

La ausencia en el Registro de la Propiedad

APODERADOS

Aunque no sea de un puro tecnicismo jurídico, es posible distinguir los conceptos y sus efectos de dos clases de ausencias: la meramente física, "no presencia en un punto determinado", y la jurídica, "no presencia en un punto determinado, donde debe ejercitar derechos y cumplir deberes quien, por carecerse de noticias, se duda de su existencia".

Y a pesar de que no pueda decirse, en términos absolutos, que la "mera no presencia" deje de repercutir en diferentes sectores jurídicos—el hacendado forastero ante impuestos municipales, el no domiciliado en el lugar del juicio, tiempo para la prescripción, etc.—, sí puede afirmarse que esa ausencia física, porque es compatible con la presencia jurídica—ausencia con paradero conocido o con apoderado—, carece de esa repercusión en el Registro de la Propiedad. El domicilio del que transmite o adquiere no es requisito esencial para la inscripción (regla sexta del artículo 61 del Reglamento Hipotecario).

Por el contrario, si la ausencia jurídica implica, por la incertidumbre de que exista el sujeto de la relación, una cierta incapacidad, forzosamente la declaración de tal estado y hasta su iniciación, ha de reflejarse en la oficina pública, que aspira a garantizar a tercero de la plena facultad dispositiva del transmitente. Por ello, es lógico, dentro de esa aspiración, que la declaración judicial de ausencia sea inscribible (artículo 2.º de la Ley Hipotecaria), como también, por ser la incertidumbre de la existencia no consecuencia de la declaración judicial, sino causa de ella, que la iniciación del procedimiento para

alcanzarla sea anotable conforme al número 5.º del artículo 42, e incluso de oficio (párrafo 3.º del artículo 43).

Esto así, y reformado sustancialmente el título VIII del libro I del Código civil "De la ausencia", por la Ley de 8 de septiembre de 1939, viene a ser tema de gran actualidad estudiar si esos principios hipotecarios citados, con el importante contenido en el artículo 91 del Reglamento y otros secundarios, tales como los artículos 15 y 73 de la Ley, 19, 244 y otros reglamentarios, sirven para que esa importante y trascendental reforma tenga en el Registro de la Propiedad su pleno desarrollo y garantía, por lo que a bienes inmuebles se refiere.

De entre los variados aspectos de esta cuestión, efectos de la posesión temporal, capacidad de la mujer del ausente, derecho de acrecer, derechos y documentos a favor de tercero, y tantos otros cuya sola enunciación exigiría un largo párrafo, elegimos, para tratarlo con relativa brevedad, el examen del nuevo artículo 183 del Código civil; a través de las actuales disposiciones hipotecarias.

Dando por discutido y resuelto que la esencia del *mandato* consiste en la *representación*; por sabido que la representación es la extensión de la personalidad, la subrogación de una persona en otra, para desarrollar y ampliar la potencialidad económica y jurídica de quien carece del don de la ubicuidad, o más concretamente, para nuestro fin, convertir, cual dice Sánchez Román, la ausencia real en presencia jurídica, y por indudable también que esta representación exige una completa subordinación del mandatario al mandante, así como plena confianza del mandante en el mandatario, al extremo de que es también esencial en el mandato su *revocabilidad*, y de que acabe por la muerte, interdicción, quiebra o insolvencia de cualquiera de ellos, la consecuencia de que para todo acto inscribible en el Registro, cuando el titular no interviene o se exige *a priori* el documento público comprensivo y expreso de la facultad o derecho delegado, o la aceptación *a posteriori* en el supuesto mandante, supone de todos modos, y en todo caso, que el mandante, no cuando otorgó el poder, sino en todos los momentos en que el apoderado hace uso de este poder, vive y está con plena capacidad. Lo contrario, o sea que el mandatario obrara con completa independencia, por sí y no por otro, aunque de este otro nazca el derecho utilizable, supondría una dejación, una cesión o una enajenación que nos alejaría del mandato, para llevarnos a otras figuras contractuales.

Desde el momento, pues, de que por la desaparición del mandante—para nosotros la desaparición supone siempre un acto violento—o por la separación—que ya no exige ese acto de violencia—del hogar sin tenerse noticias de su paradero, se duda de la existencia del representado, la *representación*, esencia del apoderamiento, se debilita, término medio entre el ser y el no ser, que debe reflejarse en la oficina que notifica y advierte a tercero. La presunción de que el mandante está jurídicamente presente en todo acto del mandatario cede ante el temor de una existencia, que enerva la ficción de la presencia.

