

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

SUSPENSIÓN DE PAGOS.—EN TANTO FIGURA EN EL REGISTRO EL CONVENIO PACTADO ENTRE EL SUSPENSO Y SUS ACREEDORES, HABRÁ DE SER TENIDO EN CUENTA, ASÍ COMO SUS CLÁUSULAS Y LIMITACIONES, A LOS EFECTOS DE LO ACTOS DISPOSITIVOS SOBRE INMUEBLES QUE PUEDAN REALIZARSE POR EL COMERCIANTE DECLARADO EN SUSPENSIÓN DE PAGOS. EL TRANSCURSO DEL PLAZO DE VIGENCIA DEL CONVENIO NO SUPONE QUE PUEDA PRACTICARSE UNA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA DEL ASIENTO QUE CONTIENE DICHO CONVENIO. (Resolución de 11 noviembre de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 8 de diciembre de 1975.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por don Segundo Mindán Vázquez contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Zaragoza a inscribir una escritura de compra-venta, pediente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que por don Segundo Mindán Vázquez, como comerciante individual, se solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza la declaración de suspensión de pagos, sobre la que recayó Auto de 9 de julio de 1970, aprobando el Convenio con los acreedores, que fue anotado en el Registro de la Propiedad el día 15 de febrero de 1973, en virtud de mandamiento de 9 de julio de 1970, ampliado por otro de 15 de enero de 1973; que dicho Convenio contiene, entre otras, las siguientes cláusulas: "Primero.—Don Segundo Mindán Vázquez pagará a sus acreedores comunes la totalidad de sus respectivos créditos reconocidos y relacionados en la lista definitiva de acreedores, formalizada por los señores Interventores y aprobada por el Juzgado número 3 de Zaragoza. Segundo.—El pago de los antes indicados créditos comunes se realizará dentro del período máximo de tres años, a contar desde el día en que adquiera firmeza el Auto que aprueba el vigente Convenio y dicho pago se hará efectivo en la forma y momento siguiente: a) Durante el primer año, se pagará un 20 por 100 del total de los repetidos créditos comunes; b) Durante el segundo año, se pagará un 30 por 100, y c) Durante el tercer año, se pagará el restante 50 por 100.—El deudor podrá anticipar el pago de las cantidades aplazadas. Tercero.—Los indicados créditos comunes no devengarán interés alguno durante el convenido período de espera o moratoria. Cuarto.—Cumplimiento del presente Convenio, vendrá supervisado y controlado por una comisión acreedora; constituida por un acreedor que ostente la representación de los acreedores, de Barcelona y provincia y por un segundo acreedor que ostentará la representación de los acreedores, domiciliados en el resto de España, y un tercero

representando a los de Zaragoza y provincia. La comisión así constituida podrá delegar sus funciones fiscalizadoras de la Contabilidad del señor Mindán en una sola persona. Quinto.—Don Segundo Mindán, además de atender los plazos convenidos en el pacto segundo, a todos aquellos de sus acreedores que además son proveedores suyos que después de la firmeza de este Convenio continúen aprovisionándolo, los anticipará a cuenta de sus respectivos créditos reconocidos en la indicada lista definitiva y precisamente imputados a los últimos plazos convenidos para su pago más largamente diferido, un 5 por 100 sobre el importe total de cada factura y siempre que las mismas puedan ser pagadas por el suspenso a noventa días fecha. Igualmente las entidades bancarias incluidas en la repetida lista definitiva de acreedores, que sigan concediendo descuento de efectos de comercio, librados por el suspenso a cargo de sus clientes y con vencimiento no superiores a noventa días fecha libramiento, podrán retener un 5 por 100 de cada remesa descontada, a cuenta de sus respectivos créditos reconocidos en la indicada lista definitiva y cuyas retenciones también imputarán siempre a los últimos plazos convenidos para su pago más largamente diferido.—La Comisión de Acreedores quedará autorizada para el acuerdo con el suspenso, poder proceder a realizar bienes de su propiedad con la única condición de que el producto de dicha realización se invierta en el pago total o parcial de créditos preferentes con derecho de abstención, incluidas las costas del expediente de suspensión de pagos y, asimismo, los plazos convenidos en el pacto segundo del presente o de su anticipo. Sexto.—La Comisión de Acreedores pasará a ser liquidadora en el supuesto incumplimiento por parte del señor Mindán de cualquier plazo del convenio aprobado”; que por escritura otorgada el 5 de noviembre de 1974 ante el Notario de Zaragoza don Pascual Gomis Vidal, el recurrente don Segundo Mindán Vázquez, en nombre propio y en representación de su esposa doña María del Carmen Gasqué Otaola, vendió a doña Inocencia García Cantín un piso destinado a vivienda, 3.º, letra B del tipo B, de la casa número 40 de la calle Mosén Domingo Agudo, de Zaragoza, en precio de 410.436 pesetas, de las cuales el vendedor confesó haber recibido la mitad antes de dicho otorgamiento, quedando aplazado el pago de la otra mitad del precio;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con otra nota del tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción de la compra-venta contenida en el documento que antecede, porque hallándose en estado de *suspensión de pagos* el vendedor, según resulta de la anotación letra C de la finca vendida, que obra al folio 50 del Tomo 813, Libro 207 de Sección 3.ª, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta capital, por auto dictado el 9 de julio de 1970, que causó el correlativo asiento al ya relacionado, el cual se practicó el 15 de febrero de 1973 en virtud de mandamiento expedido por dicho Juzgado y en la misma fecha antes expresada, ampliado con posterioridad por otro de 15 de enero de 1973, *se aprobó el convenio* celebrado entre el suspenso y sus acreedores; y de conformidad con los términos del mismo, los actos dispositivos del vendedor, mientras se encuentre vigente y sin cancelar el meritado último asiento que publica la aprobación del convenio, deberán de ser aprobados por los interventores que en el mismo se designó, con independencia

de que se haya cumplido o no lo concertado en los términos y plazos previstos, ya que se trata de situaciones jurídicas de carácter extrarregistral que, a los Libros del Registro, habrán de llegar a través del correspondiente documento. El defecto observado se califica como insubsanable, por lo que no procede anotación de suspensión”;

Resultando que don Segundo Mindán Vázquez interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: “Que el plazo de vigencia del Convenio de Suspensión de Pagos es de tres años, a contar desde el día en que se hizo firme el Auto de aprobación del mismo, es decir, a partir del 9 de julio de 1970, y que transcurrido dicho plazo, queda enervada la situación derivada del Convenio y, si éste fue cumplido, cesa completamente la Intervención de la Comisión de Acreedores y en caso de incumplimiento resurge nuevamente la situación jurídica en que se encontraban las partes con anterioridad al Convenio; que en Auto de 25 de noviembre de 1974 la misma Presidencia, al resolver otra situación análoga planteada en relación con otra escritura otorgada por el recurrente ante el mismo Notario y referente a otra vivienda de la misma casa, se establecía que la Intervención de la Comisión de Acreedores en el otorgamiento solamente era exigible “durante los tres años de vigencia del Convenio, que habían de contarse a partir de la fecha de la firmeza del Auto de aprobación”; que en el caso del presente recurso como la escritura fue otorgada fuera de esos tres años, procede la renovación de la nota denegatoria; que el carácter contractual de la Suspensión de Pagos aparece recogida en la Sentencia de 5 de Octubre de 1973 de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza, siendo también éste el criterio de varios tratadistas; y que la Ley de Suspensión de Pagos no habilita ningún procedimiento para obtener una declaración de cumplimiento de Convenio por parte del deudor;

