

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

ESCRITURA ACLARATORIA DE OTRAS DE HERENCIA Y DONACIÓN.—1.º NO ES NECESARIA PARA SU INSCRIPCIÓN LA PRESENTACIÓN DE LAS ESCRITURAS QUE SE TRATAN DE ACLARAR CUANDO ESTAS FUERON INSCRITAS EN SU DÍA, FIGURANDO SU CONTENIDO EN LOS LIBROS DEL REGISTRO CON LOS ELEMENTOS DE JUICIO NECESARIOS PARA LA CALIFICACIÓN. 2.º LA ASEVERACIÓN HECHA POR LOS HIJOS Y HEREDEROS DE LA ESPOSA, UNA VEZ DISUELTO EL MATRIMONIO, DE QUE LOS INMUEBLES DISCUTIDOS PERTENECÍAN PRIVATIVAMENTE AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE, UNIDA A LA CIRCUNSTANCIA DE QUE AL VERIFICAR EN SU DÍA LA PARTICIÓN DE LA ESPOSA DIFUNTA NO SE INCLUYERON LOS INMUEBLES INDICADOS ES SUFICIENTE PARA DESTRUIR LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL. (Resolución de 18 de junio de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de agosto de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Julio Vázquez Velasco contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sagunto a inscribir una escritura “aclaramentaria de otras de herencia y donación”, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que don Salvador Puche García estuvo casado en primeras nupcias con doña Isabel Parra Puche, fallecida en 1949, dejando este matrimonio tres hijos, doña Isabel, don Salvador y doña María Dolores Puche Parra, que fueron declarados herederos abintestato de su madre, otorgándose la correspondiente escritura de aceptación de herencia el 18 de diciembre de 1969 ante el Notario de Cuartell, don Cristóbal Guardiola Gironés; que el mencionado don Salvador se casó en segundas nupcias con doña María Gómez Ruiz, fallecida el 8 de octubre de 1961 sin descendientes y bajo testamento abierto en el que, además de establecer diversos legados a favor de su hermano don Luis Gómez Ruiz, y de las ya citadas doña María Dolores y doña Isabel Puche Parra, instituyó heredera a esta última, otorgándose la escritura de liquidación de herencia y entrega de legados el 22 de junio de 1962 ante el mismo Notario citado; que en las referidas escrituras no se incluyeron cuatro fincas; tres de ellas rústicas, y la cuarta, un solar edificable, en la que con materiales propios y a su costa ha construido una casa, porque si bien las había adquirido don Salvador Puche García por compra, constante sus respectivos matrimonios, el precio lo satisfizo con dinero privativo, como así figura ya respecto de una en la escritura de compra, y como así lo declara el señor Puche y lo confirman respecto de

todas las fincas sus tres hijos, en la escritura de 26 de junio de 1973, objeto de la calificación, por lo que las referidas fincas las consideran los interesados como bienes propios del comprador; que en la mencionada escritura don Salvador Puche García, además, dona las referidas fincas, de ellas, las descritas bajo los números 1 y 2 a su hija doña Isabel, y las descritas bajo los números 3 y 4 a sus hijos don Salvador y doña Dolores por mitad, reservándose el donante el usufructo vitalicio de la casa donada a su hija doña Isabel.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento:

1. Por no presentar las escrituras de partición de bienes otorgadas el 18 de diciembre de 1969 y 22 de junio de 1962, ante el Notario don Cristóbal Guardiola Gironés, necesarios para calificar la presente.

2. No se puede admitir la manifestación de ser privativas del viudo las fincas descritas bajo los números 1, 3 y 4 del precedente documento por aparecer inscritas como gananciales en el Registro y sin hacerse en las respectivas inscripciones manifestación alguna de ser privativas del señor Puche García.

3. Consecuencia de lo anterior, es necesario practicar las correspondientes liquidaciones de las respectivas sociedades conyugales disueltas.

4. No se ha acreditado que la casa se haya construido en estado de viudez por don Salvador Puche García. Los defectos son subsanables."

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que en cuanto al primer defecto no se ve la razón de que sea necesaria la presentación de las escrituras de herencia otorgadas al fallecimiento de las dos esposas de don Salvador Puche, ya que se parte del hecho indudable de que en las mismas no se han incluido las fincas que se describen en la escritura objeto de debate, pero que tales escrituras matrices se han tenido a la vista al redactar ésta; que respecto al segundo defecto ha de considerarse que la presunción de ganancialidad establecida por el artículo 1.407 del Código civil no puede tomarse aisladamente, debiendo relacionar este artículo con el 1.401, que define cuáles son los bienes gananciales, y con el 1.396 4.º, que define cuáles son los bienes privativos, y que del examen conjunto de estos preceptos se llega a la conclusión de que ni en el artículo 1.407 se puede ver una nueva fuente de bienes gananciales, ni tampoco una preferencia del legislador por atribuir el carácter de ganancialidad a los bienes del matrimonio, limitándose a establecer una presunción para evitar que se altere arbitrariamente la composición de los patrimonios en juego, en perjuicio de los propios cónyuges y de las cargas y responsabilidades a que están afectos los bienes de la sociedad conyugal; que se presume que las adquisiciones se hacen a costa de la sociedad conyugal o con fondos comunes, pero que esta presunción es *iuris tantum*, por lo que siempre que se pueda probar la procedencia privativa del dinero de la adquisición se destruirá la presunción del artículo 1.407; que aunque para enervar esta presunción la doctrina, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es rigurosa al calificar los medios de prueba,

no se puede exigir el mismo rigor durante la vigencia del matrimonio que una vez disuelto éste; que en el caso concreto que nos ocupa, la aseveración de que el cónyuge realizó determinadas adquisiciones durante sus dos matrimonios con dinero privativo tiene lugar bastante después de la disolución de las sociedades conyugales y es confirmada por los hijos del viudo, que son los únicos interesados en la liquidación de las mismas como herederos de la primera esposa y uno de ellos como único heredero de la segunda; que desde el punto de vista civil, tal afirmación, corroborada por los herederos de los cónyuges fallecidos, es prueba suficiente para enervar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil; que tal presunción, una vez disuelta la sociedad conyugal, juega con distinto carácter a como lo hace durante la vigencia de la misma, y no se ve razón seria para considerarla imperativa ni para poner en duda el carácter vinculante de la confesión hecha por el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido sobre el origen privativo de una adquisición durante el matrimonio; que las razones de peso indicadas por la Resolución de 11 de marzo de 1957 para no conceder relevancia a la confesión en el matrimonio desaparecen una vez fallecido uno de los cónyuges; que el carácter vinculante de esa aseveración de los únicos a quienes podría perjudicar viene confirmado por el artículo 1.418 del Código civil al admitir expresamente la renuncia a los gananciales, por lo que aunque no fuera cierto lo confesado por el cónyuge viudo y sus hijos había que concederle plena eficacia porque entrañaría una renuncia de los derechos que corresponderían a los hijos en la sociedad de gananciales de las dos esposas fallecidas, que sería válida, ya que el artículo 1.418 tan sólo exige que en caso de renuncia quede a salvo el derecho concedido a los acreedores en el artículo 1.001 del citado Código, renuncia que lleva el efecto indiscutido de acrecer a la parte no renunciante; que el artículo 1.068 del Código civil autoriza lo hecho, dado que todos los herederos son mayores de edad; que desde el punto de vista registral tampoco hay obstáculo para la inscripción de la escritura denegada, ya que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al regular la práctica de la inscripción de los bienes gananciales, establece en su párrafo final que la prueba posterior a la inscripción como gananciales de que los bienes propios se adquirieron con dinero propio de los cónyuges produce el efecto de que deberá hacerse constar así por nota marginal; que la aseveración hecha en la escritura por el señor Puche García y corroborada por sus hijos disuelto el matrimonio es prueba suficiente para enervar los efectos de la presunción de la ganancialidad del artículo 1.407, siendo ésta la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en Resolución de 10 de agosto de 1939 establece que el Registrador no puede oponerse legítimamente a la inscripción contraviniendo el reconocimiento del viudo y el heredero del carácter privativo del precio de unos inmuebles, basándose en hipotéticos perjuicios a otras personas, toda vez que los únicos interesados en la participación hereditaria prestaron su conformidad; que también en otras Resoluciones (21 de febrero de 1889 y 11 de marzo de 1957) la Dirección General entiende que la determinación del carácter ganancial o no de los bienes depende del acuerdo de todos los interesados, sin que sea materia propia de la calificación re-

gistrar el entrar a conocer el carácter o no ganancial dado a los bienes del matrimonio por los interesados en la liquidación de la sociedad conyugal; que la tesis mantenida por el recurrente está, además, en armonía con la doctrina hipotecaria acerca de la rectificación de asientos inexactos y de la cancelación de asientos, puesto que del apartado *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria se deduce que la rectificación de un asiento inexacto puede hacerse siempre, en general, con el consentimiento del perjudicado registral, requiriendo sólo resolución judicial a falta de dicho consentimiento; que en cuanto al tercer defecto no parece que pueda afirmarse categóricamente que sea necesario practicar la liquidación de la sociedad de gananciales que, por otra parte, no es una operación sujeta a formalidades expresas, sino que puede hacerse y de hecho se hace muchas veces implícitamente al efectuarse la partición del cónyuge fallecido, como, por ejemplo, cuando no hay bienes ni deudas gananciales o cuando todos los bienes tienen naturaleza ganancial; que tampoco hay necesidad de liquidar la sociedad conyugal cuando el cónyuge sobreviviente o los herederos del fallecido renuncian a sus gananciales; que la liquidación puede ser parcial, concretándose una escritura a aclarar la pertenencia de un determinado bien; que en el supuesto objeto del recurso no procede practicar la liquidación de la sociedad de gananciales por concentrarse en una sola persona todos los derechos sobre los bienes que la integran; que el último defecto señalado en la nota carece de consistencia, ya que si la finca sobre la que se construyó la casa es privativa del señor Puche García, como ya se ha razonado, para que el edificio fuera ganancial sería preciso que se hubiera hecho a costa de la sociedad conyugal, cosa que no sucede, ya que en la escritura calificada se dice claramente que don Salvador Puche construyó el edificio a su costa, a lo que asienten sus hijos, que son los únicos interesados.

Resultando que el Registrador informó: que de la propia denominación que el Notario da a la escritura por él autorizada, "aclaratoria de otras de herencia y donación", se deduce la necesidad de tener a la vista las escrituras aclaradas donde deben constar los supuestos de hecho y de derecho que legitiman a los comparecientes en la escritura ahora calificada; que aunque ambas escrituras fueron inscritas en su día, dichas inscripciones no nos dan a conocer si existe o no algún pacto que limite o condicione la capacidad de los otorgantes; que es necesaria, pues, la presentación de las dos escrituras de herencia otorgadas ante el Notario señor Guardiola para poder determinar el valor y alcance que pueda tener la renuncia que el señor Puche García hace a favor de su hija doña Isabel, de los derechos hereditarios que le corresponden en la herencia de su segunda esposa, así como para poder calificar la capacidad de las partes o de alguna de ellas en orden a las manifestaciones que hacen sobre la presunción de ser gananciales o no los bienes descritos en la escritura aclaratoria; que el hecho de que el Notario haya tenido presente las matrices de esas dos escrituras no le dispensa de la necesidad de presentarlas, pues es al Registrador, por imperativo legal (art. 18 de la Ley Hipotecaria), al que corresponde la función de calificar no sólo las formas extrínsecas del documento presentado, sino la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositi-

vos contenidos en el mismo; que en este sentido la Resolución de 4 de julio de 1965 es clara y terminante al decir que el Registrador no está vinculado a las manifestaciones hechas por el Notario autorizante de la escritura por la que aquel funcionario se encuentra facultado para pedir la presentación de los documentos complementarios que le sean necesarios; que respecto al segundo defecto es insuficiente la declaración de los interesados para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código civil, pues aunque sea una presunción *iuris tantum*, la prueba para enervarla no puede ser la mera manifestación de los interesados, a los que pueden mover motivos particulares; que la confesión sólo se admite como prueba en cuanto perjudique al confesante, pero no en lo que favorece, estando muy desacreditada en la práctica procesal; que en el supuesto que nos ocupa hay un favorecido, el viudo, por lo que su confesión no puede admitirse como decisoria, y necesitará otras pruebas para demostrar que el dinero invertido en las fincas era privativo; que la jurisprudencia, para destruir la presunción del artículo 1.407, exige pruebas expresas de la privatividad del dinero, así la Sentencia de 31 de marzo de 1930, la de 19 de diciembre de 1957 y la de 24 de noviembre de 1960; que en igual sentido se manifiesta la Dirección General de los Registros y del Notariado en ininidad de Resoluciones, declarando que no basta la mera confesión del marido de que los bienes adquiridos a título oneroso pertenecen a la mujer, así las Resoluciones de 7 de agosto de 1933, 2 de agosto de 1935 y 11 de octubre de 1941, entre otras, debiendo destacarse especialmente la Resolución de 11 de marzo de 1957 que niega radicalmente valor a la confesión del marido, "dado que la materia de la misma está sustraída por Ley a la autonomía de la voluntad"; que la única prueba que se aduce en la escritura es la confesión de los interesados, cuya eficacia valora el fedatario, basándose fundamentalmente en la Resolución de 10 de agosto de 1939, pero que ésta fue dictada en un caso de Baleares para reforzar la existencia de la presunción Muciana, allí vigente, y que demuestra lo contrario a lo pretendido por el recurrente, es decir, que son eficaces las manifestaciones concordantes con una presunción, pero en el caso que nos ocupa se trata de destruir una presunción legal, para lo que hacen falta pruebas de la veracidad de las manifestaciones de los interesados; que el argumento del Notario de que en el último término, aun cuando la confesión de los interesados fuera ineficaz para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código, valdría como renuncia, acreciendo estos bienes al viudo, no es válida, pues el artículo 990 del Código civil prohíbe la aceptación o repudiación parcial de la herencia, y en los asientos del Registro aparece adjudicada una finca de la herencia de la primera esposa y una renuncia del viudo a favor de su hija doña Isabel a cuantos derechos pudieran corresponderle en la herencia de la segunda esposa, por lo que no puede haber una renuncia abdicativa de doña Isabel, única heredera de esta segunda esposa, y que ha adquirido ya todos los derechos; que si el viudo hubiera hecho constante matrimonio la manifestación que ahora hace, la inscripción se habría realizado sin pre-juzgar la naturaleza de la adquisición conforme determina el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, pero que de las cuatro fincas a que se refiere la escritura, calificada, sólo hizo esa manifestación respecto a una de ellas:

que en cuanto a la capacidad de los confesantes, por lo menos doña Isabel carecía de ella, ya que al adquirir el señor Puche García la primera finca descrita tenía como máximo siete años, y al adquirir la descrita en tercer lugar cinco años, lo que hace que la confesión de doña Isabel Puche carezca totalmente de eficacia y no pueda ser tenida en cuenta; que en relación al tercer defecto la redacción de la nota es clara, ya que si se estima que los bienes son gananciales tendrá que hacerse la liquidación de estos bienes, y este carácter ha quedado demostrado al defender el segundo defecto de la nota, debiéndose cumplir por ello lo preceptuado por los artículos 1.418, 1.421, 1.423 y concordantes del Código civil; que en este sentido se pronuncian las Sentencias de 7 de abril de 1900 y 1 de junio de 1926, y las Resoluciones de 2 de agosto de 1917 y 23 de abril de 1919; que en cuanto al último defecto es fundamental saber si la casa se construyó constante matrimonio o no, ya que el artículo 1.404 del Código civil determina que serán gananciales los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, y resulta evidente que si el viudo ha construido constante matrimonio no puede disponer libremente de la casa como lo hace, existiendo reiterada jurisprudencia en este sentido.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo en consideración además; que no puede impedirse al funcionario calificador tener a la vista las escrituras anteriores necesarias para verificar las situaciones actuales; que las declaraciones de los interesados en el supuesto actual no pueden aceptarse como prueba definitiva (confesión extrajudicial) capaz de enervar la presunción de ganancialidad de los bienes en litigio; que partiendo de la base del carácter ganancial de los citados bienes, una vez disueltas las sociedades matrimoniales, es necesaria la liquidación, operación de capital importancia de la que puede surgir un riesgo para los acreedores de tal sociedad, razón que justifica el apartado tercero de la nota impugnada; que en cuanto al último defecto que la nota señala no puede el funcionario calificador aceptar, sin más, la manifestación que se hace en la escritura sin mencionar si tal edificación fue construida constante el primero o el segundo matrimonio, o ya en estado de viudez, por ser muy distintas las consecuencias en uno u otro caso.