No tiene medios—ni aun competencia—el Registrador que califica documentos con vistas al estado y resultancia del Registro, para dudar ni dejar de dudar de la existencia del mandante; en tanto, pues, en el Registro nada conste contra esa existencia, el documento otorgado a nombre de persona no interviniente es inscribible.

La Dirección de Registros, en su importante Resolución de 1.º de julio de 1891, estimó la virtualidad y eficacia del poder otorgado por un ausente, porque si bien es cierto que entre mandante y mandatario es lógico que existan íntimas relaciones, también lo es que no hay precepto que declare necesariamente nulo un poder cuando se ignora el paradero del mandante. Se tuvo en cuenta para esta Resolución el hecho de no haberse declarado judicialmente la ausencia y el artículo 184—antiguo, naturalmente—del Código civil, que daba eficacia legal al mandato durante cinco años.

Esta importante doctrina, ¿puede hoy sostenerse, con vista a la Ley de 8 de septiembre de 1939 y especialmente a su artículo 183?

No creemos posible encajar la contestación en un *sí* o en un *no* rotundos. Se hacen precisas, y previamente, ciertas distinciones.

En primer lugar cabe afirmar que, si está fuera de la órbita del artículo 181 la ausencia de personas con administrador general, aunque en este caso la desaparición violenta, como la separación sin noticias, corte las relaciones entre mandante y mandatario, como éste sigue actuando, y sus actuaciones surten efectos en el Registro de la Propiedad, la doctrina de la aludida Resolución sigue imperando, y sigue imperando incluso que no se trate de apoderado general, dado que en buenos principios no es anotable el nombramiento de *defensor*, con limitadas facultades, ni aun esa anotación impediría la inscripción de actos o contratos otorgados a nombre de una persona de la que ni siquiera se ha iniciado el procedimiento para declararla en estado de

ausencia legal. De todos modos, no podemos dejar de reconocer que puede inspirar dudas la procedencia de la anotación del nombramiento de defensor, si el Juzgado especialmente lo ordena en virtud de las facultades que le concede el último párrafo de ese artículo 181, como también dudas acerca de los efectos de esa posible anotación, muy difíciles de precisar; si después de esa supuesta anotación quien enajena es el mismo desaparecido, es evidente que su *presencia* resolvió este inicial estado, presencia jurídica que hay que estimar a través del administrador general, que ignoraba el instante del diligenciado.

Casi puede decirse que en este supuesto del artículo 181, la cuestión queda reducida a la actuación de un mandatario especial, y aun dentro de este supuesto, al mandatario con poder otorgado con anterioridad a la anotación, pues que si lo ostenta de fecha posterior, volvemos a la presencia jurídica, con todas sus consecuencias resolutorias.

* * *

La nueva Ley, después de decir, por su artículo 182, quiénes tienen la obligación de instar la declaración legal de ausencia, determina en el 183 los casos en que al desaparecido (o separado, podíamos añadir) de su domicilio o residencia se puede considerar en tal situación. Para contar el tiempo que precisa transcurrir hasta llegar a esa ausencia legal, el factor del apoderamiento entra en juego; si el ausente no hubiera dejado apoderado, basta un año desde las últimas noticias. o. en defecto de éstas, desde la desaparición: si hubiera dejado apoderado, el tiempo, a contar desde iguales acontecimientos, es de tres años.

Llegados estos casos, procede instar la declaración. Y esta instancia, cuyo procedimiento regula el novísimo artículo 2.038 de la ley Procesal, entendemos que, sin duda, es anotable en el Registro, incluso de oficio, conforme al número 5.º de los artículos 42 y 43. de la ley Hipotecaria, como en su día será inscribible el auto declaratorio de ese especial estado, que ha de dictarse con arreglo al último párrafo del citado artículo Procesal 2.038.

Lo difícil, a nuestro modesto modo de ver, es determinar qué efectos jurídicos hipotecarios lleva consigo la anotación de la incoación del expediente y, más concretamente, cuáles son esos efectos, al actuar un mandatario del presunto ausente.