Resultando que el Registrador informó que: de conformidad con la cláusula 6.^a del Convenio, en caso de incumplimiento del mismo los Interventores nombrados se convertirán automáticamente en liquidadores y su función no tendrá más límite que la total liquidación del pasivo del suspenso, sin que la expiración del término del Convenio suponga el fin de sus funciones; que al determinar los artículos 76 y 77 de la Ley Hipotecaria que los asientos del Registro no se extinguen más que por su cancelación o por su caducidad, aun aceptando, en el caso que nos ocupa, que el derecho o situación que ampara se hallara extinguido por cumplimiento del término, no se produciría por ello la cancelación del asiento, pues para tal supuesto el ordenamiento jurídico registral exige la presentación del documento que acredite de forma auténtica la situación producida, que en el supuesto que tratamos sería el Auto dictado por el mismo Juzgado que aprobó el Convenio declarando su cumplimiento y decretando su cancelación (arts. 76, 77, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria y 175 del Reglamento Hipotecario); que si bien la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 no regula la forma de dar publicidad al cumplimiento del Convenio para obtener la rehabilitación del suspenso, cabría aplicar, por analogía, los artículos 1.388 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que no es aceptable el criterio del recurrente al considerar que el Convenio en la suspensión de pagos tiene un carácter estrictamente con-

tractual; que si bien la mayoría de los mercantilistas sigue considerando la suspensión de pagos como un expediente de jurisdicción voluntaria, la moderna técnica procesalista se inclina por su carácter procesal, basándose en que la vinculación de las partes al Convenio aprobado por Auto judicial no es simplemente contractual, sino que por la nueva vinculación del proceso, las partes quedan ligadas por la transacción judicial; que en todo proceso de suspensión de pagos se observan las características propias de la jurisdicción contenciosa, por lo que sus normas reguladoras tienen un poder coercitivo que las partes contendiente en ningún momento pueden eludir; que desde el punto de vista hipotecario, el Convenio sigue vigente al no constar en los Libros del Registro si se cumplió o no lo acordado, necesitándose para que los actos patrimoniales del Suspenso tengan validez, la intervención de los órganos de inspección y vigilancia, ya actúen como interventores o como liquidadores (cláusula 4.ª); y que en todo caso es imposible conforme a las normas hipotecarias invocadas la inscripción de dichos actos, en tanto la autoridad judicial no decreta la cancelación del asiento que publica el Convenio;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y teniendo además en consideración que no es admisible la interpretación que hace el recurrente del Auto de 25 de noviembre de 1974 resolviendo otro recurso análogo al presente, según la cual sólo era exigible la concurrencia de la comisión de acreedores al otorgamiento de la escritura de compraventa, por el señor Mindán Vázquez, durante los tres años de vigencia del Convenio, pero no pasados éstos, que es el caso del presente recurso, sacando la consecuencia de que procede ordenar la inscripción denegada; que con esta interpretación olvida el recurrente que esta exigencia del tiempo no es el único requisito a cumplir, pues como se decía en el referido Auto "el Convenio aprobado judicialmente vincula a suspenso y acreedores en todo su alcance, tanto en lo que se refiere al tiempo de su duración... como en el resto del concierto de voluntades en aquél reflejado", por lo que es forzoso tener en cuenta que igual fuerza vinculante que lo pactado en cuanto al tiempo tiene la cláusula 6.ª del Convenio al establecer que "la Comisión de acreedores pasará a ser liquidadora en el supuesto de incumplimiento" y no habiéndose acreditado en absoluto si el Convenio se ha cumplido o no, se desconoce si la Comisión de acreedores ha de pasar o no a ejercer las funciones liquidadoras, y por ello ha de respetarse la garantía de publicidad que la anotación registral practicada supone.

Doctrina.—"Considerando que anotado en los libros registrales el convenio judicialmente aprobado por el que el suspenso se compromete a pagar a sus acreedores en un período máximo de tres años, pudiendo la Comisión Acreedora, de acuerdo con el deudor, realizar bienes propiedad de este último, y pasando tal Comisión a ser Comisión Liquidadora en caso de incumplimiento del Convenio por el deudor, la cuestión que entraña este recurso consiste en resolver si es inscribible una escritura de venta otorgada por el deudor una vez transcurrido el plazo de tres años antes señalado y sin ninguna intervención de la Comisión de Acreedores";

"Considerando que la suspensión de pagos, al tener como objetivo prin-

cial el tratar de evitar una declaración de quiebra, se endereza lograr un convenio entre el deudor y la Junta de Acreedores que permita al primero ir satisfaciendo durante el plazo señalado los créditos pendientes, y sólo en caso de incumplimiento puede originarse la situación de quiebra”;

“Considerando que de ello se deduce la importancia que a efectos de la situación del suspenso tiene el saber si éste se encuentra cumpliendo el convenio judicialmente aprobado, con las limitaciones que en este caso se hayan podido establecer respecto de la disposición de sus bienes inmuebles, o bien si, por haber cumplido todas las obligaciones pactadas, se ha puesto fin a su estado de suspensión y ha recuperado la plena capacidad de obrar, o bien si, por último, si por haberlo incumplido tiene efecto las medidas de liquidación que legalmente se hubiesen acordado para este evento, o si ha sido pedida por cualquiera de sus acreedores la rescisión de dicho convenio y la consiguiente declaración de quiebra”;

“Considerando que para la inscripción de la escritura de compraventa calificada surge un obstáculo derivado del contenido del Registro que publica la existencia de unas limitaciones a la facultad de disponer del vendedor dimanante del convenio pactado, y sin que se haya hecho llegar —caso de que hubiera tenido lugar— a los libros registrales la nueva situación habida, que podría dar por terminada la anterior, por lo que el funcionario calificador, hasta tanto esto no ocurra y se presenten los documentos que así lo justifiquen, no puede ejercer su ministerio más que en la forma en que ha actuado”;

“Considerando que es indudable que la Ley de Suspensión de Pagos, que en su artículo 17 prevé la forma de dar publicidad al convenio en los Registros Mercantil y de la Propiedad a través del libramiento de los correspondientes mandamientos por el Juez, ha omitido toda referencia a esta misma publicidad para el caso de que el convenio hubiera sido cumplido, y desaparezcan así las restricciones que en orden a la capacidad del deudor se hubiesen adoptado; pero esta omisión implica que no existan los medios adecuados para lograr su cancelación, ni menos que se haya de eximir de su presentación en el Registro y se pretenda en su lugar una cancelación automática, por el vencimiento del plazo de duración del convenio, a la que no puede accederse —aparte de ser contraria a los principios generales hipotecarios—, dada la posibilidad de variantes examinadas en otro Considerando y que han podido suceder.”

