

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

CALIFICACION REGISTRAL EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. TRES PUNTOS ABARCA LA RESOLUCION Y LA DIRECCION GENERAL CONSIDERA QUE: 1.º ES SUFICIENTE QUE EL PROCEDIMIENTO SE SIGA CONTRA EL MARIDO, AUNQUE LA FINCA SEA GANANCIAL. 2.º EL REGISTRADOR NO PUEDE ENTRAR A EXAMINAR LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO JUDICIAL. 3.º NO HAY OMISSION DE NOTIFICACION A LOS TITULARES DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS ANTERIORES A LA NOTA MARGINAL DE LA REGLA 4.ª DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. (Resolución de 23 de abril de 1969, "Boletín Oficial del Estado" 19 mayo de 1969.)

Hechos.—Por escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don Felipe Gómez-Acebo el día 4 de diciembre de 1959, don José Ortega de Tena concede a don Federico Chazal Dubois un préstamo de trescientas cincuenta mil pesetas, en garantía de su devolución y de sesenta mil pesetas más para gastos y costas, se constituyó hipoteca sobre dos fincas pertenecientes al deudor. Ambas hipotecas, con distribución previa del crédito, fueron inscritas en el Registro de la Propiedad correspondiente. Transcurrido el plazo señalado para la devolución del préstamo, el acreedor demandó al deudor el 1.º de junio de 1961 para hacer efectivo su crédito, y admitida la demanda se requirió de pago al deudor y se ordenó al Registrador expidiese la certificación prevista en la regla 4.ª del artículo 131 de la L. H., de la cual resultó existir una anotación preventiva de embargo por un importe de un millón de pesetas a favor de Asensio Arín, a quien se notificó el procedimiento.

El actor, en escritos de 19 de mayo, 5 de junio y 15 de septiembre de 1965, solicita se saque únicamente a subasta una de las fincas hipotecadas, o sea, la casa de cuatro plantas, que responde de cien mil pesetas, más veinte mil para costas y gastos, aunque la escritura de hipoteca la valora en doscientas mil. Seguidos los trámites y celebrada la subasta, se adjudicó la finca por el precio anunciado de cien mil pesetas, con facultad de ceder, a don Ignacio Díez Sixto, quien, en tiempo y forma, la cedió a don José Ramón Novoa Valencia. Con fecha 29 de enero de 1966, el Juzgado competente decretó de oficio la nulidad de la subasta por no haberse fijado en los edictos que el precio en el que se tasaba la finca era de doscientas mil pesetas, pero el auto fue recurrido ante la Audiencia, que lo revocó y ordenó seguir el procedimiento, no obstante la diferencia entre la tasación para subasta y el anuncio de los edictos. El auto de fecha 22 de mayo de 1967 ordena la cancelación de la inscripción a favor de don Federico Chazal Dubois y de la anotación de embargo de don Asensio Arín, inscribiéndose la finca a favor de don José Ramón

Novoa Valencia, librándose el 11 de junio de 1968 el oportuno testimonio del auto y el mandamiento.

Presentados que fueron ante el Registro de la Propiedad número 9 de los de Madrid el testimonio del auto y el mandamiento, el Registrador extendió en ambas sendas notas calificadoras que, por su extensión, vamos a tratar de simplificar, sin que ello suponga desvirtuación de su contenido:

a) *En el testimonio del auto.*—La calificación deniega de una parte y suspende en base de otros defectos. Se deniega la inscripción del documento por contener los tres siguientes defectos insubsanables: 1.º) Haberse seguido el procedimiento contra el deudor solamente y no contra él y su esposa, así como aprobar el remate de la finca por el juez refiriéndose solamente al esposo y sin tener en cuenta el carácter ganancial de la finca y los artículos 1.413 del C. c. y 96 y 144 del Reglamento Hipotecario. 2.º) Haber sido anunciada la subasta en los edictos y haber sido rematada por el tipo de cien mil pesetas cuando de la inscripción resulta que se tasó a tal fin en el doble, no pudiéndose admitir postura alguna inferior a dicho tipo conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla novena. 3.º) De la nota marginal fechada el 23 de agosto de 1961, al margen de la inscripción quinta de hipoteca, resulta la expedición de una certificación en la que se daban como vigentes ocho embargos practicados en el año 1960, pero que posteriormente fueron cancelados por notas marginales de caducidad con fecha 17 de abril 1965, no constando la expedición de otra posterior certificación registral en la que sólo se da como vigente un embargo por importe de dos millones de pesetas a favor de don Asensio Arín, a quien se le notificó la existencia del procedimiento. Realmente la anotación no fue practicada a favor de don Asensio Arín, quien sólo hizo de presentador del mandamiento que la ordenaba, volviéndolo a presentar posteriormente, y al padecer dicho mandamiento de efecto subsanable motivó una anotación de suspensión en el Libro Especial, cuyo plazo de vigencia se prorrogó por un segundo mandamiento expedido el día 25 de junio de 1966. Un tercer mandamiento expedido por el mismo Juzgado ordena la conversión en anotación definitiva de embargo de la suspensión, lo que fue practicado, quedando extendida la anotación de embargo por importe de dos millones de pesetas a favor de la Administración de Justicia que de los autos no resulta notificada, incumpléndose así la regla 5.ª del artículo 131 de la L.H. La inscripción se suspende, de otra parte, por no acompañarse las cartas de pago de las liquidaciones que motiva la adjudicación y no acompañarse tampoco la declaración hecha al Ayuntamiento a efectos del arbitrio de plusvalía como exige el artículo 110 del Reglamento de Haciendas Locales.

b) *En el mandamiento.*—Se deniega por los mismos tres defectos insubsanables a que el testimonio del auto anterior se refiere, en su mandato de cancelación de inscripciones y anotaciones. Se suspende por los defectos de no expresarse correctamente los datos registrales de la hipoteca ejecutada y del embargo subsistente que se ordena cancelar, así como no acompañarse carta de pago de las liquidaciones provocadas por la orden de cancelación y que ha de quedar archivada en el Registro, según previene el artículo 256 de la Ley Hipotecaria.

Contra estas calificaciones se recurre gubernativamente, limitándose el recurso a los defectos insubsanables. El Registrador, en su informe, mantiene

el defecto subsanable del mandamiento referente a los errores de datos de inscripción y anotación y los insubsanables del testimonio del auto y el mandamiento. El haber acompañado cartas de pago y declaración a efectos de plusvalía dejan sin efecto las otras faltas subsanables. Como razones jurídicas que avalan su postura en relación con la calificación, el Registrador, al emitir su informe, dice que con relación al primer defecto el carácter de la finca hipotecada es ganancial y, por ello, la demanda debe dirigirse contra ambos cónyuges, así como la adjudicación judicial debió haberse hecho en nombre de los dos cónyuges y no sólo del marido; en relación con el segundo, considera de inexcusable cumplimiento la regla 9.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda alegarse, para enervar este defecto, el auto de la Audiencia, que ordenó que continuase el procedimiento pese a la diferencia entre el precio de tasación y el de subasta, pues dicha regla es de inexcusable cumplimiento no sólo para el Juzgado que tramita el procedimiento, sino también para el Tribunal que conozca en apelación de cualquier incidencia del mismo. En relación con el tercer defecto, reitera la idea que guía su calificación, considerando que si la anotación subsistente estaba hecha a nombre de la Administración de Justicia y no se ha hecho notificación al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de los de Madrid, que fue el que dio la orden de embargo, queda incumplida la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

La parte recurrente se había limitado en sus alegaciones a considerar que la calificación registral, en orden a los documentos judiciales, debe ceñirse a los términos taxativos que establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, citando en apoyo de su tesis las Resoluciones de 20 de octubre de 1899, 20 de marzo de 1906, 25 de agosto de 1911, 3 de julio de 1912, 18 de diciembre de 1942 y 4 de febrero de 1944. El juez que intervino en el procedimiento informó, por su parte, diciendo que de la escritura de constitución de hipoteca se deduce que el deudor, señor Chazal, estaba autorizado por su esposa para este acto, conforme a lo prevenido en el artículo 1.413 del C. c., por lo cual debe entenderse que tal autorización se extiende a todas las consecuencias que del mismo se deriven. Se reconoce la anomalía que el Registrador señala en su segundo defecto, pero no incumbe al mismo apreciar el fundamento de la decisión judicial, puesto que el defecto cometido no produce la nulidad absoluta, pudiendo los interesados, con su aquiescencia, su silencio o su simple inactividad procesal, convalidar aquellas actuaciones. Respecto a la falta de notificación al Juzgado que dictó el embargo, se dice que la Ley Hipotecaria exige la notificación a los titulares de cargas o derechos anteriores y el embargo de que se trata tuvo acceso al Registro con bastante posterioridad a la expedición de la certificación que obra en autos.

El presidente de la Audiencia revoca la nota del Registrador en base de una serie de razones análogas a las expuestas por el recurrente y el informe del juez que intervino en el procedimiento. El funcionario que calificó el documento se alza de la decisión presidencial ante la Dirección General de los Registros y del Notariado con base en similares argumentos antes utilizados. La Dirección General confirma el auto apelado.

Doctrina.—La Dirección General, en cuatro considerandos, resuelve el problema y al confirmar el auto presidencial dice que en cuanto al primer defecto

de la nota, relativo a no haber sido demandada la mujer o, al menos notificada, de que se iniciaba el procedimiento judicial sumario, "es de advertir que la acción hipotecaria por su propia naturaleza confiere a su titular, tal como establece el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, un poder directo sobre la finca que la autoriza, caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a poner en venta el inmueble, a lo que ya prestaron su consentimiento en el momento de la constitución de la hipoteca, tanto el marido deudor como su mujer, por lo que han de sufrir las consecuencias que puedan derivarse y, por ello, la intervención en el procedimiento es mínima, y en el caso de la mujer intrascendente, en situación similar a como para el retracto legal puso de relieve la Sentencia de 14 de marzo de 1960, por lo que hay que estimar que no existe el defecto señalado".

El segundo defecto plantea el problema de las facultades de calificación de los Registradores en cuanto a los documentos judiciales y la Dirección General dice: "ya que en el testimonio del auto de adjudicación prestado aparece que la cantidad-tipo que sirvió para la subasta fue inferior a la pactada en la escritura de constitución de hipoteca que figura en los libros registrales, por lo que, según la nota discutida, existe un obstáculo derivado del propio Registro, que impide la inscripción, dado que los trámites del procedimiento son inalterables por voluntad de las partes, según establece el artículo 129 de la Ley, pero es de observar que en la calificación de los documentos judiciales, el Registrador, con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, no ha de entrar en los fundamentos que sirvan de base al fallo del juez o Tribunal, por lo que, al haber estimado la Audiencia que no procedía la nulidad de lo pactado —con revocación del auto del juez que lo había ordenado— y tratarse de una resolución ya firme, es forzoso que se ha de acatar su decisión".

Respecto del tercer defecto basado en la falta de notificación, la Dirección General después de insistir en la idea de que la nota marginal a que se refiere el artículo 131 en su regla 4.ª, tiene la virtualidad de dar a conocer la existencia del procedimiento judicial sumario a todos los que, con posterioridad a la extensión de aquélla, adquieran algún derecho sobre la finca, concluye diciendo: "en consecuencia, que practicada en el Registro la nota marginal el día 23 de agosto de 1961, carece de trascendencia la notificación posiblemente no totalmente ajustada a derecho, hecha, no al titular, sino al presentante de un mandamiento de embargo, cuya anotación se practicó en el año 1966, ya que no era necesario realizarla, y al mismo resultado habrá de llegarse respecto de la falta de notificación a los titulares de las anotaciones practicadas con anterioridad a la expresada nota, pues el defecto evidente ha dejado de serlo desde el momento que los embargos fueron cancelados por haber transcurrido el plazo de caducidad".