Doctrina.—“Considerando que en este recurso gubernativo son dos las cuestiones fundamentales que se plantean, a saber, una primera, relativa a la no presentación de las escrituras de partición de herencia de 22 de junio de 1962 y 18 de diciembre de 1969, que el Registrador estima necesarias para la calificación, por ser antecedente obligado de la escritura discutida; y una segunda, que hace referencia al valor que ha de darse a la aseveración hecha por los hijos y herederos de la primera esposa, y por uno de ellos, como único heredero de la segunda, una vez disueltos los dos matrimonios contraídos por el padre, de que los bienes discutidos pertenecían con carácter privativo al cónyuge sobreviviente por reconocérsele ese origen al precio de su adquisición.”

“Considerando que como resumen de los antecedentes de hecho procede destacar lo siguiente: a) en escritura de 18 de diciembre de 1969 se proce-

dió por todos los interesados a liquidar la sociedad conyugal formada por don Salvador Puche y su primera esposa y a la adjudicación de los bienes hereditarios existentes a su fallecimiento, y lo mismo se habría hecho anteriormente, en escritura de 22 de junio de 1962 respecto de los bienes habidos en la sociedad conyugal con la segunda esposa, y ambas escrituras fueron inscritas en el Registro de la Propiedad; b) cuatro inmuebles que en los libros registrales aparecen inscritos como gananciales —dos adquiridos por el marido durante el primer matrimonio y los otros dos durante el segundo— y que no se habían incluido en las respectivas particiones anteriores, son ahora donadas en la escritura calificada, por el viudo comprador a sus tres hijos, previa aclaración por parte de todos de que tales fincas eran privativas al haberse adquirido con dinero propio del marido.”

“Considerando que a la vista de lo expuesto, no parece que sea necesario la presentación de las escrituras indicadas en la nota recurrida, pues aparte de que por haber sido en su día inscrita, figura su contenido en los libros del Registro con los elementos de juicio necesarios para la calificación se advierte que en las mismas no se ha realizado operación alguna en relación a las cuatro fincas objeto del debate que al estar inscritas en el registro, de acuerdo con la presunción del artículo 1.407 del Código civil, con una naturaleza presumiblemente ganancial, van a provocar el estudio de la cuestión controvertida.”

“Considerando que en primer lugar se hace necesario recordar el alcance que este Centro Directivo ha atribuido a la confesión hecha por los esposos durante el matrimonio para enervar la presunción establecida en el artículo 1.407 del Código civil y principalmente en la Resolución de 11 de marzo de 1957 que adoptó una postura negativa, fundándose en que la confesión requiere por parte del que la hace, no sólo capacidad, sino también legitimación y que de acuerdo con el artículo 1.232 del Código civil cuando verse sobre materia sustraída por ley imperativa a la autonomía de la voluntad, carece de su normal eficacia, ya que de no ser así se lograría por vía de confesión lo que no puede obtenerse por vía legal, o sea, una donación entre esposos, declarada nula por el artículo 1.334 del Código civil.”

“Considerando que una vez disuelta la sociedad conyugal deja, sin embargo, de tener eficacia la anterior doctrina, por haber cesado las razones que constituían su fundamento, ya que ha desaparecido el peligro de que a través de una confesión del otro esposo se hubiese podido alterar el régimen económico del matrimonio —hoy día, y tras la reforma del Código civil sin modificación de capitulaciones matrimoniales— o se dé una donación entre cónyuges, prohibida por el artículo 1.334, por lo que ahora habrá de examinarse, si en este momento puede ser desvirtuada la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil a través de alguno de los medios de prueba admitidos en nuestro Derecho.”

“Considerando que la unánime manifestación de todos los interesados en la liquidación de las dos sociedades de gananciales ya disueltas, en el sentido de que el dinero con que se verificaron las compras de las fincas discutidas era privativo del marido, como prueba de confesión no sería suficiente para desvirtuar la presunción legal del artículo 1.407 del Código civil, dando que la declaración del propio esposo supérstite no podría por

sí sola tener el valor de transformar la naturaleza jurídica de los bienes inscritos, y nada añadiría a ello lo manifestado por los demás interesados, pues al no referirse a hechos personales de éstos —art. 1.231 del Código civil— no tendría la eficacia propia de la confesión extrajudicial, pero en cambio, tal manifestación unánime junto con la circunstancia de que al verificarse en su día las respectivas particiones de las esposas difuntas no se incluyeron los inmuebles indicados, sirve para mostrarnos que a través del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 de Código civil se está ante una presunción de hecho capaz de destruir la presunción del artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal.”

“Considerando que a mayor abundamiento no ofrece ninguna duda la validez y eficacia de la escritura calificada en el plano civil, pues es obvio que al ser todos los adjudicatarios de los bienes, como únicos interesados en la herencia, mayores de edad, y con la libre administración de sus bienes, pueden al amparo del artículo 1.058 del Código civil distribuirla de modo que tengan por conveniente, y tampoco existe obstáculo desde el punto de vista de los principios hipotecarios, pues al poder tener reflejo en los libros registrales mediante la nota marginal establecida en el último párrafo del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, el carácter privativo que siempre tuvo el precio de adquisición de los bienes, queda rectificado el Registro, y cumplido con el acto dispositivo —donación— hecho por su titular el principio de tracto sucesivo.”

“Considerando, por tanto, que ya no es necesario entrar en el examen de los defectos 3.º y 4.º de la nota, que no son más que una consecuencia obligada del defecto 2.º»

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Como apunta la Resolución que vamos a comentar, dos solamente son las cuestiones fundamentales que en ella se abordan, procedentes de la nota puesta por el Registrador al calificar el documento. Entiendo que las dos cuestiones son de sumo interés y las dos están enlazadas con el problema de la calificación.

En la primera se trata de solucionar el problema de si el Registrador en su calificación puede o no exigir determinados documentos. Esto es, si la ley le permite para mejor realizar su función solicitar de los interesados documentos que ya están inscritos. Sin adelantar acontecimientos creo que el tema roza seriamente el ámbito en que tradicionalmente se mueve la función y se me antoja que restringirla más de lo que está puede suponer un serio atentado a su doble proyección de control y creación. Luego lo veremos.

El segundo problema tiene más garra de galería, pues es un tema que no creo se haya tratado por los autores, ya que los mismos lo han dado por supuesto sin pararse a pensar en la “cronología” de la prueba ganancial o parafernial de los bienes que pesuntivamente figuran en el Registro como gananciales.

Ambos temas dan, por supuesto, margen para que en este comentario los separemos y tratemos como cuestión independiente, aunque en el recurso estén íntimamente unidos. Elegimos el orden marcado por la nota califi-

cadora y primero abordamos el de la calificación y segundo el de la prueba ganancial o privativa de los bienes.

A) *Instrumento de calificación.*—Dijo ROCA SASTRE hace mucho tiempo (en su obra "Instituciones de Derecho Hipotecario", tomo I, segunda edición, Barcelona 1945, pág. 616), que como instrumentos para verificar la calificación, dejando aparte el Derecho aplicable, el Registrador dispone de los "documentos" presentados y de los "asientos" con ellos relacionados. Las noticias particulares obtenidas por sí o por otra persona, de palabra o por escrito o en instancia no comprendida en los documentos presentados, no deben ser tenidas en cuenta. Ni siquiera se le admiten "conjeturas". Pero cabe preguntar, si cuando en esos documentos faltan datos para calificar, puede o no exigir la presentación de otros documentos. Hay que contestar afirmativamente, según dice el autor citado, y así lo ha entendido la Dirección en Resoluciones de 20 de febrero de 1879, 11 de noviembre de 1880, 15 de abril de 1884, 31 de enero y 15 de marzo de 1887, 24 de octubre de 1899, 14 de febrero de 1916, 12 de diciembre de 1923, 23 de marzo de 1926, 20 de diciembre de 1932 y otras.

Resulta sumamente difícil llegar a una explicación de la razón por la que la Dirección cambia de criterio y en esta Resolución que comentamos dice que "no parece que sea necesario la presentación de las escrituras indicadas en la nota recurrida, pues aparte de que por haber sido inscritas en su día, figura su contenido en los libros del Registro con los elementos de juicio necesarios para la calificación, se advierte que en las mismas no se ha realizado operación alguna en relación a las cuatro fincas objeto del debate...". Creo que se hace preciso restringir esta doctrina al caso particular, pues generalizarla supondría un serio obstáculo que debe sumarse a las grandes dificultades que lleva consigo la calificación y sus estrechos límites.

Restringir esta facultad del Registrador de solicitar la presentación de documentos, aunque estén inscritos, es no querer reconocer que el asiento o asientos registrales que provocan las escrituras discutidas es o son distintos del contenido de las escrituras. Es decir, que aun partiendo de ser el asiento registral un extracto del título, se convierte en algo distinto, con vida propia y con unos requisitos que sirven a una exclusiva finalidad: la protección del tráfico jurídico. Determinadas circunstancias, requisitos, obligaciones, etc., quedan fuera de la inscripción por no tener el carácter de real que exige la ley para ser publicadas. De ahí que me adhiera inicialmente a todas y cada una de las alegaciones que el Registrador vierte en su nota y en la defensa que de la misma hace.

El Registrador puede exigir la presentación de esos documentos, aun estando inscritos, y caso de que no se le presenten denegará o suspenderá la inscripción por el defecto subsanable o insubsanable de esa falta de presentación. El recurso debe decidir no «si es o no necesario» la presentación de esa escritura, sino si el defecto es o no subsanable. Realmente lo que se decide es más grave: que la falta de presentación de esos documentos no es defecto ni subsanable, ni insubsanable. Cuando el Registrador solicita la presentación de esos documentos no es que pretenda "volver a calificar" lo que ya está inscrito (cosa que la Ley no autoriza, pues la posible "dis-

crepancia” en la calificación se da únicamente en el caso del recurso gubernativo cuando el informante es distinto del calificador, art. 115, y en el supuesto del Registro “compartido”, art. 485 del Reglamento Hipotecario), sino que partiendo de una calificación intocable, pues al practicarse las inscripciones en base de aquellos documentos los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales, necesitaba el apoyo de aquellos documentos “tenidos a la vista” por el Notario para poder calificar los nuevos documentos que son objeto de discusión.

La Dirección General trata de apoyar su afirmación, ceñida a este caso concreto, con un argumento más al decir que en dichos documentos o escrituras que el Registrador exigía para su calificación “no se ha realizado operación alguna en relación a las cuatro fincas objeto del debate”, esto es, en las escrituras de partición de las dos esposas de don Salvador Puche García, en las que se excluyeron las fincas citadas por estar inscritas como gananciales. Creo que precisamente por eso, por no haberse hecho operación alguna sobre dichas fincas, es quizá por lo que el Registrador podría exigir esa presentación a los efectos de comprobar si todo ello era legal en la escritura “aclaratoria” que se le presenta, aparte de que el hecho de la exclusión parece ser decisivo en cuestión de prueba para la Dirección, ya que en uno de los Considerandos basa todo su razonamiento en una manifestación “unánime” y en la “circunstancia” de que al verificarse en su día las respectivas particiones de las esposas difuntas no se incluyeran los inmuebles indicados, lo cual supone, de entrada, un falseamiento —en contra de la publicidad registral— en los respectivos inventarios, pues si los bienes registralmente figuraban como gananciales en el Registro era preciso hacer constar en esas escrituras su exclusión del inventario, pero su exclusión expresa y no tácita que obliga posteriormente al otorgamiento de una escritura “adicional” en la que se monta el artificio de la prueba “contra Registro”.

Claro que si por la Dirección General se hubiera aceptado ese defecto y, sin embargo, se hubiese declarado probado el carácter privativo de los bienes de nada le serviría al Registrador que le presentasen unos documentos “a posteriori” sobre una cuestión ya decidida. Entiendo que la Dirección General debió reconocer ese defecto argumentando que, a pesar de ello, estimaba probado contra Registro el carácter privativo de los bienes. Así no se volvería a poner en duda esa facultad del Registrador de poder exigir los documentos necesarios para una acertada calificación.

B) *La prueba contra presunciones.*—El segundo y fundamental tema del recurso es la destrucción de una presunción legal que establece el Código civil en su artículo 1.407 a favor de la adquisición ganancial y que viene reforzada o reflejada con la constatación registral de dicho carácter en virtud de lo que dispone el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Hay en el informe del Notario en defensa de su postura una frase que me intimida al calificar de muy rigurosa la postura del Tribunal Supremo y de la Dirección General en orden a la prueba que destruya la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil, añadiendo que “no se puede exigir el mismo rigor durante la vigencia del matrimonio que una vez disuelto éste”. Esta frase parece chocar un poco con esa primitiva idea

que a mi juicio preside el momento de la prueba contraria a la presunción. Registralmente la prueba ha de hacerse antes o simultáneamente a la extensión del asiento o durante la vida de éste, haciéndose constar su resultado al margen de la inscripción. Civilmente la prueba se desplaza, si no se hace en el momento de la adquisición, a cualquiera de estos dos que la exigen: en el momento de disposición de los bienes o en el de la liquidación de la sociedad conyugal.

No acabo de comprender muy bien la razón en la que se apoya el Notario para afirmar que la prueba "posterior" al matrimonio —una vez disuelto éste— debe tener menor rigor que la anterior. Cuando el matrimonio tiene vigencia hay dos intereses en lucha: marido y mujer, mientras que a la hora de la disolución entran en juego los intereses de los herederos de uno y otro. Tiene forzosamente que haber alguna otra razón que a mí no se me alcanza, por la que esa afirmación tenga su explicación.

Tampoco es muy convincente el argumento que la Dirección General emplea para dar como buena la prueba en contra de la presunción, pero aquí, a diferencia de lo que afirma el Notario, la Dirección trata de justificar esa posible falta de "rigor" después de disuelto el matrimonio. La confesión extrajudicial —mediatizada por el art. 1.232 del Código civil— realizada para cambiar la naturaleza ganancial o privativa de unos bienes puede llevar a puerto una donación entre cónyuges o una alteración de capítulos matrimoniales, cosas ambas que pueden provocar nulidad conforme el artículo 1.334 del Código civil y 1.320 (si no se hace en escritura pública). En cambio realizada posteriormente desaparecen estos obstáculos, pero a mi entender surgen otros que ya la Dirección apunta: la confesión de los herederos no recae "sobre hechos personales del confesante", lo cual le quita legitimación para hacerla, pero lo más grave es que al no haberla hecho en las particiones en la que se excluyeron los bienes que se entienden privativos y no gananciales, existe una especie de "ocultación" fiscal (ocultación que la Dirección entiende suponer un hecho que unido a la manifestación de los herederos puede suponer un principio de prueba) que puede muy bien incluirse en lo que podríamos considerar como "sustrafda al imperio de la voluntad y su autonomía". ¿Es cierto que ese hecho de ocultación supone una presunción de hecho capaz de destruir la presunción legal? O lo que es lo mismo: la presunción del artículo 1.253 —presunción de hecho—, ¿es capaz de desvirtuar la del artículo 1.407 del Código civil? Sin negar eficacia y sustantividad a esa forma o medio de prueba, es evidente que generalizar esa doctrina puede llevar a conclusiones difícilmente controlables donde la fuerza de unos hechos —preconstituidos— y una conducta posterior enlazada con los mismos, permite desvirtuar presunciones legales.

