos Jiménez interpuso recurso gubernativo a efectos puramente doctrinales contra la anterior calificación y alegó: que la inscripción parcial o sucesiva de las fincas resultantes de una división material puede tener efectividad de varias formas, una de las cuales es convertir de oficio la división en segregación, ya que históricamente (artículos 24 del Reglamento Hipotecario de 1861 y 59 del Reglamento Hipotecario de 1915) no existe diferencia sustancial entre ambas figuras, y gran parte de la doctrina defiende esta fórmula; que la Dirección General de los Registros y del Notariado no se ha opuesto claramente a esta solución, como puede apreciarse en la Resolución de 26 de octubre de 1935, entre otras; que otra fórmula sería permitir la inscripción parcial y sucesiva de la división operada, de forma que las fincas o parcelas procedentes de la división se inscribirían sucesivamente a medida que se fuera solicitando, haciendo constar cada vez al margen de la finca matriz, además de la referida a la finca o fincas nuevas resultantes, otra referencia a las demás fincas cuya inscripción aún no ha sido solicitada; que no hay precepto alguno que impida esta fórmula, que es admitida por gran parte de la doctrina, y en la que se respeta el principio registral del tracto sucesivo y que supondría menor onerosidad.

El Registro informó: que no es aceptable la tesis del recurrente, que mantiene que el funcionario calificador puede convertir de oficio una división en segregación, basándose en que tanto en el Reglamento Hipotecario de 1861 (artículo 24) como en el de 1915 (artículo 59) no se establece ninguna diferencia sustancial entre segregación y división, empleando los dos términos indistintamente, ya que esta consideración histórica queda desvirtuada si tenemos en cuenta que el Reglamento Hipotecario vigente de 14 de febrero de 1947 ha modificado y sistematizado esta importante materia, haciendo desaparecer el confucionismo anterior, al distinguir y diferenciar en el epígrafe bajo el cual regula estas materias entre "agrupación, división y segregación de fincas", dedicando el artículo 46 específicamente a las divisiones y el 47 a la regulación, en exclusiva, de las segregaciones; que paralelamente, la forma de constatare registralmente una u otra clase de operación es diferente, puesto que la segregación da lugar a la apertura de un nuevo folio, con asignación de número de finca independiente, tan sólo para la porción segregada, conservando su primitivo folio y número de finca matriz que permanece, mientras que la división provoca esa apertura de nuevo folio y asignación de número independiente para todas y cada una de las porciones en que la matriz quedó fragmentada, cerrándose para lo sucesivo

el antiguo folio y número correspondiente a ésta; que la Resolución de 26 de octubre de 1935, que cita el recurrente en apoyo de su tesis, no tiene ninguna relación con el caso concreto que aquí se debate, ya que se refiere al supuesto de una finca matriz discontinua, formada no como una unidad con cabida total y descripción general, sino como un conjunto de unidades debidamente delimitadas en sus respectivas extensiones naturales y linderos, coincidentes con las respectivas parcelas que se deseaban separar de aquélla; que siguiendo a la mayor parte de los tratadistas cabe decir que tanto las segregaciones como las divisiones son modificaciones formales que se operan a instancia de parte y trascienden al derecho sustantivo; que en este sentido el artículo 50 del Reglamento Hipotecario dispone en forma tajante que estas operaciones no podrán practicarse en el Registro sino en virtud de escritura pública en que así se solicite; que las Resoluciones de 10 de febrero de 1928 y 4 de julio de 1933 afirmaban que “la apertura de folio aparte a una finca depende no sólo de sus características de orden físico, sino también de la voluntad de su dueño”, “sin que sea lícito deducir tal voluntad de cualquier circunstancia, siendo necesario que la misma se consigne en documento público de forma clara y expresa”; que en cuanto al caso concreto que estudiamos, la voluntad del dueño de la finca matriz, don Francisco Marcos Santos, aparece claramente manifestada al decir textualmente en la escritura de 1 de diciembre de 1973 “que para efectos de este contrato divide la finca descrita en dos porciones, que pasan a formar fincas nuevas e independientes”, siéndole imposible, por tanto, al funcionario calificador acceder a las pretensiones del recurrente de convertir de oficio la división en segregación; que la segunda proposición del recurrente consiste “en mantener la virtualidad de la forma registral de división, pero realizándose en forma parcial y sucesiva, a medida que los interesados soliciten la inscripción de las nuevas fincas resultantes”, sería tanto como convertir la división en una serie de segregaciones consecutivas, con lo que quedaría desvirtuada tal operación registral, y desfigurada la fórmula, el contenido y los efectos de la escritura pública en que la división se hizo, motivándose con ello una inadmisibile discordancia entre los asientos practicados y el contenido del documento que le sirvió de base, ya que si el propietario de una finca la divide en cinco porciones y solamente le interesa inscribir dos, no podrá el Registrador concordar el título instrumental —escritura— con su versión tabular —inscripciones—; que el aplazamiento del cierre registral de la finca matriz hasta tanto no se solicite la inscripción de la última de las fincas resultantes, no es otra cosa que eludir el fondo del problema, ya que en tanto esa última finca resultante no acceda al Registro quedará incumplida la norma reglamentaria y los asientos publicarán un situación confusa e indeterminada; que, por otra parte, el aplazamiento puede muy bien convertirse en suspensión *sine die*, con lo que el cierre de la finca matriz nunca se llevará a cabo; que con la anotación marginal de la finca matriz que propone el recurrente quedarían incumplidos los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario; que es, por tanto, completamente improcedente que se pida por una simple instancia la mo-