Consideraciones críticas.—Como tres son los puntos clave que se abordan en esta resolución de la Dirección General, tres han de ser nuestros comentarios sobre cada uno. Confieso que el más atractivo de todos ellos es el segundo, que centra el poder calificadorio del Registrador en orden a los documentos judiciales, pero vamos a seguir la pauta que marca la nota calificadora, los informes emitidos y, por último, la Dirección General en su pronunciamiento.

a). *No es preciso el consentimiento de la mujer, ni su notificación, en la ejecución de una finca ganancial hipotecada.*—La meditación legislativa que supone la proyección y consecuencias que toda norma lleva consigo, no es frecuente en los últimos tiempos de nuestra audacia reformadora. Una campaña de Prensa bien dirigida y ciertos impulsos legislativos de tipo político trataron de retocar nuestro viejo Código civil bajo el principio de la protección a la mujer y cuando todo el entramado jurídico estuvo a punto, surgieron las inevitables contradicciones y las dificultades que todo ello suponía para el tráfico jurídico, los procedimientos ejecutivos y la verdadera protección de la mujer. Esta pasó de su condición de “protegida”, —como dice De Castro— a la de “perjudicada”, bajo la gran fantasía de haberla concedido muchos más derechos de los que antes tenía. Me inclino a creer que más que intencionada, fue una actuación precipitada.

Al exigir el artículo 1.413 del C. c. en su nueva redacción que el marido necesita el consentimiento de la mujer o en su defecto autorización judicial para enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales, claramente queda incluido en el supuesto legislativo el hecho de la constitución de la hipoteca, para la cual, parece que la mujer prestó su consentimiento. Lo problemático reside en si “además” de ese consentimiento necesita otro ulterior para la enajenación derivada del incumplimiento de la obligación hipotecaria por la vía de apremio ejecutiva, si basta la simple notificación del procedimiento o si puede prescindirse de la intervención de la mujer en todo este proceso ulterior sobre la base de un consentimiento inicial prestado.

La Cámara (“El nuevo artículo 1.413 del C. c.”, en el *ADC* 1959-1960), en su fenomenal trabajo sobre este punto parece que decidió la cuestión en el campo de la doctrina, ya que sostuvo que la intervención de la mujer es innecesaria e improcedente en los llamados actos dispositivos de carácter forzoso, pues la transmisión se realiza por actuación directa de la potestad que ostenta el órgano público o la persona particular investida de aquella potestad. El consentimiento *uxoris* es, por tanto, superfluo, ya que la mujer vendrá obligada a prestarlo y, en cambio, su exigencia puede resultar entorpecedora y perjudicial. Sin querer abusar de las citas, también Angel Sanz (“Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad”, Centenario de la Ley del Notariado, 1964) se pronunció en el mismo sentido. Pero al lado de estas opiniones doctrinales no compartidas por otro sector doctrinal, como, por ejemplo, La Rica, existe el artículo 144 del Reglamento Hipotecario que exige que la demanda de embargo haya sido dirigida contra ambos cónyuges y caso de enajenación sea cumplido el art. 1.413 del C. c. en relación con el 96 del Reglamento Hipotecario. Este artículo, que provocó serios conflictos procesales y que intentó ser aclarado a través de un proyecto de Ley que no llegó a serlo nunca, ha sido interpretado fielmente por la Dirección General en el sentido de que o la mujer presta su consentimiento o, por lo menos, se la notifica de la existencia del procedimiento de embargo para todo acto que pueda suponer la enajenación de un bien inmueble ganancial. Así se desprende de las Resoluciones de 25 enero 1960, 11, 20, 21 y 24 de febrero de 1964 y 13 y 18 de abril del mismo año, así como las de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966.

La Dirección General, ahora, considera que una vez prestado el consentimiento de la mujer para la constitución de la hipoteca no es preciso que vuelva a consentir o que sea notificada en el procedimiento ejecutivo de la hipoteca. La hipoteca en sí lleva consigo el riesgo de una posible enajenación. La intervención en el procedimiento de ejecución es mínima, y en el caso de la mujer intrascendente, en situación similar a cómo para el retracto legal puso de relieve la Sentencia de 14 de marzo de 1960.

Consentir la hipoteca y sus posibles consecuencias es correcto. Ello no nos puede llevar nunca a deducir de esta doctrina que el autorizado para hipotecar tiene también legitimación para enajenar, pues en materia del mandato se exige un criterio rígido. Lo que ya no resulta tan claro es que la intervención del deudor en el procedimiento ejecutivo—en base de que la acción hipotecaria suponga un poder directo sobre la finca— sea mínima, pues su figura es decisiva desde el requerimiento inicial al mismo, como requisito fundamental del procedimiento, hasta el momento culminante de la adjudicación que deberá hacerse “en representación del dueño de los bienes hipotecados” (que puede ser persona distinta del deudor), pasando por la posibilidad de instar la subasta (regla 7.^a), por la facultad de pedir la reproducción de la subasta (regla 15.^a) y por la facultad de mejorar la postura de la tercera subasta (aunque la ley habla de dueño de la finca y no de deudor) conforme a la regla duodécima del artículo 131 de la L. H. El marido, en este caso, como administrador de la sociedad de gananciales, era el deudor de la obligación, pero no debe olvidarse que la mujer era registralmente también dueña de los bienes hipotecados y aunque ésta ya prestó su consentimiento para la hipoteca —y vamos a admitir que para la enajenación de la finca— ello no debe interpretarse extensivamente hasta el punto de considerar que dicho consentimiento supone una “renuncia” a los posibles derechos que la ley le concede en su calidad de titular de unos bienes hipotecados. Precisa muy bien las diferencias existentes entre deudor y dueño de los bienes hipotecados Jaime Guasp en su monografía sobre “La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria”.

Creo, sin embargo, que donde verdaderamente la Resolución es atacable es en la parte que elude resolver en relación con la nota calificadora del Registrador. El Registrador dice, y dice bien, que la adjudicación de la finca se hizo en representación del marido, omitiendo la referencia a la mujer, dejando con ello incumplido el precepto hipotecario que exige que el mismo se haga “en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen”, y aquí no debemos olvidar que la finca ganancial hipotecada estaba inscrita no sólo a nombre del marido, sino al de la mujer, ya que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica.

b) *Límites registrales en la función calificadora de los documentos judiciales.*—El artículo 99 del Reglamento Hipotecario—recogiendo criterios plasmados en diversas Resoluciones de la Dirección General—circunscribe la calificación registral de los documentos judiciales a tres campos, sin que pueda el Registrador entrar en los “fundamentos que sirvan de base al fallo del juez o Tribunal”. Al Registrador sólo se le permite investigar la competencia del Juzgado, la congruencia del mandato con el procedimiento y valorar la validez de las formas extrínsecas del documento.

Por ello, aunque la cantidad tipo que sirvió para la subasta fue inferior

a la pactada en la escritura de constitución de hipoteca y que figura en los libros del Registro, no debe ser considerado como un obstáculo, pues ese aspecto escapa a la calificación registral, aunque los trámites del procedimiento no puedan ser alterados por voluntad de las partes.

¿Es esto cierto? He mantenido en algún otro sitio que la amplitud de calificación en relación con los documentos judiciales no puede sujetarse a los términos del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, ya que no hay que olvidar el principio de que en el Registro no deben entrar los actos que sean nulos con arreglo a las leyes y, de otra parte, la redacción de los artículos 99 y 100 de la Ley Hipotecaria en materia de cancelaciones. Aquí solamente me voy a referir al problema de la nulidad.

Con Jaime Guasp ("Derecho Procesal Civil", Madrid, 1961) pueden ser admitidos dos tipos de ineficacia en el campo procesal: la nulidad, en su doble vertiente de absoluta y relativa, y la ilicitud o irregularidad. La nulidad absoluta supone la falta de un requisito tan grave que cualquier sujeto, en tiempo y de cualquier forma, puede poner de manifiesto el vicio por el que la ineficacia se produce. Pero esta nulidad es siempre "convalidable", lo que lleva a la calificación registral a precisar la falta como subsanable y nunca como denegatoria. El no haberse cumplido la regla 9.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en relación con el 129 de la misma, es, a pesar del informe judicial, un claro supuesto de nulidad "convalidable" (las consecuencias jurídicas de la patología del acto jurídico procesal se distancian mucho de la técnica civilista). Tampoco puede ser aceptada la argumentación judicial de que los interesados con su aquiescencia, su silencio o su simple inactividad procesal pudieran convalidar aquella actuación, pues el artículo 129 de la Ley Hipotecaria se lo impide.

Todo el problema reside en que la Audiencia Territorial en un auto ordenó la continuación del procedimiento a pesar del incumplimiento de dicha norma que, como es natural, vinculaba también al mismo. El auto se hizo firme e inatacable. Por ello, habrá que respetar el artículo 363 de la LEC, que prohíbe a los jueces y Tribunales variar ni modificar sus sentencias después de firmadas. Valdría la pena, sin embargo, intentar llegar a una precisión conceptual entre la "firmeza" de una resolución judicial y la nulidad "convalidable" de la misma, pues si bien no pueden ser modificadas ni variadas, el mismo artículo admite la posibilidad de que se aclare algún concepto oscuro o se supla la omisión que contenga sobre punto discutido en el litigio.

Si en el Registro de la Propiedad sólo deben ingresar los actos que sean válidos con arreglo a las leyes, no cabe que a dicho principio le pongamos una excepción referida a los documentos judiciales bajo el peligroso razonamiento de que la calificación registral no puede entrar a discutir "los fundamentos que sirvan de base al fallo judicial". El principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 17 del Fuero de los Españoles no puede nunca ser admitido si se asienta sobre una base de actos que están viciados de nulidad, aunque sean firmes.

c) *Notificaciones anteriores y posteriores a la nota marginal de expedición de certificación.*—Es claro que la normativa del artículo 131 de la Ley Hipotecaria distingue entre notificaciones a los titulares de cargas anteriores a la expedición de la certificación y su constancia por nota marginal, confor-

me a la regla 4.^a, y los posteriores adquirentes a la misma. A los primeros se les notifica el procedimiento. A los segundos se les da por notificados, pues la publicidad registral de la expedición de la certificación les sirve de notificación.

Por ello, es lógica la solución que la Dirección General da al caso de esa anotación de embargo hecha a favor de la Administración de Justicia, que por ser posterior a la nota marginal no precisaba notificación. Lo que a nuestro entender no está en relación con esta doctrina es la falta de notificación de esa serie de anotaciones de embargos, que siendo anteriores a la nota de expedición de certificación no fueron sus titulares notificados, "pues el defecto evidente ha dejado de serlo desde el momento que los embargos fueron cancelados por haber transcurrido el plazo de caducidad". El que hayan incurrido en caducidad y hayan sido cancelados los asientos no "subsana" la falta de notificación que ordena la regla quinta del tan repetido artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En el momento en que se debió notificar estaban vigentes las anotaciones de embargo y sus titulares tenían el derecho de ser notificados a los efectos de la intervención en el procedimiento y sus consecuencias. Admitir esta argumentación podría suponer llegar a esta posible anomalía jurídica: aunque no notificamos al deudor, ello no supone defecto por que al poco tiempo de iniciado el procedimiento falleció.

DESCRIPCION INSTRUMENTAL DE FINCA.—NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN QUE LA DESCRIPCION DE LA FINCA NO PERMITE LA IDENTIFICACION DE LA MISMA Y ADEMÁS CONCUERDA CON LA DE OTRAS YA INSCRITAS, SIN PERJUICIO DE QUE LOS INTERESADOS PUEDAN ACUDIR A LOS TRIBUNALES PARA VENTILAR LA VALIDEZ DE LAS INSCRIPCIONES QUE SE ESTIMEN CONTRADICTORIAS. (Resolución de 17 de septiembre de 1969, "B. O. del Estado" de 10 de octubre de 1969.)