Penetrar en ese campo procesal de la prueba —aplicada al sistema registral— resulta sumamente difícil, pero rozarlo quizá sea importante. Decía CASTÁN TOBEÑAS ("Derecho civil español, común y foral", tomo I. Madrid, 1949, pág. 816) que estas presunciones de hechos o judiciales "son las únicas que constituyen medio de prueba", aunque yo entienda que si la presunción la consideramos como "consecuencia" no puede reputarse como verdadero medio de prueba. Lo alarmante del caso es que CASTÁN decía que de ellas hay que hacer uso especialmente en aquellos casos, como los

de simulación y actos fraudulentos en que se trata de comprobar hechos que han querido tener secretos sus autores.

La apreciación de los hechos —aun siendo fraudulentos— debe estar basada en una prueba acreditada —registralmente en este caso— y ya inicialmente se le niega al Registrador su apreciación al considerar que no deben ser presentadas las escrituras de partición en las que se excluyen los bienes que ahora se estima como privativos. Es decir, el hecho de la ocultación se le niega al Registrador, exigiéndosele luego que sobre ese hecho que él no puede comprobar o no le dejan comprobar “induzca” una consecuencia que suponga un enlace entre el mismo y la manifestación de los herederos de que los bienes eran privativos. Que todo ese entramado pretenda alegarse como base para desvirtuar una presunción legal me parece excesivo. Quizá hasta de pobreza argumental.

La fuerza que pueda tener —aun en contra de la ley testamentaria que es la voluntad del testador— el conjunto de voluntades de unos herederos mayores de edad en orden a verificar la partición, conforme dispone el artículo 1.058 del Código civil sobre la normativa legal es cosa difícil de precisar. La *distribución* del modo más conveniente yo creo que no llega a los límites insospechados que la Dirección le quiere atribuir. Distribuir es repartir en la forma que quieran los herederos (y no en forma igualitaria, por ejemplo) el caudal inventariado, pero no excluir del mismo unos bienes y en base de esa exclusión evitar una liquidación de gananciales y una trayectoria marcada por una presunción legal. Los interesados podrán dentro de esa presunción legal, moverse arbitrariamente y adjudicar la totalidad de una finca, aun siendo ganancial, a un heredero, pero lo que creo que es difícil de admitir es que partiendo de que una finca sea ganancial los herederos la estimen y reconozcan como privativa. Ya sé que en este peculiar caso no había lesión de intereses para nadie y que hasta fiscalmente, en última instancia, han venido a satisfacer el impuesto correspondiente, pero eso no obsta para que fuera precisa una liquidación de sociedad conyugal con la inclusión de los bienes que resultaron ocultados en dos particiones y que por ser menores de edad algunos de los herederos no pudieron “reconocer” como privativos.

En el comentario que hace a esta Resolución CARRETERO GARCÍA (Rev. Cr. Dr. Inmobiliario, núm. 510, septiembre-octubre, pág. 1225, año 1975) precisa con su fino sentido del humor que la Dirección, después de exprimir argumentos en pro de su solución, lo que en el fondo viene a aplicar es la unánime voluntad de unos herederos mayores de edad que junto con el viudo hacen y deshacen lo que tienen por conveniente, “Por ello opino —dice el autor citado— que habría sido un camino más directo trasladar el problema del campo de la prueba al campo de lo que pudiéramos llamar “liquidaciones compendiosas”, que al fin y al cabo es lo que hace el considerando penúltimo con su apelación al 1.058 y a la circunstancia de que comparecen todos los interesados en las herencias y liquidaciones de sociedades conyugales, siendo mayores de edad y con la libre administración de los bienes”.

El obstáculo final que había que salvar para que los herederos y el viudo pudieran llevar al Registro una partición de bienes en la que el carácter

ganancial de los mismos exigía una previa liquidación de la sociedad conyugal lo salva la Dirección, entendiendo que todo ese entramado de aseveraciones de los herederos, enlazado con el hecho de haber excluido de las primitivas particiones los bienes cuestionados, y la voluntad unánime de herederos y viudo sobre el carácter privativo de los bienes, son prueba más que suficiente para que registralmente se rectifique la aseveración registral y se haga constar por nota marginal el carácter privativo de los bienes. Con ello se resuelve el tremendo problema del tracto sucesivo que era un serio obstáculo sin que se realizase una liquidación de la sociedad conyugal.

Creo que habría que haber diferenciado en la argumentación básica que la Dirección utiliza entre lo que puede significar prueba del hecho contrario a la publicidad registral y el criterio de unanimidad parcial. Lo primero puede ser un argumento serio, si fructifica la idea de la presunción de hechos, pero lo segundo es inadmisibile. Si los bienes registralmente son gananciales se hace preciso que, sin convertirlos en privativos, se practique la correspondiente liquidación de la sociedad conyugal y que los mismos se adjudiquen como bien entiendan los herederos, pero sin utilizar el recurso de la nota marginal milagrosa que los excluye de la partición. No queda bien claro en la Resolución esta diferenciación y al proyectarse todo ello sobre el caso concreto se identifica la prueba con la libertad de distribución, cosas ambas diferentes y peligrosamente asimilables.

Queda un problema cronológico de la "construcción" que apunta muy certeramente el Registrador en su nota. Si la construcción se hizo en estado de viudez del constructor o durante uno de sus matrimonios. El efecto presuntivo de los gananciales convertidos en privativos debe retrotraerse al momento de la adquisición si a la letra de la Resolución le damos el valor que parece tener, pues dice que "el carácter privativo *que siempre* tuvo el precio de adquisición". Y la solución dependerá de que a las manifestaciones de herederos y viudo le demos el carácter de prueba, con efectos retroactivos o que estimemos que los herederos por unanimidad hagan la partición distribuyendo los bienes como quisieren. En el primer caso habría retroactividad y en el segundo se seguirían planteando problemas de índole ganancial y liquidación de sociedad conyugal.

COMPRAVENTA.—CALIFICACIÓN DEL CARÁCTER DEL PRECIO.—PARA QUE PUEDA INSCRIBIRSE EL INMUEBLE CON EL CARÁCTER DE PARAFERNAL HA DE PROBARSE DE FORMA INNEGABLE EL ORIGEN PRIVATIVO DEL PRECIO DE ADQUISICIÓN. (Resolución de 19 de junio de 1975, "B. O. E." de 30 de junio de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Luis Solano Aza contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Vigo a hacer constar en una inscripción de compraventa el carácter parafernalo de la misma, en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que mediante escritura autorizada por el Notario recurrente el 2 de noviembre, señalada con el número 4.761 del protocolo general, don Andrés Amado Súnico vendió a doña Blanca García González, asistida

de su esposo don Amalio Gimeno Linares, Conde de Gimeno, una finca sita en el barrio de Sayanes, parroquia de San Miguel de Oya, del municipio de Vigo, denominada "Corbeira", cuya extensión y linderos se consignan en tal instrumento y en el que, entre otras cláusulas, se establece que el precio de la compraventa, según manifiestan los otorgantes, es el de pesetas 95.000; que el vendedor confiesa tener recibida dicha suma, antes de este acto de la compradora, por lo que formaliza a su favor la correspondiente carta de pago, y la adquirente manifiesta, y su esposo lo confirma, que el dinero precio de la compraventa es de su privativa propiedad, procedente de la venta de nueve acciones del Banco Hispano Americano, 16 del Banco Español de Crédito, nueve de López Quesada y tres de Iberduero; que a la primera copia de esta escritura se acompañará justificante de la fecha de su matrimonio, pólizas de operaciones al contado de fecha anterior a su matrimonio comprensivas de las expresadas acciones y orden de venta y comunicación del Banco Comercial Trasatlántico de que se ha abonado el importe de la venta de las referidas acciones; que doña Blanca García González solicita del señor Registrador de la Propiedad la inscripción de dicha compraventa con carácter parafernial.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Inscrito el precedente documento a favor de doña Blanca García González en el tomo 135 de Vigo, sección 3.ª, folio 64 vuelto, finca 16.281, inscripción 2.ª, sin que este asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de la finca, según dispone la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

No se inscribió con carácter parafernial, a pesar de haberse así solicitado porque los documentos que se acompañan, aparte de no ser auténticos, no justifican que el dinero procedente de las operaciones a que se refieren sea precisamente el invertido en esta compraventa."

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la nota contradice el principio de rogación de nuestro sistema registral, toda vez que, pese a la solicitud de la compradora de que se inscribiera la finca adquirida a su nombre con carácter parafernial, el señor Registrador hizo expresamente constar que la inscripción a nombre de aquélla no prejuzgaba la naturaleza privativa o ganancial, es decir, que efectuó tal inscripción conforme a la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, cuando lo solicitado era que se practicara conforme a lo dispuesto en su norma 3.ª; que no se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, privándose a los interesados de poder subsanar las faltas u omisiones que impedirían la inscripción solicitada y, en consecuencia, ejercitar los derechos previstos en tal artículo; que se incumplen también las disposiciones del artículo 65 de la Ley Hipotecaria, que distingue las faltas subsanables de las insubsanables, impidiendo por tanto a la compradora una posible solicitud de anotación preventiva, toda vez que la nota recurrida no matiza la menor diferencia entre tales posibles faltas; que los documentos acompañados a la escritura son auténticos, tanto el libro de familia acreditativo de la fecha del matrimonio como las pólizas de compras de valores que acreditan su adquisición por la compradora en estado de soltera, teniendo por tanto

carácter parafernál; que si bien dichos documentos no son los originales, sino tan sólo fotocopias, éstas tienen el mismo valor de los originales respectivos cuando son autenticados por Notario, conforme a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial; que en cuanto a la afirmación contenida en la nota de que no se ha acreditado que el dinero procedente de las operaciones de venta de valores de la compradora, adquiridos en estado de soltera, sea precisamente el mismo invertido en la compra de la finca referida, supondría un principio de desconfianza conforme al cual sería poco menos que imposible la inscripción como bienes privativos de los cónyuges en las compras verificadas por cualquiera de ellos en régimen de gananciales, con lo cual resultaría letra muerta la regla 3.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario; que tanto la doctrina como la jurisprudencia han procurado facilitar la demostración de la propiedad privativa o parafernál del precio, y así la Resolución de la Dirección General de 13 de septiembre de 1926 sostiene que tal demostración no puede exigirse en forma contradictoria y con las particularidades de un juicio declarativo, sino que debe ser practicada con documentos y manifestaciones que garanticen suficientemente la legalidad del acto inscribible, de suerte que, para demostrar el carácter parafernál de los bienes adquiridos por la esposa durante su matrimonio, ha de reputarse suficiente la declaración hecha por a adquirente de que el dinero es exclusivamente suyo, con el asentimiento del marido y la aportación de documentos que demuestren el ingreso de cierta cantidad de dinero en su patrimonio peculiar; que, según Roca Sastre, la demostración documental de que el dinero es de carácter parafernál de la esposa adquirente debe simplemente acreditar la preexistencia de tal dinero en el patrimonio parafernál de la esposa, lo cual se logrará acreditando que con anterioridad ingresó a título de sucesión, venta u otro concepto el dinero que sirvió de precio a la compra; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1965 dio por buena la declaración del Tribunal de Instancia de que una mujer casada había adquirido un piso con el producto de la venta de unos valores mobiliarios que había adquirido antes de casarse, habiendo hecho constar en la escritura de compra que el pago del precio lo verificaba con el importe de la venta de aquellos valores mobiliarios por cuya razón dicho piso adquirido tenía carácter parafernál; que comentando esta Sentencia afirma Vallet de Goytisolo que no es preciso que el dinero parafernál se individualice específicamente, bastando que lo sea cualitativamente; que en la nota calificadora se ha calculado el principio de rogación al inscribir un documento público en forma no ya distinta, sino contradictoria con lo solicitado en aquél, incumpliendo además las disposiciones de los artículos 19 y 65 de la Ley Hipotecaria; que aun cuando los interesados hubieran logrado obtener la nota marginal prevista en el último apartado del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, de constancia de tal carácter parafernál, se continúe la tramitación del presente recurso, dada la importancia teórica y práctica de las cuestiones que en él se plantean a efectos puramente doctrinales conforme a lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario;

Resultando que el Registrador informó que en la nota calificadora no se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, ya que

el Oficial de la Notaría, presentante del documento calificado, prestó su conformidad a que el asiento se practicara en la forma en que se hizo; que las fotocopias de los documentos que se acompañaron a la copia de la escritura no estaban autenticados por el Notario; que ninguno de los documentos presentados es auténtico, ya que por lo que se refiere a las pólizas de compra se trata de segundas fotocopias, en las que las diligencias de autenticación notarial aparecen también fotocopiadas, no en original, y los abonos del Banco Comercial Trasatlántico con los que se pretende acreditar la venta de las acciones y mediante ella el ingreso en el patrimonio de la adquirente del importe del precio, no aparecen autenticados, pero aunque lo estuvieran tampoco serían documentos auténticos a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.216 del Código civil; que prestada en la forma antedicha la conformidad del presentante, ni se infringió el principio de rogación, ni ha lugar a tomar anotación preventiva; que al no considerar justificado que el dinero procedente de la venta de valores de la compradora sea precisamente el invertido en la compraventa, el Registrador al ejercitar el derecho y el deber que le asiste de extender su calificación a todas las consecuencias previsibles que se puedan derivar del acto sometido a su estudio, ha tenido muy en cuenta el distinto grado de gravedad que podría desprenderse de un posible error, según éste consistiese en exceso o defecto de rigor aplicado al valorar la prueba; que el perjuicio ocasionando en el primer caso al adquirente es nulo. Tiene a su favor una escritura pública que declara el carácter parafernial de la cosa y el Registro no la contradice, se limita a no prejuzgar; que, por el contrario, la inscripción como bienes privativos de los que pueden no serlo acarrea una serie de infracciones legales y perjuicio a terceros incalculables, por ejemplo: donaciones entre cónyuges, modificación posterior al matrimonio de su régimen económico, lesiones de intereses acreedores y herederos legitimarios, sobre todo en este caso en que uno de los cónyuges es casado en segundas nupcias, sin que conste en los documentos calificados si existen o no hijos del primer matrimonio ni si se ha practicado la liquidación de la anterior sociedad conyugal; que está de acuerdo con el Notario recurrente en que con el criterio aplicado a la nota recurrida resultaría poco menos que imposible la inscripción como bienes privativos de los cónyuges las compras verificadas por ellos, pero que esto ya lo habían advertido antes todos los tratadistas de Derecho Hipotecario que se han ocupado del tema; así Vallet de Goytisolo: "el Registro de la Propiedad no puede declarar algo que únicamente los Tribunales podrán decidir en su día, y mientras los Tribunales no fallen definitivamente no se puede tener la certeza plena acerca de si serán gananciales, parafernales o dotales o privativos del marido los bienes a que se refiere el artículo 1.407 del Código civil", y en el mismo sentido Roca Sastre, La Rica, Martínez Santoja y otros; que tampoco a la Dirección General le ha pasado inadvertida esta dificultad, y así lo expresó en la Resolución de 22 de diciembre de 1933; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 1926, en que apoya el recurrente sus tesis, podría considerarse como ya superada por las múltiples reformas experimentadas por el ordenamiento jurídico hipotecario, y entre ellas la del Reglamento de 1959; que en esta última el le-