dificación de lo que don Francisco Marcos Santos había solicitado en documento público, en el que el recurrente no intervino y que era de obligado despacho previo a su escritura de compra; que como además el recurrente no es ni siquiera dueño único de la porción que se vendió por el señor Marcos Santos, sino condueño con don Angel Rodríguez Sáinz, que no ha suscrito instancia ni petición alguna de que la división se cambie por segregación, resulta que, aun prescindiendo de las razones anteriores, no sería posible acceder a la petición del recurrente, por faltar la manifestación de voluntad del otro condueño comprador, y que, por último, para poder alterar el contenido de la escritura pública de 1 de diciembre de 1973 sería necesaria otra escritura pública, pero nunca podría hacerse por una instancia.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando además que las figuras de "segregación" y "división" están perfectamente delimitadas en la vigente normativa, que la sujeta a preceptos diversos y reglas diferentes, lo que obliga a rechazar el primer pedimento de la súplica del recurrente de convertir de oficio la división en segregación, ya que pugnaría con la heterogeneidad de ambas figuras y con el principio de rogación, no pudiendo tampoco prosperar el segundo pedimento del recurso de "inscripción" parcial y sucesiva, pues se incumpliría el principio de determinación.

Interpuesta la apelación por el recurrente señor Marcos Jiménez, la Dirección General la acoge, acordando revocar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—"La cuestión planteada en este recurso es más bien de carácter formal y hace referencia a si dividido en dos un inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad puede el comprador que ha adquirido sólo una de las nuevas fincas creadas solicitar o inscribir a su nombre la parcela comprada, o si, por el contrario, requiere para que esta inscripción pueda tener lugar que previamente se haya inscrito la otra parcela que se adquirió y que es totalmente ajena a sus intereses."

"El artículo 46 del Reglamento Hipotecario, que regula división de una finca inscrita en dos o más porciones, establece que a cada una de las nuevas creadas se le abra una hoja independiente bajo número diferente, pero nada dice de que estas operaciones registrales hayan de ser simultáneas y previas a las posibles vicisitudes que cada nueva parcela experimente, lo que es perfectamente lógico que no se exija por este precepto reglamentario, dado el principio de voluntariedad de la inscripción, básico en nuestro sistema hipotecario, aparte de que de seguirse el criterio sustentado en la nota, bastaría que uno de los interesados no quisiera inscribir su porción para que se vieran perturbados en su derecho a hacerlo los demás interesados, con el consiguiente perjuicio de no poder disfrutar de las ventajas que la legislación hipotecaria ofrece."

"Con lo anteriormente expuesto se pone de manifiesto la aproximación que existe entre las dos operaciones de división y segregación, reducida su diferencia a una pura mecánica registral, pues mientras en la primera desaparece la finca matriz una vez se han inscrito todas las par-

celas en que ésta se dividió, en la segregación solamente la parte segregada se inscribe con número diferente, subsistiendo la primitiva finca en cuanto al resto no segregado.”