Sinceramente, entendemos que esa anotación carece de eficacia, de no mediar apoderado general o especial. No cabe mayor garantía ni amparo del ausente, en cuanto a inmuebles, que la vigencia de las inscripciones a su favor, porque sin su *presencia jurídica* no pueden cancelarse, ni extinguirse, ni modificarse. Por ello es de notar la carencia de preceptos en las reformadas leyes civiles, sustantivas y procesales, que obliguen a la práctica de esas inscripciones.

De mediar apoderado, lo sea con carácter general o especial, la anotación de la incoación del expediente puede ser eficaz, pero no sin que existan ciertas dificultades para precisar esa eficacia.

Véamoslo así, a través de algunos supuestos:

A) El expediente se ha incoado bajo la base de no existir apoderado con facultades de administrar todos los bienes del ausente.

Si el hecho es exacto, la anotación es innecesaria, por las razones antes indicadas. La presencia jurídica del presunto ausente, por sí o por medio de mandatario general o especial, mediante poder otorgado con posterioridad a la anotación, la resuelve y de hecho la cancela.

B) El expediente se ha incoado bajo la misma base; pero el hecho es inexacto, porque el actor ignoraba, o aparentó ignorar, la existencia de un mandato, y, por tanto, extendida la anotación, un tercero presenta una escritura de venta otorgada a su favor por un mandatario especial o general del presunto ausente y titular inscrito de la finca.

No hay posibilidad de rechazar la inscripción, porque, incluso por exceso, ni siquiera es aplicable el artículo 71 de la ley Hipotecaria, al confundirse en una sola persona el beneficiado con la anotación—garantía del ausente—con el transmitente de la finca, que es el mismo ausente.

Es más: esta carencia de intereses encontrados que inutiliza a la anotación subsiste, aun para los herederos del titular de la inscripción (último párrafo del artículo 188 del Código civil).

C) El expediente se insta bajo la base de que, habiendo el ausente dejado apoderado general, han transcurrido tres años desde la desaparición o últimas noticias.

No siendo explicable que al alegarse este hecho como básico del procedimiento que se inicia deje de consignarse el nombre y apellidos del mandatario, fecha del poder, etc., la anotación en que tales detalles se hiciera constar, ¿significa una diligencia de cierre y finiquito de tal mandato?

A primera vista así parece; pero no lo es en realidad, aun dando a esa anotación los máximos honores de una inscripción definitiva.

El documento otorgado por el mandatario general a inscribirse o no en el Registro, puede tener una de estas tres fechas: anterior a la desaparición alegada; posterior a esta desaparición, pero dentro de los tres años, a contar desde este suceso; y posterior a la anotación.

Y, como en todos estos supuestos, por estar vigente la inscripción a favor del titular ausente, que la anotación de su presunta ausencia no cancela, bajo ningún aspecto hipotecario ni civil, es obligada la inscripción del documento otorgado a nombre y con poder de ese titular, la cuestión queda reducida a los efectos de esta anotación contra el adquirente. En los dos primeros casos de fechas aludidos entendemos que ninguno, se cancele esa anotación o no se llegue a esta formalidad hipotecaria, pues que no se trata de carga ni de derecho que a favor de tercero garantice la anotación; pero en el tercero, o sea documento otorgado por un mandatario, con posterioridad a la anotación, sí, porque el titular inscrito es ya, o un presunto incapacitado o persona inexistente, que de todos modos tiene cortadas sus relaciones con el mandatario, hecho que por su constancia en el Registro perjudica a quienes en esa fecha contrataron con el mandatario, beneficiando, por el contrario, al mandante y a sus causahabientes.

D) En el caso anterior, el documento no está otorgado por un administrador, sino por un mandatario especial. Siguiendo la misma trayectoria que impulsa la vigencia de la inscripción a favor del ausente, la inscripción procedería, pero surtiendo efectos la anotación contra el adquirente, si el documento estuviera otorgado dentro de los tres años, a contar desde la desaparición alegada, e, indudablemente, de estarlo con posterioridad a los tres años y a la anotación.

Y no podemos por menos de decir, aun a trueque de añadir otra faceta más al problema, que el mandato especial puede revestir tan diversas formas que resulte prematuro sentar una regla con carácter de generalidad. Dado lo extenso de este artículo—contra nuestro propósito—, nos basta para apreciar la improcedencia de esa regla general este ejemplo. A convino con B la venta de la finca Z, de quien incluso recibió el precio estipulado. A, que está para marchar al extranjero, otorga—con administrador general o sin administrador general—un poder a favor de R, al solo fin de que formalice o eleve a documento público inscribible la venta consumada.