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

Consideraciones críticas

Las normas suelen ponerse a prueba cuando en ellas —como es lógico que suceda— no se prevén los diferentes supuestos que la vida jurídica ofrece en su constante variedad. Una legislación exhaustiva es mera hipótesis, como ya se puso de relieve en la famosa discusión que dio lugar a la publicación de “La codificación”, obra que recoge una controversia programática basada en las obras de THIBAUT y SAVIGNY “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania” y “De vocación de nuestra época para la legislación”;

y la ciencia del derecho". No es de extrañar, por ello, que al aflorar a la superficie de la realidad la situación de suspensión de pagos (antes, afortunadamente poco frecuente) se ponga a prueba la legislación especial y aquellas otras que con más o menos contenido se relacionan con ella. Creo que en dos ocasiones me pronuncié denunciando los huecos que nuestra legislación ofrecía tanto en el campo fiscal, como en el campo de la publicidad registral. De ahí que no creo que sea éste el momento oportuno de insistir o repetir todos aquellos argumentos utilizados. No obstante, sí me gustaría salir al paso de un comentario hecho por mi ilustre compañero TIRSO CARRERERO GARCÍA (Comentario a la Resolución de esta misma fecha en Rev. Cr. Dr. Inmobiliario, pág. 904, 1976, núm. 515) el cual al recoger mi postura sobre el tema dice que "basta ver la resolución que comentamos y la de 11 de noviembre de 1975 para comprender que el contenido de los Convenios suele ser más rico y vario de lo que Chico Ortiz dice..." y el posible lector de ello pensará que por la garantía que el autor brinda en todos sus estudios ha procedido con auténtica sinceridad, pero a poco que se quiera ver la falta de exactitud en la afirmación notará que la cita está mutilada, pues a los casos que se ofrecían se añadía un "socorrido" etcétera que el ilustre compañero no reproduce.

En mi previsor etcétera cabía la situación que ahora plantea el recurso y que es la sustancialmente importante: el plazo por el cual se establece el convenio, el cumplimiento o incumplimiento del mismo y la posibilidad o no de inscribir un acto dispositivo que no se ajuste a lo que el Registro refleja a través de la constatación del Convenio. Haber desarrollado estas situaciones en un comentario anterior a la Resolución hubiese evitado posiblemente el recurso y la oportunidad de reflexionar sobre todo ello ahora, cuando ya hay más base para opinar. Creo que pueden ser tres los temas fundamentales que debemos abordar:

A) *La publicidad registral del convenio*

Las situaciones previas al convenio parecen claras dentro de la Legislación Hipotecaria: hay una posible anotación en caso de solicitarse la declaración de suspensión de pagos, artículo 45,5 Ley Hipotecaria y 142 Reglamento Hipotecario, una inscripción en el libro de incapacitados (arts. 386 y ss. del Reglamento Hipotecario) y la inscripción en su día de la declaración de suspensión en los libros de inscripciones (art. 2,4 de la Ley Hipotecaria). No obstante, esto que parece de meridiana claridad se oscurece por ciertas dudas planteadas doctrinalmente. Se duda de si la petición del estado de suspensión que es objeto de anotación debe ser cancelada en la inscripción que se practique o debe procederse a su conversión en inscripción cuando la situación de suspensión se declare. Problema que —a mi entender y por semejanzas con la anotación de demanda— está resuelto por el artículo 198 del Reglamento Hipotecario en el cual se decreta no una conversión, sino una cancelación. Igualmente se plantea la duda de si la resolución judicial que declare en su día la suspensión debe ser objeto de inscripción o anotación al amparo de lo que dispone el artículo 166,4 del Reglamento Hipotecario. En mi comentario sobre este punto que incluyo en "El complemento

al Derecho Hipotecario y su Legislación”, creo que ofrezco argumentos suficientes para estimar que se trata de una inscripción y no de una anotación.

Reflejada de esta forma registral la situación de suspensión de pagos —o solamente practicada la anotación de la solicitud de suspensión— cabe que ese estado civil que lleva consigo la situación del suspenso se solucione mediante la formación de un convenio y el cumplimiento o incumplimiento del mismo, caso este último que desembocaría en la situación de quiebra. El artículo 17 de la Ley especial de Suspensión de Pagos establece que “Transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior sin que se hubiere formulado oposición, el Juez dictará *auto* aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él, adoptando al efecto las providencias que correspondan y librando los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantil y de la Propiedad...”. En el párrafo segundo y tercero se regula el supuesto de la oposición y la terminación del incidente mediante *sentencia*.

El problema es el de la forma de hacer constar en el Registro el convenio, que lleva consigo la posible cancelación de la situación de declaración de suspensión —o la simple anotación preventiva de la solicitud— y la del libro de incapacitados, así como las posibles cesiones a favor de los acreedores, constitución o cancelación de garantías hipotecarias, etc. ¿El convenio deberá inscribirse o simplemente anotarse? Recordemos que de los hechos se deduce que el asiento que se practicó en el Registro era el de una anotación, quizá porque la mayor parte de ellas se basan en un “mandamiento” judicial. Igualmente en la nota calificadora se hace constar que el asiento practicado era el de una anotación (letra C, se dice) y en el “considerando” primero la Dirección da por sentado que se trata de un asiento de anotación. Todo ello se pone en duda por TIRSO CARRETERO en el trabajo dicho, aceptando el autor como asiento más adecuado, sin embargo, el de la anotación, superando la temporalidad del mismo sobre la base de la aplicación analógica del segundo párrafo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario: “Las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas”.

El trabajo que publicó el Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores (año IV, número 62, octubre de 1971, pág. 545) procedente del Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón, mantenía la postura de que había que proceder, previa la correspondiente calificación, a extender un asiento de “*inscripción*” en el que se reflejase todo aquello que tuviera trascendencia real, sin perjuicio de que todo ello tuviera que complementarse con las expresas cesiones de fincas a los acreedores, las escrituras públicas de constitución de hipotecas, etc.

Mi opinión es que no cabe la anotación, ni aun siquiera al amparo del apartado último del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, pues creo que la transacción que lleva consigo el convenio es un negocio jurídico que encaja más en el asiento de inscripción que en la anotación preventiva, decretada siempre para proteger “*situaciones provisionales*” y aquí son “*acuerdos defi-*

nitivos” que pueden o no cumplirse; igualmente me inclino por la inscripción, pues aunque la terminología que emplea la Ley especial de Suspensión de pagos no es todo lo precisa que se podría desear, es claro que en el artículo 4.º de la misma se emplea la palabra “*anotará*”, mientras que en el 17 de la misma se dice que “el Juez dictará auto aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él, adoptando al efecto las providencias que correspondan y librando los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantil y de la Propiedad”; porque la anotación preventiva caduca a los cuatro años de su fecha, pudiendo pedirse prórroga y en ese caso no queda sujeta a caducidad si fuera dictada por la autoridad judicial, cosa que como hemos visto aprovecha TIRSO CARRETERO para defender su tesis, pero no hay que olvidar que la anotación preventiva puede ser prorrogada a instancia de los interesados o por petición de ellos a la autoridad judicial, cosas ambas que no permiten encuadrar el caso en el supuesto del artículo 199 del Reglamento, ya que empieza siendo dudoso que sea la autoridad judicial la que haya “ordenado” la extensión de esa anotación, pues a lo mucho que llegaría el Juez es a expedir un mandamiento rogando al Registrador “*tomara razón*” del convenio en el Registro. La situación que se crea con la aprobación del convenio —con las naturales diferencias— es parecida a la adjudicación con que termina el procedimiento judicial sumario en el que se expide testimonio del auto y se despacha un mandamiento (¿basta simplemente la presentación del testimonio del auto sin necesidad de mandamiento para practicar todas las operaciones de adjudicación y cancelación?). La mayor o menor semejanza de situaciones está en la calificación de “jurisdicción voluntaria” o “contenciosa” de la tramitación del expediente de suspensión de pagos.