Hechos.—Por escritura pública autorizada por el Notario don José Martín Chico Pérez, el 19 de octubre de 1965, don José Ignacio Berrondo Lasarte, en nombre y representación de doña María del Carmen Bosch de la Presilla, vendió a don Juan María Berrondo Lasarte, un veinte por ciento de participación indivisa que le correspondía en la siguiente finca: "Tierra en el término de Vallecas, hoy Madrid, de caber una fanega y seis celemines o noventa y seis áreas de tercera clase, situada en los Lindones y Olivar del Portazgo, al cual da vistas. Linda, Oriente, Norte, Poniente y Mediodía, con tierras que fueron de las Monjas de Santa Clara y otras del Mayorazgo de Vallecas y del Marqués de Valmediano. Inscrita al Tomo 65, Libro 41, folio 242, finca número 2.50 del Registro de la Propiedad de Madrid, inscripción 3.^a. Título: le corresponde por herencia de su madre, doña Josefina de la Presilla y Calas, según manifiesta el representado, don José Ignacio Berrondo, cuya escritura fue autorizada por el Notario de Valdemoro de Madrid, don Manuel García Mayor, el día 8 de febrero de mil novecientos setenta y dos. Dicha tierra en la actualidad es solar sito en la calle Martín Álvarez, diecisiete provisional, con vuelta a la calle Javier de Miguel, sin número, de Madrid. Linda al Norte

o izquierda en línea de 39,90 m. con propiedad de don José Pérez Sanz; al Sur con la calle Javier de Miguel; al Este o espalda en línea quebrada de 38,20 m., de 27,40 m. y de 12,15 m., linda con solar de don José Rubio Revilla; también al Este o espalda y en línea de 168,70 m. con solar propiedad de don José Rubio Fernández; y al Oeste, con calle Carlos Martín Alvarez”.

Esta escritura fue presentada en el Registro número 10 de los de Madrid y fue rechazada por nota calificadora del Registrador en la que se decía que si bien se describía inicialmente la finca en forma coincidente con la que aparecía en el Registro, al actualizar su descripción en el exponente segundo de la escritura, no sólo no se conserva relación de identidad con la descripción inscrita, sino que del examen del Registro se deduce que resulta coincidente con su situación y detalles con las de las fincas 336, 34.038 y 6.817 de la Sección Primera de Vallecas, inscritas a favor de terceras personas a los folios 144, 187 y 229 de los Libros 23, 512 y 124, sin que la total falta de identidad entre la finca transmitida y la inscrita haya quedado desvirtuada por las certificaciones que se han aportado de la Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral, de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de Madrid, del Catastro de Riqueza Rústica, del Servicio de Información de la Delegación de Hacienda de esta Provincia, ni con el recibo del arbitrio de solares. La falta se califica de insubsanable, no siendo procedente la anotación preventiva de suspensión.

Esta documentación que fue presentada el día 21 de diciembre de 1965, volvió a serlo el 24 de septiembre de 1968 junto con un oficio del Ayuntamiento de Madrid, en el que se reclama una cantidad por el arbitrio de solares y sin edificar con cargo a la finca de Carlos Martín Alvarez, 17, con vuelta a Javier Miguel; una instancia suscrita por don Juan María Berrondo Lasarte en la que se solicita la inscripción al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, de la finca que había adquirido en la proporción del 20 por 100 de doña Carmen Bosch de la Presilla y un acta de manifestación levantada el día 17 de junio de 1968 por el Notario de Madrid, don Félix Pastor Ridruejo, en la que los hermanos Martínez Bosch declaran que vendieron a don Juan María Berrondo Lasarte las participaciones indivisas que les correspondían (80 por 100) en la finca 2.050 del Registro de la Propiedad número 10, por lo que el citado señor Berrondo queda propietario pleno de la totalidad de la misma, al haber adquirido el 20 por 100 restante a la otra copropietaria, doña María del Carmen Bosch Presilla. Como estos últimos documentos no justificaban alteraciones, a juicio del Registrador, unidos a los que se acompañaron y dieron lugar a la calificación hecha en su día con fecha 4 junio 1966, no procede variar la de entonces, que se mantiene en toda su integridad.

Por la parte interesada, representada debidamente por el Procurador respectivo, se interpone recurso gubernativo contra la expresada calificación y se alegan diversas razones jurídicas y descriptivas de las diversas fincas que intentan la posible identificación de la finca objeto del recurso. La finca comprada por el señor Berrondo es la que figura con el número 2.050, y los linderos y circunstancias de las fincas números 336, 34.038 y 6.817 a los que se refiere el Registrador en su nota, no coinciden en absoluto con los

de la finca citada, sobre todo cuando se verificó la presentación del documento inicial, siendo posteriormente cuando dichas fincas, al ser inscritas respecto de las mismas diversos excesos de cabida, vienen a coincidir con la que es objeto de discusión. Se alega también que respecto de la finca 336 se verifica una inmatriculación de exceso de cabida, cuando realmente por diversas segregaciones y expropiaciones realizadas de la finca no quedaba ya superficie. También se alega el historial de la finca 34.038, que se forma por agrupaciones de otra serie de fincas y que provoca, una vez agrupada, una inmatriculación por exceso de cabida. Después de otra serie de razones se invocan como fundamentos de derecho los artículos 348 y 349 del C. c. y 38, 40, 198 y 205 de la Ley Hipotecaria y 198 de su Reglamento.

Los titulares del Registro informan ampliamente sobre el problema identificador de la finca y van examinando la serie de documentos presentados. Para ellos la certificación del Instituto Geográfico y Catastral unida al expediente, no acredita que la finca discutida sea la situada en determinada confluencia de las calles Carlos Martín Álvarez y Javier de Miguel, y que conforme a los trabajos de la Topografía Catastral de España para que la finca en cuestión estuviera situada en dicha confluencia debería haber lindado por el Sur con el Camino Alto de las Palomeras del Olivar y ello no consta en ninguno de los documentos presentados. Para los funcionarios calificadores resulta extraño que hasta el año 1964 no se haya pretendido dar de alta en el Ayuntamiento al solar que se discute y en la certificación que se expide en el año 1966 aún sigue figurando como contribuyente doña Josefina de la Presilla, que había fallecido el año 1902. Se dan otra serie de razones descriptivas de la finca, de su situación y de la posible confusión que puede existir con otra de las inscritas. Concluyen que en ningún caso procedería la inscripción por encontrarse el terreno que pretende inscribirse inscrito a nombre de terceras personas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, 2, de la Ley Hipotecaria; que la Resolución de 31 de mayo de 1910 exige que la descripción de las fincas que conste en los títulos no ha de diferir notablemente de la que resulte del Registro y que conforme a la Resolución de 26 de enero de 1955 la identidad de las fincas debe ser discrecionalmente apreciada por el Registrador. Por último, se añade, que al ser verificadas las inmatriculaciones de los excesos de cabida al amparo del artículo 298, 5.º, letras C y D, no se precisa citación de colindantes.

El auto del presidente de la Audiencia confirma la nota de calificación y ante ello los recurrentes se alzan de la decisión presidencial y añaden a los argumentos dados otros que intentan demostrar que la finca 2.050 discutida estaba inscrita y sin actualización de sus linderos, estaba situada en el lugar denominado "Los Lindones" y que una de las fincas que integran la 34.038 tiene como uno de sus linderos tierras de los herederos de doña Josefina de la Presilla, que son los vendedores, y es también, precisamente, uno de los límites de la finca 2.050, cuya transmisión actualizada se pretende. Dan otra serie de razones sobre coincidencia de linderos, expropiaciones forzosas y procedencia de la finca discutida.

Doctrina.—La Dirección General de los Registros centra el problema y dice que "la cuestión —más de hecho que jurídica— que plantea este expediente consiste en resolver si puede accederse a que, en los libros registrales

se haga constar la que se presenta como descripción actual de la finca, cuando esta descripción no permite la identificación de aquélla y concuerda, además, con la de otras ya inscritas”.

“Considerando que la finca constituye el elemento primordial de nuestro sistema registral por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídica, y de ahí la importancia y cuidado con que se debe proceder a su descripción que ha de concordar con la realidad del inmueble y contener todos los datos necesarios para su identificación, máxime cuando por la falta de un buen Catastro, éste no puede proporcionarlos en forma clara y evidente.”

“Considerando que esta situación puede resultar agravada si por el transcurso del tiempo las características del inmueble resultan modificadas por los cambios que haya podido experimentar, ya que al faltar un sistema eficaz de comprobación, las variaciones sobrevenidas se hacen constar por las simples declaraciones de las partes —Reglamento Notarial—, con lo que puede alterarse dato tan fundamental como los linderos y dar lugar a que se dificulte enormemente la identificación de la finca e incluso a que se practique una doble inmatriculación .”

“Considerando que la determinación de que se trata de un mismo inmueble al que aparece en el Registro y en el que con la nueva descripción figura en la escritura presentada, es materia que debe ser discrecionalmente apreciada por el Registrador, quien al calificar, tendrá en cuenta todos los elementos necesarios y los documentos aportados que pretenden justificar el cambio operado, pero todo ello ha de entenderse sin perjuicio de lo que, en definitiva, y tal y como declaraba la Resolución de 26 de enero de 1955, decidan sus superiores jerárquicos acerca de la procedencia o improcedencia de la calificación, al resolver el recurso gubernativo.”

“Considerando que las dudas del Registrador aparecen racionalmente fundadas por tratarse de un caso en que, por la transformación de la finca de rústica en urbana y el lapso de tiempo transcurrido, la descripción actual es totalmente extraña a la primitiva, sin que los documentos complementarios aportados sean lo suficientemente reveladores para establecer la identidad, ya que el certificado del Instituto Geográfico y Catastral no desvanece la duda de que puede tratarse de terrenos distintos al limitarse a expresar que hay coincidencia en los parajes y de la certificación de la Administración de Propiedades y contribución Territorial y Oficio del Ayuntamiento de Madrid, Sección de Rentas y Exacciones, aparece que el alta para la tributación del solar discutido tuvo lugar en 21 de mayo de 1964, y lo mismo resulta del acta notarial levantada que se concreta en la transcripción de las declaraciones hechas por los requirentes.”

“Considerando que la posible coincidencia de la descripción con la de otros inmuebles ya inscritos pertenecientes a otros propietarios, justifica la prudencia del funcionario calificador, pues tales asientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguarda de los Tribunales sin que pueda procederse a su cancelación a no ser que consientan sus titulares o, en su defecto, recaiga resolución judicial firme.”

“Considerando que todo ello no impide que los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, puedan acudir,

si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos que hubieran podido provocar las inscripciones que se estiman contradictorias, o que solicitada la inscripción con arreglo a la descripción registral, por estimar existe una doble inmatriculación, se pueda, de acuerdo con el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, siempre que se pruebe la identidad de la finca, acudir al juez de Primera Instancia del lugar en que radique el Registro, para que se adopten las medidas que el referido precepto establece.”

Sobre la base de toda esta serie de razones la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado que ya había, por su parte, confirmado la nota denegatoria del Registrador.

Consideraciones críticas.—Las dos fuentes de conocimiento que al Registrador le permite la Ley consultar en orden a su función calificadora son los documentos que se presentan a inscripción y los datos que obran en el Registro, aparte del manejo inevitable de la legalidad vigente. La discrepancia entre lo que consta en el título y lo que aparece del Registro provoca obstáculos que dificultan y, a veces, impiden la inscripción solicitada. Este es el caso que con tanto acierto soluciona la Dirección General en la resolución antes expuesta.

El problema es de identificación de finca. Si el Registro se lleva por fincas y éstas, como dice la Dirección General, son “el elemento primordial de nuestro sistema registral por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídica”, es indudable que la cabida, linderos, situación y, en su caso, número de parcela y polígono, así como otras posibles circunstancias, deben tenerse muy en cuenta para la debida identificación de la finca. Quizá ésta sea la parte más débil de nuestro sistema hipotecario, debilidad que se agrava considerablemente ante el torpe enfoque del sistema catastral, más al servicio fiscal que al registral. La coordinación de ambos instrumentos no ha pasado de ser un anhelo, pero entiendo que la única forma de llegar a la misma es la de que cada Registro lleve su Catastro aprovechando los tremendos medios modernos de planificación y los avances conseguidos por la normativa en orden a la concentración parcelaria y la legislación urbanística.

