

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

INSCRITA UNA ESCRITURA DE INVENTARIO Y RELACIÓN DE BIENES, PUEDE INSCRIBIRSE DESPUÉS—PUESTO QUE DE LOS TÉRMINOS QUE APARECE REDACTADA Y DEL REGISTRO SE DESPRENDE QUE LO INSCRITO FUÉ, POR SEXTAS PARTES, EL DERECHO HEREDITARIO—LA DE PARTICIÓN DE HERENCIA OTORGADA POR EL CONTADOR..

PARA TRANSMITIR UNA VENA DE AGUA QUE CONSTITUYE EN EL REGISTRO FINCA INDEPENDIENTE, NO DEBE EXIGIRSE LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA EN DONDE NACE AQUÉLLA.

AUN CUANDO LOS CONTADORES DEBAN CUMPLIR SU ENCARGO EN EL PLAZO DE UN AÑO, A PARTIR DEL REQUERIMIENTO QUE LES HICIEREN LOS HEREDEROS, SI ANTES NO LO HUBIERAN REALIZADO, COMO NO SE HA JUSTIFICADO QUE LES HAYA SIDO HECHO, DEBE ESTIMARSE CUMPLIDA SU FUNCIÓN DENTRO DEL PLAZO LEGAL.

NO DEBE ENTENDERSE INFRINGIDA LA EXIGENCIA LEGAL DE QUE SE OBSERVE EN LA PARTICIÓN LA POSIBLE IGUALDAD Y SE ADJUDIQUEN A LOS HEREDEROS COSAS DE LA MISMA NATURALEZA Y CALIDAD, POR NO HABERSE SEGUIDO EN LA DETERMINACIÓN DE LOS LOTES LA FORMA USUAL, YA QUE ÉSTA NO LE VINCULA Y RESULTA DEL DOCUMENTO QUE SE ADJU-

DICARON A LOS HEREDEROS CLARA Y TERMINANTEMENTE TODOS LOS BIENES DEL DIFUNTO.

Resolución de 3 de febrero de 1959 («B. O del E.» de 17 de febrero.)

Don B. falleció en Barcelona el 14 de enero de 1900, bajo testamento abierto, en el que legó a su hermana, doña S., y cuñado, don J. el usufructo de todos sus bienes, que en caso de fallecimiento de uno de ellos se extendería a la totalidad en el sobreviviente, autorizando a ambos para que, con el carácter de albaceas liquidadores, contadores y partidores, pudieran vender, gravar, y de cualquier modo enajenar los bienes de la herencia, ya para el pago de legados, ya para otro concepto, queriendo que los actos que practiquen sean tenidos en todo tiempo por firmes y estables, a cuyo efecto les confirió todas las facultades necesarias en derecho, sin que se admita reclamación alguna por parte de los herederos o de otra persona; nombró herederos a don J., don B, don A, doña J. y don J. y demás nacidos o póstumos que dejara su dicha hermana doña S.; mediante escritura de principio y conclusión de inventario otorgadas el 12 de febrero y 14 de marzo de 1900, los usufructuarios, liquidadores y contadores partidores, ostentando además el padre de los herederos, todos menores de edad, su representación, describieron para su inscripción registral los bienes de la herencia, la que se llevó a cabo con indicación de los usufructuarios y nudo propietarios proindiviso en los Registros de la Propiedad de Barcelona y Granollers; con posterioridad fueron vendidos por los albaceas, en uso de sus facultades, algunas fincas, que se inscribieron en el Registro de la Propiedad de Barcelona; doña S. falleció el 23 de noviembre de 1937; por incendio del Registro de Granollers se reinscribieron en él las fincas comprendidas en su circunscripción, haciéndose constar por acta que se acompañó a los oportunos documentos que doña S. había tenido, después del testamento de su hermano, un hijo, llamado A., y en escritura otorgada en Barcelona el 30 de julio de 1945 ante el Notario don Benedicto Blázquez Jiménez, el albacea contador partidor sobreviviente, don J., describió los bienes que quedaban, explicó lo procedente respecto a inversión de dinero

para conservación de finca en pago de legados y otras atenciones (reparaciones, mejoras, pleitos, etc.), y por último, dividió entre los hijos herederos nudo propietario los bienes de la herencia.

Presentado el anterior documento en el Registro de la Propiedad de Granollers, causó la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento por observar el defecto insubsanable de que bajo las citas de inscripción continuadas a la descripción de las fincas radicadas en este distrito y por virtud de las escrituras de principio y conclusión de inventario, referidas en el antecedente quinto de aquél, en las que los consortes don J. y doña S, como usufructuarios, el marido, además, en representación de los hijos comunes no emancipados, describieron para su inscripción los bienes de la herencia, figura inscrita la nuda propiedad de tales fincas por partes iguales a título de herencia a favor de los aludidos hijos, que lo son, según designación nominativa, don J., B., A., J. y A. La pretendida inscripción de las aguas, apartado B), primero plantea como cuestión preliminar la de su identificación, ya que consta, como en la previa, la descripción de la finca en que nace. Omisión que se reputa como defecto subsanable. Para el supuesto de revocación de la precedente nota se observan como defectos insubsanables: primero, la misión del contador según el testamento es la de paralizar el juicio de testamentaria, que no consta haberse iniciado; segundo, el acta de notoriedad—antecedente tercero—no es título adecuado por ser privativo del Registro Civil, para acreditar las relaciones de paternidad y filiación entre los nombrados consortes y su llamado hijo don A. Admitido tal instrumento como bastante a esos fines y probado que aquél no era concebido ni nacido al deferirse la herencia, ni está llamado por vía de fideicomiso ni es heredero; tercero, el contador no formó lotes ni alegó la imposibilidad de hacerlos. Como defecto subsanable se observa el no resultar probado cuando se requirió al contador para su actuación, instante en el que empieza el cómputo de plazo. Se han tenido en cuenta certificaciones de defunción y de antecedentes sobre existencia de testamento, referidas al causante, y la copia del otorgado por éste, referida en el antecedente primero.

Interpuesto recurso, y habida cuenta de haber desistido el Registrador de uno de los defectos de su calificación, la Dirección

ratifica el Auto del Presidente de la Audiencia, que revocó aquélla, en méritos de la doctrina siguiente:

Que, dados los términos en que aparecen redactados la escritura de inventario y relación de bienes y los asientos del Registro, es forzoso estimar que tan sólo figura inscrito el derecho hereditario sobre las fincas del causante, puesto que no se adjudican bienes concretos ni cuotas o partes indivisas de los mismos, y únicamente se hace constar que los inmuebles forman parte de la herencia, y, por tanto, es erróneo tratar de impedir que al amparo de lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 83 de su Reglamento se proceda a inscribir la escritura de división y adjudicación de herencia, en virtud de la cual se transforma el derecho abstracto de los interesados en las correspondientes participaciones concretas.

Que el artículo 71 del Reglamento Hipotecario autoriza que las aguas de dominio privado puedan tener acceso al Registro como cualidad de una finca o como entidad independiente, con la consideración de bienes inmuebles, según el número 8. del artículo 334 del Código Civil, en cuyo supuesto deberán describirse con las circunstancias prescritas en el párrafo 1.º, que aparecen cumplidas en la detallada descripción hecha en el título, que reproduce la que consta en las inscripciones practicadas anteriormente, sin que deba exigirse la descripción de la finca en donde nacen las aguas, suficientemente determinadas, puesto que ya figura en la inscripción primera, y además no aparece exigida por el artículo 71.

Que el causante en su testamento confirió amplísimas facultades a los albaceas, a los que nombró igualmente liquidadores y contadores partidores de su herencia, en la que prohibió toda intervención judicial, con lo cual atribuye a los nombrados más que la misión de paralizar el juicio de testamentaria, la de procurar evitarlo, por la división y adjudicación de los bienes, y aun cuando los contadores deban cumplir su encargo en el plazo de un año a partir del requerimiento que les hicieren los herederos, si antes no lo hubieren realizado, como no se ha justificado que les haya sido hecho, debe estimarse cumplida su función dentro del plazo legal.

Por último, que la exigencia legal de que se observe en la partición la posible igualdad y se adjudiquen a los coherederos cosas de la misma naturaleza y calidad, no debe entenderse infringida porque en la determinación de los lotes no se haya seguido la forma usual, puesto que ésta no vincula al contador, el cual puede realizar las operaciones necesarias para distribuir el haber partible como lo verificó en el documento calificado, en el que se adjudican a los seis hijos clara y terminantemente todos los bienes del difunto.

* * *

Dos observaciones tan sólo respecto a la Resolución que antecede.

La primera se desprende de la nota del Registrador en cuanto al primer defecto que consignara, ya que si, según la misma, «la nuda propiedad de las fincas resultaba inscrita por partes iguales a título de herencia a favor de los hijos, que lo son, según designación nominativa»... (seis), por virtud de las escrituras de principio y conclusión de inventario, parece no tan forzoso estimar, como dice nuestro Ilustrado Centro, y señaló en su excelente informe el Notario autorizante, que tan sólo figura inscrito el derecho hereditario sobre las fincas del causante, sino que también puede deducirse que aparecen registradas cuotas o partes indivisas de aquéllas.

Hay que tener en cuenta que el Registro de Granollers fué destruido y que el Registrador en su informe expresó «que los términos de la inscripción vigente, reproducidos literalmente en la nota y la certificación del Registro unida al expediente, prueban cumplidamente que se trata de la inscripción de nuda propiedad en partes iguales, indivisas, no del *derecho hereditario*».

Pero la Dirección interpreta que es éste el que se halla inscrito, «dados los términos en que aparecen redactadas la escritura de inventario y relación de bienes y los asientos del Registro».

La segunda observación hace referencia al plazo del cumplimiento de su misión por los contadores partidores de herencia. Dictada la presente Resolución para el derecho catalán, donde, como dijo el mismo Registrador, el plazo del contador-partidor empieza a correr del día en que se le invita para el desempeño de

su cometido, y habida cuenta, además, que como hiciera observar el aludido Notario autorizante, la expresión «en todo tiempo», empleada en su testamento por el causante respecto a los actos que los mismos realicen, los hace eficaces en cualquiera que se hagan, y así, por tanto, el de Partición, el tercer Considerando copiado es impecable, toda vez que, como el mismo dice—*in fine*—, no se ha justificado que por los herederos se les hiciera el requerimiento.

