

# 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

RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN.—NO ESTÁ LEGITIMADO PARA INTERPONER RECURSO GUBERNATIVO QUIEN ES EXTRAÑO AL DOCUMENTO QUE CAUSÓ LA INSCRIPCIÓN QUE SE PRETENDE IMPUGNAR. (Resolución de 9 de marzo de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 26 de marzo de 1971.)

*Hechos.*—Al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria y en virtud de certificación expedida por el teniente coronel primer jefe de la Guardia Civil de Málaga, el 11 de octubre de 1967, se inmatriculó a favor del Patrimonio del Estado, Ministerio de la Gobernación, en el Registro de la Propiedad de Málaga, una parcela de terreno sita en el Rincón de la Victoria, junto a la carretera de Málaga a Almería, lindante a la zona marítima.

Don Buenaventura Cano Portal, general de la Guardia Civil, se dirige en instancia al Registrador de la Propiedad de Málaga exponiendo que el terreno antes señalado era en realidad un solar que, previa segregación, le había vendido la Compañía de Ferrocarriles Suburbanos de Málaga mediante escritura de fecha de 15 de septiembre de 1967, autorizada por el notario José Manuel Avila Pla. Se añade en la instancia que esta finca se había reinscrito en el Registro a nombre de la Sociedad vendedora el 11 de septiembre de 1967 con la nota de que no favorecerá ni perjudicará a tercero, sino después de su fecha. Que como consecuencia de todo ello había promovido la oportuna reclamación ante la Dirección General del Patrimonio del Estado y entablado el consiguiente recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, por lo que solicitaba, en espera de la oportuna decisión, que se practicara anotación marginal al asiento de inmatriculación de la mencionada finca, que acreditaría ante posibles terceros la existencia del litigio antes indicado. La instancia solicitando todo ello se suscribe el 4 de diciembre de 1969. Un día después se presenta en el Registro acompañada de una certificación de la Secretaría de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, acreditativa de la tramitación del mencionado recurso, así como otra acreditativa de que se habían aportado al procedimiento certificaciones registrales expedidas por el Registrador de Málaga y comprensivas de la descripción de ambas fincas.

El Registrador de la Propiedad de Málaga deniega la práctica de las operaciones pedidas, considerando que el defecto es insubsanable, ya que el excelentísimo señor don Buenaventura no es titular registral de la finca y sí la Compañía de Ferrocarriles Suburbanos de Málaga, y aunque lo fuera, y suponiendo que existiera una doble inmatriculación, es el Juez a quien corresponde ordenar la extensión de la nota a que se refiere el artículo 313 del vigente Reglamento Hipotecario, sin que el recurso contencioso-administrativo en trámite pueda determinar nada que contradiga el texto citado.

Don Buenaventura, general de la Guardia Civil, no se conformó con esta calificación e interpuso el correspondiente recurso gubernativo contra la misma y alegó una serie de razones entre las cuales se destacan: que el 15 de septiembre de 1967 y mediante previa segregación que se hizo, adquirió de la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos de Málaga una parcela de terreno procedente de una finca que dicha Compañía de Ferrocarriles había adquirido en 1.º de mayo de 1907 y que se había inscrito en el Registro, pero que al ser destruido éste durante la Guerra de Liberación, se reinscribió de nuevo por la Compañía de Ferrocarriles el 11 de septiembre de 1967.

Mediante certificación expedida por el teniente coronel primer jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Málaga, el 11 de diciembre de 1967 (dos meses después de la anterior inscripción) se inmatriculó en el Registro de la Capital, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, la misma finca como si perteneciera al Patrimonio del Estado, Ministerio de la Gobernación, Dirección General de la Guardia Civil, sin que pueda sorprender demasiado la práctica de este asiento dada la modificación administrativa del término municipal antes llamado Ayuntamiento de Benagalbón y después Ayuntamiento de Rincón de la Victoria. Al tenerse noticia de esta inmatriculación se interpuso la oportuna reclamación administrativa, que, al ser desestimada, provocó la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, sin que hasta el momento de interponerse este recurso se haya dictado sentencia, por lo que antes de la terminación del plazo de dos años a partir de la inmatriculación de la finca, se pidió al Registrador la extensión de la correspondiente nota marginal. Apoya también su petición en la idea de que ni el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, ni el 112 de su Reglamento exigen la cualidad de titular registral y sí solamente la de "interesado"; igualmente considera que el artículo 313 del Reglamento no es de aplicación al caso, ya que se trata de un conflicto con la Administración provocado por la inmatriculación al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, con la limitación de los dos años del artículo 207 de la misma, siendo este plazo el que puede utilizar aquel que se crea perjudicado para tratar de dirimir la discordancia y que el mismo artículo no es de aplicación, teniendo en cuenta que el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo no permite acudir a la jurisdicción civil mientras no se agote la administrativa. Que si el artículo 313 del Reglamento Hipotecario no es de aplicación, hay que acudir al 298 del mismo Reglamento y sobre todo el 306 del mismo, que permite una anotación preventiva si así lo solicita la Administración.

El Registrador mantuvo en su informe la calificación realizada alegando que la escritura de compraventa citada por el recurrente no había tenido acceso al Registro, por lo que no pudo ser calificada, ni saber el interés que el recurrente puede tener; que el artículo 313 del Reglamento legitima al Juez para ordenar la anotación correspondiente y que la aplicación a la inversa del artículo 306 del Reglamento Hipotecario no está entre las facultades del Registrador.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, estimando que la anotación que pretende el recurrente sólo puede ser ordenada en mandamiento judicial. El recurrente se alzó contra la decisión presidencial ale-

gando razones similares a las expuestas, pero la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma el auto apelado y la nota del Registrador, en base de la siguiente doctrina:

*Doctrina.* “Considerando que entre las personas que el artículo 112 del Reglamento Hipotecario enumera para poder entablar el recurso gubernativo, —aquella a cuyo favor se hubiere de practicar la inscripción o que tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta como transferente o por otro concepto— no cabe incluir la del recurrente, que al no haber presentado en el Registro la escritura de compraventa de la que dice resultar la transmisión de la finca a su favor y no haberse podido tener en cuenta, en consecuencia, para la calificación, en principio carece de interés, desde el punto de vista registral en la situación de doble inmatriculación que dice haberse planteado.