No creo que pueda defenderse el asiento de “anotación” sobre la base de la existencia de un mandamiento, ni sobre la idea de una situación de provisionalidad, ni siquiera para justificar la publicidad registral de unas posibles limitaciones o prohibiciones de disponer impuestas en el convenio como medida inevitable para hacer posible el cumplimiento del mismo, pues esto último sería incidir en esa Sentencia de la Audiencia de Sevilla de 24 de marzo de 1969 que consideraba de naturaleza “*contractual*” al convenio, así como de carácter “*oneroso*”, por lo que conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria no podría tener acceso registral.

Claro que siguiendo esa tendencia señalada por la sentencia citada tampoco cabría pensar en un acceso registral de las prohibiciones de disponer establecidas en el convenio a través de una anotación, pues parece ser que sólo cuando se trate de actos a “*título gratuito*” cabría permitir su entrada, eliminando con ello el número 2 del artículo 26 de la Ley Hipotecaria. Entiendo que cabe plantearse el problema de si estamos de verdad ante un acto “*oneroso*”, de si sólo las prohibiciones de carácter “*gratuito*” tienen acceso al Registro y de si las “*capitulaciones matrimoniales*” son o no actos onerosos. Créo que los dos últimos problemas están enlazados, pues de las capitulaciones matrimoniales no se puede predicar ni una gratuidad general, ni una onerosidad del mismo tipo, de lo cual cabe deducir en principio que no es la “*onerosidad*” o la “*gratuidad*” el criterio diferencial para la admisión de la prohibición de disponer, pero aunque lo fuera, sería muy discu-

tible que ese negocio jurídico del que GARRIGUES ("Curso de Derecho Mercantil". Madrid, 1940, pág. 527) decía que era un convenio de masa, judicial, forzoso y unilateral, pueda ser calificado de "oneroso". Al no asumir el suspenso ninguna otra obligación distinta de las que tenía, difícilmente puede calificarse de oneroso. Puede dar lugar a la consumación, ejecución y realización de actos onerosos, pero el convenio en sí no puede decirse que sea oneroso, máxime cuando lo normal de su contenido son las "quitas y las esperas" que entran en el campo de los actos gratuitos. No admitir la inscripción del convenio en la parte que afecta a las posibles prohibiciones de disponer es exponerse a la aceptación de una nueva excepción al principio de fe pública registral, pues registrada la prohibición debe ésta surtir efecto, anulando un acto realizado en su contra, sin que en este caso pueda aplicarse a las mismas lo que dispone el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Hacer penetrar la prohibición de disponer en el Registro por el cauce de la anotación preventiva de carácter judicial, por pensar que no cabe en ninguno de los otros apartados del artículo 26 y que queda prohibida por el 27 es exponerse a una duración temporal por la caducidad de la anotación, que de no preverse a tiempo por las partes —como en el caso que se ofrece en la Resolución— para solicitar la prórroga, puede dejar sin efecto la prohibición dictada por un tiempo superior a los cuatro años.

La Resolución comentada no aborda el tema —entre otras cosas porque no está planteado en el recurso— pero da a entender que el convenio estaba anotado simplemente en el Registro de la Propiedad en fecha en la que estaba ya a punto de vencer el plazo concedido en el mismo al suspenso para que cumpliera lo acordado. Como hemos apuntado antes, la nota calificadora es clara a este respecto: en el Registro lo que había era una anotación, no una inscripción de convenio. Quizá hubiese sido una buena ocasión para la "unificación" de la práctica a seguir en lo sucesivo.

B) *Caducidad del convenio y caducidad del asiento que lo publica*

En el trabajo que citábamos antes procedente del Seminario de Derecho Hipotecario Aragonés se parte de la idea de que estas dos caducidades —la del convenio y la del asiento— van correlativas, es decir: el asiento sólo tiene la duración que fije el convenio ("el asiento tendrá la duración que se señale en el mismo, y transcurrido éste sin que conste en el Registro nada en contrario, se cancelarán por caducidad en la forma establecida en el art. 355 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 79 de la Ley Hipotecaria"). No sé si realmente la idea que ofrezco era la que en realidad pensaron sus autores, pues es evidente que para que el asiento se extinga y proceda su cancelación, por extinción del derecho que en el mismo se contenga, hay que pedir, solicitar u ordenar la cancelación, bien en forma expresa, bien en la forma tácita que prevé el artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

Un intento de cancelación por caducidad de derechos hizo no hace mucho tiempo CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ ("Cancelación de arrendamientos", Rev. Cr. Dr. Inm. septiembre-octubre, 1974, núm. 504, pág. 1092) y en su documentado artículo venía a utilizar la combinación apuntada de los artículos 79, 82

de la Ley Hipotecaria y 355 del Reglamento, pero lo que puede ser una gran solución en esos casos tratados de arrendamientos, tiene en el presente un condicionamiento: que el plazo señalado lo es en base de un "*cumplimiento del convenio*" o para que el convenio se cumpla, pudiendo no ser así, pues ya habíamos apuntado que podría suceder que el suspenso incumpliera el convenio y su situación hiciera tránsito a la quiebra. De ahí que ese plazo de caducidad para el convenio no se transforma en plazo condicionante para la caducidad del asiento, pues éste seguirá vivo en tanto en cuanto no se acredite al Registrador que el convenio se cumplió o incumplió. Las inscripciones tienen una duración indefinida y sólo en aquellos casos en los que éstas se hagan en forma provisional o condicionante en los pocos casos admitidos por la Ley o que contengan un derecho sujeto a una caducidad señalada —por ejemplo, el usufructo— en los demás es preciso que el Registrador se abstenga de actuar oficiosamente, mientras no exista un expreso consentimiento del interesado o una resolución judicial en que así se ordene.

Esta viene a ser la solución que la Dirección da al problema, ya que en el considerando cuarto expresa que no se ha hecho "llegar —caso de que hubiera tenido lugar— a los libros registrales la nueva situación habida, que podría dar por terminada la anterior, por lo que el funcionario calificador hasta tanto esto no ocurra y se presenten los documentos que así lo justifiquen, no puede ejercer su ministerio más que en la forma en que ha actuado". Enlazado con ello la Dirección aprovecha para destacar la función de la publicidad registral en relación con la situación del suspenso en estado de cumplimiento del convenio, de convenio cumplido o incumplido, añadiendo que el que la Ley de Suspensión de Pagos no haya regulado la forma o el mecanismo para hacer constar en el Registro la situación de convenio cumplido no quiere decir que "no existan medios adecuados para lograr su cancelación" y que es equívoco que se pretenda que ello suponga la omisión del deber de presentarlo en el Registro bajo la idea de una cancelación automática.

Nada dice la Dirección respecto de la forma o manera de acreditar el cumplimiento del convenio y que resulta importante a los efectos de hacer desaparecer en el Registro las restricciones que pesan sobre el suspenso. El informe del Registrador apuntaba que cabría aplicar por analogía lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1.388 sobre rehabilitación del quebrado. TIRSO CARRETERO, en el trabajo citado, entiende difícil esa asimilación y, trae a colación el artículo 921 del Código de comercio en el que la rehabilitación del quebrado se consigue "justificando el cumplimiento íntegro del convenio aprobado que hubiesen hecho con sus acreedores". También cita a SAGRERA TIZÓN ("*Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*", Barcelona, 1974) el cual, con vistas al Registro Civil, entiende que la práctica ha arbitrado un "breve incidente, en el cual el Juez que tramitó la suspensión y aprobó el convenio, a solicitud del deudor, acuerda la publicación de esta solicitud emplazando, a quienes interese la alegación del incumplimiento del convenio, para que en el plazo de seis días se personen para alegar lo que a su derecho corresponda y transcurrido dicho plazo sin oposición el Juez dictará auto teniendo por cumplido el convenio y decretando la cancelación correspondiente.