gislador, reconociendo sin duda la ardua misión del Registrador al tener que apreciar una prueba forzosamente achacada, y por lo tanto manejada exclusivamente por quienes tienen un evidente interés económico en el asunto, que muchas veces podrá ser legítimo, pero otras no, establece una norma, la 2.ª del artículo 95, que le concede a éste una privilegiada facultad que ningún otro juzgador tiene: fallar sin resolver; que a la vista de este texto legal no parece verosímil que la Dirección se hubiera pronunciado como antes lo hizo; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1965, que aduce el recurrente en apoyo de su tesis, como todas las que se pronuncian en la jurisdicción civil, no puede tener la menor influencia en la aplicación del artículo 95 del Reglamento a la mecánica registral, ya que se producen en juicios contradictorios con todos los trámites de prueba aportados por ambas partes, que no se le ofrecen al Registrador al calificar los documentos presentados; y en consecuencia la dificultad que estos funcionarios tienen al descartar la posible duplicidad de uso de la contraprestación privativa no la padecen los Tribunales de Justicia, porque de existir surgiría patente en el período probatorio, y además si aceptásemos el valor vinculante de su doctrina para el Registrador, tendría éste que infringir abiertamente la regla 2.ª del repetido artículo 95; que es sumamente discutible la legitimación activa del Notario para interponer este recurso aun reconociendo la facultad que le concede el artículo 112 del Reglamento; que en la escritura por él autorizada el precio es confesado, y según manifiestan los otorgantes, de 95.000 pesetas, y en el expediente de comprobación de valores instruido por la Abogacía del Estado en Vigo para la liquidación del Impuesto de Transmisiones se fijó, según se acredita con la certificación correspondiente archivada en esta Oficina, un valor a la finca transmitida de 201.560 pesetas, cantidad muy superior a la que se pretende justificar como contraprestación privativa y que fue aceptada por el contribuyente, ya que no la impugnó; que no aparecen claras las motivaciones que puedan justificar la intervención del Notario como actor en este expediente, ya que la nota recurrida no afecta para nada a la corrección del otorgamiento, sino a hechos ajenos a el que le fueron manifestados y a los que no se extiende la fe notarial.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, sin entrar en el fondo de la cuestión, apreció falta de personalidad en el Notario recurrente en base al artículo 112-3.º del Reglamento Hipotecario, que no puede interpretarse con tal amplitud ya que la acción impugnatoria comprende exclusivamente aquellos actos registrales en que se suspenda o deniegue la inscripción del instrumento notarial, pero no cuando surta los efectos jurídicos que le son propios.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura apeló, insistiendo en que tenía personalidad para interponer el recurso.

Resultando que la Dirección General, en fecha 11 de noviembre, acordó reconocer personalidad al Notario recurrente y devolver el expediente al Presidente de la Audiencia para la resolución del recurso gubernativo planteado, en base a que aun atendidas las acertadas razones del Auto presidencial por las que no debiera examinarse este recurso, dado que la escritura calificada ha sido inscrita, el especial planteamiento con que el

mismo se ha suscitado por el funcionario calificador al no haber tenido acceso a los libros registrales la cláusula discutida con el carácter solicitado, según expresa la nota de calificación, y dado que el artículo 112-3.º del Reglamento Hipotecario vigente —a diferencia de lo que acontecía antes de la reforma de 1947— concede al Notario autorizante de la escritura el poder promover “en todo caso” el recurso gubernativo, es forzoso concluir que habrá que reconocerle personalidad para poder interponerlo.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando que no ha habido conculcación del principio de rogación, ya que, como afirma el Registrador, el presentante del documento prestó su conformidad para que se practicase la inscripción, según la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, ni tampoco se han infringido las disposiciones de los artículos 19 y 65 de la Ley Hipotecaria que se refieren a supuestos fácticos distintos del contemplado; y que el funcionario calificador ha hecho uso adecuado de las facultades discrecionales que le confieren las reglas 2.ª y 3.ª del artículo 95 citado para dar por probado el carácter parafernalo de privativo del precio de la venta.

Doctrina.—“Considerando que antes de dilucidar el fondo del presente recurso conviene entrar en el examen de una cuestión que relacionada con el mismo se ha planteado por el Notario en su informe, y que hace referencia a la posible vulneración por parte del Registrador del principio de rogación al no corresponder la inscripción practicada, con la petición contenida en la cláusula 3.ª de la escritura calificada.”

“Considerando que el carácter rogado que tiene la actuación registral no es más que una consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, y de ahí que este Centro Directivo haya declarado reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento —salvo casos excepcionales— sin que hayan sido solicitados expresamente por los interesados, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, y mediante la presentación de los documentos que eran pertinentes al caso concreto.”

“Considerando que la representación a que alude el párrafo d) del mencionado artículo 6.º de la Ley, se encuentra sumamente facilitada en nuestra Legislación Hipotecaria, ya que la existencia del poder, según el artículo 39 del Reglamento, queda justificada por la sola presentación de los documentos en el Registro por la persona que solicite la inscripción, quien como tal mandatario estará facultado para intervenir en las incidencias que puedan producirse, pero si la petición de un asiento concreto, y bajo determinadas circunstancias se contiene expresamente en el propio documento presentado, y los términos de la inscripción van a ser diferentes del solicitado, deberá extremarse el cuidado tanto por parte del presentante del título que deberá asegurarse de la aquiescencia de los interesados a la variación a introducir, como por parte del funcionario calificador, que en buena técnica hipotecaria y una vez obtenido aquel consentimiento —al igual que en otros casos, v. gr. art. 434 Reglamento Hipotecario— debería hacer constar esta circunstancia en el asiento correspondiente, y de esta forma se evitaría que pudiera practicarse un asiento no querido por los

interesados, y que al estar bajo la salvaguardia de los Tribunales ha de producir, según el artículo 1.º de la Ley, todos los efectos legales.”

“Considerando que aun cuando este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado que, por regla general, no cabe el recurso gubernativo en los supuestos en que se ha realizado la inscripción del documento, la singular especialidad que ha concurrido en este caso, unido al hecho de que si no se examina ahora al fondo de la cuestión y se da por finalizado el expediente, podría replantearse de nuevo el recurso y en forma idéntica al actual, mediante la solicitud de extensión de la nota marginal a que hace referencia el último párrafo del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, por lo que se conculcarían los principios de celeridad y economía procesal que han de presidir toda actuación administrativa, circunstancias éstas que movieron a este Centro a reconocer la personalidad del Notario recurrente, y que obligan ahora a examinar los problemas de fondo debatidos.”

“Considerando que el Notario podrá testimoniar de acuerdo con el artículo 251-3.º del Reglamento Notarial, al pie o al dorso de fotografías, que éstas corresponden a personas o cosas identificadas por el propio fedatario, y estos testimonios en los que habrán de observarse las reglas dadas para las copias, tendrán el mismo valor que éstas, por lo que fácilmente se advierte que al no reunir los documentos discutidos los anteriores requisitos, por tratarse de unas segundas fotocopias en las que no se ha hecho constar por el Notario diligencia alguna de fidelidad —e incluso en alguno de ellos no aparece esta diligencia ni aún fotocopiada— hay que concluir que carecen de la eficacia reconocida al documento público debidamente extendido en los artículos 1.216 y siguientes del Código civil y concordantes del Reglamento Notarial.”

“Considerando que al examinar las últimas de las cuestiones planteadas se hace preciso recordar la reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, que ha puesto de relieve las dificultades en que se encuentra el Registrador para apreciar las pruebas contra la presunción legal establecida en el artículo 1.407 del Código civil en los supuestos en que el precio de adquisición sea de la exclusiva propiedad de la mujer, y el distinto plano en que se encuentra el funcionario calificador respecto de Jueces y Tribunales en donde a través del juicio contradictorio con su fase de prueba se cuenta con una serie de elementos de los que carece el Registrador al ejercer su función, y que eso el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al tratar de resolver los problemas que puedan plantearse en esta materia, distingue entre aquellos bienes que tienen un carácter ganancial, aquellos otros en los que claramente aparece justificado que el precio es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente, y una situación intermedia en la que sólo aparece la aseveración de ese carácter hecha por uno de los cónyuges respecto del precio de la adquisición hecha por el otro, y en donde no se prejuzga la naturaleza del bien inscrito.”

“Considerando que en el caso debatido, aparte la falta de autenticidad de los documentos complementarios presentados, éstos no probarían de forma innegable el origen privativo del precio de adquisición del inmueble, por parte de la mujer, por lo que no podría realizarse su inscripción en la

forma solicitada, sino únicamente en la que ha tenido lugar a través de la calificación hecha por el titular del Registro.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador y lo demás acordado.”

Consideraciones críticas.—Realmente pueden reducirse a tres los problemas que aborda la presente resolución y que suponen una triple incidencia sobre una serie de principios que marcan la actuación registral: la rogación o instancia, el principio de prueba que se enlaza con el de calificación y la legitimación para entablar recurso gubernativo, aparte de los flecos jurídicos que pueden significar la categoría del documento complementario que se cfrece en compañía del inscribible.

No es fácil la selección de problemas por orden de importancia, pues horizontalmente los tres están en una línea decisiva. Lo que sucede en este caso es que el nuevo planteamiento del carácter de la adquisición de unos bienes y el juego de una presunción legal difícil de destruir, llaman poderosamente la atención del intérprete y parecen darle mayor realce. No obstante, creo que vamos a tratar igualitariamente los tres, dando preferencia de exposición a la legitimación y rogación, para después exponer el problema de la prueba.

A) *Legitimación para entablar recurso.*—No hace mucho y al filo de un comentario de la Resolución de 11 de diciembre de 1974 en estas mismas páginas, tocaba este mismo punto y hacía alusión a esa frase de “*en todo caso*” que utiliza el número 3 del artículo 112 del Reglamento Hipotecario al designar las personas legitimadas para entablar el recurso gubernativo. El caso es un poco semejante, por lo que repetir ideas no es ocioso.

Parece ser que hay que partir de un principio fundamental en este punto: solamente cabe el recurso gubernativo contra “la calificación del título hecha por el Registrador en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado” (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Para aquellos casos en los que se haya practicado la inscripción sólo cabe el recurso gubernativo a “efectos puramente doctrinales” (art. 112 del Reglamento Hipotecario).

Estas ideas vienen confirmadas por las Resoluciones de 16 de junio de 1948 y 9 de agosto de 1955 y, con ligeras variantes, por la de 14 de septiembre de 1901. La admisión del recurso cuando no se suspende o deniega la operación registral no puede basarse, por supuesto, en el artículo 112 del Reglamento Hipotecario en el que al enumerar las personas legitimadas para interponerlo faculta, en su número 3.º, al “Notario autorizante del título *en todo caso*”. Esta última frase no supone una legitimación absoluta del Notario, sino que es el producto de una evolución legislativa y jurisprudencial que supera épocas anteriores en las que sólo en ciertos casos se admitía la legitimación notarial para la interposición del recurso. Debe entenderse, por ello, que la frase en su debida redacción debe decir: “en todo caso de suspensión o denegación” el Notario autorizante del título estará legitimado para su interposición.

Aproximadamente éstos eran nuestros argumentos en el comentario citado y ahora vemos que al ser utilizados por el Presidente de la Audiencia para apreciar la falta de personalidad del recurrente, son negados por la Dirección quien acuerda reconocer personalidad al Notario recurrente, de-

voliendo el expediente al Presidente de la Audiencia para la resolución del recurso, aduciendo como uno de los argumentos la frase de "en todo caso" cuyo significado y alcance hemos expuesto según nuestro criterio.

En la Resolución que da fin al expediente la Dirección va no utiliza ese argumento. Sólo lo hace en el acuerdo de devolución al Presidente. En la Resolución habla como argumento decisivo (considerando cuarto) de "principios de celeridad y economía procesal" que se entienden como superiores al sentado por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Es bien cierto que el recurso podía plantearse o volverse a plantear por la vía de la solicitud de la extensión de una nota marginal al amparo del artículo 95, último párrafo, del Reglamento Hipotecario, pero la Dirección prefiere no llegar a esos extremos y razonando procesalmente (cosa que sería discutible dentro de la "autonomía" procedimental del recurso gubernativo) prefiere aceptar la celeridad y la economía, aunque con ello se fuerce el espíritu y la letra de la Ley. Entiendo que hubiese sido más claro alegar una indebida actuación del Registrador, al inscribir en la forma en que lo hizo (si es que su actuación puede ser calificada de indebida, cosa que luego veremos) que forzar un principio del recurso gubernativo que de ahora en adelante podrá estar sueditado a los de "celeridad y economía" procesal.

En la Resolución citada de 11 de diciembre de 1974 era más clara la "facilitación" del recurso, pues el presentador del documento accede a que se inscriba el mismo sin la cláusula que se discute y que el Registrador entiende defectuosa insubsanablemente, aunque el Notario la entienda correcta. Aquí la cosa es distinta, pues el interesado en la escritura es el que pide al Registrador que la inscripción se haga asignando a los bienes el carácter de parafernales, interviniendo posteriormente el presentador del documento que accede a que la inscripción se practique en la forma en que se hizo. Creo que hay una pequeña y sutil distinción, pues en el primer caso lo que se solicita es la total inscripción de una escritura y el presentante del documento accede a que se inscriba toda ella menos una determinada cláusula que el Registrador estima incorrecta, mientras que aquí hay una petición del interesado de que se inscriba (no toda la escritura) en "cierto sentido" la escritura cuestionada, siendo el representante del solicitante el que accede en último extremo a que se inscriba de otra forma.

Entiendo que en este juego de peticiones de inscripción, de intereses, de representaciones, etc., debe siempre quedar a salvo el derecho del Notario para poder interponer el recurso, pues el presentante del documento actúa en nombre de quien puede solicitar la inscripción, pero no en nombre del Notario autorizante de la escritura. Ahora bien, una cosa es que el Registrador al negarse a aceptar una cláusula que el Notario entiende correcta y que el presentador permite que se omita deje a salvo el derecho del Notario y otra que solicitándose por el interesado que la inscripción refleje un determinado carácter de los bienes su representante acceda a que no se haga así, pues no contradice lo que podríamos llamar "construcción jurídica" del Notario, sino un juicio de valor que él ha emitido estimando suficiente una prueba que en última instancia corresponde al Registrador. En el primer caso hay, por así decirlo, un ataque a una conformación jurídica de un negocio hecha por el Notario interpretando la voluntad de los

particulares, mientras que en el segundo caso se parte de una petición concreta basada en un simple juicio de valor.

B) *La rogación o petición de inscripción.*—Como requisito —elevado por algunos a la categoría de principio— que el trámite de la inscripción tiene es el de la petición de inscripción, partiendo de su carácter de voluntariedad dentro de nuestro sistema. La facilitación de dicho trámite en nuestra legislación es enorme hasta tal punto que se estima que el “hecho” de la presentación supone ya la petición de inscripción. Si esta facilitación es grande, también lo es al relacionar las personas legitimadas para solicitarlo, admitiéndose una especie de representación tácita (realización de negocios ajenos sin mandato) a cargo de quien hace la representación. Todo ello viene recogido en los conocidos artículos 6.º de la Ley Hipotecaria y 39 y 40 del Reglamento Hipotecario.