Sin embargo, estimamos prudente no desorientarse con esta doctrina que deja intacta la de nuestro Centro respecto al derecho común, como lo prueba la omisión en sus Vistos de las Resoluciones de 28 de abril de 1945 y 12 de abril de 1951, que se refieren expresamente a la materia, sobre la que, juntamente, debe consultarse el acertado estudio de Ventura «Partición por contador-partidor testamentario: su plazo», en estas páginas, 598 y siguientes, año 1951.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD.—POR VIRTUD DEL MISMO ES INSCRIBIBLE EN SU TOTALIDAD LA ESCRITURA DE VENTA DE DOS CASAS PRESENTADA AL REGISTRO CON ANTERIORIDAD AL MANDAMIENTO JUDICIAL ORDENATORIO DE PROHIBICIÓN DE DISPONER DE UNA TERCERA PARTE INDIVISA DE LOS INMUEBLES VENDIDOS, Y CUYO MANDAMIENTO SE PRESENTÓ, A SU VEZ, ANTES DE INSCRIBIRSE LA ESCRITURA POR HABERSE RETIRADO ÉSTA PARA PAGAR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, AUNQUE DEVUELTA EN TIEMPO HÁBIL, O SEA, DENTRO DE LA VIGENCIA DE SU RESPECTIVO ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

POR OTRA PARTE LA ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE ENAJENAR NO IMPIDE, CONFORME SE DEDUCE DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY HIPOTECARIA Y DE REITERADA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS, CRISTALIZADA EN EL ARTÍCULO 145 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, QUE PUEDAN INSCRIBIRSE AQUELLAS TRANSFERENCIAS Y GRAVÁMENES CONSTITUIDOS CON ANTERIORIDAD A LA ANOTACIÓN.

Resolución de 7 de febrero de 1959 («B. O. del E.» de 23 de igual mes y año).

En el Registro de la Propiedad del Norte de Barcelona figuraban inscritas a favor de don Pedro Pascual Ferrer dos fincas urbanas,

señaladas con los números 517 y 519 de la calle de Córcega, de dicha capital, que el titular había comprado a don Joaquín Martín Royo; mediante escritura autorizada en 26 de mayo de 1928 por el Notario don Manuel Pineda; el vendedor demandó al comprador para que se declarase ineficaz e inexistente la venta; y la demanda formulada prevaleció en ambas instancias por sentencias dictadas el 5 de septiembre de 1942 y el 21 de abril de 1943, e interpuesto recurso de casación, la Sala Primera del Tribunal Supremo lo desestimó el 22 de febrero de 1946.

En 2 de mayo de 1946, don Joaquín Martín Royo, su esposa doña Justa Navarro Plou y don Juan Reverter Matamoros, otorgaron, ante el Notario de Barcelona, don Mariano Torrecilla Martí, una escritura de «constitución de renta vitalicia y de renuncia de derecho expectante de viudedad», por lo cual el primero de los comparecientes transmitió al tercero las dos aludidas fincas «con los gravámenes que tenga según el Registro de la Propiedad y que estén vigentes, y además, con la carga de que el señor Reverter abone al señor Martí durante la vida de éste, la pensión anual de 4.800 pesetas, y que cuando fallezca el transferente, siga el señor Reverter abonando la totalidad de la pensión a la compareciente doña Justa Navarro durante la vida de ésta». Presentada primera copia de la escritura en el Registro de la Propiedad del Norte de Barcelona, el día siguiente a su otorgamiento, o sea el 3 de mayo de 1946, fué retirada para el pago del Impuesto de Derechos reales.

Durante la vigencia del asiento de presentación, el Juzgado de Primera Instancia, número 11 de Barcelona, dirigió un mandamiento al citado Registro el día 23 de mayo de 1946, en el cual se testimonió la providencia de la misma fecha, ordenando, como consecuencia de la ejecutoria dimanante del referido pleito, la cancelación de las inscripciones extendidas a favor de don Pedro Pascual Ferrer y, además, que se anotase preventivamente la prohibición de vender, gravar u obligar la tercera parte de los inmuebles objeto de litigio con objeto de que pueda aplicarse al pago de las costas causadas por el demandante con arreglo a lo establecido en el artículo 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el mandamiento fué presentado en el Registro el mismo día de su fecha, practicándose las cancelaciones y anotaciones el 11 de junio

siguiente, y figurando de nuevo inscritas las dos fincas a favor de don Joaquín Martín Royo.

El 8 de julio del mismo año, en vigor aún el asiento de presentación de la escritura, retirada a efectos fiscales, fué devuelta al Registro con las correspondientes notas extendidas el mismo día 8 por la Oficina Liquidadora de Derechos reales por los conceptos de cesiones y pensiones, y se puso a continuación del documento la siguiente calificación: «Inscrito el precedente documento, pero sólo en cuanto a dos terceras partes indivisas de las fincas, en donde indican los cajetines puestos al margen de la descripción de cada una de las fincas que comprende, y se deniega la inscripción de la restante tercera parte indivisa de las propias fincas, de acuerdo con las respectivas anotaciones preventivas, letra B, que es de prohibición absoluta de vender, gravar ni obligar dicha tercera parte indivisa de las dos citadas fincas. Barcelona, 16 de julio de 1946.»

Interpuesto recurso, la Dirección revoca el Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que la cuestión planteada en este recurso consiste en dilucidar si será inscribible una escritura de venta de dos casas y constitución de renta vitalicia, autorizada y presentada en el Registro con anterioridad al mandamiento judicial que ordenó la prohibición de disponer de una tercera parte indivisa de los inmuebles vendidos.

Que el principio de prioridad que aparece recogido en los artículos 17, 24 y 25, entre otros, de la Ley Hipotecaria, y por virtud del cual el título que primero ingresa en el Registro obtiene preferencia respecto de los posteriores, aun cuando no se halla suficientemente regulado, exige, lógicamente desarrollado, que los documentos presentados sean despachados por el orden de presentación en el Diario, si bien los Registradores al calificar deberán tener en cuenta todos los documentos presentados y los asientos en vigor a fin de cumplir rectamente su función.

Que, según resulta del expediente, el día 3 de mayo de 1946 fué presentada en el Registro la escritura otorgada el día ante-

rior, por la que don Joaquín Martín Royo vendió a don Juan Reverter Matamoros el pleno dominio de dos fincas, y se estipuló en favor del primero y de su esposa una renta vitalicia de 4.800 pesetas anuales, escritura que fué retirada con el fin de satisfacer el Impuesto de Derechos reales y presentada de nuevo dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, habiendo ingresado mientras tanto un mandamiento judicial que ordenó en primer lugar la cancelación de las inscripciones practicadas a favor del otro titular registral, cuyo despacho inmediato por el Registrador removió el obstáculo que impedía la inscripción de la escritura.

Que, según dispone el artículo 24 de la ley, se estimará como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación, y como la extensión de éste asiento no permite que pueda inscribirse o anotarse ningún otro título que se le oponga o sea incompatible por el que se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble, es forzoso concluir que debe ser inscrita la expresada escritura en cuanto a la totalidad del dominio de los inmuebles vendidos, sin limitarla a sólo las dos terceras partes, puesto que ningún obstáculo se oponía a ello, una vez cumplida *la primera de las disposiciones* contenidas en el mandamiento judicial de referencia.

Que la anotación de prohibición de enajenar establecida en los artículos 26 y 42 de la Ley Hipotecaria tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio y determina para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro mientras duran sus efectos al privar al titular de realizar actos dispositivos, pero no impide, conforme se deduce del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y de reiterada doctrina de este Centro, cristalizada en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario vigente, que puedan tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación, todo ello sin perjuicio de la facultad que asista a los interesados, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos.

* * *

Dando por reproducido el 2.º de los Considerandos copiados que ratifica lo ya expresado en 22 de octubre de 1952 por nuestro

Ilustre Centro, de haber de tenerse en cuenta por los Registradores al calificar, en cuanto al principio básico de prioridad, todos los documentos pendientes de despacho, *aun presentados posteriormente*, creemos oportuno transcribir los razonamientos del implicado en el recurso al decir «que el señor Reverter no es *tercero*, sino *parte*, calificación sólo atribuible al señor Ferrer, por lo cual fué precisa una sentencia judicial para desalojarle de su puesto preferente, pues sin ella no se hubiera restablecido el tracto registral del que deriva su derecho dicho señor Reverter, que por lo mismo no puede pedir el cumplimiento parcial del mandamiento, ya que conocía las normas judiciales sobre tasación de costas y no puede estimarse tercero protegido, por lo que y a virtud del artículo 37 de la Ley Hipotecaria que permite el ejercicio de acciones rescisorias y resolutorias contra adquirentes en fraude de acreedores, se habría creado en el Registro, de inscribir como libres las fincas, una situación sensible a tales acciones...

Dice Angel Sanz, que en el supuesto del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, los actos dispositivos han debido ser realizados precisamente por quien era titular al tiempo de otorgarse.

Por otra parte, como afirma Lacruz, no tiene la condición de *tercero* el adquirente cuya personalidad se identifica material o formalmente con la del transmitente no legitimado.

La Ley Hipotecaria—añade—nada dice sobre este asunto, pero el propio término *tercero* da a entender con suficiente claridad que ha de haber una separación absoluta entre la personalidad del protegido y la de su *auctor*. En otro caso, fallan las razones para la actuación de los artículos 32, 34, etc., los cuales están dirigidos a la protección del tráfico, y, por tanto, operan cuando un adquirente se contrapone como tercero al titular real que reclama.

Ciertamente que no podemos decir sea éste con exactitud el caso contemplado. Pero sí que sus analogías con lo expuesto por los citados autores son patentes.

Fijémosnos que en el momento de otorgarse la escritura entre los esposos Martín Royo y el señor Reverter, el marido, don Joaquín Martín, no estaba *legitimado registralmente*, supuesto para muchos esencial para el juego de éste poco regulado principio de prioridad, y que cuando nace o se restablece—como se quiera—su derecho es a consecuencia del mandamiento en el que juntamente

se ordenan la cancelación de las inscripciones del señor Pascual Ferrer y la prohibición de disponer de la tercera parte de los inmuebles.

Adquirente y transmitente intermedio—el señor Reverter—se identifican totalmente por virtud del mandamiento—sin el que, como dice el Registrador, no se hubiera restablecido el tracto—a todos los efectos de la protección del tráfico (1).

En el proyecto de reforma del año 1944, se intentó proclamar el principio de prioridad del siguiente modo: «La preferencia excluyente o de mejor rango, entre derechos de posible registración sobre una misma finca o derecho, se determinará por la prioridad de su ingreso en el Registro, cualquiera que sea la fecha de su constitución.»

Dice Ruiz Martínez, que no hubiera estado de más añadir, «siempre que se derive de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo». Pero, agrega, a la misma conclusión se llega con sólo tener en cuenta el artículo 32, pues el título no inscrito no puede perjudicar a tercero.

Por ello y otras muy atendibles razones, es de parecer este autor que debería otorgarse una mayor autonomía a los Registradores en la aplicación de este llamado «principio de prioridad», lo cual, sin aludir expresamente a ello, se pone de relieve por el citado Angel Sanz, cuando comparando la diversa actuación de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, rechaza el criterio de la mayoría de los tratadistas de la materia de ser el 17 totalmente inútil por hallarse absorbido por el 20.