Considerando, por otra parte, que la nota marginal que pretende el recurrente practicar al margen del asiento de inmatriculación para acreditar ante terceros el litigio entablado, no tiene encaje en la mecánica registral en la forma solicitada y con los documentos presentados ni puede fundamentarse en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, que se limita a establecer la suspensión de los efectos del principio de fides pública para las adquisiciones hechas por terceros de buena fe durante un plazo de dos años a partir de la inmatriculación, sino que habrá de ser ordenada por el Juez de primera instancia del lugar en que radique el Registro, si se opta por el procedimiento señalado en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, o incluso, en vez de nota, por la anotación preventiva de demanda, si se decreta por el Tribunal competente, a petición del interesado”.

*Consideraciones críticas.*—Aunque aparentemente la Resolución de la Dirección General de los Registros da solución a un posible caso de “legitimación” para entablar un recurso, creo que la “mentalización” de los considerandos de la misma tienen la suficiente enjundia para establecer lo que podríamos llamar “independencia” de procedimientos y autoridades con el suficiente poder para ordenar notas, anotaciones, cancelaciones, etc. La gran “autonomía” —aparte del prestigio y autoridad— que el procedimiento gubernativo tiene, exige de vez en cuando precisiones como la que la Resolución comentada nos ofrece, para así lograr estructuras con caracteres propios y fuero peculiar de este procedimiento, cuya base sustancial está en el superior principio de la seguridad del tráfico jurídico.

Para nuestro comentario dividiremos la materia en dos puntos sustanciales: el de la legitimación y el de la competencia.

A. *Legitimación para interponer el recurso.*—Si bien es conocido el origen de la teoría de la legitimación que del campo procesal pasa a ser aplicada a la teoría general del Derecho y fundamentalmente al campo del negocio jurídico, aquí se hace preciso volver otra vez al origen. Tomando de entre nuestros procesalistas una voz muy autorizada —la de GUASP—, podemos considerar como legitimación “la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal; y en virtud de cuya consideración, exige, para que la pretensión se examine en cuanto al fondo, que sean dichas

personas las que figuren como partes en el proceso". A la misma conclusión llega LAGARIA CALDENTEY, al decir que es el reconocimiento hecho por la norma de la posibilidad de intervenir en un proceso a las personas y sólo a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la acción de que se trate.

En el caso contemplado las personas que figuran "en una determinada relación con el objeto" cuestionado, son: la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos de Málaga, que tenía inscrita la finca y que por destrucción del Registro la volvió a inmatricular en el año 1967 y el Patrimonio del Estado, Ministerio de la Gobernación y Dirección General de la Guardia Civil, que mediante certificación administrativa de dominio había inmatriculado a su vez la misma finca, con la variación del término municipal antes perteneciente al Ayuntamiento de Benagalbón y después Ayuntamiento de Rincón de la Victoria. Me estoy refiriendo, como es natural, a las personas que "registralmente" estaban en una determinada relación con el objeto, pues extrarregistralmente parece ser que existía un tercero en discordia y que es el general de la Guardia Civil, don Buenaventura Cano Portal, que había adquirido la finca de la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos en escritura pública de 17 de septiembre de 1967. Como vemos, todos los hechos ocurren en plazos sucesivos y muy breves: el 11 de septiembre se inmatricula la finca, el 15 de septiembre se adquiere por don Buenaventura y el 11 de diciembre se vuelve a inmatricular por la Dirección General de la Guardia Civil.

La situación "extrarregistral" no cuenta para nada a la hora de la calificación y el Registrador sólo puede tener en cuenta "el contenido de las escrituras públicas presentadas y los asientos del Registro", como dice el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, *pudiendo* consultar otros asientos del Registro relacionados con la finca y examinar otros documentos relativos a los bienes siempre que estén presentados y pendientes de despacho (Resoluciones de 9 marzo 1942 y 31 marzo 1950). Al no haber sido presentada la escritura pública alegada por don Buenaventura Cano, no podía ser tenida en cuenta y, por ello, a los efectos del artículo 112 del Reglamento Hipotecario su titular no podía ser considerado como "interesado". No hay que olvidar que el artículo citado habla de que se "tenga interés conocido".

Realmente lo que se solicitaba por don Buenaventura Cano nunca podía ser la nota marginal acreditativa de la doble inmatriculación, ya que la situación base de que parte el artículo es que se trate de *titular registral* que presenta que exista otra inscripción diferente a la suya, pero referida a la misma finca. Es decir, en este caso la persona que tenía la cualidad de "titular registral" era la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos de Málaga y la que podía haber hecho funcionar el recurso que ofrece el artículo 313 del Reglamento Hipotecario para los casos de doble inmatriculación. Lo que de verdad solicitó don Buenaventura era la extensión de una nota acreditativa del procedimiento contencioso-administrativo que tenía planteado frente a la Dirección General del Patrimonio del Estado. Dicho en otras palabras más ajustadas a la terminología legal: pedía la extensión de una anotación preventiva acreditativa de la demanda planteada ante el Tribunal contencioso-administrativo, pero para ello no basta una simple instancia aunque vaya acompa-

ñada de una certificación del Tribunal económico-administrativo y acreditativa de la existencia del litigio. Cuestión aparte, y que no podemos abordar, sería la de si cabe o no anotación preventiva de demanda en una reclamación contenciosa-administrativa.

B. *Autoridad judicial y tribunal competente.*—Entre las alegaciones que el recurrente expone en su defensa existe la del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo que no permite acudir a la jurisdicción civil, mientras no se “agote la vía administrativa”, lo que confirma la no aplicación del referido artículo 313 del Reglamento Hipotecario que únicamente remite a la primera.

La afirmación de la necesidad de agotar la vía administrativa cuando se pretende litigar contra el Estado y los Organismos Estatales Autónomos, es evidente por el principio del artículo 138 de la Ley de Procedimientos, pero ello no quiere decir que el artículo 313 del Reglamento Hipotecario no pueda tener aplicación sin que antes se agote la vía administrativa. Por imperio del artículo 138 citado no hubiera podido don Buenaventura Cano entablar una acción reivindicatoria ante los Tribunales ordinarios y frente al Estado, solicitando al mismo tiempo una anotación preventiva de demanda, pero dicho artículo no es impedimento para que si en su momento hubiese inscrito su derecho en el tiempo que medió entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de la certificación del Patrimonio del Estado y Dirección General de la Guardia Civil, hubiese podido acudir al Juez de primera instancia solicitando la extensión de la nota del artículo 313 del Reglamento Hipotecario que no resuelve nada y deja expeditas las vías administrativas y judiciales correspondientes. Precisamente este artículo viene a ser la gran réplica al 138 de la Ley de Procedimiento, con el cual esta situación de doble inmatriculación no hubiera podido solucionarse si antes es preciso agotar la vía administrativa. Pero para ello es preciso ser titular registral.