“Al poder solicitar cada interesado con independencia de los demás la práctica de las operaciones registrales que al mismo interesan, no se dan las circunstancias señaladas en la nota de calificación, y en consecuencia aparece cumplido el requisito exigido en el artículo 50 del Reglamento Hipotecario, dado que la división se ha hecho en la escritura pública correspondiente.”

Consideraciones críticas

El recurso que soluciona la anterior Resolución se entabla a efectos puramente doctrinales y de ahí su importancia en el campo teórico y su poca trascendencia para el problema que en el mismo se plantea. El tema que constituye lo que podríamos llamar base del recurso, no está aparentemente tratado por la norma, la cual parte de un supuesto: división de fincas, sin posterior acto traslativo de alguna o de todas ellas. Digo esto porque el artículo 46 del Reglamento Hipotecario al relacionarlo con el 49 del mismo cuerpo legal, queda aislado, dando a entender que la división y consiguientes operaciones registrales a que tal modificación conducen se realiza por un solo dueño o varios proindiviso. Leído con detenimiento el artículo 49 sólo a segregaciones y agrupaciones se refiere, para comprender tales operaciones y su posible enajenación, adoptando el criterio de practicar una sola inscripción. No sucede así con el conocido artículo 376 del mismo Reglamento en el cual se obliga a practicar dos inscripciones: la de dominio de la finca y la del derecho real constituido.

El problema al no estar solucionado por la norma plantea la delicada cuestión del juego de intereses entre la persona que adquiere una de las partes en que se divide la finca y que solicita la protección registral y la falta de interés en esa protección del dueño que dividió la finca y del que adquirió la otra parte de finca apoyado en el principio de voluntariedad de la inscripción. ¿A quién hay que dar la razón: al que solicita protección registral o al que apoyándose en la voluntariedad de la inscripción no acude al Registro, dificultando las operaciones registrales? Planteado así o en estos términos el problema, la solución que la Dirección General ofrece no puede ser más correcta, lo que sucede es que no está bien fundamentada, a mi entender. Admitir la posibilidad de que solamente una o varias de las fincas en que se divide otra sea o sean inscritas y que la otra u otras partes divididas no se inscriban es acercar la figura de la división a la de la segregación. De ahí que dos pueden ser los puntos que se ofrecen al comentario: el carácter formal o no de las diferencias entre dichas figuras y el juego de la voluntariedad en la simultaneidad de la práctica registral.

A) *La división y segregación como modificaciones formales*

Con cierta insistencia la doctrina viene tratando la materia de las modificaciones —cuantitativas o cualitativas— de las fincas como problemas de hecho que no ofrecen más trascendencia que los resultados de una mecánica registral. Creo que ésta viene a ser la postura que brinda la Dirección en su doctrina, ya que reduce a “mecánica registral” las diferencias que separan a la segregación de la división, provocándose en la primera una continuidad de la finca matriz, reducida en su extensión y en la segunda una desaparición de ella, al practicarse tantas inscripciones como fincas se hayan formado por la división.

En los años de práctica registral he podido apreciar la gran importancia que estas modificaciones de fincas tienen, sobre todo cuando entra en juego el interés de un posible tercero. Si, por ejemplo, el legislador cuidó mucho el problema de la inmatriculación de excesos de cabida, no deja de ser importante el de “reducción” de excesos. Piénsese en un solar sobre el cual un Banco ha prestado con garantía hipotecaria una cantidad de millones y que por nueva medición ha quedado reducido en extensión a la mitad de metros cuadrados... Piénsese en aquel caso que apuntaba La Rica (“Unificación de fincas y sus problemas”, R. D. P., 1941) de fincas agrupadas, una de ellas hipotecada, que posteriormente se ejecuta y que provoca una desagrupación si no hay previo consentimiento del acreedor. Igualmente en las agrupaciones de fincas de diverso carácter y titularidad en el matrimonio y fuera de él, los problemas de accesión y obras nuevas, la accesión invertida, la extensión de la hipoteca a las modificaciones fundiarias, las condiciones resolutorias de “pisos terminados”, etc., etc. Un rico mundo en el que lo formal se mezcla de tal manera con lo material que resulta difícil separarlo y, sobre todo, relegarlo a un espacio de mecánica registral.