Como se ve las soluciones que se proponen son distintas, una extrajudicial y otra judicial. La dificultad de prueba del cumplimiento del convenio por vía extrajudicial es enorme en caso de diversidad de acreedores y de necesidad de una aportación documental grande. De otra parte pienso que si de verdad ese mandamiento que acompaña al auto aprobatorio del convenio y al que hace referencia el artículo 17 de la Ley de Suspensión de pagos, debe estimarse de origen judicial habrá que aplicar, hipotecariamente hablando, el artículo 83 de la Ley Hipotecaria que dice: "Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria", lo cual nos lleva a rechazar el procedimiento extrajudicial y quedarnos con esa solución judicial del incidente de que habla SAGRERA TIZÓN. Es de alabar, por ello, el prudencial silencio de la Dirección al no invadir campos procesales que determinasen clases de procedimiento.

C) *Eficacia de la publicidad frente al acto que pretende inscribirse*

Después de todo lo dicho anteriormente la solución que se da al recurso parece clara. Si de los hechos se deduce que el deudor suspenso vendió, pasados los tres años de duración del convenio, una finca y que, sin embargo, el convenio seguía vigente registralmente hablando por no haberse justificado su cumplimiento, es evidente que la fuerza publicitaria que el Registro ofrece impide, mientras no se demuestre su inexactitud, inscribir un acto contrario en principio a las facultades, restricciones y limitaciones que se publican.

De todo ello da clara noción esta Resolución que en su considerando tercero entiende que el funcionario calificador no podía proceder de otra "forma en que ha actuado".

MANDAMIENTO JUDICIAL.—NO ES INSCRIBIBLE UN AUTO DE ADJUDICACIÓN DE UNA FINCA EMBARGADA, DECRETADO POR EL JUEZ EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO, CUANDO EXISTE UNA INSCRIPCIÓN ANTERIOR DE DOMINIO POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DECLARADA EN SENTENCIA FIRME DE FECHA ANTERIOR AL EMBARGO, AUNQUE INSCRITA CON POSTERIORIDAD. (Resolución de 17 de diciembre de 1975, *Boletín Oficial del Estado* de 22 de enero de 1976.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador don Eduardo Morales Price en representación del Ayuntamiento de Madrid contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 10 de esta capital a inscribir en parte un Auto de adjudicación de fincas a favor de dicho Ayuntamiento, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente.

Resultando que en procedimiento de apremio seguido por el Ayuntamiento de Madrid contra don Mario González Zaera como deudor a la Hacienda Municipal fueron embargadas entre otros bienes tres fincas y una participación en pro-indiviso de 31,63 por 100 en otra que figuraban inscritas en el Registro de la Propiedad número 10 de Madrid a su nombre; que en virtud de mandamiento presentado en este Registro el 27 de septiembre de 1966.

se practicó anotación preventiva de embargo a favor del citado Ayuntamiento sobre la finca inscrita a nombre del deudor con el número 11.802 (que entonces comprendía también una porción que después fue segregada y pasó a formar la finca número 55.872); que en juicio promovido por don Manuel Domínguez Matilla sobre declaración del derecho de propiedad de la finca citada, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de esta capital dictó Sentencia firme el 24 de mayo de 1971, confirmada por la Audiencia Territorial el 10 de diciembre del mismo año, declarando que el dominio del inmueble de que se trata fue adquirido por don Manuel Domínguez Matilla, por haberse consumado la prescripción adquisitiva a su favor con fecha de 27 de diciembre de 1965, ordenándose la cancelación de la anterior inscripción registral existente a favor de don Mario González Zaera y de su esposa Asunción Ruiz Sánchez; que en virtud de testimonio librado por el Juzgado y presentado en el Registro el 8 de noviembre de 1972, fue inscrito el referido inmueble a nombre de don Manuel Domínguez Matilla y esposa, quedando la inscripción anterior; que el Ayuntamiento de Madrid siguiendo el procedimiento de apremio contra el señor González Zaera celebró subasta de los bienes trabados que fue declarada desierta; que el Juzgado Municipal número 31 de Madrid, con fecha 9 de mayo de 1974, dictó Auto de adjudicación a favor del Ayuntamiento de la referida finca número 11.802 y de una participación indivisa de la número 55.872, que trae origen en la anterior, ordenándose la cancelación de la anotación de embargo; que por el Secretario General del Ayuntamiento de Madrid se expidió certificación comprensiva del citado Auto de adjudicación y de otro dictado en el mismo expediente de apremio.

Resultando que la anterior certificación fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentada la certificación que precede, en el Registro de la Propiedad número diez de Madrid, y respecto del Auto reseñado con la letra b) de sus apartados, comprensivo de las fincas radicantes en este Registro, ha sido inscrita la adjudicación y practicada la cancelación de anotación preventiva de embargo ordenadas en dicho Auto, solamente en cuanto a las dos primeras fincas, donde indican los cajetines extendidos al margen de las descripciones de dichas fincas. No admitiéndose la inscripción del tercer inmueble adjudicado, finca número 11.802 del Registro, ni de la participación indivisa del cuarto inmueble —finca número 55.872 que trae origen la indicada finca número 11.802 del Registro— por resultar que, aunque después de practicada la anotación preventiva de embargo a favor del Ayuntamiento de Madrid, el Juzgado de Primera Instancia número nueve de esta capital, en Autos de juicio declarativo de menor cuantía en él seguidos, dictó sentencia con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y uno, apelada y confirmada por la citada el 10 de diciembre del mismo año, por la Sala Segunda de lo Civil, de la Audiencia Territorial de Madrid, que adquirió el carácter de firme, por la que se ordenó la cancelación de la inscripción 3.ª de la finca número 11.802 del Registro, practicada a favor de los cónyuges don Mario González Zaera y doña Asunción Ruiz Sánchez, y la inscripción de tal inmueble, por prescripción adquisitiva, en favor de don Manuel Domínguez Matilla, casado con doña Fermina Sanz y Blas, por lo que mediante la inscripción 4.ª de susodicha finca número 11.802,

obrante al folio 244 vuelto del libro 237 de la Sección Primera de Vallecas, practicada el 8 de noviembre de 1972, don Manuel Domínguez Matilla, para su sociedad conyugal, inscribió a su favor tal inmueble por el concepto expresado, quedando cancelada la inscripción 3.ª de tal finca, pero extendida dicha finca con la superficie en ella practicada de 794 metros cuadrados, que pasaron a formar la número 44.757, la cual fue agrupada con otras, pasando a constituir la número 44.763, de la cual proceda la número 55.872, de cuyo inmueble, precisamente, y con el número 4 se adjudica ahora, una participación proindivisa de treinta y un enteros, seis mil trescientas treinta y cinco diezmilésimas por ciento, resultando que la participación de que se trata fue adjudicada en pago proporcional de la superficie aportada, por la Junta de Compensación del Polígono Alto de Palomeras, a don Mario González Zaera y su esposa, según resulta de la certificación expedida el 7 de febrero de 1968, por el Secretario General de la Comisión del Area Metropolitana de Madrid, protocolizada mediante acta de 29 de mayo de 1968, autorizada por el Notario don Carlos Balbontín, y una copia parcial de dicho acta expedida el 9 de junio de 1972, subsanada por diligencia extendida por dicho Notario el 6 de febrero de 1973, en la que se hace constar que tal copia parcial se expide para que sirva de título de propiedad a don Mario González Zaera y esposa, y seguidamente a don Manuel Domínguez Matilla, en virtud de haber obtenido sentencia firme contra aquéllos, en fecha 24 de mayo de 1971, por cuyo motivo, previa la inscripción de tal participación a favor de don Mario González Zaera y esposa, don Manuel Domínguez Matilla, para su sociedad conyugal con doña María Fermina Sanz y Blas, inscribió a su favor la misma participación por los conceptos expresados, cual así aparece de la inscripción 5.ª de la finca número 55.872 obrante al folio 228 vuelto del libro 683 de la Sección primera de Vallecas, practicada el 12 de febrero de 1973”;