Ni la autoridad administrativa ni el Tribunal económico administrativo son competentes para ordenar la nota marginal a que se refiere el artículo 313 del Reglamento Hipotecario. Sólo lo es el Juez de primera instancia del lugar en que radique el Registro. Con ello se vuelve a reafirmar el principio del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y que sólo a éstos corresponde en su caso declarar su inexactitud.

ENTREGA DE LEGADO.—EXISTIENDO LEGITIMARIOS INTERESADOS Y DADO EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS LEGALES QUE PROTEGEN SUS DERECHOS, NO PUEDE EL LEGATARIO OCUPAR POR SU PROPIA AUTORIDAD LA COSA LEGADA, AUNQUE LE HAYA AUTORIZADO EL TESTADOR PARA ELLO Y DICHOS LEGITIMARIOS HAYAN RECIBIDO CON ANTERIORIDAD DIVERSOS BIENES MEDIANTE DONACIONES NO COLACIONABLES, SINO QUE DEBE PEDIR SU ENTREGA Y POSESIÓN AL HEREDERO. (Resolución de 25 de mayo de 1971, *Boletín Oficial del Estado* del 18 de junio de 1971.)

*Hechos.*—Por escritura pública autorizada por el Notario de La Unión, don Miguel Cuevas Cuevas, el 4 de octubre de 1964, los cónyuges, don Anto-

nio Casanovas Sánchez y doña María Alarcón Hernández, donaron en nuda propiedad a sus ocho hijos, varias fincas, parafernales unas y gananciales otras, reservándose los donantes una pequeña parcela, que vendieron posteriormente. Igualmente, dentro del patrimonio, quedó otra finca propiedad de la esposa, quien en testamento abierto, de 4 de marzo de 1966, la legó a su marido, al que autorizó "para que tome la posesión de la finca legada sin que hayan de entregársela sus herederos, que tienen recibido más que lo que por legítima les corresponde". La testadora falleció en Cartagena el 4 de marzo de 1966, y el 19 de agosto siguiente, el viudo, don Antonio Casanovas Sánchez, otorgó ante el mismo Notario, escritura de toma de posesión del legado, adjudicándose la finca de referencia.

Presentada primera copia de esta última escritura, acompañada de otros documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "No admitida la inscripción del precedente documento, porque según el artículo 885 del Código civil, la entrega de la cosa legada deben hacerla los herederos o albacea".

Don Miguel Cuevas Cuevas, autorizante de la escritura, interpone recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que es "costumbre" en el campo de Cartagena hacer donaciones anticipadas a los hijos y dar a este acto el carácter de partición, procurando reservarse algún bien para gastos extraordinarios que puedan presentarse; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1928 estima que la doctrina del artículo 885 del Código civil debe estar supeditada a que el testador no diga otra cosa y que diciéndolo su voluntad es ley y debe tener la misma fuerza imperativa que la partición hecha por el testador conforme al artículo 1.056 del Código civil; que no hay inconveniente en que la partición total tenga lugar en varias fases o momentos, unos inter-vivos y otros mortis-cause; que a través de una serie de sentencias y resoluciones se infiere que la donación con reserva de usufructo más que una donación es una distribución de bienes (R. 12 marzo 1892), que es viable una partición parcial y compatible con otra realizada por procedimiento diverso (Ss. 21 de mayo de 1966, 6 marzo 1945 y 21 marzo 1910), que la partición puede ser completada con otro documento (R. 5 octubre 1923) y que los herederos deben pasar por la partición hecha por el causante si no se perjudican sus legítimas (Ss. 26 octubre 1928 y 17 octubre 1960). Por último, alega que la inscripción pretendida no se opone al artículo 83 del Reglamento Hipotecario porque dicho precepto, en su párrafo final, se refiere exclusivamente a supuestos que recoge el artículo 885 del Código civil, mientras que el de este caso está comprendido en el párrafo 1.º de dicho artículo.

El Registrador brevemente inutiliza todos los argumentos notariales considerando imprescindible el respeto del artículo 885 del Código civil; estimando que el mismo se completa con el párrafo penúltimo del artículo 83 del Reglamento Hipotecario; que así viene sancionado por la Resolución de 7 de abril de 1906 y Sentencia del Tribunal Supremo de 1891, y que el principio de intangibilidad de las legítimas podría quedar ineficaz aceptando la tesis notarial.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y, ello, no obstante, el Notario se alza de la decisión presidencial y entabla la apelación ante la Dirección General de los Registros y Notariado, la cual no hace más que ratificar el auto apelado y la nota del Registrador en cinco consideraciones que pasamos a reproducir.

*Doctrina.*—“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de toma de posesión de legado hecha por el propio legatario, cónyuge viudo de la testadora, que le autoriza en su testamento a hacerlo por sí mismo, sin que hayan intervenido los ocho hijos y herederos, quienes con anterioridad habían recibido diversos bienes por vía de donación de ambos padres, que no tendrían el carácter de colacionables en las respectivas herencias de los donantes.

Considerando que el Notario recurrente centra toda la argumentación en defensa de su tesis en el hecho de que se trata de una partición realizada por la testadora unilateralmente, si bien no en un solo acto, sino a través de las diferentes donaciones a favor de los hijos y del propio testamento de la causante, cuyo conjunto recoge la partición de sus bienes, a la que se le aplicará el artículo 1.056 del Código civil y producirá todos sus efectos en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, lo que no tiene lugar, según indica la propia testadora.

Considerando que la partición de bienes, tanto si la realiza el testador por acto inter-vivos o mortis-causa, como si son los propios herederos quienes la formalizan, requiere para su plena eficacia que sea completa y se hayan verificado todas las operaciones necesarias para ello, desde la determinación del haber partible, a través del inventario y avalúo correspondiente de bienes, aun cuando puede no comprender hasta llegar a su división y adjudicación a los herederos con toda la variedad de incidencias y actos intermedios, que, según los casos, podrían presentarse, y que suelen consistir en fijación de legítimas, colación de bienes, pago de deudas, entrega de legados, etc., por lo que difícilmente puede afirmarse que en el supuesto de este expediente haya podido tener lugar un acto de tal clase a través de una serie de actos parciales, como son las donaciones no colacionables realizadas por el matrimonio donante a los hijos, el testamento en que la madre ordena la entrega del legado al padre y la escritura en la que éste mismo se adjudica directamente el bien objeto de dicho legado, sin el consentimiento de los hijos, pues la acumulación de todos estos actos, por otra parte, sin relación entre sí, deja sin resolver muchas de las cuestiones que la partición presenta, con posibilidad de dejar desvirtuados o sin efecto derechos que a los herederos pueden afectar, *aparte de que difícilmente pueda sostenerse el carácter unilatral de esta llamada partición, dada la serie de actos en los que, como las donaciones realizadas a los hijos, hay una intervención de éstos.*

Considerando que la posibilidad de que el legatario pueda ser autorizado para ocupar por sí solo la finca legada tal como, entre otros casos, declaró la Sentencia de 26 de octubre de 1928, fundándose en que la voluntad del testador, ley de sucesión, no puede quedar coartada por lo preceptuado en

el artículo 885 del Código civil, que sólo ha de tener aplicación cuando no haya usado de la libre facultad de permitir que se poseione directamente el legatario de los bienes legados, es doctrina totalmente ajustada a derecho cuando no haya herederos forzosos, pero que no puede tener aplicación en el supuesto o de que existan legitimarios interesados, dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos y que hace necesaria su presencia para que no puedan resultar éstos desconocidos o vulnerados, lo que podría tener lugar de aplicarse sin su intervención la cláusula testamentaria discutida.