Ahora bien: según dijimos—página 375 de esta Revista, año 1953—en nuestra nota a la citada Resolución 22-X-1952, ¿cómo interpretar la frase que aparece en la misma: «no despachar el título posterior contradictorio hasta que se hubiesen agotado todos los efectos de la calificación del título anterior», frase que, repitiendo otra de la misma Resolución, se reitera—indirectamen-

(1) Claro es que si en lugar de un solo mandamiento hubieran sido dos los presentados, ordenando en uno, en el primero, la cancelación de las inscripciones del señor Pascual Ferrer, y en el otro, en el segundo, la prohibición de vender, gravar u obligar la tercera parte de los inmuebles, al desconectar más evidentemente los negocios comprendidos en el único presentado, acaso nada se hubiese cuestionado.

Por ello, la glosa a esta decisión de nuestro Ilustrado Centro tiene más un sentido de sugerencias que de crítica a su contenido.

te—al decirse que el principio de prioridad, exige, lógicamente desarrollado, que los documentos presentados sean despachados por el orden de presentación en el Diario?

Por lo mismo expresábamos nuestra duda respecto a la adopción plena por nuestro Ilustrado Centro de la doctrina que Ruiz Martínez sustentaba.

Para Roca, el artículo 17 tiene un simple carácter de norma formal o registral. Por ello debería figurar este precepto en el título IX de la ley, relativo al modo de llevar los Registros. Y esto incluso—añade—respecto al párrafo segundo del mismo, el cual debería expresar la obligación del Registrador de despachar los títulos relativos a una misma finca o derecho, por el orden riguroso de presentación en el Registro.

Y es que es claro, Roca, como nuestro Centro, da, en una interpretación literal del párrafo 2.º del artículo 17, al asiento de presentación la fuerza que se deriva de los 24 y 25.

Todo esto puede, sin embargo, complicarlo el artículo 103 del Reglamento, desde el momento de dar carácter de defecto subsanable a la alegación en el documento presentado por la persona que otorgue el acto o contrato de ser causahabiente del titular inscrito.

Como dice finamente Lacruz Berdejo, la calidad de defecto subsanable o insubsanable de la falta de previa inscripción por el otorgante, no depende simplemente de que se haga la alegación prevista en el artículo 103 citado, sino, además, de que esta alegación sea exacta al menos en el momento de ser contradicha.

Por ejemplo—aduce—: *Secundus* vende a *Quartus* la finca de *Primus*, alegando falsamente en el título—que presenta al Registro—ser causahabiente de éste. Con arreglo al artículo 103 R. H., se toma la correspondiente anotación preventiva. Luego *Primus* vende a *Tertius* su finca, y más tarde vuelve a venderla a *Secundus*. A mi entender—escribe Lacruz—, *Secundus* no es causahabiente de *Primus* hasta que inscriba su título, puesto que *Tertius* ha adquirido antes. Si su título se presenta después del de *Tertius*, es definitivamente ineficaz y no debe pasar al libro de inscripciones, pues la anotación de *Quartus* supone una reserva de prioridad exclusivamente para títulos válidos, es decir, evita que pierdan su

validez, pero no es un medio de dar vida a títulos que nacieron sin ella.

O sea—decimos nosotros—volvemos al punto de partida de esta nota que nos conduce—por culpa o dicha de ese artículo 103 reglamentario—a la llamada teoría de la *convalecencia* o *confirmación* (rechazada por nuestra primitiva Ley Hipotecaria, artículo 129 de la misma), en consecuencia de la cual—como afirma Roca—sólo se exige que para inscribir un acto dispositivo—*no para otorgarlo*—figure practicada la previa inscripción a favor del disponente.

Pero si estimamos que nuestro Derecho es más próximo en el sistema de protección del adquirente de los alemán y suizo, para los que el dato objetivo de la preexistencia de una inscripción lo es todo, forzosamente hemos de poner en tela de juicio esta doctrina de la convalecencia y su exponente artículo 103 reglamentario, del que ya ha tiempo dijimos habíamos de ocuparnos.

Finalmente, hemos de recordar la importante Resolución de 3 de marzo de 1953, por su conexión con cuanto precedentemente queda expuesto (véase esta Revista, dicho año, págs. 814 y siguientes).

Esta *conexión* a que aludimos no quiere decir, sin embargo, identidad de supuestos.

En cambio de impresiones que hemos mantenido con el recurrente en aquella Resolución, el ilustre Notario de Madrid, don Benedicto Blázquez y Jiménez, el mismo, en forma escueta nos presentaba así el problema:

1.º HECHOS.— La escritura de venta (pendiente de ratificación por uno de los compradores) *se presentó* en el Registro: al poco tiempo *se tomó* anotación preventiva de suspensión de embargo (contra el vendedor); y antes de terminar el plazo de vigencia del asiento de presentación de la escritura *se aportó* al Registro la escritura de ratificación (por el comprador).

2.º SITUACIÓN LEGAL.—*Primer momento*: El artículo 1.259 establece que el contrato será nulo *a no ser que se ratifique* (oportunamente): con ese escueto precepto tendríamos que el contrato *no es nulo*, puesto que *fué* ratificado (incluso antes de *expirar el plazo de vigencia* del asiento de presentación): por tradición (se-

gún reconoció el Registrador) la escritura de ratificación ni siquiera se «presenta» en el Registro: es rama del tronco de la compra misma, y, por tanto, sólo se «presenta» la escritura de compra: así la ratificación tiene efecto retroactivo: lo que se ratifica es *aquel contrato* (la compra). *Segundo momento*: Parece fuerte cosa lo del efecto retroactivo *pleno*: entran las dudas y en los Códigos se recoge la eficacia de la ratificación, sí, pero *sin perjuicio* de los derechos adquiridos en el intervalo (entre otros Códigos, el italiano, art. 1.399). *Tercer momento*: «Afinemos un poco más», dicen algunos (y algún Código): los derechos que deben quedar a salvo son los derechos de tercero que «derive» de aquella persona que *aparece en descubierto*: o sea *de la que ha de ratificar*: Así el artículo 184 del Código alemán establece que la retroactividad no deja ineficaces los actos de disposición *que antes de la ratificación* y relativamente al objeto del acto así aprobado, hayan sido ejecutados *por aquél* que ha de ratificar (o de ejecución forzosa o de procedimiento de embargo, etc.).

«En el caso concreto de la Resolución los resultados eran indiferentes, ya que el embargo como posible paralización de las actuaciones del embargado—pasadas o futuras—quedaba de hecho ineficaz respecto al ratificante; hasta el extremo de que el embargante optó por retirarse pura y simplemente.»

El Considerando 4.º de la Resolución (nos estamos refiriendo, conviene insistir, a la de 3 de marzo de 1953) parece imputar a ese artículo 184 del Código Civil alemán un criterio contrario a esa interpretación que Blázquez le da.

Veamos: En la traducción directa del B. G. B. al castellano, efectuada por don Carlos Melón Infante (Bosch, Barcelona, el apartado 2-184 de dicho Código aparece redactado del modo siguiente: «Por la retroacción no se hacen ineficaces las disposiciones, que antes de la ratificación hayan sido realizadas sobre el objeto del negocio jurídico por el *ratificante* o en vías de ejecución forzosa o de ejecución de embargo o por el administrador *del concurso*.»

De esta traducción resulta que si es clara la postura de Blázquez en cuanto a las disposiciones *voluntarias* (precisamente voluntarias) *del ratificante*, no lo son tanto en cuanto a las de ejecución forzosa o de procedimiento de embargo, respecto a las cuales Bláz-

quez afirma que han de ser igualmente las dirigidas contra el ratificante (2).

Y así para Blázquez ese artículo 184 del Código alemán es lógico incluso respecto al embargo, y para ello se expresa así:

«Si el embargo limita o ataca la actividad ulterior del embargado, es natural que actúe sobre una actividad futura, o sea sobre la de aquel que tenga que hacer algo más, no sobre la de aquel que ya hizo todo. Algunos tratadistas aceptan el precepto como plenamente lógico (por ejemplo, V. Thur). Otros, sin embargo, no ven la fuerza de tal lógica (*Vide Ennecerus*). Pero en la edición castellana hay algo que no parece bien expresado (tomo I, párrafo 191, nota 18): aquello de *a tal efecto X me cede el crédito*, no tiene sentido; para oponerse a la dicha interpretación lógica el autor de la nota, dice: «Un representante de A., sin poder del mismo, se hace ceder por X un crédito para aquél. *A tal efecto X me cede el crédito*. ¿Es que ahora, cuando A. ratifica la adquisición del crédito, debo perderlo? O bien si «hago embargar el crédito de X antes». Ese, «a tal efecto», me parece una deficiente traducción: substituyendo esas palabra por «Después», el mecanismo parece algo más claro.»

«Si X cedió al representante de A, y luego a otro... «sin revocar previamente la cesión al representante de A» (único supuesto útil), es claro que está comiendo a dos carrillos; el contenido de la primera transmisión (no revocada) debe prevalecer sobre la segunda, máxime si—como en nuestro mecanismo hipotecario—la ratificación llega a tiempo de alcanzar el primer tren (vigencia del asiento de presentación de la escritura ratificada). Esos «embargos» y esas «ejecuciones» de que habla el artículo no parecen lógicamente referirse sino al mismo «ratificante», pues de otro modo tales términos (embargos, ejecuciones) quedarían sueltos, mientras que el artículo 184, en el texto alemán parece sujetarlos mediante artículo determinativo, que conserva también la traducción castellana de Melón, respecto al «Concurso», no respecto a los otros dos casos (ejecución forzosa y embargo): en el texto alemán es

(2) Por lo mismo, nosotros, en nuestra nota a aquella Resolución, si bien aludíamos a los arts. 1.398 y 1.399 del Código italiano—pág. 819, año 1953 esta Revista—, nos abstuvimos de toda referencia de este art. 184 del Código alemán, dada la disparidad de interpretación a que se presta.

más clara la referencia al *concurso*, etc., *contra aquel de quien se habló antes: del ratificante*; el mismo autor de la nota—incluso oponiéndose al criterio del artículo—abona esa interpretación. Por lo demás, en el caso concreto de la Resolución los efectos eran los mismos: nulos y sin importancia; y aunque la hubiera tenido habrían quedado también ineficaces por la naturaleza misma del llamado embargo y por el mecanismo hipotecario.»

Lo que sucede en esta resolución de 3 de marzo de 1953, es que el problema se plantea respecto de un *adquirente* cuando generalmente todo esto de la ratificación se enfoca viniendo *del disponente*. El tercero es un acreedor de éste. La ratificación provenía de aquél. Todo ello es más bien del ámbito del derecho civil puro y al entreverarse en el campo hipotecario se diría cuartear uno de sus principios fundamentales: este de la *prioridad* de que nos venimos ocupando. El mismo Roca Sastre que explana la cuestión, según las inmediatas líneas parece soslayarla...

Pero su concomitancia o conexión con lo arriba expuesto del profesor Lacruz, es más bien aparente siquiera se diría que tiene un origen o fuente común.

Véase:

- Sanz: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 55 y 56.
- Lacruz Berdejo: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a edic., páginas 242, 198 y 199.
- Ruiz Martínez: *El principio de prioridad* («Rev. Crit. de Der. In.», año 1952, página 389).
- Roca Sastre: *Derecho Hipotecario*, t. I, págs. 766 y 800, y t. IV, pág. 391, nota 3, edic. 5.^a
- El mismo: *Estudios de Derecho privado*, t. I, pág. 470 y sig.