Si bien es muy importante la actualización de linderos—y de hecho se hace en cada transmisión de la finca—, la misma es causa de total desfiguración de ella cuando no se conserva ningún lindero de los antiguos y su naturaleza se ha transformado de rústica en urbana. Es una pena que la normativa contenida en el artículo 437 del Reglamento Hipotecario no sea cumplida por las autoridades municipales, pues esa medida, junto con otras que podrían adoptarse, facilitaría enormemente la identificación de las fincas.

Cuando además de las dificultades que surgen por lograr una identificación entre la finca inscrita y la que trata de inscribirse con sus nuevos linderos, aparece el problema de que los mismos coinciden en parte con los de otra finca inscrita en el Registro a favor de otra persona, es evidente que la calificación no puede ser otra que la de negar el acceso registral a acto que pretende inscribirse. Es la doctrina que se desprende claramente del artículo 20, 2.º, de la Ley Hipotecaria. Igualmente puede citarse el artículo 198 de la Ley Hipotecaria, que utiliza la Dirección General con gran acierto, ya que

si bien la legislación hipotecaria facilita enormemente la inmatriculación de fincas ésta no puede producirse en aquellos casos en que las fincas figuren ya inscritas a nombre de personas distintas de las que pretenden el acceso registral. De hacer eso daríamos paso —y paso consciente y doloso— a un supuesto de doble inmatriculación endeblemente resuelto por el artículo 313 del mismo Reglamento.

El Registrador, en su informe, hace alusión a la Resolución de 26 de enero de 1955, que la Dirección cita como consultada, aunque la misma se refiere a un problema distinto: el de la inscripción de exceso de cabida. La misma sienta el criterio de que la determinación de la identidad de los predios debe ser apreciada discrecionalmente por el Registrador, lo cual es recogido en uno de los considerandos de la Resolución comentada. Cita como consultadas también otras, como la de 13 de junio de 1952 sobre un pretendido embargo sobre el resto de una finca no descrito reglamentariamente; la de 31 de julio de 1958, donde se admite la cancelación de una hipoteca siempre que el inmueble gravado con la misma aparezca suficientemente identificado, aunque no lo esté con todos los requisitos y circunstancias que exige el artículo 9 de la Ley Hipotecaria; la de 14 junio de 1963, en la que, al tratar del principio de especialidad, se exige el requisito de que no existan dudas sobre la identidad de las fincas, y la de 23 de octubre de 1965 sobre un problema de segregación sin descripción del resto de la finca matriz. A ellas se agregan otras de años anteriores (1922, 1928, 1934 y 1947), que reiteran la doctrina expuesta.

De la exposición de los hechos y de los documentos presentados para el logro de la inscripción se deduce la existencia de dudas fundadas en torno al problema de la identidad de la finca, causa principal de la negativa a la inscripción solicitada. Si a esas dudas de identidad se añade la de coincidencia de linderos con los de fincas inscritas, el problema resulta claro: lo procedente es no inscribir y que los interesados discutan la materia en los Tribunales de Justicia al amparo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, o que por estimar existe una doble inmatriculación acudir al procedimiento que señala el artículo 313 del Reglamento Hipotecario para su posible solución. Soluciones ambas recogidas en el último considerando de la resolución comentada.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR VIA DE RESERVA.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE VENTA EN QUE EL VENDEDOR, DEBIDAMENTE REPRESENTADO, SE RESERVO UNA HIPOTECA SOBRE LA FINCA VENDIDA, EN GARANTIA DEL PRECIO APLAZADO. (Resolución de 18 de septiembre de 1969, "B. O. del Estado" de 24 de octubre de 1969.)

Hechos.—En escritura de 23 de febrero de 1963 se constituyó en Alcira la Sociedad Mercantil MAYVI, S. A., dedicada a la "construcción de viviendas de renta limitada y a aquellas operaciones con ello relacionadas, como adquisición de terrenos, su urbanización y parcelación, uso, arrendamiento y venta de las mismas sometiéndose a las disposiciones dictadas en esta materia". La administración de la sociedad corresponde a los administradores en número no superior a tres, nombrados por la Junta General, los cuales tendrán las facultades de "disponer..., enajenar..., contratar..., hipotecar..., etc., y para

todo lo dicho, que deberá ser ampliamente interpretado..., otorgar cuantos documentos públicos o privados fuere menester”.

Por escritura de 1.º de febrero de 1968, ante el Notario Juan Morell Nadal, que había sido nombrado administrador de dicha sociedad en unión de otros dos más, se vende a don José Alberolla Vidiella un apartamento del edificio sito en Alcira, partido de Alborchí, en la plaza del Reino, s/n., que se encuentra gravado con una hipoteca de ciento noventa y tres mil pesetas de capital, más intereses y costas, a favor del Banco de Crédito a la Construcción. El precio de la compraventa fue de cuatrocientas cuarenta y siete mil ochocientos veintidós pesetas, que se descompone en dos partes diferenciadas: una, igual a la cuantía de la hipoteca del Banco de Crédito a la Construcción, que retiene el comprador, subrogándose el mismo en la posición del deudor y asumiendo la responsabilidad del deudor. Otra, el resto de dicha cantidad (doscientas cincuenta y cuatro mil ochocientos diecinueve pesetas), que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo que terminará el día 30 de marzo de 1970, en garantía de cuyo pago de costas, intereses de demora y gastos el administrador de la Sociedad “reserva” hipoteca constituida por vía de deducción sobre el apartamento objeto de la venta.

Fue presentada la escritura dicha y calificada, obtuvo la nota denegatoria de su inscripción basada en dos defectos: 1) Que el administrador no tenía autorización especial y expresa para esta constitución. 2) Que al ser constituida la hipoteca por vía de reserva y deducción, esta forma no está admitida en nuestro Derecho positivo y es contraria a los principios y preceptos de la Legislación Hipotecaria.

Contra esta calificación el Notario autorizante de la escritura, que era además Administrador de la Sociedad vendedora, interpuso recurso gubernativo alegando que la nota del Registrador carecía de precisión y claridad. Que en cuanto al primer defecto cabe apuntar que la finalidad de la sociedad comprende todo tipo de negocios jurídicos relacionados con la construcción y venta de inmuebles; que la retención o reserva no es acto de disposición, sino de administración, aunque el administrador se encuentre facultado para disponer y contratar. Que si bien la hipoteca se constituye por vía de retención o reserva y este acto no está previsto en la legislación, sí existen diferentes casos en los que esto se produce con otros derechos reales, aparte de la Ley de 17 julio 1965 sobre venta a plazos de bienes muebles, en su artículo 12, y el pacto de reserva de dominio admitido por la jurisprudencia del T. S. en SS. 20 de marzo 1930 y 15 de marzo de 1935.

El Registrador, por su parte, en el informe solicitado por el Presidente de la Audiencia, alega que se han expresado en la nota todos los defectos que impiden la inscripción, teniendo en cuenta la falta de fundamentación legal que el Notario utiliza para la justificación de esta forma constitutiva de hipoteca; también dice que dentro de los actos jurídicos que la escritura constitucional de la sociedad contiene, no figura en ella el de poder reservar el derecho de hipoteca, y que siendo dicho acto un supuesto de riguroso dominio, necesita mandato expreso. Respecto del segundo defecto, alega, como argumento principal el de que los bienes inmuebles que se hipotecan deben ser ajenos y no propios como en el caso presente, aparte de ser necesariamente

consentido por ambas partes contratantes, lo cual no sucede en el presente caso.

El Presidente de la Audiencia, en la estimación de los hechos y las razones jurídicas alegadas revoca la nota del Registrador basándose en razones paralelas a las del recurrente. Interpuesta la alzada ante la Dirección General de los Registros, confirman el auto apelado dando las razones que a continuación transcribimos.

Doctrina.—La cuestión primordial que afronta esta resolución es el de si puede o no constituirse una hipoteca por el camino poco conocido legalmente de la retención o reserva en el supuesto de venta con precio aplazado. A su lado existe el problema de si el administrador que interviene en el acto tiene o no facultades para poder realizar dicho acto.

“Considerando que, en el pacto por virtud del cual el vendedor se reserva una hipoteca sobre el inmueble enajenado en garantía del precio aplazado, que tiene ya sus precedentes en el Derecho Romano, no se encuentra recogido en nuestro Código Civil de una manera concreta, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos tales como la reserva en el usufructo—artículo 528—, en las servidumbres—artículos 541 y 592—, en las donaciones—artículo 636—, en los censos—artículos 1.605 y 1.607, y últimamente en el artículo 12 de la Ley de 17 julio de 1965—, con la reserva de dominio en los casos de ventas a plazos de bienes muebles.”

“Considerando que esta falta de reconocimiento obliga a examinar si el mencionado pacto puede caber al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sancionado en el artículo 1.255 del Código Civil y siempre que no sea contrario a la ley, a la moral y al orden público.”

“Considerando que la constitución de hipoteca por vía deductiva no vulnera lo preceptuado en el artículo 1.857, 2.º, del C. c., que exige que la cosa sea propiedad del hipotecante, en cuanto por la venta deja de pertenecer al acreedor y pasa al dominio del comprador, pacto que tiene fuerza de obligar al haber sido aceptado libremente por ambos contratantes y que persigue la misma finalidad de garantía que la compraventa con hipoteca por la parte de precio aplazado, respecto del cual, la Resolución de 13 de mayo de 1968 declaró que se trataba de un negocio complejo y de naturaleza unitaria, por el cual las partes crean un nexo entre dos negocios típicos que de por sí son independientes.”

“Considerando que los claros términos en que aparece redactado el artículo 15 de los Estatutos de la Sociedad cuando expresa que quedará especialmente facultado cada administrador para constituir y aceptar hipotecas, muestra que ha actuado dentro de los límites de sus facultades y no necesita ninguna autorización especial para realizar el acto discutido.”

Consideraciones críticas.—Los dos fundamentales problemas que la Resolución comentada soluciona son los de si es posible la constitución de una hipoteca por vía de retención y de si la persona que actúa en representación de la parte vendedora ostenta poderes bastantes para la realización del acto.

Respecto del primer punto, nuestra legislación no alude para nada a tal posibilidad, ya que el artículo 138 de la Ley Hipotecaria sólo da como posibles formas de constitución la del convenio de las partes o la imposición unilateral

del dueño de los bienes, exigiéndose sólo la libre disposición o la autorización legal. El que no prevea esta forma de constitución por vía de reserva (al estilo del usufructo, servidumbres, donaciones, censos y Ley de 17 de julio de 1965 en ventas a plazos de bienes muebles) no quiere decir que lo prohíba, ya que dicha constitución, al no ser en principio contraria a la ley, entra dentro del campo amplio de la autonomía de la voluntad que predica el artículo 1.255 del C. c.

El aplazamiento del pago del precio sólo tiene trascendencia real frente al tercer adquirente—conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria— cuando el mismo se garantice con hipoteca o se dé a la falta del pago el carácter de condición resolutoria. El vendedor, para asegurarse del íntegro pago del precio aplazado, puede optar por cualquiera de estas dos formas que sujetan la finca contra posibles maquinaciones del comprador. Fiscalmente, ambas figuras están asimiladas, aunque jurídicamente se distancien y, por ello, desde ese aspecto el problema no ofrece variación. El vendedor—de acuerdo con el comprador— puede imponer la condición resolutoria o exigir la constitución de la hipoteca, y ahora, con la reciente Resolución de la Dirección General, puede también reservarse esa hipoteca en garantía del precio aplazado, de acuerdo con el comprador. No es lo mismo, y así lo apuntó Rodríguez Adrados (“Disposición onerosa de bienes gananciales”, *RDN*, números 21-22, 1958), la hipoteca que constituye el adquirente y que caso de ser sobre finca ganancial necesita el consentimiento de la mujer, que la hipoteca que se reserva el enajenante que no exige dicho consentimiento. Esta idea no fue sancionada por la Resolución de 13 de mayo de 1968, que es confirmada por la de 4 de noviembre de 1968, sobre la base de considerar que en el caso contemplado no se trataba de dos negocios independientes, sino de uno complejo, de naturaleza unitaria en el que se funden las dos declaraciones negociales.