Considerando que, en su consecuencia, se está ante una escritura de entrega de legado que pretende inscribirse, y en la que es forzoso acatar lo preceptuado en el artículo 885 del Código civil, que establece que el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe cumplir su entrega y posesión al heredero, y que desarrolla en el mismo sentido el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, normas que tienen un claro fundamento de respeto a la integridad de las legítimas y demás derechos de terceros interesados y que obligan a que proceda la liquidación del caudal o a que, en su defecto, intervengan los herederos forzosos en la entrega”.

*Consideraciones críticas.*—A veces sucede que la constante aplicación del Derecho sin tropiezos hace coger confianza al funcionario, que llega a la conclusión de que todo lo realizado por él responde siempre a una legalidad y se ajusta a la línea más pura de los principios jurídicos. Hago este comentario porque en los argumentos que en su defensa utiliza el Notario recurrente hay dos grandes principios que parecen haber sido olvidados en su tesis constructiva de la defensa de un acto sin base jurídica. Uno es el principio de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y que no prevalecerá contra la vigencia de la ley la costumbre o la práctica en contrario. Recordemos que el primer argumento que el Notario ofrece es el de la “costumbre” del campo de Cartagena. El segundo punto es el de que por encima de la ley de la sucesión —o lo que es lo mismo la voluntad del testador— está siempre el respeto de las legítimas. Observados rigurosamente ambos principios, se desploma toda la argumentación minuciosa que el Notario aporta en su defensa.

A. *La costumbre cartagenera.*—Dice el Notario recurrente que es costumbre tradicional en el campo de Cartagena el atribuir el carácter de partición a las donaciones que los cónyuges de cierta edad hacen a sus hijos, reservándose el uso y disfrute de ellos, percibiendo frutos o rentas y reservándose algún bien para el caso de que surjan gastos extraordinarios. Esta curiosa costumbre, como la de realizar ventas anticipadas para eludir impuestos, es preciso encajarla en los preceptos del Código civil para que pueda valerlos como tal, ya que de no ajustarse a lo que los mismos dicen, puede resultar una costumbre “contra legem” de difícil aplicación por el juego del artículo 5 del Código civil.

El encaje que el Notario recurrente encuentra a esta costumbre es el artículo 1.056 del Código civil que permite realizar al testador—en este

caso testadora— la partición de los bienes por acto inter-vivos o mortiscausa, estimando que las donaciones realizadas con el carácter de no colacionables, el testamento de la causante y la escritura de adjudicación del legado por el esposo, suponen un conjunto unitario y unilateral que responde al acto particular del testador y que habrá que respetar si no se perjudican las legítimas.

Sin perjuicio de las atinadas consideraciones puestas de relieve por la Dirección General en su considerando tercero, y al que luego haremos referencia, quiero destacar la gran dificultad que encierra el presente caso para encajar esa donación conjunta de esposa y marido que hacen de sus bienes, unos propios y otros gananciales, con ciertas reservas. El artículo 1.056 exige como primer requisito que parece no darse en el presente supuesto: que la partición sólo puede hacerla el testador referida "*a sus bienes propios*", no pudiendo comprender los de la sociedad conyugal. Opinan en esta dirección ALBALADEJO, CASTÁN, MANRESA, SCAEVOLA y las Sentencias de 6 marzo 1917, 8 julio 1940 y 6 de marzo de 1945, entre otras. El caso supone una donación conjunta de marido y mujer y una disposición de bienes gananciales.

La equiparación entre donación y partición es una teoría que patrocinaron JAÉN y MARÍN LÁZARO, al tratar de hacer penetrar en el Derecho español a la figura francesa de donación-partición (*donation partage*). El acto inter-vivos a que se refiere el artículo 1.056 del Código civil ha de ser siempre unilateral, pues a pesar de los esfuerzos doctrinales para relacionar dicho artículo con el 1.271 del mismo Código, la mayoría doctrinal estima que esa referencia del artículo 1.056 al acto inter-vivos se refiere solamente a la formalidad externa de dichos actos. MANRESA, CASTÁN, BONET, ROCA, VALLET DE GOYTISOLO destacan en la defensa de esta postura, que ahora remacha la Dirección General al considerar "que difícilmente puede sostenerse el carácter unilateral de esta llamada partición, dada la serie de actos en los que, como las donaciones realizadas a los hijos, hay una intervención de éstos".

Es preciso, en todo caso, que la partición así realizada esté de acuerdo con el testamento y que no perjudique a las legítimas. Parece ser—pues esto no está muy claro en los datos de hecho—que las donaciones realizadas estaban reflejadas en el testamento de la causante y que con ello estaba conforme la misma. Lo que ya no está tan claro es el respeto de las legítimas, pues como veremos a continuación esa escritura de adjudicación del legado al marido de la testadora pudiera producir violación del principio de intangibilidad.

B. *Intangibilidad de legítimas*.—Se hace un poco extraño que la minuciosidad de la argumentación notarial falle precisamente en la cita de una Sentencia del Tribunal Supremo como es la de 26 de octubre de 1928, que leída con detenimiento viene a proporcionar a la Dirección General el argumento decisivo para destruir la tesis notarial. La tesis notarial afirmaba, apoyada en la Sentencia, que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y que, por ello, el artículo 885 del Código civil sólo tiene aplicación "si el testador no ha dispuesto otra cosa". Pero a la Sentencia citada la Dirección General le agrega una frase que desvirtúa el principio utilizado por el recurrente.

Lo preceptuado en el artículo 885 del Código civil, sólo puede tener lugar cuando el testador no haya usado de la libre facultad de permitir que se posea directamente el legatario de los bienes, pero todo ello tiene aplicación "cuando no hay herederos forzosos".