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la anotación preventiva de embargo sobre la finca número 11.802 practicada en el Registro de la Propiedad el 27 de octubre de 1966 a favor del Ayuntamiento de Madrid es la regulada por el artículo 42, apartado 2.º, de la Ley Hipotecaria y tiene carácter constitutivo; que la finca número 55.872, como precedente originariamente de la finca 11.802, se halla gravada con la misma anotación preventiva que ésta; que el Ayuntamiento de Madrid no fue emplazado en el Juicio declarativo promovido por el señor Domínguez Matilla ni la demanda de éste contra el señor Zaera fue anotada en el Registro de la Propiedad; que la inscripción de la titularidad del señor Domínguez Matilla como consecuencia de la Sentencia dictada se practicó con fecha 8 de noviembre de 1972; que según la doctrina hipotecarista las anotaciones preventivas tienen el carácter de constitutivas e implican la constitución o establecimiento de una verdadera garantía real que produce en mayor o menor amplitud, los efectos propios de la hipoteca; que el artículo 71 de la Ley Hipotecaria establece la enajenabilidad de los bienes anotados de embargo pero sin perjuicio del derecho de la persona favorecida por la anotación; que la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 20 de mayo de 1944 sienta la doctrina de que adquirido un

derecho con posterioridad a la práctica de la anotación y cuando está ya acreditada la existencia de un procedimiento ejecutivo por razón de hipoteca legal, del cual se derivaba la enajenación de las fincas embargadas, avisándose con posteriores inscripciones la necesidad de que defensiesen su presunto derecho, los terceros adquirentes debieron oportunamente intervenir en el expediente administrativo, o interponer la correspondiente tercería, o intentar la subrogación de las acciones o excepciones de su causante, o, en fin, ejecutar cualquier otra clase de facultades o recursos que las leyes les reservasen, toda vez que el Registrador no tenía razones ni motivos especiales para ampararles contra los pronunciamientos de un agente investido de poderes judiciales; que en análogo sentido se pronuncian las Resoluciones de 4 de noviembre de 1915, 31 de diciembre del mismo año y 30 de mayo de 1934; que al ser la anotación preventiva de embargo a favor del Ayuntamiento anterior a la inscripción del título de adquisición de don Manuel Domínguez Matilla, y no haberse hecho declaración expresa sobre la misma en la Sentencia citada de 4 de mayo de 1971, debe quedar firme y vigente, por lo que la inscripción resultante de la Resolución judicial quedará supeditada a los efectos propios de la anotación preventiva sin que pueda lesionar los derechos derivados de la misma;

Resultando que el Registrador mantuvo su calificación e informó: Que la Sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia número 9, de Madrid, confirmada por la Audiencia Territorial que ordenó las operaciones registrales de inscripción de la finca objeto de debate a favor de don Manuel Domínguez Matilla y de cancelación de la inscripción existente a favor de don Mario González Zaera declaró que el dominio del referido inmueble fue adquirido por el señor Domínguez Matilla por haberse consumado la prescripción adquisitiva a su favor, con fecha 27 de diciembre de 1965, es decir, que la causa jurídica de esta adquisición es anterior a la anotación preventiva de embargo a favor del Ayuntamiento; que al presentarse el documento calificado las fincas figuraban inscritas a nombre de persona distinta del ejecutado por lo que se denegó su inscripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 20 de la misma; que un conocido hipotecarista al estudiar el supuesto planteado manifiesta que al Registrador se le presenta un problema de colisión que él no puede resolver, por no ser de su incumbencia, pues no cabe que deje sin efecto la anotación preventiva del embargo ni tampoco inscribir la enajenación provocada por la ejecución, siendo la posición obligada del Registrador abstenerse de inscribir la escritura al mejor postor o la adjudicación al ejecutante; que tal criterio es el mantenido por las Resoluciones de la Dirección de 9 de noviembre de 1955 y 20 de diciembre de 1966; y que ratificando tal criterio la reciente Resolución de 16 de octubre de 1974 afirma en su último Considerando "que al no ser procedente que se cancele la inscripción hecha al primer comprador, surge un obstáculo para que pueda inscribirse la segunda escritura de compraventa hecha a favor del adjudicatario, que tiene su fundamento en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados, conforme el artículo 66 de la misma Ley de acudir a los tribunales para ventilar y

contender entre sí acerca de la validez o nulidad de sus respectivos títulos o de la preferencia de sus derechos”;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando además que no puede prevalecer la tesis del recurrente por cuanto el señor González Matilla adquirió los bienes que nos ocupan por usucapion consumada en 27 de diciembre de 1965, o sea, nueve meses antes de la fecha —27 de septiembre de 1966— en que se practica la anotación preventiva a favor del Ayuntamiento de Madrid, lo que determina según el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el 1.923, 4.º del Código civil que la citada anotación no pueda anotonarse a título auténtico anterior a la misma, aunque éste se inscribiera después de dado que, a diferencia de la hipoteca, tal anotación de embargo únicamente produce efectos de futuro, o como ilustra la Sentencia de 18 de febrero de 1954, no produce efectos contra tercero cuyo derecho sea precedente a la anotación, aunque no haya sido registrado antes de ella.

Doctrina.—“Considerando que anotados unos embargos sobre determinados inmuebles del deudor, y cancelada posteriormente la inscripción de dominio a favor de éste en dos de ellos, en virtud de sentencia firme que así lo ordenaba, a la vez que declaraba la adquisición de la propiedad por el prescribiente y la nueva inscripción de dominio a su nombre, la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si, adjudicados los mencionados inmuebles al Ayuntamiento de Madrid en el procedimiento ejecutivo seguido a consecuencia del anterior embargo, puede practicarse la inscripción a su favor o existe algún obstáculo que lo impida”;

“Considerando que para la resolución de este expediente hay que tener en cuenta la reiterada doctrina que en base a los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria aparece mantenida, tanto por el Tribunal Supremo como por este Centro Directivo, de que la anotación preventiva de embargo, sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos que han tenido lugar con posterioridad a la propia anotación, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado, aunque no se hubiesen registrado dichos actos”;

“Considerando que, teniendo en cuenta la anterior doctrina, el caso examinado presenta la singularidad de que la inscripción del dominio de ambos inmuebles a favor del actual titular se ha debido al mandato judicial derivado de la Sentencia firme que ha declarado la usucapion consumada por parte del prescribiente y la consiguiente adquisición del dominio de los inmuebles precisamente —y según se desprende del testimonio literal de la Sentencia— en una fecha que es anterior a la de la práctica de la anotación de embargo”;

“Considerando que la legislación vigente en la materia, y especialmente del contenido del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que regula expresamente las cuestiones relativas a la usucapion contra el Registro, no aparece condicionamiento o razón alguna para que se exceptúe de la regla general establecida en los artículos 44 de la misma Ley y 1.923, 4.º del Código civil a los supuestos en que el título adquisitivo hubiese sido el de prescripción, por lo que, al haber adquirido el dominio el prescribiente con anterioridad

a la fecha de la anotación de embargo, es forzoso declarar que no puede accederse a lo solicitado por el recurrente.”