Ni la nota calificadora ni los argumentos empleados por el Registrador son lo suficientemente contundentes para inclinar a su favor la solución del supuesto. No se puede decir que la forma de constituir la hipoteca por vía de reserva sea contraria a los principios y preceptos de la Ley Hipotecaria, sin especificar cuáles sean éstos, y tampoco puede decirse que esta forma no esté admitida dentro de nuestro Derecho positivo, pues el mutuo acuerdo de que habla el artículo 138 de la Ley Hipotecaria y el principio de autonomía de la voluntad cobijan esta posible forma constitutiva de garantía. Ya lo aclara la resolución comentada en la forma dicha.

Quizá donde pudo prosperar la tesis del Registrador es en la idea de una constitución de hipoteca sobre cosa propia, tratando de desentrañar este negocio de venta con precio aplazado en el que su perfección está condicionada al total pago del precio aplazado. No lo hizo así y la Dirección le dice que conforme al artículo 1.857, 2.º, del Código Civil, al exigir que la cosa sea propia del hipotecante, no se ve desvirtuado por el negocio de reserva de la hipoteca, ya que por la venta la cosa deja de ser propiedad del vendedor y pasa al dominio del comprador, pacto que tiene fuerza de obligar al haber sido aceptado libremente por ambos contratantes y que se califica como equivalente al negocio complejo de que habló la antes citada Resolución de 13 de mayo de 1968, no admitiendo, por tanto, la tesis sostenida por Rodríguez Adrados, en el trabajo citado también.

El otro punto, que tampoco admite el defecto señalado en la nota, cae por su base al señalarse en el artículo 15 de los estatutos sociales de la sociedad vendedora que el administrador queda especialmente facultado para constituir y aceptar hipotecas. No puede concretar más dicho artículo 15 de los estatutos, porque al permitir la constitución comprende todos los casos en que la hipoteca surge por convenio entre las partes o por disposición unilateral del dueño. Se faculta para hipotecar, pero no se especifican las formas de constitución de la hipoteca. Admitida la constitución por vía directa entre comprador y vendedor y la forma de reserva de la misma por el vendedor, es claro que ambas están comprendidas en la facultad de constituir hipotecas.

DERECHO DE RETORNO.—EL PLAZO DE CADUCIDAD DE CINCO AÑOS ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 15 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO EMPIEZA A CONTARSE DESDE LA FECHA EN QUE SE PRACTICO LA NOTA POR PRESENTACION DEL TESTIMONIO DE LA SENTENCIA FIRME QUE LO DECLARA. (Resolución de 30 de octubre de 1969, "B. O. del Estado" de 28 de noviembre de 1969.)

Hechos.—El copropietario de un inmueble sito en Zamora, calle de Santa Clara, número 7, dirige un escrito al Registrador de la Propiedad de dicha capital solicitando la cancelación por caducidad de un derecho de retorno anotado a favor de don Manuel Díez Lozano, doña Blanca Alonso Rodríguez y su esposo, y don José María Pérez Harina.

La constatación del derecho de retorno se hizo en base de diversos testimonios de resoluciones judiciales, cuyo orden es el siguiente: el día 14 de diciembre de 1963 se practica en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de demanda sobre la presentada para la constatación registral de dicho derecho; el 11 de marzo de 1964 se dicta sentencia estimando el derecho de los interesados demandantes al retorno sobre los locales y viviendas que ocuparon, una vez construido el inmueble y en las condiciones y modos previstos en el artículo 82 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos; la sentencia citada fue recurrida y, confirmada por la Audiencia Territorial, se interpuso contra la resolución dictada recurso de injusticia notoria, que fue desestimado por Sentencia del Tribunal Supremo de 18 junio 1965. Con fecha 13 de noviembre de 1967 se practica la nota marginal del derecho de retorno.

Presentada la instancia solicitando la cancelación, el Registrador de la Propiedad aclara en su nota —nota que a nuestro entender no tiene una redacción muy precisa— que sobre la finca número 4.306 consta una anotación preventiva de demanda y posteriormente una nota marginal del derecho de retorno, no procediendo la cancelación de esta última por no haberse solicitado más que la de la anotación, no procediendo tampoco la de la nota por tener fecha 13 de noviembre de 1967.

Por la parte solicitante de la cancelación se interpone el recurso gubernativo correspondiente y se alega, con poca fortuna, la razón de que la anotación preventiva de demanda que en su día se practicó (14 de diciembre de 1963) es el antecedente de la nota marginal que luego se practica el 13 de noviembre de 1967, lo cual supone un plazo de ocho años superior sin duda

al que el artículo 15 del Reglamento Hipotecario señala como término de caducidad para estas notas. Además, dicho artículo expresa que la caducidad de cinco años se produce "desde la fecha de la primera inscripción" y que en la caducidad no es dable admitir interrupción. Se añade, por último, que la anotación segunda que se hace en el Registro es la confirmación de la primera de demanda por su común origen e idéntica finalidad.

Es claro que para un especialista en Derecho Hipotecario era fácil informar en el recurso jugando con los conceptos de anotación preventiva, nota marginal y conversión. Eso hace el funcionario calificador, precisando que los dos asientos a que se refiere el recurrente tienen distinto origen, diferente naturaleza y diversa finalidad. La anotación de demanda procede de un auto procesal de carácter privado, se deriva de los poderes de ordenación procesal y tiene el contenido del artículo 369-2.º de la L.E.C., mientras que la sentencia es una resolución firme del órgano judicial, derivada de los poderes de decisión, con el contenido del párrafo 4.º del artículo 369 de la L.E.C.; que el primer asiento es eventual, mientras que el segundo participa de la naturaleza de los asientos de inscripción de que es sucedáneo; que la finalidad del primero es constatar registralmente la existencia de un procedimiento, mientras que la nota marginal publica un derecho y se dirige al titular inscrito como sujeto pasivo en este caso; que al no ser convertibles las anotaciones de demanda, cuando se practica la nota marginal en virtud de la sentencia se cancela la anotación y que solamente la extinción del derecho de retorno se puede producir por la cancelación del asiento que lo publica.

También se pidió informe al Juez que intervino en el procedimiento como reglamentariamente se establece en la legislación hipotecaria, limitándose a citar las fechas y testimonios de las diferentes resoluciones recaídas en el procedimiento. Ante todo ello el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas en el informe del mismo, declarando que no resulta lícito recortar el plazo de los cinco años a que se refiere el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

Contra el auto del Presidente de la Audiencia se alzó el recurrente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que confirma el auto apelado en base de la doctrina que a continuación exponemos.

Doctrina.—La Dirección General precisa que la cuestión principal que plantea el recurso en cuestión es un problema de caducidad reducido a cinco años y conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario, discutiéndose únicamente el momento desde el que comienza a contarse dicho plazo preclusivo, si desde que se practicó la nota por presentación del testimonio de la sentencia o desde que se tomó la anotación preventiva de la demanda del pleito en que se discutía la procedencia del derecho.

"Considerando que el derecho de retorno, introducido por la legislación de arrendamientos urbanos para el caso de negativa de prórroga basada en el número 2 del artículo 62 de la Ley, supone la facultad legal y en ciertos casos convencional, que tiene el arrendatario, de instalarse en el inmueble reedificado, en una vivienda o local de negocio análogos a los que ocupaba en el destruido, y ofrece las características de que, normalmente nace por la voluntad del propio locatario, limita el dominio del arrendador y produce efectos *erga omnes*."

“Considerando que, dado que este derecho de retorno puede afectar a todo adquirente de finca urbana, no podían pasar desapercibidos al legislador, los perjuicios que a las transacciones y relaciones inmobiliarias podría ocasionar la falta de una publicidad adecuada de este derecho y por ello, el Decreto de 17 de marzo de 1959 que reformó algunos preceptos del Reglamento Hipotecario, reguló en el artículo 15, los efectos registrales de este derecho de retorno y ordena que se podrá hacer constar en el Registro de la Propiedad, mediante la nota marginal correspondiente, sin cuya constancia no perjudicará a los terceros adquirentes, con lo que, de esta forma, se logra armonizar la legislación arrendaticia y la registral o hipotecaria.”

“Considerando que, para extender la mencionada nota, basta, según expresa el artículo 15 citado, la solicitud del interesado acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título, contractual, administrativo o judicial —como sucede en este caso— del que resulte el derecho de retorno, nota que tendrá una duración de cinco años desde su fecha, y que una vez cumplida dará lugar a la cancelación por caducidad del asiento, ya que por constituir una limitación al dominio del propietario, no parece deba extenderse más tiempo del prudentemente indispensable.”

“Considerando que en caso de contienda judicial acerca de la existencia del derecho de retorno por negarse el arrendador a reconocerlo, la anotación preventiva de demanda será la medida cautelar que proteja o garantice en su día el derecho del arrendamiento tal como declaró la Resolución de 6 de julio de 1962, y si la demanda prospera en virtud de sentencia firme, de acuerdo con el artículo 198 del Reglamento Hipotecario, podrá practicarse la nota marginal ordenada, momento en que empezará a contarse el plazo de caducidad, tal como señala expresamente el artículo 15 del Reglamento, que tiene una clara justificación, pues no resultaría lógico recortar la duración establecida al amparo de una pretendida caducidad del asiento si se retrotrajera la iniciación del cómputo al momento de extenderse la anotación —que tiene la finalidad antes indicada—, ya que se harían ilusorias las facultades reconocidas en la norma al titular del derecho, que no podría ejercitarlas por encontrarse todavía pendientes de reconocimiento por una decisión judicial.”

Por todo lo cual, “esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador”.

Consideraciones críticas.—Las dos fuentes que dan lugar al derecho de retorno son la disposición legal o el convenio con el arrendador. Cuando se cumplan los requisitos y se den las circunstancias que la ley establece para que nazca el derecho de retorno el arrendatario puede exigir del arrendador su reconocimiento, pero cuando el arrendador se negare a ello, al arrendatario sólo le queda el camino judicial para su exigencia. Se hace preciso en esos casos demandar al arrendador para obtener la sentencia declarativa de la existencia de tal derecho y que la misma sirva de título para su posible necesaria constatación en el Registro, si se quiere que el mismo pueda perjudicar a tercero.

Este es precisamente el caso que nos ocupa. Existía el derecho de retorno, pero no fue reconocido por el dueño de la finca y hubo que demandarlo para obtener la sentencia que lo declare. Para lograr la plena eficacia de la sentencia en su juego publicitario registral y evitar que surja el tercero pro-

tegido que con la inscripción de su adquisición pueda dejar sin contenido el derecho de retorno, la ley permite que la pretensión contenida en la demanda se anote registralmente sirviendo de publicidad a los posibles adquirentes de la existencia de una instancia judicial cuyo resultado puede perjudicarles. De no ser así el dueño del inmueble con su negativa podía eliminar con enajenaciones protegidas la eficacia de la sentencia que en su día recayese. La posibilidad de pedir y obtener la anotación era clara en este caso, teniendo en cuenta que se trataba de una demanda en que se reclamaba un derecho de discutida naturaleza, pero que podía afectar en su día a la finca a modo de carga real y, a mayor abundamiento, basándose en el amplio criterio que en este punto ostenta la doctrina y la jurisprudencia registral de la Dirección General (R. 1 mayo 1901, 23 septiembre 1912, 9 junio 1922, 13 febrero 1929, 29 octubre 1946 y la fundamental de 29 marzo 1954, donde se da cabida a las demandas basadas en acciones personales con transcendencia real, siendo de la incumbencia de los Jueces y Tribunales decidir sobre la naturaleza de la acción y sus consecuencias). No obstante, esta doctrina ofrecida por las resoluciones de la Dirección General, ha tenido que ser resuelto expresamente el caso que nos ocupa por la Resolución de 6 de julio de 1962, en el que se discutía la procedencia de una anotación de demanda sobre derecho de retorno, diciendo uno de sus considerandos que "interpretado ampliamente el número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia de este centro Directivo no limita su aplicación exclusivamente a las acciones de naturaleza real, sino que estima comprendidas también en él los supuestos en que la pretensión deducida ante los Tribunales deba producir efectos sobre inmuebles inscritos, como en el presente caso, en el que el derecho controvertido deberá anotarse para que afecte a terceros, conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959".