REGISTRO MERCANTIL.—NO ES POSIBLE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EXCLUSIVAMENTE ENTRE LOS DOS ESPOSOS, PORQUE SIENDO LAS APORTACIONES EFECTUADAS POR LOS MISMOS DE BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIAS Y PROCEDER, POR TANTO, DE UN SOLO PATRIMONIO, MARIDO Y MUJER DE HECHO CONTRATAN TAMBIÉN EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, LO QUE—NO SIN CIERTO FUNDAMENTO, Y AUN CUANDO POR SU NATURALEZA JURÍDICA LA COMUNIDAD CONYUGAL NO GOCE DE UNA PERSONALIDAD INDEPENDIENTE DE LA DE LOS ESPOSOS—CALIFICA EL REGISTRADOR DE SUPUESTO DE:

AUTOCONTRATACIÓN NO PERMITIDO POR LA LEY, ILICITUDES QUE SE AGRAVAN, PORQUE AL CREARSE, ADEMÁS, UN PATRIMONIO SEPARADO DEL PROPIO GANANCIAL, SE ATENTA AL PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDO EN EL ART. 1.911 DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 16 de marzo de 1959 («B. O.» de 4 de abril).

Por escritura otorgada en Mérida el 5 de julio de 1958, ante el Notario don Federico García Solís, los cónyuges don Francisco Martín Delgado y doña Manuela Calvo González constituyeron la Sociedad mercantil de responsabilidad limitada denominada «Mar-del, S. L.» (art. 1.º de los Estatutos), dedicada a la «compraventa y reparación de automóviles y maquinaria en general, compraventa de accesorios y demás actos y contratos relacionados con la mencionada actividad, y, en general, cualquier otra de lícito comercio» (art. 2.º de los Estatutos), de duración indefinida, a partir de 1 de enero de 1958 (art. 3.º) y domiciliada en Mérida, calle Marquesa de Pinares, núm. 13 (art. 4.º); el capital social, único responsable de las deudas y obligaciones de la entidad (art. 6.º) se fijó en «500.000 pesetas, distribuido en cien participaciones de 5.000 pesetas cada una, indivisibles y totalmente desembolsado» (art. 5.º), formado por la aportación de 340.000 pesetas por parte del señor Martín Delgado, de las cuales 182.547,52 lo fueron en efectivo, y 157.452,48 por la mitad del valor que se atribuyó a las herramientas y materiales de un negocio que antes pertenecía al señor Martín Delgado y a su esposa, quien aportó la otra mitad del valor de dichos materiales y 2.547,52 en dinero, que hacen un total de 160.000 pesetas (art. 7.º estatutario y estipulación b) de la escritura); de acuerdo con las aportaciones realizadas, se atribuyeron sesenta y ocho participaciones sociales a don Francisco Martín Delgado y treinta y dos a su esposa, doña Manuela Calvo González (estipulación); se nombró Gerente a don Francisco Martín Delgado, cuyo nombramiento podría ser renovado sin limitación alguna por la Junta de socios (estipulación d); la administración y representación plena de la Sociedad se encomendó al Gerente, quien obligaría con sus actos y contratos a la Compañía en todo lo relativo al giro y tráfico de la misma; y la Junta de socios, supremo órgano de la Sociedad, se reuniría, por lo menos,

una vez al año, cuando lo estime oportuno el Gerente o cuando lo pidan socios que representen la cuarta parte del capital social, y se regirá por el sistema de mayoría simple de participaciones sociales, teniendo el Gerente, Presidente de sus reuniones, voto de calidad dirimente en caso de empate (arts. 9.º y 10 estatutarios).

Presentada en el Registro Mercantil de Badajoz primera copia de la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, por los defectos insubsanables detallados bajo los números 1.º, 5.º 6.º de esta nota, y suspendida su inscripción por los defectos subsanables expresados bajo los números 2.º, 3.º y 4.º, de los que no procede tomar anotación preventiva, aunque se solicitare, por impedirlo la existencia de aquéllos.

Primero. Al no haberse probado fehacientemente que son bienes privativos del marido y de la mujer los bienes aportados por cada uno de ellos a la Sociedad mercantil constituida, rige la presunción del art. 1.407 del Código Civil, que los reputa bienes gananciales, y, en consecuencia, aun ampliando a los actos de enajenación el alcance del art. 1.416 del mismo Código, necesita doña Manuela Calvo, para aportarlos a la Sociedad, obtener el consentimiento de su marido, como exige este precepto legal, y no la mera licencia que el marido le conceda en la escritura. Por lo que respecta a la aportación realizada por don Francisco Martín, y en cuanto a las 157.452,48 pesetas, mitad del valor de los instrumentos y herramientas, necesita dicho señor obtener el consentimiento de su mujer, a tenor del art. 1.413 del Código Civil, el que no le ha sido otorgado, ya que en el concepto «establecimientos mercantiles» que emplea este precepto legal ha de considerarse comprendida esta aportación, pues según la estipulación b) de la escritura, tales instrumentos y herramientas proceden de un negocio que antes pertenecía al señor Martín y a su esposa, por lo que, en realidad, es el propio negocio lo que ha sido aportado a la Sociedad.

Segundo. No se enumeran ni describen con sus características esenciales los instrumentos y herramientas aportados a la Sociedad y valoración de cada objeto, o la total de cada especie de ellos, como exigen el número 7.º del art. 7.º de la ley de Limitadas y el núm. 7.º del art. 120 del Reglamento del Registro Mercantil,

en relación, por analogía, con lo dispuesto en el art. 103 del mismo Reglamento.

Tercero. Como en realidad no son los instrumentos y herramientas procedentes del negocio que antes pertenecía al señor Martín Delgado y a su esposa, lo que éstos aportan a la Sociedad, sino al propio negocio, se precisa acompañar a la relación de las deudas y obligaciones que constituían el pasivo del negocio el día 1 de enero de 1958, con expresión de los nombres, apellidos y circunstancias de las personas a cuyo favor fueron constituidas, o declarar fehacientemente ambos aportantes que en la fecha citada no existía deuda ni obligación alguna de carácter civil, mercantil o fiscal pendiente de pago o cumplimiento. La existencia de tales deudas u obligaciones implicaría las siguientes consecuencias, que constituirían defecto para inscribir la Sociedad: A) No haber quedado totalmente desembolsado el capital social, como exige el art. 3.º de la ley de Limitadas, ya que lo realmente aportado, además del metálico, sería la diferencia entre las 314.904,96 pesetas, valor asignado a los instrumentos y herramientas del negocio y el importe total de las deudas y obligaciones del mismo negocio, cuyo pago y cumplimiento incumbiría a la Sociedad. B) Necesidad de justificar fehacientemente que todas las personas a cuyo favor estuvieran constituidas las deudas y obligaciones consentían la novación, consistente en sustituir los deudores primitivos señor Martín Delgado y su esposa por la nueva persona jurídica, «Mardel, S. L.», como exige el art. 1.205 del Código civil, a menos que declarasen ambos fundadores, en escritura adicional, que además de la responsabilidad asumida por la Sociedad para el pago y cumplimiento de las deudas y obligaciones del negocio, anteriores a 1 de enero de 1958, continuaban también como responsables de las mismas, solidariamente, ambos cónyuges, con todos sus bienes presentes y futuros, de conformidad con el art. 1.911 del Código Civil; así está prevenido también por el art. 141 de la ley de Anónimas, para los casos de transformación de las Sociedades Colectivas o Comanditarias, en Anónimas. Se declararía también por ambos cónyuges fundadores, que los arts. 1.º de la ley de Limitadas y 6.º de los Estatutos, según los cuales los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, de las que sólo responderá el patrimonio social, se refiere exclusivamente a las

deudas y obligaciones contraídas por la propia Sociedad a partir del 1 de enero de 1958, en que comenzó sus operaciones, y una vez que hayan sido aprobadas y aceptadas por la Sociedad las contraídas por ella desde dicha fecha hasta la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, si es que tal inscripción pudiera verificarse.

Cuarto. El art. 1.º de los Estatutos sociales infringe lo dispuesto en el art. 2.º de la ley de Limitadas, que exige añadir, en todo caso, a la denominación o razón social la indicación «Sociedad de responsabilidad limitada» o «Sociedad limitada», sin que quede cumplido el precepto legal adicionando la abreviatura «S. L.», y menos aún al no expresar dicho artículo estatutario que sea una «Sociedad de responsabilidad limitada» la constituida.

Quinto. Tal como ha quedado constituida esta Sociedad, resultan anulados la personalidad y los derechos políticos de uno de sus dos socios, Manuela Calvo González, los que han quedado absorbidos por la personalidad y los derechos políticos del otro socio, su marido Francisco Martín Delgado. También resulta privada aquella señora de libertad de disposición inter vivos, con respecto a sus participaciones sociales, y, en definitiva, la vida de esta Sociedad, de hecho y desde su origen, no estará regida por la voluntad de los dos socios expresada por mayoría, sino que prevalecerá siempre la voluntad del socio Francisco Martín, a la que la otra socio ha de estar enteramente sometida, incluso para los acuerdos de máxima importancia y trascendencia social, lo que vulnera los arts. 14 y 17 de la ley de Limitadas y el principio esencial de la pluralidad de personas y voluntades. Todo ello a resultas de lo siguiente: A) Para la adopción de acuerdo extraordinario en Junta general, basta que voten a su favor un número de socios que representen la mitad más una de las participaciones sociales—arts. 14 de la ley y 9.º de los Estatutos—. Y como al socio don Francisco Martín se le atribuyen sesenta y ocho participaciones, y a la socio doña Manuela Calvo sólo treinta y dos bastaría la voluntad de aquél para adoptar los acuerdos sociales ordinarios. Lo mismo ocurriría para la aprobación de las cuentas y balances de cada ejercicio—art. 27 de la ley—, cuentas y balances formados precisamente por el mismo Francisco Martín por su cualidad de Gerente y Administrador de la Sociedad—art. 26.