Claro que no todos los autores han opinado en la forma expuesta, pues se registra la opinión un tanto discutida de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (B). (“Comentarios a la Legislación Hipotecaria”, 1969, volumen I, pág. 557) quien dice que “Efectivamente, lo realizado en nombre de otro por quien no tiene su representación ni voluntaria ni legal, no puede obligar en modo alguno al interesado, el que, según se deduce de la Ley y se expresa por la jurisprudencia, le bastará con que desconozca esa actuación. Y ante esa verdad jurídica, cualquier actuación registral realizada en virtud de una presentación de documentos, a cuyo presentante no se le exigió la prueba de la representación, por aplicarse sólo la presunción de ella establecida por el citado artículo 39 del Reglamento, estará amenazada del vicio de origen de que el interesado manifieste que no concedió ninguna representación al efecto, ni el presentante es representante legal suyo. Ello motivaría necesariamente en el orden registral el que se tuviera que *declarar nula* toda la actuación basada en aquella presentación, pues no debemos olvidar, que según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no convalida a los actos que sean nulos con arreglo a las leyes”.

Aceptando esa especial forma de entender los principios en que se basa la presentación de documentos no hubiera habido problema, pues demostrada la falta de representación por parte del interesado en la inscripción, toda la actuación registral —aun estando el asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales— habría que declararla nula. Verdaderamente que aceptando esa interpretación al recurso, la legitimación para entablarlo y todas las demás cuestiones que aquí se suscitan estaban clarísimamente resueltas. ¿Pero puede aceptarse esta especial interpretación? Sólo con pensar que es rarísimo —sobre todo en ciudades en las que la gestoría administrativa está propagada y difundida— que el interesado presente el documento y que el “poder para presentar documentos registralmente hablando” no se suele otorgar, dejaría en auténtica “provisionalidad” las inscripciones que en los Registros se practicasen, son argumentos más que lógicos para rechazar tal interpretación, que de otra parte se salvaría con la teoría de la “gestión de negocios ajenos sin mandato”.

Al presentante del documento, a quien se le puede exigir el pago de honorarios (art. 614 R. H.), pero a quien se le niega la posibilidad de la interposición del recurso gubernativo (art. 112, 1.º R. H.), se le faculta, sin

embargo, para que en una "previa y rápida" consulta decida en nombre de su representado si determinada cláusula o pacto, que a juicio del Registrador no tiene transcendencia real, queda marginada de la inscripción y el documento accede al Registro en la forma en que se indica por el funcionario calificador sobre esos principios de "celeridad y economía" que invoca la Dirección General. Lo importante es saber si de verdad esta doctrina que establece el artículo 434,2 del R. H. es aplicable al caso cuestionado. En esto estoy con la Dirección General, aunque el razonamiento lo haría de otra forma.

La Dirección General dice que si la petición de un asiento concreto, y bajo determinadas circunstancias, se contiene expresamente en el propio documento presentado, y los términos de la inscripción van a ser diferentes del solicitado, deberá extremarse el cuidado tanto por parte del presentante del título, que deberá asegurarse de la aquiescencia de los interesados a la variación a introducir. Intencionadamente he reproducido la tesis de CAMY que parece ser aceptada en algo así como en su espíritu por la Dirección General, pero no creo que sea ese el camino. No creo que el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, redactado especialmente para un caso concreto, por su carácter excepcional pueda tener una aplicación extensiva a otros supuestos y concretamente a éste en el que hay una petición de inscripción en un sentido y ante ello el Registrador puede hacer dos cosas: o inscribir en ese sentido, si estima probado el hecho que lo mediatiza o no inscribir y exigir una prueba más completa de ese hecho. Lo que yo entiendo que no puede hacer nunca es inscribir "*en forma distinta*". Hemos apuntado antes el entramado negocial con sus cláusulas y la petición expresa basada en un juicio notarial a efectos del recurso y su justificación, pero creo que la diferencia también puede ser válida a la hora de juzgar la actuación del presentador del documento que pudiendo solicitar la inscripción del documento, con la exclusión de aquellas cláusulas que no tengan transcendencia real a juicio del Registrador, consienta en ello expresamente, no pueda extralimitarse en otros casos al estar mediatizada su intervención por una petición expresa de la persona a quien representa y a quien expresamente se le ha conferido esa representación para "*seguir las instrucciones del mandante*". Forzar una inscripción en sentido diferente del solicitado —aun admitiendo que el presentante del documento consienta en ello— es descender a casos en los que la actuación del Abogado sabe perdidos de antemano o del Notario otorgante de un documento conscientemente no inscribible.

Hay en el tercer considerando de la Dirección algo poco claro en orden a la expresión del "consentimiento" de los interesados en el asiento correspondiente, ya que se dice que debe asegurarse el presentante del título de la aquiescencia de los interesados en la variación a introducir. Entiendo que si el presentante del título tiene que asegurarse (y, por supuesto, demostrar documentalmente al Registrador de la variación de petición) creo que sobra la analogía del artículo 434 del R. H. y si se aplica ésta, sobra también esa "aquiescencia" y ese consentimiento de los interesados, pues la doctrina que parece emanar del artículo citado es que el presentante del título debe firmar la nota marginal de inscripción en la que se deniega el pacto o cláusula establecida sin carácter real, especificándose ello en esa

nota, como en la que se extienda al pie del título, sin que sea preciso reflejarlo en el cuerpo de la inscripción. Todo ello, "negociado" o no, pues esa circunstancia no llega al Registro, con el interesado en la inscripción.

C) *Prueba del carácter con que se adquieren los bienes.*—El juego de la presunción legal de ganancialidad para los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso y que recoge el artículo 1.407 del Código civil, es difícil de destruir, y de ahí la triple posibilidad que ofrece el artículo 95 del Reglamento Hipotecario. La rigurosidad de la prueba se ha mantenido por la doctrina, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la Dirección General.

LA RICA, al filo de la reforma reglamentaria del artículo citado, (Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, Madrid 1948, primera parte. Innovaciones, pág. 77) decía que ni la Ley ni el Reglamento dan norma alguna para esa prueba. Habrá, por tanto, que atenerse a las reglas generales de la legislación civil. Y, desde luego, considerar que la apreciación de la eficacia de la prueba es atribución de la "*exclusiva competencia del Registrador*" que en esta materia goza de amplio arbitrio —lo que como contrapartida, determina más directa responsabilidad— y debe atenerse a las reglas de la sana crítica al hacer aquella apreciación, sobre la base de documentación auténtica.

De modo que por muchas manifestaciones que el Notario pudiera hacer en la escritura, así como las que puedan hacer ambos esposos, si al Registrador no se le justifica la precedencia privativa del precio no hará constar nunca el carácter privativo o parafernial del bien o bienes adquiridos. Lo que ya es discutible es si puede inscribir la adquisición en otro sentido.

En el juego de medios de prueba del carácter privativo del dinero se hace difícil dar una normativa general y es preciso ir descendiendo en cada caso concreto para ver su posibilidad. VALLET DE GOYTISOLO, al filo de unos comentarios de Sentencias, trató algunos casos (Revista de Derecho Inmobiliario, septiembre-octubre, 1965, núms. 448-449, págs. 1230 y ss.) y destacando una serie de citas bibliográficas en las que, sin embargo, no encaja el presente caso. Claro que el mismo no podía ser más simple, pues el precio escriturado está justificado en su procedencia privativa por la venta de una serie de valores que pertenecían a la mujer antes del matrimonio. Lo que sucede es que esta especie de prueba de indudable eficacia tropieza en la realidad con dos obstáculos: el precio resulta que no era real y la documentación que se aporta no es auténtica. Lo que en principio parecía válido y fácil se convierte en difícil y lleno de problemas. En forma muy sucinta tocaremos ambos puntos:

a) *Caracteres del precio.*—En el viejo tema sobre compraventa todos hemos estudiado los caracteres que debe tener el precio y que se reducían a tres: real o verdadero, determinado y consistente en dinero o signo que lo represente, rechazándose el requisito del "justo precio", suprimida la teoría de la lesión. El precio real se contraponen al ficticio, al simulado, al irrisorio, que llevan a pensar en otro negocio como puede ser la donación u otro gratuito.

El que el precio "*no sea real*" no trasciende a la Resolución de la Dirección General, pues eso hubiese sido grave. Sin embargo, si se utiliza

como argumento por el Registrador en defensa de su nota. Se argumenta que al hacerse la comprobación de valores a efectos de satisfacer el correspondiente impuesto, el valor asignado al inmueble es más del doble del escriturado. No sé si este argumento habrá pesado en el ánimo de la Dirección para decidir su Resolución, pero con todos los grandes respetos que me ofrece sus magistrales decisiones, si eso fue así se derivarían de ellos serias consecuencias, admitiendo la validez de un negocio simulado en el que uno de sus requisitos provocaría la nulidad del mismo y, sin embargo, se da por válido e inscribible.

Creo que en alguna otra ocasión he deslindado el problema de la interferencia que podría existir entre la calificación fiscal y la registral y limpiamente se salva en el sentido que la fiscal nunca puede influir en la registral, ya que el juego de los artículos 254 de la Ley Hipotecaria y 414 de su Reglamento lo impiden. Una simple comprobación de valores a efectos de un impuesto no puede ser argumento para demostrar el valor real o verdaderamente entregado por vendedor y comprador. Son campos diferentes el de la tributación y el del negocio. Las dificultades de la prueba de la privatividad del dinero se harían más espinosas si admitiésemos ese argumento, pues difícilmente el precio que figura escriturado responde al "comprobado" fiscalmente. Es decir, la prueba sería no ya difícil sino imposible.

b) *Documentación auténtica.*—Entiendo que aquí es donde se basa la Dirección para resolver favorablemente el criterio del Registrador, pues como elementos de prueba se aportan fotocopias de documentos en los que consta la autenticación notarial, pero no en original, sino en fotocopia (es decir, fotocopiada la autenticación) y en otros falta la autenticación.

Nos extenderíamos excesivamente en un comentario inútil si insistiésemos en este punto, ya que es claro que una fotocopia de una fotocopia autenticada no puede ser nunca un documento auténtico. Remito al lector que quiera profundizar más sobre este punto al trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS ("La autenticación de fotocopias y otras cuestiones", Rv: Dr. Not., abril-junio 1974, pág. 358) donde se estudia la Circular de 28 de abril de 1972 y se hace una cita del estudio que CARRETERO GARCÍA hace en el Comentario a la Resolución de 26 de noviembre de 1971 (Rev. Cr. Dr. Inm., núm. 489, marzo-abril 1972, págs. 375 y ss.).

La Dirección General al resolver el recurso en el sentido de considerar insuficientemente acreditado el carácter parafernial de los bienes y hacer prevalecer el criterio registral de la inscripción que no prejuzga su carácter, creo que se apoya más en la "falta de autenticidad de los documentos complementarios presentados" (conforme a los considerandos cinco y séptimo) para la prueba que en la eficacia que los mismos hubieran tenido caso de ser auténticos, eludiendo esa diferencia de valor que fiscalmente resplandece con la comprobación y que es uno de los argumentos esgrimidos por el Registrador.

En lo que ya discrepo es en la argumentación de fondo que se pretende sostener para justificar la actuación del Registrador al que por muchas dificultades que tenga y esa falta de elementos que a su disposición tiene el Juez, no se le puede dispensar de atender una petición concreta que se le formula. Es decir, la triple opción que ofrece el artículo 95 del Reglamento

Hipotecario es para aquellos casos en los que se presenta el documento sin una petición expresa de que la inscripción se haga en un determinado sentido, ya que si así sucediera lo procedente es la suspensión o denegación si el Registrador no considera probado el origen del dinero. Permitir que el Registrador inscriba en otro sentido que el solicitado —aun cuando el presentador consienta en ello— es llevar muy lejos la analogía de los casos que regula el artículo 434 del Reglamento Hipotecario y, por supuesto, convertir en forzosa una inscripción que es típicamente voluntaria. Sería una *oficiosidad* registral.

Entiendo que el segundo caso que contempla el artículo 95 del Reglamento Hipotecario y que es el que encaja en el presente supuesto debe ser entendido con el doble condicionamiento de la existencia de una aseveración por parte del marido en este caso y de “no acreditar” (sin acreditar, dice el texto) la procedencia del dinero. Aquí se acredita la procedencia del dinero, lo que sucede es que la prueba que se aporta no es auténtica. Ello supone un defecto subsanable que debe provocar la suspensión de la inscripción, pero nunca la realización de la misma que cerraba inicialmente las puertas a un recurso gubernativo y que sólo podría iniciarse solicitando la práctica de una nota acreditativa del carácter parafernial de los bienes.

COMPRAVENTA.—TRANSMISIÓN DEL USUFRUCTO.—EN EL USUFRUCTO VITALICIO RESERVADO A SU FAVOR POR UN MATRIMONIO, CON PACTO DE ACRECER AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE, PODRÁ ÉSTE DISPONER DE SU TOTAL DERECHO SIN QUE SEA NECESARIA LA ADJUDICACIÓN DEL MENCIONADO USUFRUCTO. (Resolución de 10 de julio de 1975, “B. O. E.” de 14 de agosto de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Carlos Fraga Carreira contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sagunto a inscribir en una escritura de compraventa el derecho de usufructo a favor del comprador.

Resultando que por escritura otorgada en Faura ante el Notario recurrente el 23 de agosto de 1972, doña Josefina Forcadell Martínez y don José María Prado Oller vendieron la nuda propiedad y don Rafael Forcadell Faulí el usufructo de dos fincas rústicas a don Vicente Fornell Gallego, que compró el pleno dominio; que una de las fincas había sido donada a doña Josefina por sus padres, don José Forcadell y doña Josefina Martínez, reservándose éstos el usufructo vitalicio según escritura de 26 de enero de 1962 inscrita en el Registro, y la otra finca la había comprado en escritura de la misma fecha don José Prado Oller en cuanto a la nuda propiedad, reservándose los vendedores don Rafael Forcadell y esposa el usufructo vitalicio.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: “Inscrito el precedente documento en los tomos, libros, folios, números de fincas e inscripciones que expresan los cajetines puestos al margen de la descripción de las fincas en cuanto a la nuda propiedad, y suspendida la inscripción del usufructo que se transmite por el viudo don Rafael Forcadell Faulí por no justificarse sea

titular del mismo, ya que por ser un bien ganancial tiene que ser objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales.”