Pero esta anotación de demanda no es "convertible" al modo y manera que lo son las de legados de cosa específica propia del testador, las por imposibilidad del Registrador, las que se practican por defectos subsanables, las de créditos refaccionarios y las de legados de rentas o pensiones periódicas. Aquí no sucede como en las citadas, aquí la persona a favor de la cual se constituye no adquiere definitivamente el derecho anotado, pues lo que se anota es la demanda de una instancia judicial. Esta anotación garantiza la posibilidad de la ejecución de sentencia asegurando un puesto registral al derecho que la sentencia declare. Por eso el artículo 198 del Reglamento Hipotecario ordena que una vez obtenida la sentencia se practiquen en el Registro las inscripciones o cancelaciones procedentes que la misma ordene y que en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria se cancele la anotación de demanda. Esto es, aquí no es preciso extender un asiento de cancelación de la anotación de demanda, sino que la cancelación la provoca la nota marginal en la que se hace constar el derecho de retorno, bastando que se relacione dicha nota en otra que habrá de ponerse al margen de la anotación cancelada.

La anotación de demanda no gana rango para la nota marginal del derecho de retorno, únicamente se limita asegurar frente a todos que el día en que el derecho de retorno sea declarado por sentencia será publicado registralmente durante el plazo de cinco años, independientemente de que haya existido antes y de que, pasado dicho plazo, pueda seguir subsistiendo, pues

el derecho lo concede la ley y durante el plazo de cinco años lo publica frente a todos el Registro.

Vista la única conexión existente entre la anotación y la nota marginal el problema central que plantea el recurso y soluciona acertadamente la Dirección, es la fecha a partir de la cual debe contarse el plazo preclusivo o de caducidad de los cinco años. Podemos partir de tres fechas:

a) *La de la anotación preventiva de demanda.*—Repetimos aquí la idea ya expuesta, pero literalmente transcrita de la Resolución de 6 de julio de 1962: “La finalidad cautelar de las anotaciones de demanda es asegurar los resultados de un juicio a fin de que sea posible la ejecución del fallo y no resulte ilusoria la acción entablada...” Es evidente que si la sentencia ordena la nota marginal del derecho de retorno y ésta tiene una duración legal de cinco años, se incumpliría la sentencia si el Registrador cancelase la nota marginal al cumplirse los cinco años contados a partir de la fecha de la anotación, que, por su parte, ha debido cancelar al practicar la nota del derecho de retorno.

b) *La fecha de la propia nota marginal.*—Esto es, la fecha que va antes de la firma del Registrador y que es distinta de la obligatoria referencia a la del asiento de presentación. Sobre el problema de aceptar a “efectos de caducidad” esa fecha, ya he tenido ocasión de pronunciarme en un comentario hecho a la Resolución de 28 de mayo de 1968 (publicado en el Boletín del Colegio Nacional de Registradores, número 70, julio y agosto, año 1971). Sostenía que la frase “a todos los efectos” que utiliza el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, cerraba el paso a considerar como fecha a partir de la cual podría contarse una caducidad la de la nota, anotación o inscripción de que se tratase. Aunque rectificar sea de sabios, me encuentro todavía con fuerzas para no dar mi brazo a torcer.

En aquel comentario mío citaba algunos trabajos y comentarios de autores que en la vertiginosa carrera contra las peticiones de “original” se me habían quedado sin consultar. Reconozco que es ciertamente hábil el comentario que a esta misma Resolución hace AMORÓS GUARDIOLA (R. Cr. D. I., 1970, marzo-abril, pág. 467), en el que distingue dos clases de fechas: una a efectos de prioridad o fecha “*extrínseca*” al asiento que sirve para determinar desde qué momento el acto que ha ingresado en el Registro se antepone con eficacia excluyente o preferente a cualquier otro referente a la misma finca y la fecha “*intrínseca*”, a efectos de determinar la propia subsistencia y eficacia, o limitación de eficacia en su caso, del asiento en sí mismo considerado que tiene relevancia en aquellos casos de asientos con vigencia temporalmente limitada. Con todo, creo que en mi comentario daba algún ejemplo en el que la sutil distinción de fechas podría dar lugar a una posible violación del principio de prioridad.

c) *La fecha del asiento de presentación.*—Conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria, es la fecha de la inscripción (entendiendo dicha palabra en el sentido lato de asiento) para “todos los efectos” que ésta debe producir, incluidos, naturalmente, los de caducidad. Esta sigue siendo mi postura, aunque a los efectos de la solución del caso carezca de trascendencia, ya que lo que se discutía era la fecha de la anotación o la fecha de la nota que no se precisaba si era la “*intrínseca* o la *extrínseca*”.

Digo esto último porque en el cuarto considerando de la Resolución habla de una "duración de cinco años desde su fecha", pero sin que se aclare cuál es ésta. Igualmente sucede con el considerando quinto en que se dice que... "y si la demanda prospera en virtud de sentencia firme, de acuerdo con el artículo 198 del Reglamento Hipotecario, podrá practicarse la nota marginal ordenada, momento en que empezará a contarse el plazo de caducidad...", frase que con ser más expresiva, pues parece aludir al "momento de la práctica" no puede ser considerada como decisiva para desvirtuar lo que dispone el artículo 24 de la Ley Hipotecaria y el considerando cuarto.

RESOLUCION UNILATERAL DE COMPRAVENTA E INSCRIPCION DE SENTENCIA FIRME.—NO ES INSCRIBIBLE LA SENTENCIA QUE ORDENA LA IMPROCEDENCIA DE LA RESOLUCION DE UNA COMPRAVENTA LLEVADA A EFECTO UNILATERALMENTE POR EL VENDEDOR, DADO QUE LAS FINCAS AFECTADAS FIGURAN INSCRITAS A FAVOR DE TERCEROS INTERESADOS QUE NO FUERON PARTE EN EL PROCEDIMIENTO, Y NO ESTABA VIGENTE EN UNO DE LOS SUPUESTOS LA ANOTACION DE DEMANDA POR HABER CADUCADO Y EN OTROS NO SE LLEGO NI SIQUIERA A PRACTICAR. (Resolución de 31 de octubre de 1969, "B. O. del E." de 29 de noviembre de 1969.)

Hechos.—Ante el Notario de Madrid don Julio Albi Agero, el día 5 de marzo de 1951, doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo, casada con don Andrés Galera Galera, adquirió por compra a don Gregorio Treviño Peñaranda, casado en segundas nupcias con doña María Isabel Ruiz y González Linares, las tres fincas siguientes: 1) Una tierra en término municipal de Tomelloso. 2) Otra que es resto en término de Criptana, hoy según el Catastro, en el de Alcázar; y 3) Otra en los mismos términos y sitios que la anterior. Se manifiesta en la escritura que los bienes se adquirieron con dinero de la compradora que contaba con autorización de su marido y que el precio se fija en ciento cuarenta y seis mil seiscientas pesetas, de las cuales, el comprador confiesa tener recibidas sesenta mil seiscientas quedando el resto aplazadas, comprometiéndose la compradora a satisfacer en dos plazos de cuarenta mil cada uno los días 1 de marzo de 1952 y 1 de marzo de 1953 el precio aplazado, devengando un interés del cinco por ciento pagadero por trimestres vencidos y que para el caso de que la compradora no satisfaga el precio aplazado, se pacta expresamente, como condición resolutoria que deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, que la venta y transmisión solemnizada en esta escritura, quedará sin efecto, volviendo al vendedor la totalidad plena de las fincas vendidas sin que tenga el mismo que abonar cantidad alguna y quedando la suma entregada en poder del transmitente como indemnización por los perjuicios sufridos y pena por incumplimiento del contrato. El precio aplazado se imputa a las fincas en la proporción establecida.

La presente escritura se presenta en el Registro de Alcázar de San Juan y en la nota de inscripción se especifica que respecto de la finca 1) no se inscribe más que la quinta parte de su cabida, por estar inscritas las otras cuatro

quintas partes a nombre del transmitente en estado de casado con su primera mujer de la que no se ha liquidado la sociedad de gananciales, sin que quepa tampoco inscribir el exceso de cabida titulado frente al registrado por no aparecer justificado. Que respecto de las fincas 1) y 2) la inscripción se hace en los libros de Campo de Criptana y no en los de Tomelloso y Alcázar. En el mismo documento consta otra nota referida a la 1) finca declarando inscrita otra quinta parte, ya que se justifica que el transmitente la adquirió por permuta con otra finca adquirida por herencia de su madre. Igualmente en el mismo documento figura una tercera nota en la que se suspende la inscripción de las tres quintas partes de la finca primera, por aparecer inscritas a favor del vendedor en estado de casado con su primera esposa y no haberse liquidado la sociedad de gananciales. Se toma anotación preventiva por tratarse de defecto subsanable.

Posteriormente el día 12 de noviembre de 1953 y ante el Notario de Alcázar de San Juan, doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo y don Gregorio Treviño Peñaranda, es decir, compradora y vendedor primitivos, otorgan una escritura de rectificación de error y aclaración de la precedente antes reseñada. Conforme a la misma se aclara que la finca número 1) de la primera escritura con el fin de que se inscribiese en el término de Tomelloso y no en el de Criptana se dijo que estaba pendiente de inscripción, lo cual era cierto en la parte que correspondía a Tomelloso, ya que catastralmente pertenece a dicho término desde la rectificación realizada. A los efectos de que se inscriba la parte correspondiente, se aclara que la finca en su totalidad comprende dos partes: una, llamada de Casquetazo, que figura inscrita en el Registro en los libros de Criptana y otra, adquirida por el vendedor exclusivamente por herencia de su padre e inscrita bajo el número 5.009, finca esta última que provocó la correspondiente inscripción en el Registro.

La venta realizada por la escritura de 5 de marzo de 1951 y rectificada y aclarada por la de 12 de noviembre de 1953, fue resuelta unilateralmente por el vendedor en virtud de requerimiento notarial hecho el 30 de mayo de 1956 y poco después doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia al vendedor y a cualquiera otro que pudiese alegar derecho sobre las fincas y lo hubiese adquirido con posterioridad a 30 de mayo de 1956, solicitando no haber lugar a la resolución realizada. La demanda se anota en el Registro el 11 de enero de 1957 en cuanto a la finca señalada con el número 6.240, pero no respecto de la 5.009. Con anterioridad a dicha anotación el que fue vendedor y resolvió la venta objeto del litigio, vendió las dos fincas mencionadas a don Joaquín Catalán Horcajada y éste, después de haberse extinguido la anotación de demanda, presentó su título que fue inscrito en cuanto a la finca 5.009 totalmente y sólo las participaciones de la 6.240, aunque más tarde por expediente de dominio inscribió las restantes partes a su favor. Este comprador en virtud de diversas segregaciones vendió posteriormente parcelas de la finca 6.240, las cuales después de extinguida la anotación, inscribieron sus derechos.

El Juzgado de 1.ª Instancia dictó en su día sentencia no admitiendo la pretensión de la demandante de considerar inexistente la resolución, pero recurrida la sentencia y habiendo llegado el procedimiento hasta el Tribunal Supremo, éste el día 21 de diciembre de 1963, revoca dicho fallo, declarando

no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa litigioso. La ejecutoria de dicha sentencia se presenta al Registro junto con otros documentos complementarios y el Registrador en una amplia nota que concreta la situación de las tres fincas vendidas en su día y en el momento de presentarse la ejecutoria, dice:

a) Respecto de la primera finca, tanto en el momento de la presentación de la ejecutoria como en el día de la fecha de la calificación, figura la misma y sus segregadas inscritas a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento, en virtud de inscripciones vigentes que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y cuya nulidad o cancelación no se ha ordenado.

b) En cuanto a la finca segunda, aparece cancelada la condición resolutoria de la venta con el consentimiento de don Gregorio Treviño y no haberse resuelto el contrato a que se refiere la sentencia.

c) En cuanto a la finca tercera, que figuraba inscrita a favor de doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo, aparece ahora inscrita a favor de ulteriores adquirentes de dicha señora, habiendo quedado extinguida la anotación de demanda que sobre ella pesaba.