de la ley—. Además, este Gerente resultaría irresponsable ante la Sociedad contra lo dispuesto en el art. 13 de la ley, porque la acción social de responsabilidad, según el mismo precepto exige, previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, mayoría de capital que pertenece al propio socio gerente, y menos aún podría ser removido de su cargo por la Sociedad, a pesar de lo dispuesto en el art. 12 de la ley y en el 8.º de los Estatutos, ya que aquel precepto legal, en relación con el 17 de la misma ley, exige, para acordar tal separación, una mayoría capitalista superior a la ordinaria, y, además, mayoría de número de socios, es decir, que don Francisco Martín sólo podría cesar en el desempeño de la gerencia por su propia voluntad. B) Aunque el art. 17 de la ley exige para los acuerdos de importancia, como el aumento o la reducción del capital social, la fusión, transformación o disolución de la Sociedad y la modificación de sus Estatutos, que voten a su favor un número de socios que representen al menos la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital en primera convocatoria, y en segunda convocatoria solamente las dos terceras partes del capital social, bastaría también la sola voluntad del socio gerente, señor Martín Delgado, para su validez, ya que sus sesenta y ocho participaciones sociales representan más de las dos terceras partes del capital, y aunque al votar en contra de estos acuerdos la otra socio, Manuela Calvo, no se obtendría la mayoría personalista requerida también por el precepto legal para la validez de los acuerdos, quedaría enervada esta exigencia de la ley por el párrafo final del art. 10 de los Estatutos, según el cual las Juntas serán presididas por el gerente, quien en caso de empate tendrá voto de calidad dirimente, y esta disposición estatutaria no puede ser admitida en ninguna asamblea deliberante de capitales, como ha declarado recientemente la Dirección de los Registros con respecto a las Juntas generales de las Sociedades Anónimas, y es de aplicación también a las Limitadas. C) La socio Manuela Calvo González quedaría privada de libertad contractual con respecto a sus participaciones sociales, e impedido por su marido y consocio el ingreso de otros socios diferentes, pues al tratar de vender aquella señora a un extraño todas o algunas de sus participaciones, o ejercitaría su marido y consocio para sí el derecho de tanteo que le reconoce el art. 20 de la ley o

por su sola voluntad, por ser socio mayoritario, acordaría la Sociedad la adquisición de aquellas participaciones, o si no ejercitaba estos derechos de preferencia ni para sí ni para la Sociedad podría impedir las ventas a extraños proyectadas por su mujer, no otorgando su consentimiento para las mismas—necesario este consentimiento y no la mera licencia marital, a tenor del art. 1.416 del Código civil—, por tener las participaciones sociales de la mujer, al igual que las del marido, el carácter de bien ganancial, lo que imposibilitaría el cumplimiento del art. 20 de la ley de Limitadas, según el cual, transcurridos los plazos señalados para el ejercicio de aquellos derechos de referencia, el socio quedará libre para transmitir sus participaciones sociales en la forma y modo que tenga por conveniente.

Sexto. Consecuencia de lo dicho, al exponer los defectos primero y quinto, es que en una escritura de Sociedad fundada exclusivamente por marido y mujer y con las circunstancias personales y patrimoniales que en la constitución de Mardel, Sociedad Limitada» concurren, existe autocontratación opuesta por esencia a los arts. 1.261 y 1.262 del Código Civil y 116 del Código de Comercio, pues no hay dos voluntades soberanas ni dos patrimonios independientes que concurren acordes a la función de la Sociedad y a la integración de su capital. Los Estatutos han tenido que ser aprobados por la mujer con la licencia de su marido y consocio, quedando la vida social sometida por entero a la voluntad del marido por el número de participaciones sociales que se le atribuyen y por su cualidad de gerente y, por tanto, de presidente de las Juntas de socios con voto de calidad dirimente de los debates ocurridos en las votaciones. Y si bien sería lícita la constitución de una Sociedad Anónima entre un marido, su mujer y otras personas, tratándose de la fundación en una Sociedad Limitada, no parece ello admisible, y menos aún siendo el marido y la mujer los únicos socios fundadores, La resolución de la Dirección General de los Registros de 9 de marzo de 1943, resolvió que no se hallaba extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales la escritura de constitución de una Sociedad limitada por un marido, su esposa y tres hijos del matrimonio, menores de edad y sometidos a la potestad de aquél, pues como expresaba el último considerando con referencia al marido y a la

mujer, no gozan de mucho favor entre los juristas las Sociedades mercantiles de tipo personalista constituidas entre los cónyuges, en primer lugar porque la mujer sometida a la potestad marital no puede desenvolver libremente su actividad social frente a la opinión y el voto de su marido; en segundo término, porque tampoco queda respetada la independencia de patrimonios y el régimen económico establecido por los esposos o por la ley; en tercer lugar, porque la admisión incondicional de estas Compañías favorecería las donaciones entre cónyuges, y, en último término, porque aunque los artículos 1.334, 1.335 y 1.677 del Código Civil sean directa y exclusivamente aplicados a la Sociedad universal, exteriorizan, con el 1.458 del mismo cuerpo legal, el estrecho criterio que en estos particulares informan nuestra legislación». Cierzo es que el Centro directivo asimilaba en este considerando la Sociedad objeto del recurso, que era de responsabilidad limitada, a las de tipo personalista; pero aunque esta resolución es anterior a la publicación de la ley de 17 de julio de 1953, reguladora de las Sociedades Limitadas, en cuyo preámbulo se las considera de un tipo especial, ni exclusivamente personalista como las colectivas, ni exclusivamente capitalistas como las anónimas, continúan siendo válidas las razones jurídicas invocadas en aquella resolución, y aun más con respecto a la escritura ahora calificada, en la que sólo intervienen como socios fundadores el marido y su mujer, y en la que se dan, además, las circunstancias especiales a que se refieren los defectos primero y quinto de esta nota.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección confirma el defecto sexto de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que por haber desistido el Registrador de los defectos segundo y cuarto y parte del primero, las cuestiones a resolver en este expediente quedan reducidas a: 1.º Si pueden constituir una Sociedad de responsabilidad limitada exclusivamente los dos esposos aportando cada uno de ellos bienes que presuntivamente son gananciales; 2.º Si se ha cumplido con el requisito exigido por el art. 7.º de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al

no enumerarse en la escritura individualmente los instrumentos y herramientas aportados.

Que la primera cuestión, muy vivamente controvertida en la doctrina y jurisprudencia, plantea la compleja situación de la Sociedad particular constituida por los dos cónyuges, la cual, al igual que todo contrato entre esposos, se halla influenciada, desde el «De mutato amoren invidem spoliarentur», del Derecho romano, por la tendencia desfavorable que, basada en la teoría de la «unitas carnis», observaba en las relaciones entre marido y mujer una falta de libertad y de desprendimiento tal, que les ha de impedir llevar al debate de sus intereses la lucidez e independencia esenciales a todo contrato.

Que las principales dificultades para la constitución de una Sociedad de esta clase se derivarían: 1.º De la posibilidad de eludir el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales que el art. 1.320 del Código Civil, en relación con el párrafo segundo del art. 1.315, impone, al establecer que después de celebrado el matrimonio, no se puede alterar el régimen económico de la sociedad conyugal, ni atentar al mismo desvirtuando su naturaleza y efectos propios; 2.º De la dejación de los poderes que al marido corresponden como tal—autorización marital—y como jefe de la comunidad de bienes, según el art. 59 del mismo Cuerpo legal; y 3.º De la multiplicación de ocasiones para donaciones entre cónyuges—prohibidas por el art. 1.334—, que podrían resultar, ya de la desigualdad de las aportaciones respectivas de los esposos, ya de una desigual distribución de beneficios.

Que estos fuertes obstáculos, que podrían ser invocados en numerosos casos particulares, provocaría, no obstante, si se generalizara la cuestión, la exclusión de toda Sociedad entre esposos, y privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la Sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca, y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos—ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código Civil, entre otros, contemplan situaciones especiales—, permitiría

concluir afirmando la validez de las Sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la ley.

En el caso concreto de este expediente, que la Sociedad aparece constituyéndose exclusivamente por las aportaciones de bienes gananciales hechas por marido y mujer, por lo que «Mardel, S. L.» resulta de hecho integrada por bienes que presuntivamente tienen ese mismo y único origen y carácter que conservan, al no proceder de dos patrimonios distintos, sino de uno solo, y, por tanto, marido y mujer de hecho contratan también en nombre de la sociedad conyugal, lo que—no sin cierto fundamento, y aun cuando por su naturaleza jurídica la comunidad conyugal no goce de una personalidad independiente de la de los esposos—califica el Registro de supuesto de autocontratación no permitido por la ley, ilicitudes que se agravan, porque al crearse, además, un patrimonio separado del propio ganancial, se atenta al principio general de responsabilidad establecido en el art. 1.911 del Código Civil.

Que, aun cuando sea ya obvio entrar en el examen de los restantes defectos, es de advertir, en cuanto al primero de la nota calificada, que, salvo en los casos que el propio art. 1.416 del Código Civil exceptúa, la mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento del marido, consentimiento que habrá que entender concedido, siempre que éste, en la escritura correspondiente, acepte todas sus cláusulas íntegramente, con lo cual sanciona con su autoridad lo hecho por su mujer, y en cuanto al quinto, que no existe ningún precepto legal que impida la existencia de un socio que disfrute de la mayor parte de las cuotas sociales, y que, en consecuencia, la vida de la Sociedad sea regida por la mayoría que se prescribe en el art. 14 de la ley.

Por último, en cuanto a la segunda cuestión, que de la cláusula séptima de la Estatutos y de la estipulación b) de la escritura aparecen claramente cumplidos el requisito exigido por el art. 7.º de la ley y art. 120, 7.º, del Reglamento del Registro Mercantil, puesto que se relacionan en aquéllas las aportaciones en metálico, y en

cuanto a las no dinerarias se indica la clase de bienes—herramientas e instrumentos—, su procedencia, que de algún modo los identifica, y el valor atribuido a las mismas.

Con motivo de la Resolución de 9 de marzo de 1943, escribió Ribelles Ortiz, en estas páginas, a manera de colofón del meditante estudio de la misma, «que, a pesar de su doctrina (que queda fielmente reflejada y damos por reproducida, para evitar repeticiones, en el defecto sexto apuntado por el Registrador a la escritura que motiva la presente), nosotros seguimos opinando que los cónyuges pueden pactar entre sí la constitución de Sociedades civiles o mercantiles, salvo la universal, prohibida por el art. 1.677 del Código Civil entre las personas que no pueden otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja» (1).

Por nuestra parte, entendemos que *acaso* sea éste el criterio—rectificando, por tanto, su postura anterior—que sustenta actualmente nuestro Ilustre Organismo rector. Después de examinar con gran claridad, en efecto, las dificultades y ventajas que la admisión o no de constitución de Sociedades entre esposos presenta, en los considerandos tercero y cuarto, si la rechaza en el *caso concreto de este expediente, es porque*—deduce en el considerando quinto—, procediendo las aportaciones de un *solo patrimonio*, el presuntivo ganancial, sobre darse un posible supuesto de autocontratación, al crearse un patrimonio separado del mismo, se atenta, además, al principio general de responsabilidad establecido en el art. 1.911 del Código Civil.

Luego no concurriendo esas especiales circunstancias se desprende que hubiera sido otra la decisión dictada, pues bien elocuente es al respecto el citado considerando 4.º

Refiriéndose al art. 1.911 del Código Civil, escribió Azurza y Oscoz (2) que, como limitaciones a la responsabilidad patrimonial de origen voluntario o convencional, sólo dos supuestos pueden citarse en nuestro derecho, cuya posibilidad está prevista por el legislador: el autorizado por el art. 1807 del propio Código y el in-

(1) ¿Pueden los cónyuges pactar entre sí la constitución de Sociedades civiles o mercantiles? («Rev. Crit. de Der. In.», págs. 600 a 605, año 1943).