Aprendí a diferenciar la segregación de la división de fincas, no en base de las operaciones registrales a realizar, sino en función de lo que una y otra significaban en el campo conceptual. División supone la repartición o distribución de una cosa en un número exacto de veces. La segregación supone separar algo de un todo en el que queda un resto. Estos conceptos al ser aplicados a la técnica hipotecaria de la llevanza del registro por fincas, hace inevitablemente que en el primer caso la finca que desaparece por división tenga que provocar la apertura de otros tantos folios registrales independientes cuantas sean las partes en que aquélla se dividió, mientras que en el segundo caso sólo abre folio nuevo la parte que se segrega. Pero no hay que olvidar que ambas acepciones están tomadas en su sentido estricto, pues qué duda tiene que —como dice La Rica (“Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”. Modificaciones, pág. 69)— en una acepción amplia la división comprende todos los supuestos en que de una entidad objetiva registral se forman dos o más entidades y, por consiguiente, en esta acepción se incluyen también los supuestos de segregación.

Si admitimos este juego de acepciones, amplia y estricta, habría que intentar destacar una nota que llegue en último término a la diferen-

ciación de ambas figuras y la clave puede darla el citado artículo 49 del Reglamento que prácticamente enlaza las figuras de la agrupación y segregación con la enajenación. Es decir, lo normal es que la operación de división se realice cuando se provoque una cesación de condominio o cuando el dueño de una finca quiera transformarla de una en varias, pues cuando lo que pretenda es enajenar una parte de su finca, lo más normal es que segregue. De ahí que el documento que ofrece la problemática de este recurso ofrezca al intérprete la posibilidad de saber si realmente lo que se quiso hacer fue una división con venta de una parcela o simplemente una segregación con venta. Parece que en el presente caso no hay duda que lo que se quiso hacer —bien o mal orientado notarialmente— es una división material de una finca formando dos diferentes y enajenando una de ellas, lo cual hace difícil la interpretación y dificulta esa oficiosidad que pretende el recurrente imponer al funcionario calificador al tratar de transformar la división en segregación.

Gabriel Hortal Sánchez ("Segregaciones y determinaciones de resto", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, octubre 1970, núm. 51, página 625), al tratar desde el punto de vista de "práctica registral" uno de los problemas que ofrece se pregunta ¿en qué folio registral habrá de inscribirse la venta del resto final de los metros cuadrados a favor del comprador? Y a esta pregunta que parece fácil, teniendo en cuenta la técnica reglamentaria de las segregaciones, se le interfiere, por ejemplo, la opinión de Camy Sánchez Cañete ("Revista de Derecho Privado", 1963, págs. 1124 y ss.), quien opina que después de practicadas diversas segregaciones, se actúa con el resto de la finca (no para seguir segregando, sino para operar con toda su integridad, como finca concreta hipotecaria), dicha operación implica una segregación final, puesto que, en realidad, se trataría (conectando dicho resto con la última segregación precedente a él), de una división, ya que no coetánea, sí al menos sucesiva, debiendo pasarse el resto final de finca sobre el que va a inscribir el acto o contrato otorgado, a un nuevo folio registral independiente, si bien razones prácticas y económicas lo desaconsejan, si la segregación anterior fue mínima.

A la vista de todo ello hay que llegar a un punto que aclare la diferencia entre las figuras y que supere de una parte el aspecto formal de la "mecánica" y de otra "el sustantivo" de la esencia. Si la interpretación de la voluntad no nos puede servir, es preciso que sea la "formulación de petición" la que vincule lo que ha de realizarse en el Registro: y es claro que si lo que se pidió —conforme al artículo 50 del Reglamento Hipotecario— fue una desaparición de finca registral por división en dos, presentada esa escritura habrá de cumplirse, quedando en pie la problemática de los honorarios, que es cuestión marginal, aunque parece ser que decisiva en el presente caso.

B) *Simultaneidad y voluntariedad de las inscripciones*

La posición del recurrente es que podría adoptarse como fórmula la de permitir la inscripción parcial y sucesiva de la división operada, de

forma que las fincas o parcelas procedentes de la división se inscribieran sucesivamente a medida que se fuera solicitando, haciendo constar cada vez al margen de la finca matriz, además de la referida a la finca o fincas resultantes, otra referencia a las demás fincas cuya inscripción aún no ha sido solicitada. Esto es acercar el sistema de la segregación al de la división.