Todas las faltas se consideran insubsanables, no procediendo la anotación. A continuación de dicha nota figura otra en la que los documentos antes referidos son sometidos una vez más a calificación, agregándose a ellos una instancia suscrita por doña Consolación pidiendo una nueva calificación sólo respecto de la finca primera, considerando que la misma se encuentra formada por las 6.240 y 5.009 antes referidas. El Registrador en amplia nota hace el historial de dichas fincas repitiendo la idea antes expuesta de la inscripción ulterior a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento. Aclara que sobre la segunda de las fincas citadas no se tomó anotación por no haber sido objeto de litigio dicha finca, al no resultar que la escritura que en su día se otorgó para la rectificación se aportara al procedimiento.

Contra dicha calificación interpuso recurso doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo, alegando que la acción ejercitada por ella es la del 1.124 del C. C. que opera *in rem* y *ex tunc*; que la anotación de demanda no aparecería cancelada aunque hubiera caducado y que durante la tramitación del pleito el Sr. Treviño vendió la finca, formuló expediente de dominio al que la recurrente se opuso, aunque luego se formulara otro expediente y sin que la dicente tuviese conocimiento del mismo logró inscribirse facilitándose con ello la sucesiva venta de parcelas a otras personas; que la anotación preventiva no practicada sobre la finca 5.009 al no tener carácter constitutivo no impide la existencia de la ejecutoria ordenada por los Tribunales y, por último, que como fundamentos de derecho alega los artículos 79, 3, 34 de la Ley Hipotecaria y los 99 y 173, 2 del Reglamento Hipotecario, así como la S. del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962, entre otras.

El informe del Registrador se ciñe a ir eliminando aplicaciones de los diversos artículos invocados por la recurrente como fundamento de su derecho. Así, dice, que el artículo 257 de la Ley Hipotecaria no sirvió de base ni a él se opone la calificación, ya que en la calificación no se han considerado cuestiones formales, sino de fondo; que la aplicación del artículo 99 del Reglamento Hipotecario debe estar condicionada por lo que dispone el

artículo 38, 2.º, Ley Hipotecaria, y aunque no se discutiera su observancia es lo cierto que conforme al artículo 77 de la misma Ley las inscripciones del Sr. Treviño estaban ya extinguidas por estar las fincas inscritas a favor de otras personas, lo cual podría producir, caso de cancelar las inscripciones de dicho señor, asientos contradictorios a lo cual se oponen los artículos 17, 20, 32 y 40 de la Ley Hipotecaria. Tampoco son de aplicación el artículo 79, 3, de la Ley Hipotecaria, por no haberse pedido ni ordenado la cancelación; ni el 173, 3, del Reglamento sobre efectos de cancelaciones que no se han practicado. Se combate la Setencia del Tribunal Supremo alegada, ya que en este caso sí existen terceros cuyas inscripciones están protegidas por los Tribunales y por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, así como por el 34 que no se aduce por el informante y las posibles cuestiones de buena o mala fe que habrán de ser solventadas judicialmente.

El Juez interviniente en el procedimiento emitió un informe semejante al del funcionario calificador y el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del mismo, alzándose la recurrente de la decisión presidencial. La Dirección General de los Registros y del Notariado confirma el auto de la Audiencia y la nota del Registrador sobre la base de la doctrina que exponemos.

Doctrina.—La esencial cuestión planteada por el recurso es la de si procede inscribir un mandamiento que ordena la inscripción de una sentencia firme, “en la que se declara la improcedencia de la resolución de una compraventa llevada a efecto unilateralmente por el vendedor, y que, por tanto, las dos únicas fincas en las que se solicita se practique la operación, vuelvan a ser inscritas en los libros registrales a nombre de la compradora”.

“Considerando que al no haberse solicitado por la demandante, prórroga de la anotación de demanda que recaía sobre una de las fincas, la que, en consecuencia, quedó caducada, ni haberse extendido siquiera dicha anotación sobre el otro inmueble, se produjo, por las diversas ventas hechas por el demandado, un cambio en la titularidad dominical de las fincas discutidas, reflejado en el Registro a través de los correspondientes asientos, lo que obliga a tener en cuenta preceptos tan fundamentales como 1, 3.º, 34 y 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria, que impiden pueda accederse a lo solicitado.”

“Considerando que, en efecto, el principio de fe pública, protector del tercer adquirente que reúne las condiciones señaladas en el mencionado artículo 34 de la Ley Hipotecaria, así como el de la legitimación recogido en el 1, 3.º, que declara que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexistencia, y muy principalmente el artículo 38, 2.º, que establece que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, no autorizan que pueda tener acceso al Registro la ejecutoria presentada, por encontrarse las fincas, inscritas a nombre de terceras personas que no fueron parte en el proceso y cuyos derechos, forzosamente no cabe desconocer, lo que incluso pone de manifiesto la propia sentencia cuando expresa que no sería procesalmente factible, por no haberse solicitado,

hacer declaración alguna contra cualquier otra persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas en litigio.”

“Considerando que las apreciaciones hechas por la recurrente en orden a la buena o mala fe de los adquirentes posteriores que impedirían entrarse en juego la protección establecida en el artículo 34 de la Ley, no pueden tomarse en consideración en un recurso gubernativo por no ser el procedimiento adecuado para ello, sino que habrá que solventarse ante los Tribunales de justicia, a donde deben acudir los interesados para ventilar y contender entre sí acerca de la procedencia o no de sus respectivos derechos.”

“Considerando que no ha habido extralimitación por parte del Registrador al calificar el documento judicial presentado, ya que, de acuerdo con el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, se ha limitado a señalar los obstáculos que han surgido del propio Registro, a la inscripción de la sentencia dictada.”

Por todo ello “esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador”.

Consideraciones críticas.—Aunque el problema, como reconoce la Dirección, es estrictamente hipotecario, creo que en su vertiente formal en relación con el principio de calificación registral, no es más que un supuesto de calificación de un documento judicial que pretende tener acceso al Registro, surgiendo de éste obstáculos que se lo impiden.

Los límites a que debe sujetarse el Registrador al calificar un documento judicial—discutibles conforme he sostenido en otro comentario a otra Resolución— los fija el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, pero ello no quiere decir que si la competencia del Juzgado es correcta, que si el mandato judicial es congruente con el procedimiento y que si se han observado las formalidades extrínsecas del documento, pueda éste ser inscrito en base de su fuerza de cosa juzgada y de su carácter de firmeza. Queda aún un último reducto que son los obstáculos que surjan del Registro y que vienen representados por el juego de los principios hipotecarios y el mecanismo de los asientos registrales.

En el caso presente los principios hipotecarios que entran en juego para impedir que una ejecutoria judicial pueda ser inscrita son los de legitimación y fe pública registral, esto es, la base del sistema de protección jurídica que el Registro brinda a quien adquiere confiado en sus pronunciamientos. Dar posibilidad de inscripción a una decisión judicial en contra de estos pronunciamientos hubiese sido dejar sin efecto el principio de seguridad del tráfico en que se basa la esencia del sistema frente al de la seguridad del derecho en que se apoyan las decisiones judiciales.

La realidad de los hechos demuestran que la inscripción de la venta con precio aplazado estaba amenazada jurídicamente con la condición resolutoria de que si el comprador, o compradora en este caso, no pagaba en los plazos determinados podría resolverse la venta a favor del vendedor, el cual hipotecariamente recobraría su calidad de titular pleno de la finca con facultades dispositivas y legitimaciones registrales para ulteriores actos. La resolución unilateral de la venta quiso ser frenada en sus consecuencias con una demanda judicial que se anotó en el Registro a efectos de impedir cualquier acto que pudiera perjudicar a la compradora por parte del vendedor. Con ello no

se hizo más que provocar registralmente una medida de seguridad para el caso de que habiendo sentencia favorable ésta se cumpliera.

Pero debió olvidarse a la parte demandante que las anotaciones preventivas caducan por el transcurso de determinados plazos señalados en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y que una vez caducadas, sin solicitar su posible prórroga, no surten efectos frente a terceros. No obstante aquí será preciso hacer un pequeño inciso, pues existen opiniones contrarias a la afirmación hecha. Veamos el trabajo de MOUTAS MERAS ("El problema de la caducidad de las anotaciones de demanda", R. D. Pr., 1955, pág. 154), en el cual se sostiene la postura de que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria está en evidente contradicción con el 83 de la misma, pues en este último se dispone que "las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria", lo cual llevaría al caso de una posible laguna legal. Trasladando esta postura al caso planteado vemos que a pesar de haber caducado la anotación realmente no se canceló, pero eso no quiere decir que debiera seguir surtiendo sus efectos, pues la formalización de la cancelación debe ser estimada como independiente del plazo de caducidad. De otra parte la política de expurgo y liberación de cargas que la Ley Hipotecaria de 1944-46 perseguía quedaría sin razón de aplicación en todos los casos de caducidad de asientos ordenados por autoridad judicial. Pero aun estimando que fuese necesario pedir judicialmente la cancelación de las anotaciones caducadas—sin tener en cuenta el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, que facilita enormemente esta función—, es evidente que caducada una anotación, aun no cancelada no puede surtir efectos frente a terceros. El Registro en este caso no publica un acto o derecho vigente, sino un supuesto de un derecho extinguido por el transcurso de un plazo.

De ahí que aún no habiéndose practicado la cancelación, pudo registralmente lograrse las inscripciones posteriores provocadas por los actos dispositivos del antiguo vendedor, así como los expedientes de dominio correspondientes. Ello hizo aparecer en el campo jurídico la figura del tercero que acaparó sobre sí la protección jurídica del principio de fe pública, aun para los casos en que se anule o resuelva el derecho del transmitente. Como uno de los requisitos de esta protección es el de la buena fe del adquirente, en ello intentó apoyarse la parte recurrente para destruir los argumentos del funcionario calificador, pero a ello le contesta la Dirección con gran visión de la esencia del recurso gubernativo que "no pueden tomarse en consideración en un recurso gubernativo por no ser el procedimiento adecuado para ello", ya que este requisito debe solventarse en los Tribunales de Justicia.

Los titulares de dichas inscripciones posteriores resultan también protegidos por el principio de legitimación que hace intocables los asientos en cuanto de una parte están bajo la salvaguardia de los tribunales y de otra es preciso atacarlos de nulidad o cancelación si se quiere ejercitar alguna acción contra ellos, conforme disponen los artículos 1, 3 y 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria.

La Resolución comentada cita como resoluciones consultadas y tenidas en cuenta a efectos del fallo dictado las de 11 de abril de 1935, 22 de enero de 1944 y 11 de agosto de 1960. En la primera de ellas no se hace más que ratificar el principio de la protección de los asientos por los Tribunales de

Justicia en un caso en el que se pretendía alterar la naturaleza ganancial de unos bienes que así figuraban en el Registro y que notarialmente se afirmó eran parafernales. En la segunda se vuelve a insistir sobre dicho principio en un caso de finca adquirida a título de mejora con ciertas limitaciones y condiciones reflejadas en el Registro y que pretenden ser eliminadas para una parte de ella que se segrega y vende considerando dicha parte como libre. Por último, la del año 1960 no admite la cancelación de una inscripción que figura a favor de persona determinada que no fue parte (ni oída ni notificada) en un procedimiento de apremio, ya que la misma no debe sufrir perjuicios derivados exclusivamente de infracciones procesales cometidas por agentes administrativos en dicho procedimiento.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANONIMA.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD ANONIMA EN QUE EL NUMERO MINIMO DE TRES SOCIOS EXIGIDO EN EL ARTICULO 10 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS EN EL MOMENTO FUNDACIONAL, APARECE CUMPLIDO CUANDO SE TRATA DE MARIDO, SU CONYUGE Y UNA TERCERA PERSONA. (Resolución de 4 de noviembre de 1969, "B. O. del E." de 4 de diciembre de 1969.)