El principio de intangibilidad de las legítimas, recogido en los artículos 813 y 817 del Código civil, obliga a extremar la cautela en la entrega de legados, y caso de existir legitimarios es precisa su presencia para que no puedan resultar desconocidos o vulnerados sus derechos, lo que podría suceder en el presente caso de aplicarse sin su intervención la cláusula testamentaria discutida. Es evidente que al tratarse de bienes donados con el carácter de no colacionables, solamente el caudal relicto está compuesto por la finca legada al marido que puede ser inoficioso o excesivo y, por ello, perjudicar la legítima de los herederos.

De los tres párrafos de que consta el artículo 83 del Reglamento Hipotecario en su relación con el 885 del Código civil, el Notario considera aplicable el primero, descartando el último, que supone el caso de la herencia distribuida en legados. El Registrador estima que el aplicable es el segundo, y éste parece ser el criterio que prevalece en la Resolución de la Dirección General de los Registros, al decir que el legatario no puede ocupar la cosa legada por su propia autoridad, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero, contador-partidor o albacea, necesitándose para su inscripción la escritura otorgada por el legatario y las personas o persona indicada.

**RECTIFICACIÓN DE ERRORES EN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO.—ESTA MATERIA DEBE RESOLVERSE CON ARREGLO A LO ESTABLECIDO EN EL TÍTULO VII DE LA LEY HIPOTECARIA, SIN QUE PUEDA TENER LUGAR A TRAVÉS DEL RECURSO GUBERNATIVO. (Resolución de 28 de mayo de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 19 de junio de 1971.)**

*Hechos.*—Por escritura de 26 de junio de 1962, los cónyuges, don José Miguel Cortadí Galarmendi y doña Petra Ramos Martínez, manifestaron que eran dueños de la casa número 16 de la calle Luis Mitjás, de Madrid; compuesta de cuatro plantas, con tres viviendas cada una de ellas, construídas sobre un solar de 613,46 metros cuadrados, de los cuales, según el título, estaban edificadas 247,85, destinándose el resto—365,61 metros cuadrados—a patio, aunque en realidad el patio, sin edificar media exactamente 372,24 metros cuadrados y la parte edificada 241,42 metros cuadrados (o sea, 613,66 en total). Respecto de los linderos se decía que aparte el frente de la calle, los anteriores de la finca por la derecha, izquierda y fondo, habían sido terrenos del Banco de la Construcción, S. A., pero que los actuales eran, por la izquierda, el número 18 de la nombrada calle Luis Mitjás, y por la derecha y fondo fincas de don Ramiro Calle.

En la misma escritura citada los dueños segregaron el patio o parte no edificada y lo vendieron a don Luis Escandón Pendás, habiendo sido descrito de la forma siguiente: "Solar en Madrid con fachada a la calle Luis Mitjás, por donde le corresponde el núm. 16 bis. Tiene la forma de rectángulo de 10,30 me-

tros de frente por 34,14 de fondo, lo que le da una superficie de 372,24 metros cuadrados. Linda al frente en línea de 10,30 metros con la calle de Luis Mitjás; por la derecha en 36,14 metros, con patio y casa de don Ramiro Calle, por la izquierda, en línea de 36,14 metros con la finca de la que se segrega, y por el fondo en 10,30 metros, con finca de don Ramiro Calle". Como consecuencia de esta segregación la finca matriz quedó con una superficie de 241,42 metros cuadrados, todos ellos edificados, variando sólo el lindero de fondo que no serían terrenos de don Ramiro Calle, sino el patio segregado que se vendía a don Luis Escandón Pendás.

En la misma escritura se constituye sobre el referido patio, una servidumbre de paso, y luces y vistas en favor de la finca que se había segregado y de la casa contigua señalada con el número 18 de la misma calle Luis Mitjás. Por escritura de 4 de noviembre de 1963 y en virtud del derecho de vuelo que se había reservado, el propietario declaró la nueva obra de tres plantas y constituyó el régimen de propiedad horizontal de esta casa número 16 y de la número 18, calle Luis Mitjás, indicándose que tenían a su favor una servidumbre de luces y vistas sobre las fincas inmediatamente colindantes. Esta escritura se inscribió en el Registro, indicándose que la extensión total era de 613,45 metros.

Posteriormente a la inscripción dicha, se presentó en el Registro el documento de 26 de junio de 1962, que contenía la segregación realizada del solar y se denegó su inscripción, ya que la segregación suponía una alteración de la cuota y ello exigía el consentimiento de los propietarios de los diferentes pisos. En el recurso gubernativo que se interpuso, la Dirección General, el 28 de febrero de 1968, confirmó la nota del Registrador y declarándose en la resolución que al haberse inscrito con anterioridad a la escritura de 4 de noviembre de 1963, al menos uno de los pisos de la finca parcelada horizontalmente, el asiento que provocó está bajo la salvaguardia de los Tribunales y sólo puede ser ratificado por consentimiento de su titular o resolución judicial. Esta referencia de los hechos no queda lo suficientemente clara y es preciso completarla con la Resolución dicha. En dicha Resolución hay referencia a otros dos documentos claves, como son: la escritura pública de 5 de junio de 1962, autorizada por el Notario de Madrid don Fausto Navarro Azpeitia, en la que don Miguel Cortadí y esposa constituye en régimen de propiedad horizontal las casas 16 y 18 de la calle Luis Mitjás, hizo declaración de obra nueva y se reservó el derecho de vuelo. Igualmente, el día 30 de mayo de 1963, los cónyuges, don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal García, adquirieron el piso 4.º, letra A, de la casa número 16 de la calle Luis Mitjás. Con ello se justifica la existencia anterior a la escritura de 26 de junio de 1962, de un régimen de propiedad horizontal y de un piso inscrito a nombre de persona distinta del dueño de los demás pisos.

En escritura de 5 de abril de 1968 los cónyuges, don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal García manifiestan que la adquisición del piso 4.º, letra A, de la casa número 16 de la calle Luis Mitjás, la hicieron según los límites y porcentajes señalados para el mismo por su edificación en casa construida sobre un solar de 241,42 metros, por lo que ningún derecho se consideraban tener sobre el solar de 375,71 metros que en tiempos anteriores fueron patios de la referida finca, que por segregación se vendió a don Luis Escandón Pendás.