La Dirección General dispone que las operaciones registrales que hayan de practicarse como consecuencia de la división, nada se dice que hayan de ser "simultáneas", y previas a las posibles vicisitudes que cada nueva parcela experimente, sobre todo teniendo en cuenta el principio de voluntariedad de la inscripción. Pero a mí se me ocurre preguntar ¿cuándo una persona o varias en una escritura dividen una finca en dos o más y solicitan —porque así se lo exige el artículo 50 del Reglamento Hipotecario— que formen finca independiente, hay que esperar a una nueva solicitud de inscripción o basta con presentar la escritura de la cual surgen las nuevas fincas?

En el caso planteado era clarísimo que presentada la escritura de división, si en ella se solicitaba la inscripción independiente de las fincas que se formaban, lo correcto era haber practicado la inscripción de las dos fincas solicitada por el dueño de ellas, dejando, por supuesto, sin inscribir la venta que no se solicitaba e inscribiendo la de la otra finca que expresamente se pedía. Esto es lo que yo hubiera hecho. marginando la problemática de los honorarios, pues es evidente que si una persona "pide" una inscripción, aunque otra sea la que presente el documento queda cumplido el requisito de la rogación para la práctica de las operaciones.

El tema, en el presente caso, se complica, pues la parte que aporta la primera escritura de división y compra de una parcela, presenta también otra escritura de compra de la parcela restante y se le ocurre la peregrina idea de aportar una instancia solicitando la práctica de una sola operación registral previa a la de su adquisición. Y yo en esto no puedo estar con la Dirección General ni con el recurrente, pues si bien es cierto que cualquier interesado puede solicitar con independencia de los demás la práctica de las operaciones registrales que le interesen, es también cierto que aquí había una escritura pública en que se solicitaba por el divisionario la formación de dos fincas independientes y su constatación en el Registro y no es que la instancia, solicitando sólo la práctica de una operación, no sea escritura pública que reúna los requisitos del artículo 50, sino es que un documento privado nada prueba para desvirtuar lo que establezca uno público (artículo 1.230 Código civil). Y es que el error —y creo que esto lo destaca con mucho acierto Tirso Carretero en el comentario que hace de esta misma Resolución ("Revisita Crítica de Derecho Inmobiliario", septiembre-octubre 1978, núm. 528, pág. 993)— es no querer ver la operación de división separada de la de la primera compraventa, no siendo el comprador el que debe solicitar la inscripción de la división, sino el que la realiza y al que el Reglamento sí impone la simultaneidad de la inscripción por el juego rogado que establece el artículo 50 del mismo. El citado autor se expresa así: "Al

escamotearse así el primero de los tres actos, resulta también eludido el problema principal y previo de si el presentante de una escritura de división, aunque a la vez sea otorgante de la misma, puede solicitar que la operación registral sea practicada *a medias*, es decir, solamente en cuanto a una (o algunas) de las fincas y no en cuanto a la otra (u otras)".

Resulta sumamente aleccionador para aportar a este caso esa práctica notarial de algunas comarcas que sobre la base —un tanto discutible en materia de ética profesional— de ahorrar inicialmente gastos (gastos que pueden ser repercutidos), en las operaciones de "división" horizontal, solicitan expresamente que sólo se haga constar la obra nueva, sin que los diferentes pisos pasen a formar finca independiente. Yo creo que la práctica notarial se apoya en el artículo 50 que exige para todos los casos (y me imagino que para la división de propiedad horizontal también) la petición de inscripción independiente. Si admitimos esa viciosa práctica (contraria a la esencia de la división) habrá también que admitir que cuando se solicite expresamente, no cabe que una instancia desvirtúe esa petición, ni siquiera alegando el juego del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, pues es evidente que cuando la petición de inscripción se formule documentalmente en el que se presente, la presentación no hace más que ratificar lo solicitado, sin que el presentante tenga la facultad de alterar —salvo que lo consienta el titular— lo que en el mismo consta.

Es una lástima que en estas Resoluciones interpuestas por razones de carácter doctrinal se les dé un tratamiento de menos importancia que a las que resuelven la inscripción o no de una situación. Entiendo que en ellas es donde debe volcarse el Centro Directivo para ofrecer doctrinalmente una solución que evite en lo sucesivo recursos gubernativos. Aquí, como el problema estaba resuelto, la *panacea de la voluntariedad* de la inscripción se ha impuesto y nos hemos quedado con las ganas de saber cuál puede ser un buen criterio para, en casos semejantes al planteado, distinguir lo que es segregación y lo que es división.