(2) Problemas de la sociedad civil («Anuario D. C.», t. V, fasc. 1.º, pág. 185).

introducido por el art. 140 de la ley Hipotecaria. Como dice Díaz Párró (3), la responsabilidad limitada tiene carácter excepcional, dada la declaración amplia del artículo 1.911, pudiendo admitirse sólo cuando *media disposición expresa del legislador*. De ahí las graves dificultades que plantean la admisión de la sociedad anónima o la limitada de un solo accionista o socio, o la empresa individual limitada; pues todo ello es lo que real y verdaderamente se opone al artículo 1.911, cuyo imperio resulta que no se constriñe al campo meramente civil, sino que extiende su imperio a todo lo obligatorio, incluso al mercantil.

Sin embargo, escriben con acierto Jerónimo López y Manuel González (4), ¿por qué si A se asocia con B, pueden ambos fijar arbitrariamente un tope a la responsabilidad por su propia gestión comercial, y en cambio cada uno de ellos, en su actuación individual, no pueden hacerlo?

De ahí la abundante bibliografía sobre la limitación de responsabilidad del comerciante individual (5).

Ahora bien, como señala acertadamente en otro lugar el mismo Manuel González Enríquez (6), la limitación de responsabilidad del socio de la Sociedad Limitada, no se presenta como excepción del repetido artículo 1.911, sino como algo al parecer vinculado a la concesión de personalidad jurídica a la Sociedad. Por ello —añade— la limitación de la responsabilidad queda sujeta a ciertas restricciones; no aparece como un puro producto de la autonomía de la voluntad, sino como una concesión otorgada en atención a ciertas características de un determinado grupo de sociedades.

Por eso—deduce Rodríguez Sastre (7)—, quíerase o no, en el momento de determinar el alcance de la responsabilidad de los socios, será preciso tener también en cuenta si con arreglo a la

(3) Citado por Azurza, anterior trabajo, pág. 186.

(4) *Significado y régimen jurídico actual de las Sociedades de responsabilidad limitada* («Anuario D. C.», t. V, II, pág. 630).

(5) Véase, por ejemplo, Trias de Bes: *La limitación de la responsabilidad, aplicada a las empresas individuales* («Anales A. M. N.», t. IV, páginas 364 y sigs).

(6) *Sociedades de responsabilidad limitada*: («Anuario D. C.», t. VI, página 858).

(7) *El Crédito social y la extensión de la responsabilidad en las Sociedades de responsabilidad limitada*, pág. 150. Conferencias del cursillo del año 1954. Colegio Notarial de Barcelona.

escritura constitucional, otorgada dentro de la libertad que concede la ley, se crea la Sociedad, pensando en los socios unidos para explotar el negocio, de la misma forma que podían haberlo hecho separadamente—es decir, si en primer término se hallan las personas de los socios, tanto para participar económicamente en la empresa, como para gestionar, dirigirla y representarla—o si, por el contrario, se ha organizado, concibiendo el socio en forma análoga a cómo se concibe en la Sociedad Anónima.

Y es que, como afirmó Mossa (8), el disfrute de la responsabilidad personal trae la sanción de una responsabilidad ilimitada...

Si aplicamos estas reflexiones a la escritura motivadora del recurso, bien podríamos afirmar nos hallamos en el primero de los términos que presenta Rodríguez Sastre, es decir, que el grado y participación de los socios—particularmente del marido—en la empresa es de tal intensidad que extravasa en su gestión la limitación impuesta, colocándolo sobre el plano de la responsabilidad ilimitada del artículo 1.911.

Si a esto agregamos que ese supuesto de autocontratación alegado por el Registrador aparece tan desvaído, tan alejado—¿dónde está el peligro de lesión?—que la misma Dirección no se decide a aceptarlo rotundamente, *y puesto que, como la misma añade, la comunidad conyugal no goza de una personalidad independiente de la de los esposos*, concluiríamos afirmando—con el Considerando 4.º *in fine*—«que, estando salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio, y no encubriéndose un fraude o un acto contrario a la ley», podría darse por válida esta Sociedad limitada, constituida entre esposos, siquiera con aportaciones presuntamente gananciales.

CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN EMBARGOS.—LA MISMA COMO CAUSA QUE ORIGINA LA DECADENCIA DE LOS DERECHOS OPERA DE UN MODO AUTOMÁTICO POR EL SIMPLE TRANSCURSO DEL TIEMPO SEÑALADO POR LA LEY, Y SE HALLA FUNDADA, NO TANTO EN UNA PRESUNCIÓN DE ABANDONO POR PARTE DEL TITULAR DEL DERECHO, SINO EN LA NECESIDAD DE DOTAR DE SEGURIDAD AL TRÁFICO JURÍDICO.

(8) Citado por Rodríguez Sastre, trabajo precedente, pág. 151.

DICHA CADUCIDAD PUEDE SER SOLICITADA POR EL DUEÑO DEL INMUEBLE O DERECHO REAL, SIQUIERA APAREZCA EN EL REGISTRO CON CARÁCTER DE TERCER POSEEDOR.

LA SOLICITUD PARA QUE SE EXTERIORICE LA INEFICACIA DEL DERECHO AFECTADO, NO EXIGE UN PREVIO EXAMEN DEL LIQUIDADOR DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, PORQUE DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE SE DESPRENDE QUE AFECTA ÚNICAMENTE A TODOS LOS ACTOS QUE ENTRAN EN UNA TRANSMISIÓN DE BIENES, PERO NO A LOS QUE CONSTITUYEN SIMPLES PRETENSIONES CARENTES DE CONTENIDO PATRIMONIAL.

Resolución de 16 de marzo de 1959 («B. O. del E.» de 13 de abril).

La Sociedad Anónima «Construcciones Levantinas», adquirió por aportación a la misma de don J. R. M., una finca denominada «Castillo, o la Esperanza», sita en término de Alicante. Inscrita la finca en 1 de junio de 1955, resultó afectada por un embargo en favor de la Delegación en Alicante del Colegio de Arquitectos de la zona de Valencia, por deudas del señor M., habiéndose practicado la oportuna anotación el 3 de septiembre de 1948; en la misma fecha, y para cubrir igual responsabilidad, se practicaron otras anotaciones de embargo contra las fincas números 6.774 y 12.561, del término de San Juan, y 19.668 y 19.666, del de Alicante, hoy también propiedad de la entidad recurrente; las citadas anotaciones fueron prorrogadas a petición de la Corporación interesada antes de expirar su plazo de vigencia, por cuatro años más, según consta en nota puesta al margen de las mismas; y en 3 de septiembre de 1956 la Sociedad Anónima de Construcciones Levantinas presentó una solicitud en el Registro pidiendo la cancelación por caducidad de las anotaciones preventivas y notas marginales referidas.

El anterior escrito fué calificado con la siguiente nota: «No practicada la cancelación por caducidad interesada en la instancia precedente: primero, porque ésta debe ser acordada por la autoridad que decretó la anotación y a petición del dueño de las fincas o de la persona a cuya favor se practicó; segundo, por nota al margen de la anotación preventiva que se trata de cancelar, haciendo constar que fué iniciado el procedimiento de apremio en

ejecución de los derechos anotados, confirmados por sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 20 de junio de 1955, para evitar indebida cancelación por caducidad; tercero, faltar en el documento que precede la nota de la Abogacía del Estado referente al Impuesto de Derechos reales. Los defectos señalados con los números primeros y tercero de orden se reputan subsanables; no así el defecto señalado en segundo lugar, que tiene carácter de insubsanable durante el tiempo de vigencia de la nota marginal acordada por el Juzgado a que también se alude anteriormente, por lo que no procede tomar anotación preventiva en el caso de que se pidiera.»

En certificación de cargas expedida a instancia de la sociedad recurrente, se dice, con referencia a la finca indicada en primer lugar, lo siguiente: «A pesar de que hoy está transcurrido el plazo de los cuatro años por que se tomó dicha anotación y los cuatro años de su prórroga, dicha anotación está vigente y sostenida por su nota marginal, que, copiada a la letra, dice lo siguiente: «Conforme resulta de la anterior anotación, letra C, esta finca fué embargada por la Delegación del Colegio de Arquitectos de la zona de Valencia a don José Ramón Mira, junto con otras, para responder de 169.933,69 pesetas, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de esta capital, habiendo sido prorrogado el plazo de tal anotación, cual consta en la precedente nota y habiéndose presentado en dichos autos por la parte actora, escrito en el que por otrosí se pide que, no constando en tal anotación que se ha iniciado el procedimiento de apremio en ejecución de los derechos anotados preventivamente, confirmados por la sentencia ya firme del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de esta capital, de fecha 18 de marzo de 1949, como quiera que está ya próximo a finalizar el plazo de la prórroga de cuatro años concedida a dicha anotación con objeto de evitar la indebida cancelación por caducidad de la misma, suplicando al Juzgado se sirviera acordar la expedición de mandamiento para que por nota marginal se haga constar: 1.º, que por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de junio de 1955, se confirmó la de la Excelentísima Audiencia Territorial de Valencia, que a su vez fué confirmatoria de la que hubo de pronunciar el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Alicante,

el día 28 de marzo de 1949, en la que se condenó a don José Ramón Mira, a pagar a la Delegación de Alicante, del Colegio de Arquitectos de la zona de Valencia, la cantidad de 179.936,79 pesetas, a la seguridad del cobro de las cuales, se anotó con carácter preventivo el embargo de referencia; 2.º, que por virtud de la firmeza de la resolución judicial antes indicada, el embargo, dotado hasta entonces de mero carácter preventivo, ha adquirido ejecutoriedad; 3.º, que por escrito de marzo del año en curso se inició el procedimiento de apremio en ejecución de la sentencia firme y anotación preventiva indicada y con fecha 17 de mayo siguiente se expidió la precitada certificación de cargos; 4.º, que como tercer poseedor de la finca objeto de la anotación, el día 8 de julio último fué requerida de pago Construcciones Levantinas, S. A.; 5.º, que, infructuoso el requerimiento de pago antes citado por providencia de 16 de junio del corriente año, del mismo Juzgado, se señaló el día 30 de junio siguiente para la celebración de la subasta de la finca embargada; 6.º, que, celebrada la subasta de que queda hecho mérito, y no habiendo consignado el rematante en término el total del precio del remate, se ha solicitado la celebración de segunda subasta en quiebra, de conformidad con lo que dispone el artículo 1.513 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 7.º, que, pendiente y en tramitación el procedimiento de apremio instado en ejecución, y para la debida efectividad del embargo anotado, no procede la cancelación por caducidad de la anotación de ésta hasta el total término del procedimiento, por aplicación analógica de lo que preceptúa el artículo 95 de la Ley Hipotecaria, que evidencia no es absoluto el plazo de caducidad establecido en el artículo 86 de la mencionada Ley. Accediendo a ello, el señor don Silvano Alonso García, Magistrado Juez de Primera Instancia, número 1 de esta ciudad, dictó providencia en 11 de agosto de este año, ante la fe del Secretario, don Anibal Vidal, ordenando así se haga constar en este Registro. Así, resulta de un mandamiento expedido en 11 del pasado agosto por el nombrado señor Juez y refrendado por el propio Secretario, que por duplicado se presentó a las doce horas cincuenta minutos del 28 del pasado agosto.» y en cuanto a las fincas 6.774 y 12.561, figuran también al margen de las correspondientes anotaciones de embargo, notas marginales que indican están vigentes y prorrogadas nuevamente.