Por último, en instancia de 2 de octubre de 1969, el señor Cortadí, resumiendo la situación resultante de todo lo anteriormente expuesto, solicitó la rectificación de la inscripción producida por la escritura de 4 de noviembre de 1963, conforme a los datos reales ya implícitos en la citada inscripción y en las inscripciones de los pisos derivados de la división horizontal, con el fin de poder inscribir el contenido de la escritura de 26 de junio de 1962

En el Registro se presentaron dicha instancia junto con las escrituras de 5 de abril de 1968 y la de 4 de noviembre de 1963, así como la de segregación de 26 de junio de 1962. Los tres primeros documentos fueron objeto de una calificación y nota en la cual se decía que no era admitida la rectificación interesada, porque siendo el error de los contenidos en el artículo 214 de la Ley Hipotecaria no puede rectificarse sin el consentimiento unánime de los interesados, como dice el artículo 217 de la misma, y porque de la lectura de la descripción de la finca no se desprende que la totalidad de la finca hubiera quedado reducida en su superficie a 241,42 metros, sino que más bien parece deducirse que la expresada superficie era la correspondiente a la parte edificada sobre la que se habían levantado las plantas 5.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, en cuya escritura se parcelaban horizontalmente. En la escritura de 26 de junio de 1962 la nota era una referencia a la anterior, que ya contenía el documento y la referencia a la Resolución de 28 de febrero de 1968, que la ratificaba.

El señor Cortadí interpuso el correspondiente recurso gubernativo alegando que en la escritura de 5 de abril de 1968 consta el consentimiento del único adquirente anterior a la segregación, dueño del piso 4.<sup>o</sup>-A, exigido por la Resolución de 28 de febrero de 1968 y que conforme a los artículos 211 y 213 de la Ley Hipotecaria el Registrador puede rectificar por sí los asientos cuyos títulos se conservan en el Registro, y en todo caso en que la inscripción dé a conocer el error y por ella sea posible su rectificación. Igualmente se alega que rectificando o simplemente inscribiendo las escrituras presentadas con la instancia, no se necesitaría siquiera rectificar las inscripciones.

El Registrador, en su informe, deslinda lo ya resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 28 de febrero de 1968, que es ejecutiva, causa estado y no cabe un nuevo recurso sobre el asunto ya resuelto, por lo que la nota extendida al pie de dicho título no suponía una nueva calificación. Respecto a la instancia y las otras dos escrituras presentadas alega las razones siguientes: Va examinando las sucesivas inscripciones de la finca, de las cuales resulta que tiene una superficie de 613,46 metros cuadrados, de los cuales están edificadas 257,85 metros y el resto, de 355,61 está destinado a patio, y que las notas marginales puestas a las inscripciones sexta y décima resulta que las plantas quinta, sexta y séptima fueron divididas horizontalmente, provocando diversas inscripciones a favor de diferentes titulares; y que las plantas una y cuarta también lo fueron, formando fincas independientes inscritas especial y separadamente a nombre de diferentes propietarios. En su consecuencia, todos estos diferentes propietarios de pisos, además de la propiedad del que les pertenece, ostentan un derecho de copropiedad sobre los restantes elementos comunes del edificio, entre los que se encuentran legalmente los patios. Que toda la posible discordancia entre la realidad y el Registro se debe a que no tuvo acceso en tiempo oportuno

tuno la escritura de segregación y venta, que ahora no puede ser admitida sin el consentimiento de todos los titulares de los pisos y locales por el error cometido al practicarse la inscripción décima, en la que no se hicieron constar las variaciones habidas en la descripción de la finca. Que al tratarse de un error de concepto se precisa el consentimiento de todos los titulares. En lo referente al segundo error, alega que en la escritura que provocó la inscripción décima no se solicitaba la descripción del resto de la finca con el fin de que desapareciera la inexactitud que aún subsiste.

Pedido informe al Notario autorizante de la escritura alegó que al no haberse atribuido defecto al título por él autorizado, quizá resultase ociosa su intervención, aunque no obstante se aviene a realizarla, considerando que la situación producida es consecuencia de practicarse una segregación que, por las razones que sean, tardó en llegar al Registro, practicándose después otras que llegaron antes, supuesto bastante frecuente en fincas rústicas de mucha cabida, de las que se van practicando sucesivas segregaciones y que esta falta de correlación cronológica no tiene trascendencia en las transmisiones, pero sí en los gravámenes, soslayándose en la práctica, haciéndose expresa mención de todas las segregaciones practicadas previamente y dejando sentado que la carga recae sobre ese resto, y que esa práctica suple la deficiencia del sistema a que se refiere la Resolución de 28 de febrero de 1968. Que si esa es la forma de proceder en la escritura de 4 de noviembre de 1963, de la que resulta con plena claridad la segregación y teniendo en cuenta la no existencia de perjuicio para terceros, la economía procesal y un sentido espiritualista, pudiera ahora accederse a rectificar lo que antes no se inscribió.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador en base de sus razones y apelado el auto ante la Dirección General de los Registros ésta revoca parcialmente el auto apelado y el defecto 2.º de la primera nota del Registrador, confirmando los restantes sobre la base de los siguientes considerandos.

*Doctrina.*—“Considerando que aun cuando se trata de dos notas de calificación, la íntima conexión que existe entre ellas, y en armonía con los principios de economía, celeridad y eficacia que inspiran los procedimientos actuales, del que es muestra el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, aconsejan acumularlos y resolverlos en el único y solo expediente.

Considerando que para una más ordenada resolución de las cuestiones planteadas se comenzará por examinar el defecto 2.º de la primera de las notas recurridas, respecto del que la lectura de la descripción que de la casa situada en la calle Luis Mitjás, número 16, de Madrid, se hace en la escritura de 4 de noviembre de 1963, revela que estaba totalmente edificada sobre un solar de 241,42 metros cuadrados, finca resultante de la segregación que en la misma escritura se indica “practicada ante el Notario de Madrid, don Enrique Giménez Arnau, el 26 de junio de 1962”, por lo que debiera haberse procedido a la suspensión del asiento solicitado hasta tanto se hubiera inscrito la segregación realizada, dada la no coincidencia entre la descripción en la escritura y la registral, pero al no haber sido así, sino que, por el contrario, se extendió la inscripción y se arrastró la superficie a 613,42 metros cuadrados, se ha producido un asiento claramente erróneo.

Considerando que en cuanto al primer defecto señalado en la misma nota hay que tener en cuenta la doctrina establecida por este Centro, entre otras, en la Resolución de 11 de noviembre de 1970, que declaró que los recursos gubernativos solamente pueden interponerse cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando el título haya tenido acceso al Registro, como sucede en este caso, en que, aun erróneamente extendido, el asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria, para lo cual, el interesado habrá de acudir a los procedimientos que para la rectificación de errores se establecen en el Título VII de la Ley y Reglamento Hipotecario.