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

Consideraciones críticas

El principio de prioridad registral que parece en su sencillez enunciativa de una claridad meridiana ha de ser entendido en relación con todo el ordenamiento jurídico, pues si bien el que llega antes tiene preferencia, ésta puede quedar subordinada en ciertos casos a la otorgada por otra norma sustantiva. Por ello la distinción doctrinal que hacen algunos autores entre la prioridad “*formal y la sustantiva*” se hace visible en estos contados casos. Precisamente uno de ellos, quizá el más significativo, es el que ofrece esta Resolución y que está reiteradamente sancionado en otras muchas. El embargo, el temible embargo, solamente ofrece preferencias “registrales” en su apremiante obtención de rango prelativo frente a créditos posteriores al mismo, pero no anteriores, aunque se inscriban después. En el conocido juego de preferencias sustantivas que claramente señalan los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

La claridad de esta Resolución debería liberar al comentarista de cualquier otro juicio, pero creo que puede ser buen momento para hacer algunas consideraciones en torno a estas preferencias formales y sustantivas. Se hace preciso advertir que un caso de idénticas circunstancias fue resuelto por la Resolución de 16 de octubre de 1974 y que sustancialmente la misma doctrina se recogía —aunque los hechos eran distintos— en la Resolución de 13 de diciembre de 1974, ambas comentadas por mí en este Anuario (Tomo XXX, Fascículo I, enero-marzo, 1976, págs. 158 y siguientes y 186 y siguientes). Refuerzan estos criterios la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1954 y las Resoluciones 9 de noviembre de 1955 y 29 de noviembre de 1962. Excepción a todo ello supone la de 24 de junio de 1944.

A) *Preferencia formal*

Cuando a un concepto del derecho se le adjetiva con la palabra “*formal*”, parece rebajársele de categoría, pues en la mente del jurista siempre surge la vertiente de la “*sustantividad*”. Frente a lo formal se contraponen lo sustantivo. Pero en el caso del llamado principio de prioridad —*prior tempore, potior iure*— la mayor parte de la doctrina sabe distinguir perfectamente lo que hay de formal en el principio, pero también lo que hay de sustantivo y esencial.

La preferencia formal va unida indisolublemente a un momento y a una fecha. El libro Diario de operaciones registrales es el claro exponente de ese momento y esa fecha. Hecho el asiento se ha ganado preferencia, una preferencia tabular, de libro, cronológica, de fecha, de hora, de segundos. Quizá en este punto la reciente reforma del Reglamento Hipotecario de 27 de agosto de 1977 atente “*contra legem*” al principio de prioridad al ser re-

dactados los artículos 428 y 556, pero no creo que sea este el momento para hacer un comentario que, a mi entender, debe ser más extenso y darlo a la luz en otro lugar.

Pero esa preferencia formal, ese llegar antes en el tiempo, tiene la compensación del aforismo romano: "*potior iure*". Y es donde ahí deja el principio de ser formal para transformarse en sustantivo y mantener esa preferencia contra todo otro derecho, que siéndole incompatible, anterior o simultáneo, se pretenda inscribir o anotar. Aquella cronología que señala en su fecha el asiento de presentación seguirá reflejándose en los asientos que se practiquen y servirá para sostener el mejor derecho ganado por la prioridad temporal. Eso es lo que viene a disponer el artículo 24 y el 25 de la Ley Hipotecaria que aclaran lo que debe entenderse por fecha de la inscripción y la preferencia entre ellas.

Pero la preferencia formal tiene otros aspectos que podemos aquí intentar deslindar. Creo que pueden ser importantes las aportaciones que hacen algunos autores jugando con la calificación de las fechas y otros tratando de profundizar entre lo que podríamos llamar prioridad sustantiva y formal. Todo ello referido, por supuesto, al aspecto registral, ya que debemos dejar marginada a este respecto la posible prioridad cronológica de la escritura pública, que por el juego de la prioridad registral queda subordinada a la misma. Dejamos con ello a un lado la problemática de aquellos sistemas que adoptan la llamada "preanotación", la "certificación con cierre registral" y la "solicitud con petición del mismo cierre".

LA RICA Y ARENAL ("Fechas de los asientos registrales, Rv. Cr. Dr. Inm. 1954) distingue perfectamente la "*fecha propia*" de la "*fecha efectiva*" de los asientos (arts. 9, 7.º de la Ley y 51, 13 del Reglamento). La fecha propia es, el momento en que se extiende el asiento y la fecha efectiva la del asiento de presentación que por el juego de los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria da la preferencia antes expuesta. Pero, así como la fecha "formal" del asiento de presentación otorga o concede "efectos sustantivos" en su juego, la fecha también formal del asiento de inscripción, anotación, cancelación o nota marginal, no creo que tenga más proyección que la puramente "*adjetiva*" del cómputo de tiempo en determinados casos. Casos que la doctrina resume o concreta en los del plazo para el ejercicio del retracto legal (S. 14 marzo 1956 y 1 junio 1959), suspensión de efectos de las inscripciones de inmatriculación conforme al artículo 207; la caducidad de las inscripciones de inmatriculación si el edicto no se presenta dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la inscripción (art. 298 del Reglamento Hipotecario); la caducidad que establece el artículo 98 del Reglamento Hipotecario para las inscripciones "condicionadas" a la obtención de determinados requisitos administrativos y la caducidad de las anotaciones preventivas en general (art. 86 de la Ley Hipotecaria), las por defecto subsanable (art. 96 de la Ley Hipotecaria) y las de legatario (art. 87 de la Ley Hipotecaria). Ante esta dualidad de fechas y al filo de un problema de anotación preventiva, prorrogada y convertida, traté el tema comentando la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de mayo de 1968 ("Prioridad, anotación preventiva, conversión y prórroga" publicado en el Boletín Informativo del Colegio Nacional de Registradores y reproducido en "Teoría

práctica y formula de la calificación registral", 1977) y llegaba a la conclusión de que la fecha de las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones, es la del asiento de presentación. Solamente las "*anotaciones preventivas de suspensión*" por defectos subsanables tienen un cómputo distinto en su vigencia, debido a su naturaleza peculiar y a la distinción que el legislador establece en el artículo 205 del Reglamento Hipotecario. Sólo admitiendo esto puede respetarse íntegramente el principio de prioridad muy necesitado de pocas excepciones. No puede llegarse, fuera de ese caso, a una distinción entre una fecha de "*preferencia*" y otra de "*caducidad*", pues ello es contrario a toda norma interpretativa de lógica jurídica.