Hechos.—Por escritura pública autorizada por el Notario don Benjamín Arnáez Navarro el 3 de febrero de 1967, don Hermann A. Stock, don Carlos Spinelli Salgado y doña María del Carmen Muñoz Vázquez, de nacionalidad alemana el primero y en representación de "Comercial Atheneun, S. A.", y de nacionalidad española los segundos que son cónyuges y vecinos de Madrid, constituyen la sociedad mercantil "Distribuidora Editorial Costa del Sol, S. A.", con sede social en Málaga y domicilio social y fiscal en Torremolinos, carretera de Benalmádena, edificio La Paz. El capital social fue señalado en la cantidad de trescientas mil pesetas, suscrito y desembolsado en el acto de la fundación, estando representado por trescientas acciones al portador de mil pesetas nominales cada una, de las cuales las ciento ochenta primeras fueron suscritas por A. Stock para la Sociedad "Comercial Atheneun, S. A."; las ciento ochenta y una a doscientos noventa, por Carlos Spinelli Salgado, y las doscientos noventa y una al trescientos, por doña María del Carmen Muñoz Vázquez. Los comparecientes de la escritura dan carácter de Junta General Extraordinaria al acto de la intervención y designan el primer Consejo de Administración que quedó constituido de la siguiente forma: Presidente, don Hermann A. Stock; Consejero delegado, don Carlos Spinelli, y Secretario, doña María del Carmen Muñoz.

Dicha escritura, a través de su primera copia, fue presentada en el Registro Mercantil competente provocando la siguiente nota, que no da opción a la práctica de la anotación preventiva. Se deniega su inscripción sobre la base de los siguientes argumentos: a) Intervienen los esposos Spinelli sin acreditar la existencia de separación de bienes, procedencia del dinero invertido y, en consecuencia, se infringe el artículo 10 de la Ley de Sociedades

Anónimas, que exige tres personas como mínimo para la constitución, lo cual no puede admitirse que exista en la sociedad de gananciales, ya que la aportación hecha por la mujer sólo puede hacerse con poder del marido actuando en su representación, lo cual supone que la cualidad de socio a éste correspondería, siendo las acciones del caudal de gananciales. b) Porque al constituirse dos patrimonios independientes entre sí y de la propia sociedad, se encubre una donación entre cónyuges, se escinde la sociedad de gananciales y se atribuye una porción patrimonial independiente a cada cónyuge sin que medie un supuesto de liquidación de sociedades. c) Porque la representación de la sociedad conyugal la comparten marido y mujer, lo que no es posible, rozándose la figura del autocontrato, atentándose contra el principio de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código Civil.

Por su parte, el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma y subsidiariamente el gubernativo aduciendo que las normas aplicables al caso no pueden ser nunca las del Derecho Civil, sino las del Mercantil, constituidas por el Código de Comercio y los usos de comercio observados en cada plaza, de los cuales resulta que conforme al artículo 6 del Código de Comercio, la mujer puede ejercer el comercio y, conforme al artículo 10, obligar no sólo los bienes propios, sino los gananciales e incluso los del marido, y que ni del Código de Comercio ni de la Ley de Sociedades Anónimas se deduce la prohibición de que marido y mujer ejerzan el comercio conjuntamente. Aplicar el Código Civil en vez del de Comercio provocaría una desigualdad jurídica entre todos los españoles comerciantes, pues las legislaciones forales presentan diferencias sustanciales con el sistema común. Con leves añadidos a la nota calificadora el Registrador Mercantil defiende en el informe su opinión.

La Dirección General acuerda revocar la nota del Registrador, sobre la base de la siguiente doctrina.

Doctrina.—La Dirección General centra el problema y lo reduce a si está o no bien extendida una escritura fundacional de Sociedad Anónima, en la que dos de los tres socios son marido y mujer que realizan sus aportaciones con bienes presuntivamente gananciales, precisando además si lo que la Ley de Sociedades Anónimas exige son tres personas o tres patrimonios distintos. Su doctrina se basa en los siguientes considerandos.

“Considerando que, como tiene declarado este Centro Directivo en su Resolución de 16 de marzo de 1959, la exclusión de toda sociedad entre esposos “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 de nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general para contratar los 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”; por lo que, reafirmando tal doctrina, hay que declarar

que el que los cónyuges constituyan sociedad entre sí no es por sí solo hecho bastante para considerar no ajustada a derecho la escritura de constitución de aquélla”.

“Considerando que en el supuesto examinado concurre la importante doctrina, circunstancia de que no se acredita ni alega que el dinero aportado a la sociedad por cada uno de los cónyuges tenga carácter de privativo de éstos, por lo que entra de lleno en juego la presunción del artículo 1.407 del Código Civil, teniendo, por ello, tales aportaciones y las acciones a cambio recibidas, cualquiera que sea el cónyuge que las suscriba, el carácter de presuntivamente gananciales, por lo que ni la constitución de la sociedad ni la forma en que las acciones han sido suscritas, vienen a cambiar el régimen económico matrimonial ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos de cada cónyuge.”

“Considerando que al concurrir, cuando menos, a la constitución de la sociedad dos patrimonios —el ganancial de los cónyuges don Carlos Spinelli y doña María del Carmen Muñoz y el de «Comercial Atheneum, S. A.»—, no se incide en el defecto señalado por la ya citada Resolución de 16 de marzo de 1959, que contempla el caso de una sociedad de responsabilidad limitada, constituida, tan sólo por dos cónyuges, de utilizar la forma social para la creación de un patrimonio separado del propio ganancial, atentando al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código Civil.”

“Considerando que, admitida la posibilidad de constituir sociedad entre cónyuges, y alejados los peligros de una alteración de la situación patrimonial del matrimonio o del principio general de responsabilidad contenido en el artículo 1.911 del Código Civil, procede entrar de lleno en el problema de si el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la concurrencia, al menos, de tres patrimonios, o bien de tres personas, en la fundación simultánea de la Sociedad Anónima, debiendo aceptarse esta última interpretación si se atiende al sentido literal del precepto que, al consignar que «su número no podrá ser inferior a tres», hace referencia al inciso anterior que explícitamente habla de «personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones.»”

“Considerando que a la misma conclusión se llega mediante la contemplación de la finalidad de la norma contenida en el artículo 10 citado, que es, sin duda, la de facilitar la marcha de la Sociedad Anónima, haciendo posible la constitución y funcionamiento de sus órganos corporativos —Junta General y Consejo de Administración, principalmente—, lo que igualmente se obtiene aunque el número de patrimonios afectados, que al de ser al menos dos, sea inferior al de fundadores de la sociedad, siempre que estos últimos, en número al menos de tres, tengan el carácter de socios, calidad que no puede negarse a ninguno de los cónyuges comparecientes, que han suscrito acciones en su propio nombre, en primer lugar, por carecer de personalidad jurídica la sociedad de gananciales que es quien, de gozar de tal atributo, ostentaría el carácter de socio de la Sociedad Anónima constituida; y, en segundo lugar, porque la presunción del artículo 1.407 del Código Civil no puede llevarse tan lejos que impida, en forma radical, a toda mujer casada, el ser socio de una Sociedad Anónima, si las acciones se liberan con dinero

presuntivamente ganancial, sino que el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal, concede al suscriptor el carácter de socio, aunque las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial."

Consideraciones críticas.—Con auténtica persistencia —casi diríamos que intencionada— los programas de oposiciones a dos de las principales puertas que transforman al hombre de leyes en jurista o en hombre de Derecho, han consignado la pregunta inquietante de si el marido y la mujer pueden constituir entre sí sociedades mercantiles. Y las respuestas que en los manuales, los apuntes y las notas que se nos suministraban venían todas a decir lo mismo.

Tres son los obstáculos que impiden la válida constitución del vínculo social: el principio de la unidad de persona; el de inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales y el paralelismo que debe observarse con las normas prohibitivas de la compraventa. Pero la cosa empezó a cambiar cuando CASTAN —o, lo que es lo mismo, el sentido común— dijo que si bien los cónyuges no pueden constituir sociedad universal por prohibírsele el artículo 1.677 del Código Civil, es evidente que debe uno inclinarse por la postura permisiva teniendo en cuenta que no existe ningún precepto en el Código que lo prohíba y hay que estar, por tanto, a la norma general según la cual toda persona es capaz para contratar mientras no sea declarado incapaz por la ley. Las cosas así empezaban a aclararse, pero vino una Resolución de la Dirección General de 9 de marzo de 1943 en la que figuraba como recurrente el prestigioso Notario que fue de Bilbao, don Celestino María del Arenal, y el panorama volvió a entoldarse. No cabían las sociedades entre cónyuges por la poca libertad de acción de la mujer frente al voto del marido, por no respetarse la independencia de patrimonios, porque su admisión favorecía la donación entre cónyuges y porque aunque los artículos 1.334, 1.335 y 1.677 se están refiriendo a la sociedad universal, es evidente que exteriorizan un criterio de inadmisión de nuestro Derecho.

La cosa parecía resuelta, pero otro jalón esperaba para la solución del problema. La Resolución de la Dirección General de los Registros, el 16 de marzo de 1959 da un giro nuevo al viejo problema. En el caso que se planteaba (sociedad limitada entre dos esposos con aportaciones gananciales) se negó su posibilidad, pero se abrió la puerta a la gran posibilidad de la existencia de estas sociedades y su validez siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio, así como la integridad de los patrimonios de los esposos, y no se encubra un fraude o acto contrario a la ley. Esto es, viene a aceptarse la tesis que ya sostuvo GARRIGUES al decir que la cuestión no podía solucionarse en forma general, sino que resulta más acertado resolver caso por caso atendiendo al respecto de la autoridad marital y a la inalterabilidad de capitulaciones.

Despejado así el panorama, llega ahora la Resolución comentada y en uno de sus considerandos cita el contenido sustancial de la de 1959, que en sustancia establece el principio de que el criterio prohibitivo privaría abiertamente a los cónyuges 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. La realidad viene a demostrar que ésta es la buena

doctrina. Decía hace poco MANUEL DE LA CÁMARA ("La mujer casada y el derecho de sociedades", conferencia en la Academia de Jurisprudencia y Legislación), que "la realidad jurídica con la que nos enfrentamos cotidianamente los profesionales del Derecho nos sitúa frente a un fenómeno harto frecuente, pero que hasta ahora ha llamado poco la atención de los estudiosos. Es habitual que la condición de socio, en una sociedad mercantil, corresponda a una mujer casada...".

La resolución comentada soluciona dos problemas bastante importantes en orden a esta cuestión: el primero es el de que en el caso que se contempla no existe alteración del régimen económico ni del principio de responsabilidad del artículo 1.911 del Código Civil, basándose en que el capital aportado al no justificarse su procedencia debe ser considerado ganancial al amparo del artículo 1.407 del Código Civil, por lo que las aportaciones y las acciones a cambio recibidas, cualquiera que sea el cónyuge que las suscriba, tendrán el carácter de presuntivamente gananciales, por lo que ni la constitución social ni la forma en que las acciones han sido suscritas viene a alterar el patrimonio ganancial, ni los privativos de los cónyuges. Aparte de ello, al existir por lo menos dos patrimonios, el ganancial y el del otro socio, no se incide en el defecto que señalaba la Resolución del año 1959, esto es, el de alterar el principio de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código Civil; pero en aquel caso se trataba de una sociedad limitada formada entre dos cónyuges.

El otro problema solucionado viene a aclarar el artículo 10 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, que al exigir tres personas como mínimo para la constitución simultánea de la sociedad, parece dejar en interrogante si es preciso tres patrimonios también distintos. Tanto desde el punto de vista literal como del finalista, debe mantenerse la necesidad de tres personas, pero no de tres patrimonios, pues la ley habla de que el número no puede ser inferior a tres, pero refiriéndose al inciso primero que habla de personas. Desde el punto de vista finalista la solución debe ser la misma, pues ello se exige con el fin de facilitar la marcha de la Sociedad Anónima, lo que se obtiene igualmente aunque el número de patrimonios afectados, que han de ser al menos dos, sea inferior al de fundadores de la sociedad. Esto último y la falta de personalidad de la sociedad de gananciales, provoca el aspecto formal de la suscripción en la que el carácter de socio lo ostentan el marido y la mujer, siendo las consecuencias económicas las que repercutirán en la sociedad de gananciales.