Interpuesto recurso, la Dirección confirma el Auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador y dictado previo informe del Juez de primera instancia, número 1 de Alicante, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que el problema que plantea el presente recurso consiste en dilucidar: 1.º, si, transcurridos el plazo normal de duración de una anotación preventiva de embargo, establecido en el artículo 86 de la ley, y el de su prórroga, puede, no obstante, estimarse vigente por una nota marginal puesta en dicho asiento en cumplimiento de un mandamiento judicial y según la cual los derechos amparados por la anotación, reconocidos en sentencia firme, se hallan en fase de ejecución por la vía de apremio; 2.º, si por haber sido aportada la finca afectada por la anotación a una sociedad anónima su representante se hallará legitimado para solicitar la cancelación por caducidad de la anotación, o si es preciso que sea decretada por la autoridad que la ordenó, y 3.º, si el no haber sido presentada la solicitud de la cancelación en la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales puede ser obstáculo para la práctica del asiento solicitado.

Que la caducidad como causa que origina la decadencia de los derechos opera de un modo automático por el simple transcurso del tiempo previamente señalado por la ley, o, en su caso, por los particulares en los supuestos, poco frecuentes, de caducidad convencional, y se halla fundada no tanto en una presunción de abandono por parte del titular del derecho, como ocurre en la prescripción extintiva, sino en la necesidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico, y por eso no es susceptible de interrupción ni su vida puede prolongarse, cuando se trata de asientos registrales, más allá del término señalado por el legislador; transcurrido el cual los asientos deberán reputarse inexistentes, aun cuando subsista el derecho anotado.

Que, en armonía con la naturaleza provisional de las anotaciones preventivas, el artículo 86 de la Ley Hipotecaria establece un plazo normal de duración de cuatro años para las mismas, susceptible de ser prorrogado por otro igual, sin que después pueda ampliarse el período de vigencia, finalidad que tampoco puede conseguirse mediante una nota marginal, extendida en cumplimiento;

de una providencia judicial, pero sin virtualidad para atribuir subsistencia al asiento de anotación, dados los términos del artículo 86 de la ley, ni aun en casos en los que puede quedar trunca la finalidad de la anotación y en peligro la eficacia de resoluciones judiciales, firmes circunstancias que ponen de relieve la conveniencia claramente declarada por la Resolución de 7 de marzo de 1957 de revisar dicho precepto legal a fin de que sean debidamente ponderados los intereses en juego y se procure de manera más adecuada que coincidan la duración de las anotaciones con la de los procedimientos judiciales en que se funden.

Que la cancelación de las anotaciones preventivas podrá solicitarse por el dueño del inmueble o derecho real afectado, y, en consecuencia, en casos como el presente, en que la finca ha sido aportada a una sociedad anónima, quien ostente su representación se halla facultado para poder instar la práctica de la cancelación.

Que la solicitud de que se extienda un asiento para exteriorizar la ineficacia del derecho afectado, que en algunos supuestos es de obligada práctica por el funcionario sin petición de parte, como sucede con la certificación de cargas, que, conforme al artículo 355 del Reglamento, por sí misma lleva implícita la necesidad de cancelación de las que estuviesen caducadas, sin exigir un previo examen del Liquidador del Impuesto de Derechos reales, porque de la legislación vigente se desprende que afecta únicamente a todos los actos que entrañen una transmisión de bienes, y no a los que constituyen simples pretensiones carentes de contenido patrimonial.

* * *

Como antecedente nos remitimos a la Resolución—última sobre la materia—de 7 de marzo de 1957 y nuestra nota a la misma, páginas 840 y 841 dicho año, de esta Revista.

Según se expresa en el preámbulo del Decreto de 17 de marzo del año en curso, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario, la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial, en determinadas circunstancias, estaba impuesta por la experiencia procesal y era unánimemente solici-

tada, para impedir que la caducidad de tales asientos se convirtiera en arma inadmisible de litigantes de mala fe. Además, con la reforma se salva la falta de concordancia de los artículos 83 y 86 de la Ley Hipotecaria.

En su consecuencia se ha añadido al artículo 199 de dicho Reglamento el siguiente párrafo:

«Las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida por el artículo 86 de la ley hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieran sido decretadas.»

Pedida, pues, prórroga, no se producirá la caducidad hasta la terminación definitiva del litigio.

Con esto, además, los actuales reformadores del Reglamento no han hecho otra cosa sino restablecer el verdadero sentido o finalidad de estas anotaciones, ya que, en frases de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, su objeto es «evitar que se eludan las sentencias, haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecución del fallo».

LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE FINCA HIPOTECADA TIENE VIRTUALIDAD SUFICIENTE PARA QUE CESEN LOS EFECTOS Y LIMITACIONES QUE DICHA ANOTACIÓN LLEVE CONSIGO, ENTRE ELLOS LOS DE LA NOTA MARGINAL, EXTENDIDA CONFORME AL ARTÍCULO 143-2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, QUE POR SU ÍNTIMA DEPENDENCIA CON LA ANOTACIÓN PRINCIPAL HA DE QUEDAR EXTINGUIDA AL MISMO TIEMPO QUE AQUÉLLA.

EN CONSECUENCIA, HABIENDO DESCUIDADO LA ACTORA PEDIR LA PRÓRROGA DE SU ANOTACIÓN, CADUCADA ÉSTA Y CANCELADA DE OFICIO, DESAPARECIÓ EL OBSTÁCULO QUE LIMITABA LA ADQUISICIÓN DE LOS TERCEROS POSEEDORES, CON INSCRIPCIÓN ULTERIOR A LA REFERIDA NOTA; Y AL NO DISPONER EL MANDAMIENTO JUDICIAL LA CANCELACIÓN DE LOS DERECHOS POSTERIORES A LA REPETIDA NOTA MARGINAL, ES FORZOSO CONCLUIR COMO AFIRMA LA CALIFICACIÓN RECURRIDA, QUE NO PUEDE INSCRIBIRSE EL TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN A FAVOR DE LA ACREEDORA POR HALLARSE LA FINCA INSCRITA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR.

Resolución de 25 de marzo de 1959 («B. O. del E.» de 4 de mayo).

Por escritura otorgada ante el Notario de Sevilla don Francisco Monedero Ruiz, el 5 de abril de 1948 doña María Fernández García prestó a don Manuel Martín Gómez la cantidad de 8.000 pesetas, por plazo de un año prorrogable, que devengaría hasta su completo pago el interés anual del 4 por 100, y que se consideraría vencida la obligación por el incumplimiento de cualquiera de las condiciones estipuladas; en garantía del citado préstamo, intereses y 2.000 pesetas más para costas y gastos, se constituyó hipoteca sobre un solar, en el que se estaba construyendo una casa, sito en Sevilla, propiedad de la prestataria. Por incumplimiento del contrato, doña María Fernández García incoó juicio ejecutivo contra el deudor, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia, número 6, y despachada ejecución, se practicó el embargo por 8.000 pesetas de principal, 640 de intereses y 3.500 para costas, y se obtuvo el 5 de noviembre de 1951 certificación registral de la que no aparecían más cargas vigentes que la referida hipoteca y el embargo correspondiente. Por escritura de 6 de mayo de 1952, el deudor hipotecario vendió, con pacto de retro la finca gravada a don Rafael Álvarez Fernández, quien consolidó su adquisición en 17 de noviembre de 1953, y tramitado el procedimiento ejecutivo instado por la acreedora, el 7 de marzo de 1953 se adjudicó a la misma la finca hipotecada en la suma de 10.000 pesetas, por cuenta y parte de pago de las responsabilidades perseguidas. Por circunstancias que no figuran en el expediente, el testimonio de adjudicación quedó sin cumplimiento, y en escritura de 4 de julio de 1955, el comprador de la finca, objeto de este recurso, don Rafael Álvarez Fernández, después de hacer constar que en ella había edificado a sus expensas una casa de dos plantas en parte con varias habitaciones y servicios, la vendió a don Tomás Domínguez Martín. Por escrito de 26 de octubre de 1955, doña María Fernández García pidió al Juzgado, ante el que se tramitaba el procedimiento ejecutivo seguido a su instancia la cancelación de todos los gravámenes posteriores, y el Juez acordó, en providencia de 5 de noviembre de 1955, sólo la cancelación de la hipoteca y embargo existentes a favor de la peticionaria; el 10 de noviembre de 1955, la actora volvió a solicitar la cancelación de todos los graváme-

nes y derechos reales posteriores a la anotación; y en providencia de 28 de noviembre del mismo año se declaró no haber lugar a ello por no constar en la certificación de cargas del Registro de la Propiedad ningún gravamen, además de la hipoteca y embargo reseñado. El 31 de enero de 1956 fué cancelada de oficio, conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, la anotación de embargo caducado según el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el 27 de febrero de 1956, don Tomás Domínguez Martín, último comprador de la finca hipotecada, inscribió su adquisición en el Registro.

Presentado posteriormente en el Registro el testimonio del auto de adjudicación de la finca hipotecada a favor de doña María Fernández García, fué calificado en 10 de julio de 1957, con nota de tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del documento que antecede, porque el deudor, don Manuel Martín Gómez, mediante escritura otorgada en esa ciudad el 6 de mayo de 1952 ante el Notario don Diego Soldevilla Guzmán, vendió la parcela hipotecada y embargada a don Rafael Alvarez Fernández, con pacto de retro, ya extinguido, y por otra escritura, el 4 de julio de 1955, ante el Notario de ésta, don Manuel Herrera Carmona, el don Rafael Alvarez Fernández hizo constar que en la citada parcela de terreno había edificado a sus expensas una casa, en parte de dos plantas con varias habitaciones y servicios, y vendió la totalidad de la finca a don Tomás Domínguez Martín, a favor del cual fué inscrita con fecha 27 de febrero de 1956. Se hace constar que la anotación de embargo, letra A), causada en los autos a que se refiere el documento que se califica, fué cancelada, de oficio el 31 de enero de 1956, conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, por haber incurrido en caducidad, según el artículo 86 de la Ley Hipotecaria».

Interpuesto recurso, la Dirección, previo informe del Juez de primera instancia, núm. 6 de Sevilla, confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que ratificó, a su vez, la nota del Registrador y es concorde con el informe del Juez-Magistrado expresado, mediante la doctrina siguiente:

Que extendidas en el Registro una anotación de embargo sobre finca hipotecada y la nota prevenida en el párrafo segundo del

artículo 143 del Reglamento Hipotecario, acordadas en un juicio ejecutivo ordinario, la cuestión planteada en este expediente consiste en resolver si, después de haber sido cancelada por caducidad aquella anotación, cuya prórroga no fué solicitada, puede inscribirse el testimonio de un auto que adjudica la finca a la acreedora, dado que el mandamiento judicial no ordene la cancelación de las inscripciones posteriores a la nota extendida, y que durante la tramitación del procedimiento fué inscrito el dominio de la misma finca a nombre de un tercero.