Si presenta *B* la escritura otorgada por *R* a nombre de *A*, antes, en o después de la anotación que nos ocupa, incluso después de estar inscrita la declaración legal de ausencia, es decir, mientras esté vigente la propiedad a favor del vendedor, no vemos medios hipotecarios de rechazar su inscripción. Aquí, en realidad, no se está ante un mandatario, que implica siempre cierta iniciativa, sino ante un contrato perfeccionado por el titular y elevado a documento público por quien, legítimamente representa a uno de los contratantes.

* * *

Declarada la ausencia e inscrita en el Registro Central—que se crea por el artículo 198—, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos otorgados por el ausente, sean generales o especiales. En estos términos se expresa el último párrafo del artículo 183.

Creando aplicable en una buena parte lo que dejamos dicho de las anotaciones motivadas por la iniciación del expediente, a las inscripciones de los autos finales de estos expedientes declarativos de la ausencia legal, en razón a la brevedad, y a pesar de estar convencidos de que dejamos séndos cabos sueltos, resumimos lo que este precepto nos sugiere en la siguiente forma:

1.º Como el auto de declaración de ausencia es por sí solo inscribible, conforme al número 4.º del artículo 2.º de la ley Hipotecaria, se acompañe o no a ese auto el documento acreditativo de que se registró en el Central de ausentes que crea el citado artículo 198 del Código Civil, es evidente que para lo futuro el poder general o especial quedó hipotecariamente caducado.

2.º Y está caducado porque siendo un *todo* la declaración legal de ausencia y el nombramiento de representante del ausente—artículo 184 del Código Civil y 2.039 de la ley Procesal—la inscripción de aquella declaración lleva implícita cierta incapacidad del titular, cuya representación viene a ostentar persona distinta del apoderado.

3.º Este estado intermedio e incierto, entre la existencia plena y la presunción de muerte, lo resuelve la presencia jurídica del ausente o la declaración de su fallecimiento. Puede, por tanto, acarrear esa presencia jurídica, posterior a la declaración inscrita, nuevo poder al mismo apoderado o a otro, el conflicto de si pueden o no inscribirse

esos nuevos actos de presencia, sin la previa cancelación de la inscripción de la declaración legal de ausencia.

Por lo dispuesto en el vigente artículo 2.043 de la citada ley Procesal, no cabe esa cancelación, ni tampoco la inscripción de los nuevos actos, sin mediar un auto judicial, dejando sin efecto el de la declaración y nombramiento de representante. El Registrador no puede por sí ni ante sí resolver el problema de la identidad del aparecido con el ausente declarado; y

4.º Y, por último, merecería estudiarse detenidamente la procedencia o improcedencia de la inscripción de documentos otorgados por apoderado especial o generales, antes de la declaración legal de ausencia, pero presentados en el Registro con *posterioridad* a la inscripción de esas declaraciones.

Que la inscripción de esta declaración no es extintiva de la de propiedad a favor del titular ausente, es argumento sólido para la procedencia de aquellas que aspiren a motivar documentos otorgados por éste o por sus representantes voluntarios; la constancia en el Registro de existir un representante del ausente limita la capacidad del titular, y ya parece forzado que con posterioridad—*prior tempore*—pueda cancelarse o extinguirse ninguna inscripción del incapacitado sin consentimiento de quien por ley lo representa y, por tanto, sustituye.

La solución pudiera ser, por lo que se dispone en el reformado artículo 188—último párrafo—, en tanto que la jurisprudencia o nuevas normas—de existir el problema que nosotros quizá equivocadamente apreciamos—no digan lo contrario, acompañar al documento principal de enajenación o constitución de gravámenes, otorgado por el ausente o por su apoderado, con otro expresivo de la conformidad del representante, con o sin autorización judicial.

Al terminar este trabajo, y a pesar de salirnos del tema, séanos permitido lamentar la falta de una disposición terminante y expresa que exija la certificación del Registro de la Propiedad, para probar ante el representante del ausente, y en su caso al Juzgado, la debida exclusión, en su administración, de aquellos bienes inmuebles que pertenezcan a tercero.

FÉLIX CARAZONY LICERAS.

Registrador de la Propiedad.