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que las referidas fincas tenían naturaleza ganancial, por lo que el usufructo reservado era igualmente bien ganancial; que en cuanto a la finca donada a la vendedora es claro que, al donarse conjuntamente por los dos cónyuges la nuda propiedad, el usufructo reservado es un usufructo conjunto o establecido a favor de dos personas al mismo tiempo, siéndole de aplicación el artículo 521 del Código civil, que establece que no se extinguirá hasta la muerte del último usufructuario que sobreviviere, por lo que no hay duda de que don Rafael Forcadell, que es el cónyuge supérstite, es el titular del usufructo de la primera finca donada que transmite en la escritura de compraventa cuya inscripción se discute; que respecto a la segunda finca, comprada por don José María Prado Oller con reserva del usufructo vitalicio por parte de los vendedores, procede decir lo mismo, ya que se trata de un usufructo ganancial constituido en el mismo acto a favor de marido y mujer y siéndole igualmente aplicable la disposición del artículo 521 citado de que el cónyuge sobreviviente es el titular del usufructo; que salvo opiniones aisladas, hoy se puede estimar superada la atribución de personalidad jurídica a la sociedad de gananciales, no pudiendo ésta destruir la personalidad de cada uno de los cónyuges; y esto es suficiente para desechar cualquier postura que trate de excluir del juego del artículo 521 del Código civil el usufructo ganancial constituido por vía de reserva; que los problemas se plantearían en el supuesto de transmisión de finca privativa de uno de los dos cónyuges, dada la prohibición del artículo 1.334 de donaciones entre cónyuges, pero éste no es el caso del recurso; que el requisito de la adjudicación exigido por el funcionario calificador deja de tener razón al considerar que al usufructo transmitido le es aplicable plenamente el artículo 521 del Código civil; que pretender que el usufructo ganancial tiene que ser necesariamente objeto de adjudicación al disolverse la sociedad de gananciales es olvidar la naturaleza del derecho de usufructo, ya que si es vitalicio se extingue al fallecimiento del titular; que en todo caso lo que habrá que llevar a efectos de liquidación a la masa de gananciales no es el derecho de usufructo en sí mismo sino su valor, por lo que no puede haber obstáculo para la transmisión de usufructo por el cónyuge sobreviviente, reduciéndose el problema a conmutar su valor en la masa ganancial; que es muy difícilmente sostenible que el mismo usufructo pudiera ser objeto de adjudicación a favor de los herederos del cónyuge fallecido salvo que se hubiera pactado expresamente al ser constituido y se excluyese la aplicación del artículo 521 del Código civil; que la liquidación de la sociedad de gananciales, no es imperativa por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges, y mientras no se efectúa es indudable que el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto tienen facultad conjunta de disposición de cualquier bien ganancial, dándose la circunstancia de que doña Josefina Forcadell era la única hija del matrimonio de don Rafael Forcadell y doña Josefina Martínez; que aun sosteniendo que el artículo 521

del Código civil no es aplicable al presente caso, y que el usufructo se extingue por la muerte de uno de los titulares, lo que habrían transmitido doña Josefina Forcadell y don José María Prado sería el pleno dominio.

Resultando que el Registrador informó: que en el presente caso nos encontramos ante un usufructo de naturaleza ganancial reservado a favor de un matrimonio al que le son aplicables, al fallecer la esposa, las normas generales contenidas en los artículos 1.417 y siguientes del Código civil referentes a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; que disuelta la sociedad conyugal se produce entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto un estado de indivisión dotado de características propias, cesando como dice la Resolución de 9 de octubre de 1900 la representación legal que durante la existencia de la sociedad tiene el marido, que pierde a su vez la libre disposición de tales bienes, mientras se pacta la liquidación del caudal inventariado; que los bienes gananciales conservan su naturaleza propia mientras no se ha liquidado la sociedad conyugal sin que puedan entre tanto confundirse con los demás bienes que integran el caudal relicto; que es criterio unánime y mantenido sin alteración por la jurisprudencia y la doctrina que para que el viudo pueda disponer de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales es imprescindible la previa liquidación de la misma, y así lo declaran las Resoluciones de la Dirección de 27 de enero de 1906, 9 de enero de 1915, 10 de julio de 1952 y las Sentencias de 29 de octubre de 1955 y 20 de mayo de 1957; que si bien esta última sentencia autoriza la venta si concurren el viudo y todos los herederos, aun sin haberse liquidado la sociedad, en la escritura calificada sólo comparece el viudo vendiendo el usufructo sin que se presente el testamento de la causante o el auto de declaración de herederos, por lo que es imposible saber el número de herederos que tiene la causante doña Josefina Martínez Sierra; que en cuanto a la remisión que hace el recurrente al artículo 521 del Código civil para fundamentar el derecho del viudo a disponer él sólo del usufructo, hay que tener en cuenta que efectivamente un usufructo puede constituirse a favor de varias personas, subsistiendo el mismo hasta que fallece la última de éstas, pero el referido artículo, al igual que el 637 del mismo Cuerpo legal, se refieren a los usufructos constituidos por vía de enajenación, donde una persona extraña al matrimonio dona a ambos cónyuges el usufructo, y precisamente es en virtud del artículo 637, más que del 521, donde tiene su fundamento esta permanencia del usufructo adquirido por donación en el cónyuge superviviente, pero si la constitución del usufructo es por título oneroso, ya no son de aplicación las normas citadas, sino que seguirá la misma suerte que los demás bienes que integran el patrimonio de la sociedad, pudiendo ser adjudicado al liquidarse ésta al cónyuge superviviente, a un heredero o a un extraño; que de admitirse el criterio del recurrente de que el derecho de usufructo del cónyuge fallecido necesariamente ha de pasar a pertenecer el cónyuge superviviente, se daría lugar al cambio de naturaleza de los bienes, convirtiendo un bien ganancial en privativo, lo que iría contra la clasificación que se hace en los artículos 1.396, 1.401 y concordantes del Código civil, con el consiguiente posible daño a los herederos legítimos.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Re-

gistrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y teniendo además en consideración que de los artículos 1.417 y siguientes del Código civil se deduce la necesidad de la previa disolución y liquidación de la sociedad de gananciales para poder disponer de los bienes que la componen, y que una vez realizadas tales operaciones la distribución del remanente líquido sólo puede llevarse a cabo entre marido y mujer o sus respectivos herederos conforme dispone el artículo 1.426 del mismo Cuerpo legal, siendo inoperante el hecho de que el mencionado señor Forcadell, en el momento de fallecer su esposa, tuviera sólo una hija, que precisamente era titular de la nuda propiedad de aquella finca sobre la que operaba el usufructo. incluso que esa hija, como titular a su vez de este derecho de nuda propiedad compareciera también en la escritura, como vendedora de tal finca, ya que de este hecho no puede deducirse que dejaran de existir otros posibles herederos que resultarían perjudicados por la disposición que había efectuado aquel señor.

Doctrina.—“Considerando que para un mejor entendimiento del presente recurso gubernativo conviene resumir los antecedentes de hecho, que son los siguientes: a) en los asientos registrales aparece la inscripción de la nuda —propiedad a favor de doña Josefina Forcadell Martínez por título de donación de sus padres, quienes se reservaron el usufructo vitalicio de la finca donada, e igualmente se encuentra inscrita la nuda— propiedad de otro inmueble a nombre de don José María Prado Oller por título de compraventa, constando por parte del vendedor la reserva del usufructo vitalicio para sí y para su esposa, con lo que se consolidaría el pleno dominio a favor del comprador solamente al fallecimiento de ambos cónyuges, asientos practicados en base a las escrituras de 26 de enero de 1962 autorizadas por el Notario de Cuartell; b) fallecida la esposa del donante y vendedor, este último, juntamente con los dos nudos —propietarios, otorgan la escritura de venta de sus respectivos derechos en las dos fincas a don Vicente Forner Gallego, y es en este acto transmisivo sobre el que la nota de calificación que suspende la inscripción de la enajenación del usufructo por el viudo, “por no haber sido objeto de la correspondiente adjudicación, previa la disolución de la sociedad de gananciales”.

“Considerando que al estar los asientos del Registro bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud, hay que partir de la base —sin entrar a examinar las cuestiones que hubiere podido plantear la escritura de 26 de enero de 1962, ya calificada por el Registrador e inscrita— de la constancia en los libros registrales de un usufructo vitalicio a favor de ambos cónyuges con derecho de acrecer al sobreviviente, por lo que, fallecido uno de ellos, se cumple la previsión pactada que da lugar al acrecimiento; y de ahí que la venta realizada por el supérstite de su total derecho será inscribible de no surgir algún otro obstáculo que pueda impedirlo.”

“Considerando que no es necesaria la adjudicación del mencionado usufructo, previa la disolución de la sociedad de gananciales como indica la nota de calificación, dado que al ser el usufructo un derecho temporal y generalmente vitalicio, queda necesariamente extinguido a la muerte del usu-

fructuario, y o se produce la consolidación en la persona del nudo-propietario, o bien, tal como ocurre aquí, según se deduce del título constitutivo reflejado en los asientos registrales y de acuerdo, además con los artículos 521 y 987 del Código civil, acrecerá al otro usufructuario, que podrá válidamente disponer de su derecho.”

“Considerando a mayor abundamiento, y aun cuando ya no sería necesario dado lo indicado anteriormente, no hay que olvidar que es reiterada doctrina de este Centro Directivo, desde las ya lejanas Resoluciones de 30 de abril de 1908 y 9 de enero de 1915, afirmada igualmente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 1945, la de que se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una sociedad de gananciales en liquidación, siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien, como parece sucede en este caso, aunque, al no haberse presentado en tiempo y forma los documentos que justifican esa situación, no pudieron ser tenidos en cuenta al calificar por el Registrador.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—El problema que plantea la presente Resolución contempla únicamente la posible validez de un acto de disposición de un usufructo entre uno de sus titulares y el heredero del otro, partiendo del hecho indiscutido de que el negocio que da lugar a esa situación es plenamente válido e inscribible. Esto es, la venta de una nuda propiedad realizada por los cónyuges reservándose el usufructo conjunto y vitalicio hasta el fallecimiento del último de ellos, se estima negocio perfecto y válido.

Hace tiempo ESCRIVÁ DE ROMANI (“Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales, en fraude de la mujer”, A. D. C. 1956, página 918) planteaba una serie de supuestos en los que el juego del usufructo con su carácter vitalicio podía perfectamente suponer un auténtico fraude del marido hacia la mujer. Si hago esta cita es para destacar el “*carácter vitalicio*” de este derecho y que es el que puede provocar el posible fraude. El caso contemplado, por supuesto, no es que suponga fraude, sino que puede rozar preceptos prohibitivos del Código civil. Tal puede ser la prohibición de donaciones entre cónyuges del artículo 1.334. Todo ello, salvo que aceptásemos la conocida tesis de VALLET DE GOYTISOLO (“Donaciones mortis-causa”, Anales de la Academia Matritense del Notariado) de la conversión de las donaciones inter-vivos en mortis-causa.

Como decimos ese problema de su validez, sin embargo, no se plantea, aunque parece aludirse en uno de los considerandos de la resolución (el segundo), en el que se habla de las posibles cuestiones que pudiera plantear la escritura inscrita que dio origen a ese negocio que ahora desemboca en la problemática que se discute. No sé si merecía la pena o no plantear el problema, pues ya en los vistos se hace alusión a otra Resolución de la Dirección General de 9 de febrero de 1917 en la que se da por válido dicho pacto, sentándose como doctrina que el usufructo que por vía de modificación se constituye sobre varias fincas para ser disfrutado por los cónyuges “conjuntamente y después íntegramente por aquél que de ellos sobreviva”, ha de ser incluido entre los bienes gananciales y tanto importa que

su duración se limite a la del matrimonio como que se extienda hasta la muerte de último de los cónyuges.

Cerrado este capítulo de su posibilidad y validez queda únicamente el problema discutido: si fallecido uno de los cónyuges usufructuarios puede el otro —sobre la base de un derecho de acrecer— disponer juntamente con el nudo propietario de la totalidad del dominio en favor de un tercero o se hace preciso previamente la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación correspondiente al heredero.

Inevitablemente en el problema entran en juego una serie de artículos del Código civil que parecen no tener una plena coordinación: así mientras el artículo 521 determina la vigencia del usufructo constituido a favor de varias personas, el 513 determina el carácter vitalicio del mismo; el 987 establece el derecho de acrecer entre usufructuarios, mientras que el 637 parece negar este derecho en las donaciones salvo que sean a favor de cónyuges; el 1.403 entiendo que sólo los frutos del derecho de usufructo son gananciales y, por último, el 1.417 establece la conclusión de la sociedad de gananciales al disolverse el matrimonio.

Ante este cuadro de disposiciones que, por supuesto, no comprende el caso planteado sólo cabe al intérprete tratar de deducir de las tres opiniones registradas, la que debe acomodarse a su juicio a la realidad. Para ello vamos a resumir las defendidas por Registrador y Notario y concluir con la de la Dirección.

a) *Postura registral.*—A mi entender donde falla la argumentación del Registrador es en el punto en que trata de eludir la aplicación del artículo 521 del Código civil para defender a ultranza la aplicación del artículo 1.417 del mismo. La distinción que hace entre actos gratuitos y onerosos es inaceptable. El derecho de acrecer no puede depender nunca del carácter oneroso o gratuito de su constitución, sino de las bases o requisitos que la ley establece para que el mismo opere y el que el mismo se regule expreamente en materia de donaciones y sucesiones (arts. 637 y 987 del C. c.) no quiere decir que no pueda darse en los otros casos, como lo demuestra el artículo 521 del mismo cuerpo legal que para nada distingue si usufructo se constituye por vía de enajenación, por vía de retención o por vía de donación. Es precepto genérico que sigue la idea matriz del artículo 513 al atribuir carácter vitalicio al usufructo y entender que precisamente por ello, sólo a la muerte del último usufructuario deberá entenderse extinguido.

b) *Postura notarial.*—Donde creo que acierta el informe del Notario es el plantearse el problema de que si no se aplica ese derecho de acrecer a favor del otro cónyuge esa parte de usufructo tendría que ir a parar a los herederos del premuerto, lo cual implicaría una especie de usufructo “sucesivo” no querido en el momento de su constitución. Lo que habrá que llevar —dice el Notario— a efectos de liquidación, a la masa de gananciales no es el derecho de usufructo en sí mismo, sino su valor.

Algo parecido, sólo que a la inversa, ocurre con el supuesto de la acesión invertida del artículo 1.404 del Código civil en la que la conversión de un bien privativo en ganancial hace operar con valores y créditos contra la sociedad de gananciales.

Ello le obliga, por último, a concluir sobre la posibilidad de admitir la

transmisión del usufructo por parte del marido, juntamente con el nudo propietario, reduciendo el problema a un cómputo del valor del usufructo en la masa hereditaria.

c) *Postura de la Dirección General.*—Las razones de la Dirección General son de una parte el carácter temporal y vitalicio del usufructo que se extingue con la muerte del usufructuario y que provoca o la consolidación con el nudo propietario o se produce el acrecimiento a favor de usufructuario simultáneo conforme dispone el artículo 521 del Código civil. Estando en el segundo caso la disposición del usufructo es plenamente válida si en ella intervienen todos los interesados, esto es el titular de dicho usufructo y los posibles herederos y nudo —propietarios. Al agotarse la plena titularidad por parte de todos los interesados es válida la posible enajenación de bienes singulares y concretos pertenecientes a una sociedad de gananciales en liquidación, como bien disponen las Resoluciones de 30 de abril de 1908 y 9 de enero de 1916, así como la Sentencia de 15 de marzo de 1945.

CARRETERO GARCÍA (“Comentario a la Resolución de 16 de julio de 1975” en Rev. Cr. Dr. Inm. noviembre-diciembre 1975, págs. 1449 y ss.) precisa enormemente el supuesto contemplado y de la serie de cinco figuras de usufructo a favor de cónyuges que ofrece (usufructo conjunto puro, por mitades indivisas, conjunto y sucesivo, puro y ganancial) entiende que no puede admitirse un usufructo ganancial desde el momento en que la finca ha salido de la masa ganancial por haberse vendido o donado la nuda propiedad. Por ello, y en eso estoy de acuerdo con su tesis, se hace necesario perfilar en la constitución la clase de usufructo que se trata de crear, pues mientras no se perfila con las características de ganancial habrá que estar necesariamente a las reglas de los artículos 521 y 1.403 del Código civil, antes expuestas.