Que los procedimientos de apremio en que se persiguen bienes hipotecados afectan normalmente a las partes y, además, a posibles acreedores posteriores y nuevos adquirentes de las fincas gravadas, conocidos bajo la denominación quizá no muy apropiada de terceros poseedores, y éstos, según hayan adquirido su derecho antes o después de extendida la nota marginal señalada en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento, podrán adoptar distinta posición en el juicio, según que desamparen o no los bienes, por lo que no es de extrañar que situaciones tan diversas impliquen dificultades a la normal tramitación de los procesos y obliguen a extremar el celo en la aplicación de la ley para ponderar los intereses en juego y no perjudicar los legítimos derechos de quienes ostenten alguna titularidad sobre los inmuebles.

Que el dueño de los bienes inmuebles o derechos reales afectado por una anotación puede disponer de los mismos, según claramente establece el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, y como quiera que la tramitación del procedimiento ejecutivo que determinó la anotación ha de culminar en la enajenación de los bienes anotados, para dotarla de eficacia, el artículo 175 del Reglamento Hipotecario dispone que se cancelen todas las inscripciones y anotaciones posteriores que no sean preferentes a la del actor, siempre que el tercer poseedor hubiera sido notificado expresa e individualmente si adquirió antes de la extensión de la nota marginal ordenada en el artículo 143, segundo del mismo Reglamento, que constituye una novedad legislativa suceptible de desempeñar función análoga a la de la nota establecida por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en cuanto permite conocer a los posteriores titulares de la finca y sirve de notificación a los efectos oportunos.

Que toda anotación preventiva de embargo caduca a los cuatro años de su fecha, según establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, a no ser que a instancia del interesado, o por mandamiento de la autoridad que la decretó, se prorrogue por otro plazo igual, caducidad que operará automáticamente y tendrá virtualidad suficiente para que cesen los efectos y limitaciones que la anotación lleve consigo, y entre ellos los de la nota marginal extendida, que por su íntima dependencia con la anotación principal ha de quedar extinguida al mismo tiempo que aquélla.

Que por haber adquirido don Rafael Alvarez Fernández y don Tomás Domínguez Martín su derecho después de la práctica de la anotación de embargo en el procedimiento instado por doña María Fernández García, se hallaban legalmente facultados para intervenir oportunamente en defensa de su derecho en el mencionado juicio y ejercitar las facultades y recursos que las leyes les conceden; ahora bien: al haber descuidado la actora pedir la prórroga de su anotación, caducada ésta y cancelada de oficio, desapareció el obstáculo que limitaba la adquisición de los posteriores titulares, y al no disponer el mandamiento judicial la cancelación de los derechos posteriores a la nota marginal extendida, es forzoso concluir como afirma la calificación recurrida, que no puede inscribirse el testimonio del auto porque se halla inscrita la finca adjudicada a favor de persona distinta del deudor.

* * *

De la lectura de los transcritos considerandos parece desprenderse que nuestro Ilustre Centro Directivo ciñe y supedita la virtualidad y efectos de la nota del artículo 143 del Reglamento Hipotecario en caso de haberse tomado anotación preventiva y extendido aquélla a su margen, a la vida de la anotación. O más claro aún, deduciríamos del tenor literal de sus palabras (considerando 4.º), que los *efectos y limitaciones* nacen y viven en la anotación. Y entonces, preguntamos: ¿qué papel juega y desempeña la citada nota?

Dice Roca (1) que para los terceros poseedores la anotación de embargo sobre los bienes embargados hace las veces de la ins-

(1) *Derecho Hipotecario*, t. III, nota 1, pág. 512, ed. 5.ª

cripción de hipoteca en los bienes hipotecados. Aquí estamos dentro del campo hipotecario o registral, y, por tanto, en vistas a terceros adquirentes, y por ello se trata concretamente de determinar los efectos de las anotaciones preventivas de embargo, de suerte que si la anotación preventiva de embargo no existe, huelga hablar de sus efectos, sin que la referida nota marginal, *en el caso de extenderse indebidamente por no existir anotación de embargo*, pueda tener el valor de sustituir como sucedáneo a la anotación de embargo inexistente.

Pero añade: «muy bien que pueda prescindirse de la anotación de embargo tratándose de procedimientos de ejecución hipotecaria, pues entonces ya existe inscrita una hipoteca, pero no en otro caso. Con razón dice Reza—continúa Roca—, impugnando la opinión de La Rica, que para la ley no hay bienes anotados si falta la anotación y hay que rechazar de plano la equiparación de dicha nota marginal con la anotación preventiva, porque para que el embargo surta efecto contra tercero es necesario que se exteriorice en una anotación. De esta opinión es también Ruiz Artacho (2).

Más explícito aún Mazuelos (3), escribe que esa nota no equivale a una anotación de embargo, sino solamente constituye una simple *mención* de la existencia de un procedimiento de apremio respecto a la finca en cuestión, y como la mención de derechos susceptibles de inscripción (o anotación) separada y especial no produce efectos contra terceros (art. 29 Ley Hipotecaria), hipotecariamente esta nota no puede perjudicar a los que posteriormente inscriban o anoten algún derecho sobre la finca; pero, por la teoría de la buena fe, dudamos que esta solución llegue a prosperar en la práctica.

Y es que, como con finura apunta el citado Ruiz Artacho (4), al admitir y regular el repetido artículo 143 reglamentario, el supuesto de carencia de la referida anotación preventiva de embargo, se produce el efecto de que se contradice y se rebasa no sólo el epígrafe que lleva («tercer poseedor de bienes anotados»), sino también el párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipote-

(2) *Naturaleza y efectos de la Nota Marginal*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, págs. 532 y 533, año 1953.

(3) *Apuntes sobre las Anotaciones de Embargo...* Separata, nota 108, página 137, 1956, Madrid.

(4) Trabajo citado, pág. 534.

caria, de que es aplicación y desarrollo; pues tanto éste como el citado epígrafe parten siempre del supuesto de que exista la correspondiente anotación preventiva de embargo.

Parecen, pues, conformes la jurisprudencia—resolución que nos ocupa y la doctrina—, en cuanto a que el valor y efectos se halla en la anotación a la que se diría exterioriza y publica la nota.

¿Pero no señala, como hemos visto, Roca, que puede prescindirse de la anotación de embargo tratándose de procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que si no se ha practicado tal anotación—indica en otro lugar (5)—, la tan repetida nota se pondrá al margen de la inscripción correspondiente, que será la de la hipoteca ejecutante, por analogía a lo dispuesto a la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria?

Con esto—agrega—el artículo 143 del Reglamento admite la posibilidad del procedimiento ordinario de ejecución hipotecaria, sin que se haya practicado la anotación de embargo que prescribe el artículo 1.453 de la ley procesal civil, *lo que es lógico*, pues aquí ya entra en juego una hipoteca, lo cual hace inútil la superposición de otra garantía que, como la anotación de embargo, constituye una hipoteca judicial.

Y entonces—volviendo al principio de esta glosa—preguntamos: ¿en caso de procedimiento ordinario de ejecución hipotecaria en que no se haya tomado anotación, pero sí extendido la nota, conforme a lo precedentemente apuntado, siguiendo a Roca, qué papel juega y desempeña esta nota? ¿Ninguno? Esto sin duda sería concorde con cuanto por la doctrina y sin decirlo da a entender nuestro Centro, en todo procedimiento de apremio que no fuera de ejecución hipotecaria. Pero en cuanto a éste las palabras del tan repetido Roca hacen dudar. Sin embargo, notemos que, como consecuencia, la extensión de la nota al margen de la inscripción de la hipoteca—en el procedimiento de ejecución de ésta—tendría una virtualidad y extensión en el tiempo de que carece al haberse tomado anotación y extendido la repetida nota a su margen.

Todo esto, la verdad, desconcierta un tanto, máxime si volviendo al autorizado parecer de Roca Sastre encontramos que es-

(5) Obra citada, t. IV, pág. 778.

cribe—al comentar la importante sentencia de 12 de julio de 1941, citada en los Vistos por la Dirección—«que el párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se refiere a la anotación preventiva de embargo en general, mas no a la anotación preventiva de embargo tomada precisamente sobre los mismos bienes hipotecados en garantía del propio crédito ejecutante, la cual, más que *una función de aseguramiento del crédito hipotecario, desempeña el cometido de anunciar registralmente la puesta en marcha de la acción hipotecaria. Esta anotación, en rigor—deduce nuestro autor—, venía a hacer las veces de aquella nota marginal, salvo cuando sirviese para ampliar la garantía por cantidades no cubiertas con la hipoteca*» (6).

Luego, entonces, ese tan ponderado artículo 143 del Reglamento, ha venido en ciertos casos, como el que nos ocupa, más que a fortificar, a resentir gravemente el crédito territorial, pues la anotación que permite, conforme al artículo 1.453 de la Ley Procesal, se desprende que, a juicio de nuestro Centro, no puede ser interpretada al modo como hemos visto hace Roca. Y hasta tememos que se dedujera que a igual trato debe someterse la nota aisladamente tomada al margen de la inscripción de Hipoteca, al expedirse la certificación, por envolver—repetimos, podría aducirse—un contrasentido, ya que no debe darse más valor a una nota que a la propia anotación que la produce o que faltando ésta—la anotación—desempeña el papel que la misma le asigna, según se colige de las palabras reglamentarias, «o, en su defecto».

Sin embargo, esto, creemos, no es culpa de nadie, sino de los mismos textos legales que nos sorprenden en su aplicación con estos resultados: a mayor toma de garantías, por un descuido en conservarlas—cual el caso actual, al no solicitarse prórroga de la anotación—, pérdida de beneficios con consecuencias lamentables.

Porque podrá encontrarse lógica la doctrina de nuestro Ilustre Centro, pero a nuestro juicio ello no implica que si se hubiese tomado la nota aislada—sin petición de anotación—se hubieran producido los efectos que se acusan.

Los dos vacíos normativos señalados por la doctrina a este artículo 143—notificaciones y presentación del mandamiento en el

(6) Obra citada, t. IV, págs. 767 y 768.

Diario (7) y (8)—, han sido recogidos en el retoque o reforma último, dado al Reglamento Hipotecario (véase final art. 353 y nuevo párrafo 2.º del 416), pero, claro es, no pudieron prever sus ilustres redactores que se presentara el caso singular de que nos venimos ocupando. No obstante, sobre el valor de esa nota, como hemos visto al principio, ya la doctrina estaba cuestionando.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la propiedad.

(7) *El problema de la notificación a los anotantes posteriores* Ramos Folqués, esta Revista, año 1953, págs. 609 y sigs.

(8) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, t. I, pág. 111.