Considerando que los consortes, don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal García —únicos que compraron uno de los pisos con anterioridad a la prestación en el Registro de la escritura de 4 de noviembre de 1963, sin que se hiciera constar en su título adquisitivo la descripción del edificio en su conjunto, lo que calificó esto último la Resolución de 28 de febrero de 1968 como deficiencia del sistema, por lo que todavía los libros registrales no publicaban una extensión equivocada—, si bien han prestado su consentimiento a la rectificación del asiento evidentemente erróneo, falta por obtener el de los restantes titulares, que adquirieron con posterioridad a la inscripción de la mencionada escritura de 4 de noviembre de 1963 —y que de haber sido correctamente calificada no hubiese producido, en cuanto a ellos, la actual situación—, consentimiento necesario, de conformidad con los artículos 214 y 217 de la Ley, que no puede ser suplido por este Centro Directiva, ya que sería desviarse del procedimiento legal establecido, lo que viene a reforzar la idea ya declarada en la Resolución de 11 de noviembre de 1970 de que estas cuestiones no pueden resolverse por la tramitación de un recurso gubernativo.

Considerando que la naturaleza especial que ofrece la finca registral en los supuestos edificios en régimen de propiedad horizontal, cualquiera que sea la forma en que aparezcan inscritos (artículos 8, núms. 4 y 5), obligan a extremar la atención en primer lugar de los Notarios en todas las operaciones en que el objeto sea un piso o apartamento, sin que baste describir única y exclusivamente a éste con su extensión, linderos y demás circunstancias reglamentarias, pues al corresponder al titular derechos que radican, además, en el edificio, en su conjunto, debe igualmente hacerse la descripción de este último para que resulte plenamente identificado y se eviten situaciones como las contempladas en este expediente, en la que un aparente confusiónismo puede inducir a error, y en segundo lugar, a los funcionarios calificadores, con objeto de que no se extiendan asientos erróneos por no haberse tenido en cuenta las posibles segregaciones o agregaciones que en el suelo de la finca hayan podido existir, y que los propios títulos calificados revelan.

Considerando que en tanto no se subsane el asiento erróneo por los procedimientos legalmente establecidos, subsiste el obstáculo registral para la inscripción de la escritura de 26 de junio de 1962, tal como declaró la Resolución de 28 de febrero de 1968, al resolver el recurso gubernativo que entonces se interpuso para idéntica calificación”.

*Consideraciones críticas.*—Las dos cuestiones que fundamentalmente se consideran resueltas en esta Resolución tienen antecedentes en otras anteriores. Lo que sucede es que solamente una —la de 28 de febrero de 1968 maneja, por así decirlo, uno de los documentos que también se utilizan en ésta. La otra Resolución—11 de noviembre de 1970—sólo sirve de apoyo doctrinal a la Dirección en tanto en cuanto sanciona la misma doctrina que en ésta se reproduce en orden a la rectificación de errores. Por ello, creemos que pueden ser únicamente dos los problemas que debemos glosar en forma concisa: la alteración física de las fincas y la rectificación de errores. Debemos dejar a un lado el contenido del primer considerando de la Resolución, en el cual, por razones de economía procesal, celeridad y eficacia, se procede a un examen conjunto de dos notas de calificación. Discrepando de la opinión de la Dirección General, me inclino más por la sostenida por el Registrador, en cuyo informe, como hemos visto, se deslindan una nota de calificación con dos defectos y otra nota en la que el documento no se califica, pues ya lo ha sido, e impide volver sobre su materia contenida en el mismo documento.

Es cierto que un mismo documento puede ser presentado sucesivamente —a medida que vayan transcurriendo los sesenta días de vigencia del asiento de prestación y no antes, ya que no se puede renunciar a los efectos y plazo del mismo—y que en cada presentación debe ser objeto de una nueva calificación que por ser coincidente con la anterior no puede privar a los interesados el ejercicio reiterativo de su derecho. Pero lo que ya no cabe es que si contra una calificación de un documento se ha ejercido el derecho del recurso gubernativo, ese mismo documento no puede ser objeto de otra calificación que genere otro recurso por el principio de la *cosa juzgada*, que regulado en el Código civil, en el artículo 1.252, debe tener aplicación a este recurso gubernativo, aun cuando la Dirección en este caso decline el perfil especial del procedimiento y acuda, por razones de aplicación analógica, al artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Más feliz hubiese sido, a los efectos de una cita concreta para justificar acumulaciones, el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, en el que claramente se expresa que en el recurso gubernativo podrán ser discutidas las “cuestiones que se relacionen *directa e inmediatamente* con la calificación del Registrador” y en este caso era evidente que la solución dada por la Dirección a uno de los casos que se “relacionaban *directa e inmediatamente*” con la “única” calificación existente había de ser tratado en el mismo procedimiento.

A. *Alteración física de las fincas.*—El caso que se ofrece en esta resolución es un problema de atraso en el acceso registral de una estructura de segregación y que cuando pretende tener reflejo en el mismo, la situación ha cambiado de tal forma que ya no puede ser inscrita sin otros condicionamientos. Algo de esto apuntaba en su informe el Notario autorizante de una de las escrituras.

La historia del caso es breve, pero conviene recordarla. El 5 de junio de 1962, don Miguel Cortadí constituye en propiedad horizontal su finca de 613,46 metros cuadrados, de los que edificados son solamente 241,42, reservándose el derecho a elevar más pisos. El 26 de junio de 1962, segrega y vende a don Luis Escandón 372,24 metros que constituyen la parte no edifi-

cada. El 30 de mayo de 1963 los cónyuges, don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal adquieren el piso 4.º, letra A, de la casa número 16 de la calle Luis Mitjás. El 4 noviembre de 1963, el propietario, don Miguel Cortadí, en virtud del derecho de vuelo reservado, declara la obra nueva de tres plantas edificadas sobre una superficie de 241,42 metros cuadrados, describiéndolas y siendo inscritas en régimen de propiedad horizontal. En otras escrituras posteriores a la de 4 de noviembre de 1963 citada va enajenando sucesivamente todos los pisos del inmueble. En el Registro seguía figurando la extensión superficial de 613,46 metros por no haberse presentado la de segregación de los 372,24 metros.