También dicho autor —con mucha razón— plantea el problema del reflejo registral de lo acaecido por el fallecimiento de uno de los usufructuarios. Puede ser correcto que se le dispense de la liquidación y que se le conceda al otro cónyuge y al nudo propietario la facultad de disposición, pero siempre que se respete el tracto sucesivo y que todo ello tenga su reflejo en el Registro. Es bien cierto que ello no parece aflorar al recurso, aunque también es cierto que en esa especie de obsesión registral de la necesidad de la liquidación de la sociedad conyugal se estaba apuntando ese problema del tracto sucesivo sin cuya solución parece quedar un tanto desangelada la titularidad del usufructuario superviviente.

De lo dicho se desprende que si bien me inclino más por la solución que la Dirección ofrece, no dejo de reconocer que es una solución de emergencia sin que en la misma se aborden los auténticos problemas que encierra la posibilidad o validez de la figura, la construcción del usufructo ganancial y esa trayectoria de bienes que exige el principio de tracto sucesivo. Hubiera merecido la pena de un esfuerzo mayor, aunque en última instancia la solución hubiese desembocado en una parecida a la que se ofrece: estando presentes todas las titularidades basta con su consentimiento.

RECURSO GUBERNATIVO.—REITERA LA DOCTRINA MANTENIDA EN RESOLUCIONES ANTERIORES DE QUE SOLAMENTE PUEDEN SER OBJETO DE DEBATE LOS EXTREMOS CONTENIDOS EN LA NOTA DEL REGISTRADOR. (Resolución de 14 de octubre de 1975, "B. O. E.", 14 de noviembre de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Abogado del Estado-Jefe de la Delegación de Hacienda de Santander contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad a extender una nota de afección de bienes al pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que la Sociedad Anónima Fayconsa compró a doña María del Rosario y doña María del Carmen Boxanilla Oria dos parcelas de terreno mediante escritura otorgada ante el Notario de Santander don Mariano Lozano Díaz, el 16 de octubre de 1969, que fue declarada exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por la Abogacía del Estado e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Santander, el 3 de octubre siguiente; que con fecha de 30 de marzo de 1974 el señor Delegado de Hacienda remitió al Registro una comunicación exponiendo que si bien la referida escritura había sido declarada exenta provisionalmente, sin hacerse constar la liquidación que correspondería de no mediar la exención, habiéndose ahora practicado dicha liquidación por un importe de 2.061.406, se solicitaba se extendiera la nota de afección a que se refiere el artículo 15-2.º de la Ley y Tarifas de los Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, y el artículo 45-3.º del Reglamento General de Recaudación, para garantizar el pago de la referida liquidación y en su caso, del recargo del apremio del 20 por 100 sobre la misma; que complementando la anterior comunicación fue presentada certificación del señor Abogado del Estado, según la cual, por nueva presentación de la copia de la escritura, con fecha 15 de marzo de 1974, se había girado liquidación que sustituía a otra anteriormente anulada y cuyo importe ascendía a 2.614.406 pesetas.

Resultando que presentada en el Registro la petición expresa formulada por el señor Delegado de Hacienda en su comunicación fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la nota marginal que se solicita en el precedente oficio al que se acompañan nota descriptiva de los bienes y certificación expedida el día 1 de los corrientes por el señor Abogado del Estado, porque a juicio de este Registrador, no son de aplicación, en el momento de solicitarse la afección, los preceptos invocados, artículo 15-2.º del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos documentados, todo ello, según razonadamente se expone a continuación:

Primero.—Para practicar la nota de afección son requisitos, según el precepto invocado:

- A) Que se declare una exención provisional.
- B) Que se gire una liquidación caucional por la cantidad que procediera ingresar en tal momento de no mediar la exención provisional.
- C) Que se haga constar tal liquidación al pie del documento, o en su caso se solicite por el Delegado de Hacienda.

- D) Por su propia naturaleza de deuda tributaria sujeta a condición, que se solicite, en tanto la deuda tiene tal carácter, no cuando incumplida aquélla la deuda se convierte en pura y simple, y puede hacerse efectiva mediante el apremio y con la garantía de la anotación de embargo.

Segundo.—De los documentos presentados resulta:

- A) Que la exención provisional girada y a la que sirve de garantía la nota de afección, ha quedado sin efecto.
- B) Que la liquidación caucional girada en el momento de causarse la exención, u otras, pero desde luego aquélla, ha sido anulada por acuerdo de la Abogacía del Estado, fecha 19 de enero del corriente año.
- C) Que en sustitución de la misma, con fecha de 15 de marzo, por nueva presentación del documento, no sujeto en este momento a exención alguna, se han girado nuevas liquidaciones cuyo ingreso o apremio está pendiente.

Tercero.—Con independencia de ello, se observan los siguientes defectos:

- A) Derivados del Registro en relación con los documentos presentados:
1. Están presentadas con anterioridad a 30 de marzo, y pendientes de despacho, 25 escrituras de compraventa de visos del edificio construido sobre los solares en que solicita la nota, así como un mandamiento de embargo.
 2. La inscripción previa de tales títulos, al alterar físicamente las fincas, produce una discordancia entre el documento por el que se pretende la nota y el propio Registro.
 3. Sin perjuicio de la condición de terceros de tales titulares, el régimen especial de propiedad horizontal en que quedan constituidas las fincas sobre las que se pretende la nota, hace inseparable. en orden a la disposición, los elementos comunes de un edificio, de las partes privativas conforme al artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal.
- B) Derivados de los documentos presentados.
1. Discordancia entre lo ordenado en el artículo 15 del Texto Refundido y lo requerido en el Oficio. —El precepto señala que se haga constar la liquidación que hubiese debido girarse de no mediar la exención, por cuya cantidad se afecta la finca—. En el oficio, a tal cantidad, se añade el importe de un eventual recargo de un 20 por 100 por apremio.
 2. Discordancia entre lo que se señala como deuda tributaria en el oficio y la que consta en la certificación expedida por el señor Abogado del Estado. En el primero se fija como deuda la cantidad de 2.061.406 pesetas. En la segunda se fija la de 2.614.406 pesetas.

Como resumen de la calificación, este Registrador estima que la nota de afección que contempla el artículo 15-2.º del Texto Refundido, es consecuencia de la exención provisional y sirve de garantía a la liquidación caucional girada en tal momento, en el cual, o mientras pende la condición de su posible efectividad, es cuando puede solicitarse. Incumplida la condición

y sustituida la liquidación caucional por nuevas liquidaciones, deja de tener aplicación el precepto indicado. El apremio y la anotación de embargo constituyen la garantía de su inmediata efectividad.

Los defectos señalados bajo los números primero, segundo y tercero A, número 3, se consideran insubsanables, por lo que no procede anotación preventiva.

Contra esta calificación cabe recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia Territorial que deberá interponerse en el plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de esta nota”.

Resultando que logrando el aseguramiento de los intereses del Tesoro, el Abogado del Estado-Jefe de la Delegación de Hacienda de Santander interpuso a efectos exclusivamente doctrinales recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que se recurría sólo contra los apartados primero y segundo de la nota calificados de insubsanables; que si bien por la Delegación de Hacienda se solicitó del Registrador que practicara la nota de afección de los bienes en garantía de la liquidación practicada al amparo del párrafo segundo del artículo 15 del Texto Refundido que regula el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, no es propiamente este párrafo el que era aplicable, sino el primero del mismo artículo, ya que aquél prevé la hipótesis de liquidaciones caucionales, no exigibles de momento, y en el caso que se contempla, la liquidación respecto de la que se pretende la nota de afección tiene ya en este momento el carácter de liquidación plenamente exigible, siéndole de aplicación, por tanto, el párrafo primero que establece que los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago del impuesto salvo que el poseedor resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral, no existiendo esta protección cuando en el Registro conste expresamente la afección; que este precepto coincide con el del artículo 74 de la Ley General Tributaria y con el 45-1 en relación con el 12-2 del Reglamento General de Recaudación; que las normas anteriores nos llevan a la siguiente interpretación: 1) el párrafo 1.º del artículo 15 del Texto Refundido se refiere a las liquidaciones ordinarias, mientras que el párrafo 2.º lo es para las liquidaciones de tipo caucional; 2) dentro del supuesto de dicho apartado 1.º quedan excluidos los casos en que la deuda tributaria se encuentra en situación de apremio, para los que existe un procedimiento especial dirigido a lograr la afección; 3) pero hay otros supuestos en los que la liquidación ha sido girada, pero todavía está pendiente de notificación al contribuyente, o está en período voluntario de pago, por haber sido ya notificada y no haber transcurrido el plazo para su ingreso o finalmente está apremiada sin haberse presentado todavía el mandamiento de embargo en el Registro, casos todos éstos en que debe tener aplicación el párrafo 1.º; que si bien lo normal es que ni el adquirente ni los que traigan causa del mismo puedan inscribir sin pagar el Impuesto, puede a veces darse situaciones que interese fiscalmente proteger con la afección de este apartado 1.º del artículo 15, como es en el caso de doble venta, previsto en el artículo 1.473 del Código civil cuando no haya pagado el Impuesto el primer comprador que no ha inscrito, y pueda hacerlo el segundo que cumplió esta obligación y que al registrar su título se encontraría en la situación de tercero protegido, con perjuicio para el crédito de la Hacia-

da Pública por la primera transmisión; que otro supuesto similar es el caso del recurso, en donde por error y omisión de la Oficina Liquidadora no se ordenó se practicara la nota marginal de afección prevista en el 2.º apartado de ese artículo 15 para caso de revocación de la exención provisional, y revocada ahora esa exención debe obtenerse esa nota de afección, no por el apartado 2.º, sino el 1.º; que el hecho de que se solicitase esta nota por la Delegación de Hacienda en base al apartado 2.º del artículo 15 que no era el correcto, no es motivo para no practicarla, va que el Registrador, como el Juez, debe aplicar las normas legales adecuadas, aunque no se invoquen en su integridad por los interesados o aunque se hayan citado erróneamente; que se insiste en el hecho de que por haber incurrido la Oficina Liquidadora en la omisión consistente en no girar la liquidación caucional inherente a las exenciones provisionales, no priva a la Hacienda Pública del derecho a conseguir con posterioridad la afección registral de los bienes transmitidos, una vez girada la liquidación que procedía, si bien no fundada en el apartado 2.º, sino en el apartado 1.º del artículo 15 del Texto Refundido ya citado y que el funcionario calificador por los documentos presentados podía conocer perfectamente que se encontraba ante la situación del caso 3.º antes indicado y debió practicar el asiento; que esperar a que termine el período voluntario de pago, y cumplir con todos los trámites del procedimiento de apremio exige mucho tiempo, y si no se practica la nota, puede el titular registral enajenar la finca, y perjudicar el derecho de la Hacienda; que por eso es inaceptable el criterio mantenido por el Registrador en el punto D) del apartado 1.º de la nota de calificación, cuando indica que la garantía adecuada es la anotación administrativa de apremio; que por el contrario la nota de afección no está sujeta a tantas formalidades, y ha de considerarse como el mecanismo registral idóneo para obtener la garantía que se pretende.

Resultando que el Registrador informó: que no procede admitir el recurso a efectos doctrinales establecido por el artículo 112 del Reglamento Hipotecario cuando los defectos —como en el presente caso— han sido calificados de insubsanables, ya que conforme a tal precepto para esta forma excepcional de recurso se requiere que los defectos señalados al documento tengan el carácter de subsanables; que la razón de ello es sencilla, va que el interesado acude al Registro para obtener un asiento, bien directamente, bien a través de recurso, pero no, como sucede aquí, en que se pretende obtener una declaración e interpretación de un precepto legal, abandonando o renunciando a obtener el asiento que se pretendía, dado que al aceptar y no recurrir del defecto 3.º calificado de insubsanable, admite que ni el asiento que se solicitaba y fue objeto de calificación, ni el que pretende ahora deducir al amparo del párrafo 1.º del artículo 15 del Texto Refundido pueden practicarse; que la nota recurrida se limita a calificar la petición que de forma expresa hizo el Delegado de Hacienda, es decir, “practicar la nota de afección que previene el párrafo 2.º del artículo 15 de la Ley”, no pudiendo entrar a calificar la que hace derivar el recurrente del párrafo 1.º del mismo artículo, porque no se había solicitado y lo impediría el principio de rogación; que el recurrente manifiesta que la nota de afección solicitada y por la que se recurre, deriva de norma diferente y para distintos

supuestos del que fue objeto de calificación, lo cual supone también vulneración del referido principio de rogación; que carece del fundamento la interpretación que hace el señor Abogado del Estado del párrafo 1.º del artículo 15 de la citada Ley, deduciendo del mismo la existencia de una nota de afección en el Registro, ya que dicho párrafo contempla el supuesto normal de una liquidación no sujeta a exención provisional, en cuyo caso el Estado no necesita nota alguna que asegure sus intereses fiscales frente a un tercero, puesto que éste para poder inscribir su título habría de acreditar previamente el pago del Impuesto; que el caso de doble venta citado por el recurrente lejos de demostrar la existencia de un tercero, lo que hace es confirmar nuestra afirmación; que así como en una liquidación ordinaria no puede surgir un tercero hipotecario, cabe que esto ocurra cuando provisionalmente se ha declarado una exención, y de ahí la norma del apartado 2.º del artículo 15; que en realidad la pretensión del recurrente tiene la naturaleza de una consulta, como el propio recurrente lo pone de manifiesto en el penúltimo párrafo de su escrito; que el recurso gubernativo no es el procedimiento adecuado para obtener declaraciones de derechos que no consiga expresamente la Ley; y que como resumen de su informe, manifiesta: Primero.—Que por su propia naturaleza, considera improcedente el recurso a efectos doctrinales, cuando los defectos del documento calificado han sido declarados insubsanables. Segundo.—Que a cualquier efecto es improcedente el recurso, al no recurrirse lo que fue objeto de calificación, es decir, la petición expresa formulada por el Delegado de Hacienda. Tercero. Que en el recurso gubernativo no pueden debatirse cuestiones que no han sido objeto de calificación.

Resultando que en virtud de providencia del Juzgado de Santander el Abogado del Estado en el preceptivo informe exigido por el artículo 115 del Reglamento Hipotecario alegó: que entendía que en los documentos administrativos debía emitir el informe del funcionario o Autoridad que conoció del expediente, o sea, en este caso, el Delegado de Hacienda, pero que para dar cumplimiento a la providencia judicial lo formulaba ratificándose en su escrito y agregando: que es equivocada la interpretación que el funcionario calificador hace del párrafo 2.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario para fundamentar la improcedencia del recurso a efectos doctrinales en el supuesto debatido, ya que lo que esta disposición establece es que se puede recurrir siempre a efectos doctrinales, incluso cuando, habiéndose señalado en la nota defectos subsanables, se ha procedido posteriormente a su subsanación, pudiendo interponer el recurso no sólo el Notario en defensa de su prestigio profesional, sino también los particulares interesados en provocar una doctrina jurisprudencial sobre el tema planteado, con vistas a casos análogos futuros; que si bien el principio de rogación impide al Registrador practicar asientos distintos de los solicitados, al interesado le basta citar, al hacer su petición registral, la clase de asiento que solicita acompañando la documentación que le sirve de base, sin estar obligado a fundamentar su petición, citando los preceptos legales aplicables y si lo hiciera sería intrascendente el error en que pudiera incurrir; que en el presente caso se ha solicitado una nota marginal de afección a favor del Estado y el error cometido al citar el precepto legal aplicable no afecta a la

clase de asiento pretendido; que aun cuando no es corriente la necesidad o conveniencia de que la afección regulada en el apartado 1.º del artículo 15 sea reflejada en un asiento registral para proteger los intereses del Tesoro Público pueden existir situaciones especiales o extraordinarias en que interese consignar en el Registro dicha afección a favor del Tesoro, como es el supuesto de la doble venta (previsto por el artículo 1.473 del Código civil) en que el titular inscrito, luego de vender a una persona que no pagó el Impuesto otorgue una nueva transmisión, y de forma análoga la hipótesis de que el vendedor presente en la Oficina Liquidadora el documento comprensivo de la venta, solicitando de conformidad con el artículo 125 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, de vigencia supletoria, que sólo se rigen las liquidaciones que puedan ser a su cargo adjuntando una copia más del documento con la cual actuará la Oficina Liquidadora para exigir el Impuesto a cargo del comprador; y que otro supuesto similar demostrativo de la necesidad o conveniencia de proteger los intereses del Tesoro con la nota de afección objeto de debate es el propio de la hipótesis a que se refiere el recurso.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, pero declarando la personalidad del recurrente para interponer el recurso y que la improcedencia del recurso a efectos doctrinales en el supuesto que nos ocupa, no puede deducirse como pretende el funcionario calificador del contenido del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, si bien el reconocimiento explícito por el recurrente de la existencia de un defecto insubsanable que no impugna, contradice la pretensión que es objeto del recurso y es razón suficiente para rechazarlo.

Resultando que sólo el Abogado-Jefe de la Delegación de Hacienda de Santander, en representación de la Administración del Estado se alzó de la decisión presidencial e impugnó los extremos del Auto excepto en lo relativo a la inadmisibilidad o no del recurso a efectos doctrinales, planteado como cuestión previa por el Registrador.

Doctrina.—“Considerando que al no haber apelado el Registrador de la decisión presidencial, no procede entrar en el examen de la falta de personalidad del recurrente basada en que no cabe un recurso a efectos doctrinales cuando el defecto señalado en la nota tiene el carácter de insubsanable.”

«Considerando que pedida por el Delegado de Hacienda la extensión en los libros registrales de la nota de afección establecida en el artículo 15-2.º de la Ley de 6 de abril de 1967 por la liquidación girada a una escritura que se declaró con anterioridad provisionalmente exenta, petición que ha motivado la nota denegatoria del Registrador, y reconocido a su vez por el recurrente en su informe que en la forma solicitada era correcta la postura del funcionario calificador, se interpone ahora este recurso a efectos doctrinales —y una vez logrado por el Estado a través de otros medios el aseguramiento de su derecho— al sólo objeto de obtener la declaración de que en todo caso de liquidación no caucional de un acto sujeto al Impuesto de Transmisiones, y que sea ya plenamente exigible, pueda ordenarse

en todo momento por el Estado la práctica de una nota general de afección al amparo del artículo 15-1.º de la misma Ley.”

“Considerando que a la vista de lo expuesto se observa que la cuestión a debatir no es la primitivamente solicitada y, como ya tiene declarado reiteradamente este Centro Directivo, solamente las cuestiones a que se refiere la nota de calificación pueden ser discutidas en el recurso gubernativo, sin que hayan de ser examinadas aquellas otras planteadas con posterioridad a su extensión y que estuviesen basadas, tal como indica el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, en otros motivos o documentos no presentados en tiempo y forma.”

“Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso planteado.”

Consideraciones críticas.—Había en el recurso planteado un cúmulo de cuestiones con el suficiente atractivo para haber entrado a fondo con ellas, pero la Dirección General, dando muestras de un criterio ajustado al espíritu de la Ley las elude limpiamente dejando a las partes, sobre todo a la recurrente, con el interrogante de saber si en el fondo tenía o no razón.

Creo que de todas formas al intérprete no se le debe dispensar de intentar abordar algunas de ellas, sobre todo aquellas que ofrecen en los escritos de interposición y defensa el suficiente margen para un comentario. Y así, podríamos destacar la primera cuestión en la que el Abogado del Estado parece dogmatizar frente al criterio del calificador: procede el recurso gubernativo a efectos puramente doctrinales, aun cuando la falta se haya calificado de insubsanable. La segunda cuestión es la solución que el alto organismo da al problema y que es vieja doctrina repetida reiterativamente: en el recurso gubernativo no puede discutirse más cosas de las que inicialmente se han planteado. Algo así, como la no aceptación de la práctica de los incidentes o la negación al derecho del arrepentimiento. La tercera, por último, tiene más importancia de lo que parece, pues de aceptar la tesis de una posible nota marginal de afección al amparo del artículo 15-1.º del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales el Registro puede convertirse en lo que los administrativistas no quieren: en el único medio de publicidad que asegura el cumplimiento de las leyes. Expuestas en esta forma esquemática las tres principales cuestiones, vayamos por partes:

A) *Recurso gubernativo a efectos puramente doctrinales.*—Conviene tener muy a la vista la normativa reglamentaria que autoriza el recurso gubernativo a estos efectos: “Podrá recurrirse contra la calificación del Registrador a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubieran inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota por el Registrador» (art. 112, último párrafo R. H.). No hace mucho en el comentario que hacía a la Resolución de 11 de diciembre de 1974 me permitía decir la siguiente frase: “solamente cuando el Registrador se oponga a las pretensiones de inscripción —suspendiendo o denegando la inscripción u operación registral solicitada— cabe la interposición del recurso. Para aquellos casos en los que se haya practicado la inscripción sólo cabe el recurso gubernativo a “efectos puramente doctrinales”.

Las razones más o menos correctas que se pueden esgrimir para defender esta postura están basadas en el texto de la Ley y en un razonar lógico:

el artículo 66 de la Ley Hipotecaria ante la posible disyuntiva de la falta subsanable o insubsanable arbitra un recurso gubernativo y la discusión judicial ante los Tribunales ordinarios. Ahí se cierran las puertas de la reclamación. Pero en previsión de que el funcionario que autorice el acto, que dicte una resolución o que intervenga en un acto administrativo acceda a subsanar la falta subsanable y el documento de insciba, el Reglamento Hipotecario aún le concede la posibilidad de discutir doctrinalmente si el criterio registral estaba o no acertado. Sería ilógico pensar que ante una falta insubsanable pudiera admitirse un recurso a efectos puramente doctrinales para que al solucionarse el mismo se llegara a decir por la Dirección que el criterio del Registrador era erróneo y que la falta debería ser subsanada... Para eso está el recurso gubernativo "puro".

Como esta modalidad del recurso gubernativo es producto de la reforma reglamentaria de 1947 creo que resulta importante traer a colación aquellas palabras de un hipotecarista que intervino precisamente en la redacción de los artículos reglamentarios. Me estoy refiriendo a LA RICA ("Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario", Parte segunda, Modificaciones, pág. 177) el cual decía: "Constituye también novedad importante la admisión de recursos a efectos exclusivamente doctrinales. Alude el caso a los supuestos en que, aun inscrito el documento rechazado por el Registrador, en virtud a la subsanación de los defectos señalados por éste, interese a las partes o al Notario, más bien a éste último, obtener una declaración jurisprudencial que resuelva el caso controvertido. No era desconocido en nuestra práctica el supuesto en que, puestos de acuerdo Notarios y Registradores, se plantease algún recurso sin más finalidad que provocar una resolución de la Dirección que señalase un criterio seguro sobre algún punto dudoso. Halla esta disposición un precedente de analogía en lo que dispone el artículo 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que autoriza al Ministerio Fiscal a interponer recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal en los pleitos en que haya sido parte, en el sólo interés de la ley, sirviendo las sentencias que se dicten en estos recursos únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutida y resuelta en el pleito, pero sin que por ellas pueda alterarse la ejecutoria ni afectar al derecho de las partes. La analogía es evidente; y las Resoluciones que dicte la Dirección General o los Presidentes de las Audiencias en estos recursos a efectos doctrinales, no modificarán tampoco la posición de los interesados *ni tendrán repercusión* en las operaciones del Registro". Añade a estas magistrales palabras las Resoluciones de 12 de diciembre de 1923, 15 de diciembre de 1927 y 15 de enero de 1944.

Haríamos interminable la lista de citas bibliográficas coincidentes en este punto y, por ello, omitimos lo que podríamos calificar como "alarde" de coincidencia doctrinal. De ahí que me hayan extrañado de una parte el tono dogmático del Abogado del Estado al estimar "equivocada la interpretación que el funcionario calificador hace del párrafo 2.º del artículo 112 del R. H. para fundamentar la improcedencia del recurso a efectos doctrinales en el supuesto debatido, ya que lo que esta disposición establece es que *se puede recurrir siempre* a efectos doctrinales...". La extrañeza que esta frase me produce no es tanta —por la razón obvia de no ser el

recurso gubernativo el normal ámbito en que se mueven estos funcionarios— como la que me produce la opinión sustentada por CARRETERO GARCÍA (Comentario a esta misma Resolución en Rv. Cr. Dr. Inm. enero-febrero 1976, página 143) que viene a decirnos que la solución es dudosa por esas dos palabras que el artículo emplea (aun cuando...) y que a la hora de decidirse él está con el Presidente de la Audiencia que admite el recurso aun a efectos doctrinales. La inscripción no puede ser requisito del recurso y la imprecisión de las faltas como subsanables o insubsanables, son también sus argumentos. Supongo que la frase está escrita en un mal momento.

B) *Principio de congruencia.*—Procesalmente hablando la “congruencia” no pasa de ser un “requisito” que ha de observar el juzgador al dictar la sentencia. Dentro del recurso gubernativo yo casi me atrevería a elevarlo a la categoría de “principio” ya institucionalizado al ser explicado con toda precisión en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario: sólo podrán ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa o indirectamente con la calificación del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Esto es lo que ha pasado en el presente caso y que resume magistralmente el segundo considerando de la Resolución. El Delegado de Hacienda solicita la extensión de la nota de afección basada en el artículo 15-2.º de la Ley de 6 de abril de 1967 (Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones) y el Registrador se la deniega. El Delegado de Hacienda reconoce que el funcionario calificador tiene razón y lo que hace es plantear un recurso a efectos puramente doctrinales, para que se declare que lo que procede es la nota de afección del número 1.º del artículo 15 citado.

Es muy frecuente que entre la devolución del documento calificado en el que consta la nota y la interposición del recurso, pase algún tiempo en el que la meditación del afectado le permite arrepentirse de lo solicitado, pero no contento con ello trata por todos los medios de abrir una nueva vía por ver si tiene más suerte. Para evitar esos arrepentimientos y sus consecuencias es por lo que juega la congruencia, aparte de que admitir lo contrario llevaría a eternizarse un procedimiento que se caracteriza por su celeridad. Quede bien claro que al funcionario calificador también le puede entrar ese arrepentimiento y a éste la ley le concede dos caminos: uno favorable a la otra parte, rectificando su calificación en una especie de recurso de reposición (art. 116 R. H.) y otro, manteniendo la calificación pero no pudiendo alegar en su informe más defectos de los señalados, ni esgrimir razones que no se ajusten a los motivos de su calificación. Es más, si presentado de nuevo el documento a una nueva calificación y alégase otros defectos no tenidos en cuenta, deberá ser corregido disciplinariamente (artículo 127 R. H.). El recurso gubernativo es como un cauce de un río sin afluentes.

C) *Notas marginales de afección.*—Creo que en otra ocasión me he preocupado de utilizar el argumento de la publicidad registral comparándolo con la fuerza publicitaria de las leyes. Es la famosa tesis de ROCA SASTRE, que entiende superior la segunda frente a la primera. Todo ello creo que estaba centrado en la pretendida fuerza publicitaria y vinculativa de los Planes de

ordenación urbana que parecían, en principio, despegados de la institución registral. Y el argumento en contra de esta especie de obsesión administrativa (sin que estuviera muy clara la naturaleza de dichos Planes) estaba precisamente en el pedimento que hace en segundo turno el Delegado de Hacienda. Compaginando el artículo 74 de la Ley General Tributaria y el artículo 15-1.º del Texto refundido de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales que hacía palmaria la necesidad de que esa afección que el inmueble transmitido lleva consigo y del que responde su poseedor sea constatado en el Registro de la Propiedad si se quiere que pueda tener repercusión contra la figura del tercero.

Era claro que no procedía la nota del artículo 15-2.º del citado texto, ya que no había una exención provisional, ni liquidación caucional, ni se hacía constar la misma al pie del documento, pues aquí lo que hubo fue una exención que luego se rectifica por una liquidación. Aparte de las diferencias existentes en cantidades, recargos, etc., que se traslucen en el magnífico informe del Registrador que deslinda ambos párrafos del artículo 15 con magistral pulso.

Lo discutible, sin embargo, es si procede o no esa nota. El principio de no afección a terceros es claro y es el importante para defender la tesis sustentada. ¿Aun solicitándose la extensión de esa nota marginal cabe que el Registrador proceda a ello? En el informe del funcionario calificador hay un argumento que se nos antoja importante: dicho párrafo (art. 15-1.º) contempla el supuesto normal de una liquidación no sujeta a exención provisional, en cuyo caso el Estado no necesita nota alguna que asegure sus intereses fiscales frente a un tercero, puesto que éste para poder inscribir su título habría de acreditar previamente el pago del impuesto, conforme dispone el artículo 254 Ley Hipotecaria. Aceptar la tesis del Delegado de Hacienda y del Abogado del Estado es admitir la gran posibilidad de que puedan verificarse inscripciones sin previa liquidación o presentando solamente la solicitud de liquidación.

No creo que sea muy afortunada la referencia que el Abogado del Estado hace al problema de la doble venta, pues registralmente hablando no hay viabilidad de que se inscriban las dos: o se inscribe la primera o la segunda y cualquiera de ellas ha de llevar el cajetín de la liquidación y la carta de pago correspondiente, pues de lo contrario no podría inscribirse. Mentalmente quizá se esté pensando en la venta no protegida registralmente, pero esto ya sería un problema de justicia tributaria, de anulación de liquidación, de devolución, etc. Sin embargo, si se fija la atención en las palabras del Abogado del Estado no creo que se esté refiriendo a esa venta no protegida, sino a la que lo está, pues él lo que quiere es “consignar en el Registro dicha afección a favor del Tesoro” y eso sólo es posible si admitiésemos la inscripción sin previa liquidación.

CARRETERO GARCÍA (Comentarios a esta Resolución en el lugar dicho) profundiza un poco más y compara los artículos 74-1.º de la Ley General Tributaria y el 15-1.º del Texto refundido citados, y entiende que lo que en la Ley General Tributaria podía ser admitido ya que habla de cantidades “liquidadas o no”, deja de serlo en el 15-1.º, en el que ha desaparecido dicha frase. La fina argumentación de este ilustre hipotecarista —que también fue

liquidador— destruye prácticamente esa posibilidad en la que la Administración insiste.

El reconocimiento del principio de publicidad registral que tanto la Ley General Tributaria como el Texto Refundido del impuesto de Transmisiones hacen no queda empañado por el hecho de que se demuestre la improcedencia de esa nota, pues una cosa es el reconocimiento y otra la práctica de la afección. Sería más lógico suprimir la “*previa liquidación*” como requisito para verificar la inscripción y extender esa nota de afección que evitase entrar en juego la figura del tercero, pero sucediendo las cosas al revés sobra y perjudica la nota. Con sólo pensar que la extensión de dicha nota debe reflejarse en cualquier certificación de cargas que se expida, notará el menos avisado que ello ha de influir poderosamente a la hora de la concesión de créditos bancarios, oficiales o de la clase que sea. Ello supone una restricción grande a la facilitación del crédito que fue una de las razones de la creación del Registro de la Propiedad.