Prescindiendo aquí de los problemas de división, agregación y agrupación, vamos a destacar únicamente el de la segregación o separación de un trozo de la finca matriz para que el mismo figure como finca independiente. El Reglamento Hipotecario claramente expresa que en las escrituras de segregación "se describirán siempre las fincas... que sean objeto de segregación parcial, así como las fincas nuevas resultantes... y las porciones restantes, cuando fuere posible, o, por lo menos, las modificaciones en la extensión y linderos por donde se haya efectuado la segregación". Lo que ya no dice es si se hace necesario en las sucesivas escrituras referentes a la finca matriz primitiva describir la primitiva finca y el resto que ha quedado después de efectuada una o varias segregaciones. Tampoco dice, porque eso sería o una repetición de principio o una aplicación excesiva del principio del tracto, que para inscribir cualquier acto relativo a la finca matriz en su calidad de resto debe previamente inscribirse la segregación o segregaciones realizadas.

Uno de los grandes problemas registrales que la segregación planteaba era el de impedir a toda costa "agotar" la superficie inscrita, pues ello permitiría la posibilidad de crear fincas "ficticias". Por ello, en los Registros se lleva marginalmente la contabilidad de la superficie o superficies segregadas y lo que va quedando de la finca. Pero no se ha exigido que para inscribir actos sobre una parte de la superficie de la finca sea necesario que se inscriba previamente la posible segregación realizada. Es decir: no es preciso que se cumpla lo que TIRSO CARRETERO llama "tracto sucesivo de las modificaciones de fincas". Visto y leído serenamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, resulta evidente que su exigencia de inscripción previa y obligatoria no puede alcanzar a las alteraciones físicas de las fincas por su orden cronológico, contrariando el principio de voluntariedad de la inscripción.

No obstante, la Dirección General estima que la escritura de 4 de noviembre de 1963 —por la que el propietario haciendo uso del derecho de elevar plantas, declara la obra nueva y constituye la propiedad horizontal de las mismas precisándose que estaba edificada sobre un solar de 241,42 metros cuadrados como consecuencia de la segregación efectuada en la escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Enrique Giménez Arnau el 26 de junio de 1962—, no debió ser inscrita, suspendiéndose el asiento solicitado hasta tanto se hubiera inscrito la segregación realizada, dada la no coincidencia entre la descripción en la escritura y la registral, lleva a una aplicación extensiva del principio de tracto sucesivo. El mal de la segregación está en que falte finca, no en que sobre y, por ello, en el presente caso, al reducir la edificación a

sólo 241,42 metros cuadrados nada impedía su posibilidad de inscripción, y obrar de otro modo supondría una restricción muy considerable a la necesidad de una celeridad en la contratación y a la privación del derecho a la publicidad registral de ciertos actos que no puede quedar supeditada a la decisión voluntaria de una previa inscripción de segregación.

No creo que sea "oficio" del Registrador el de exigir la previa inscripción de la segregación, pues ello conduciría a un condicionamiento del principio de prioridad regido cronológicamente por la presentación de títulos en el Registro y a una protección excesiva del adquirente rezagado que no valora los efectos protectores que el Registro le concede. Más bien considero que es labor "constructiva" del Notario la de precisar el "alcance" que ha podido tener una segregación que, afectando a posibles elementos comunes del edificio, limita la posibilidad de una inscripción rezagada exigiendo un consentimiento unánime de todos los propietarios en comunidad horizontal. Si hubiese extremado su celo al describir la finca y no se hubiese limitado a verificar una "mención" de una segregación realizada, el panorama hubiese cambiado sustancialmente.

Quizá por ello la Dirección General, en su resolución de 28 de febrero de 1968 y ahora en la que comentamos, considera que el especial régimen de la propiedad horizontal exige extremar la atención en primer lugar de los Notarios en todas las operaciones en que el objeto sea un piso o apartamento sin que baste describir única y exclusivamente a éste en su extensión, linderos y demás circunstancias, pues al corresponder al titular derechos que radican, además, en el edificio en su conjunto, debe igualmente hacerse la descripción de éste último para que resulte plenamente identificado y se eviten situaciones como la contemplada en este expediente. En el informe que se solicitó del Notario autorizante de la escritura cuestionada se decía que la dificultad que lleva consigo la segregación de grandes fincas se soslaya en la práctica haciendo expresa mención (?) de todas las segregaciones practicadas y dejando sentado que la posible carga recae solamente sobre ese resto y no sobre porciones antes segregadas y enajenadas... Claro que esta conducta notarial que el informe considera como práctica normal, falla en el presente caso y da origen al problema planteado.

**B. Rectificación de errores.**—La materia de rectificación de errores se ha confundido a veces con el recurso gubernativo, creyéndose que a través del mismo podía lograrse la misma virtualidad rectificadora que la que regulan los diversos medios establecidos en el título VII de la Ley Hipotecaria y los artículos concordantes del Reglamento. Por eso, la Dirección General en la Resolución —ya comentada en estas páginas— de 11 de noviembre de 1970 precisó y ahora repite que los recursos gubernativos solamente pueden interponerse cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando el título haya tenido acceso al Registro, como sucede en este caso, en que, aun erróneamente extendido, el asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

Creo que había comentado críticamente que la actuación del Registrador frente a la instancia en que entonces se solicitaba la rectificación no era una

propia calificación, pues lo que el había hecho era precisar que el error que se había provocado en el Registro era de una determinada clase y para su rectificación se necesitaban determinados requisitos. Ahora parece que sucede igual, pero en vez de tratarse de un error de concepto, es un error material encuadrable en el artículo 214 de la Ley Hipotecaria, que exige el consentimiento de los interesados conforme al artículo 217 de la misma Ley. De ahí, que lo procedente hubiese sido no admitir el recurso gubernativo, pero al penetrar el Registrador en la lectura de uno de los documentos y destacar y fundar el segundo defecto de la superficie de 241,42 metros, realiza ya una función calificadora que da base al recurso y a que la Dirección General confirme la doctrina ya anteriormente establecida.

Al existir un error registral y posteriores interesados que pueden ser perjudicados en su derecho, el Registrador no puede proceder por sí a una rectificación sin el consentimiento de todos ellos. Lo que sucede es que la argumentación del Registrador y posteriormente de la Dirección relacionan los artículos 214 de la Ley Hipotecaria y el 217 de la misma, cuando se están refiriendo a errores de diferente naturaleza. Creo que el enfoque está mal planteado: en el presente caso tratándose de un error material y estando los títulos en el Registro era perfectamente rectificable al amparo del artículo 214 de la Ley Hipotecaria y su correlativo 213 de la misma, pues uno y otro contemplan un supuesto análogo, pero con una situación diferente respecto de los títulos, pues lo que sucedía en este caso es una interferencia de fondo y es la necesidad de un consentimiento de todos los interesados para que un elemento común de la finca, cual era el patio que fue segregado, dejara de ser común, figurando ficticiamente con esa calidad por no haberse inscrito a tiempo la escritura en la cual se contenía la segregación del mismo.