Realmente está sin solucionar definitivamente la cuestión, ya que la parte de la doctrina que ha tocado el tema se inclina, siguiendo la tesis de LA RICA Y ARENAL, así como los comentarios que al filo de la reforma hipotecaria de 1944-46 hiciera SANZ FERNÁNDEZ ("Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria", pág. 330) y que insistían en que el plazo de caducidad de las anotaciones preventivas debería contarse desde la fecha de la anotación misma y no de la del asiento de presentación, por la distinción entre la "fecha extrínseca" al asiento, que sirve para determinar desde qué momento el acto que ha ingresado en el Registro se antepone con eficacia excluyente o preferencia a cualquier otro referente a la misma finca, y la fecha "intrínseca", a efectos de determinar la propia subsistencia y eficacia o limitación de eficacia, en su caso, del asiento en sí mismo considerado que tiene relevancia en aquellos casos de asientos con vigencia temporalmente limitada, tesis sostenida por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA en el Comentario a la Resolución de 30 de octubre de 1969 (Rv. Cr. Dr. Inm. 1970, pág. 467).

Con más densidad, en el deseo de llegar a una plena precisión de lo que debemos entender por el principio de prioridad, TIRSO CARRETERO ("Comentario a la Resolución de 18 de marzo de 1972 en Rev. Cr. Dr. Inm. 1972, página 885 y recensión de mi libro "Complementos al Derecho Hipotecario y su Legislación" Rev. Cr. Dr. Inm. 1974, pág. 1011) plantea el problema de distinguir entre la prioridad formal de los artículos 17 y 313 de la Ley Hipotecaria y la prioridad sustantiva de los artículos 32 y 145, 2.º de la misma Ley. Reducir a estos cuatro casos el esquema de los dos aspectos de la prioridad me parece un poco aventurado, pues de una parte habría que pensar que dentro de lo que debamos entender por prioridad sustantiva hay que colocar también aquellos supuestos de Derecho civil que solucionan la posible colisión de derechos otorgando preferencias sustantivas de rango y, de otra, pensar serenamente que el artículo 17 de la Ley Hipotecaria aún refiriéndose a la prioridad formal, deja siempre a salvo, la sustantiva.

En otra ocasión creo que apuntaba cómo a mi entender el artículo 17 de la Ley Hipotecaria tenía en el fondo una proyección más de fondo que de forma, pues parte de una inscripción o anotación ya hecha de un título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, estableciendo que estando vigente esa inscripción o anotación no podrá practicarse ninguna otra referente a títulos de igual o anterior fecha que "*se le opongan o sean incompatibles*". Es decir, que para que el cierre del Registro se produzca es preciso que el título que pre-

tenda inscribirse o anotarse sea "*sustantivamente*" opuesto o contradictorio con el inscrito, pues de lo contrario la colisión se soluciona mediante un orden de rangos y este orden de rangos queda, sin embargo desvirtuado, en ciertos casos en los que sustantivamente la prioridad viene dada por el Derecho civil, casos que veremos luego. No obstante, este artículo es evidente que contiene todo un esquema formal al señalar la manera de proceder con los títulos llegados al Registro y cronológicamente prioritarios, frente a los que no lo son, para su despacho registral.

El artículo 313 de la Ley Hipotecaria es ya otro tema de menor tono y que efectiviza una prioridad de carácter formal o adjetiva. La inadmisión por los Tribunales de documentos que debiendo haber sido inscritos no lo están. El artículo distingue dos supuestos según que la inadmisión proceda decretarla en casos de fincas no inscritas cuando el documento pretenda hacerse valer contra terceros y el de fincas inscritas cuando el documento se pretenda hacer valer frente a cualquiera. Desarrollan la materia los conocidos artículos 585 a 588 del Reglamento Hipotecario. Frente a la fuerza sustantiva de la inscripción surge lo que la doctrina ha llamado sistema de la "*inscripción estimulada*", esto es, de una adopción de medidas para que la inscripción llegue a verificarse y que se traducen, en el presente supuesto, en una inadmisibilidad del documento. Es una vertiente formal, pero de una gran eficacia práctica si por los Juzgados y Tribunales, los Consejos y las Oficinas del Estado se acepta íntegramente la norma. La inscripción aquí se convierte en requisito, en exigencia, para que el documento que contenga el acto pueda tener un valor frente a terceros o frente a cualquiera. Es decir, estamos ante el cumplimiento de una forma para que pueda tener lugar la tramitación de una acción, reclamación, demanda, etc., que se presente en los organismos citados.

B) *Preferencia sustantiva*

Verdaderamente que la preferencia que soluciona jurídicamente los supuestos de colisión de derechos viene dada —registralmente hablando— por ese principio de prioridad que resuelve la discutida problemática de la doble venta (art. 1.473 del Código civil), pero es también evidente que ofrece matices muy de tener en cuenta al examinar los artículos 32 y 145, 2, de la Ley Hipotecaria. En el primero al otorgar a la inscripción un valor prioritario y sustantivo frente a títulos de dominio y derechos reales que no estén inscritos. La inscripción representa en estos casos la existencia efectiva del derecho frente a quienes puede negarla si no está inscrito. Es el principio latino de la oponibilidad, base y esencia de nuestro sistema hipotecario. Igualmente el artículo 145, 2.º de la Ley Hipotecaria al establecer la necesidad de la inscripción para que la hipoteca exista viene a reforzar la tesis antes expuesta: la escritura pública no basta para su existencia, ya que si no se inscribe es como si no existiese y, en este caso, no sólo frente a tercero, sino frente a todos, pues aquí a la inscripción se la eleva a rango de requisito constitutivo.

Creo que también cabe traer aquí esa serie de normas preferenciales que condicionan la aplicación del aspecto formal y su consecuencia sus-

tantiva del principio de prioridad. Podrían señalarse a este respecto el caso del artículo 198 del Reglamento Hipotecario con la posibilidad de inscribir títulos anteriores en fecha a la anotación preventiva de demanda, pero cuya inscripción se verifica con posterioridad a la fecha de la misma. Igualmente el caso de las llamadas anotaciones preventivas de prohibición de disponer que permiten la inscripción de títulos otorgados con anterioridad a las mismas, pero presentados con posterioridad a la fecha de la anotación. También los casos de inscripción de títulos anteriores no inscritos que corroboran el título inscrito, las ratificaciones y elevaciones de documentos privados previos al inscrito, etc.

Al lado de todo ello es preciso contemplar también aquellos otros supuestos en los que la prioridad viene dada "*sustantivamente*" por una norma que establece de antemano la prelación que soluciona el posible conflicto. Es decir, estamos ante los llamados créditos o derechos preferentes cuyo respeto ha de tenerse en cuenta al momento de aplicar el principio de prioridad registral. Nos estamos refiriendo a esos casos de reserva legal de rango (arts. 45 y 51 de la Ley Hipotecaria) o de rango estipulado, así como los de simultaneidad de rango (art. 227 del Reglamento Hipotecario) y al que a nuestro juicio es el caso objeto del presente recurso: el del artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con las anotaciones preventivas de embargo y que ya soluciona el artículo 1.923 del Código civil. El embargo sólo es preferente frente a créditos "*posteriores*". La Dirección General no duda en aplicar la doctrina mantenida tradicionalmente, salvo el caso aislado que citamos de la Resolución de 24 de junio de 1944, y establece que aunque el caso ofrece variantes, ya que la adquisición de la propiedad anterior al embargo se basa en una prescripción ganada y declarada judicialmente, es evidente que la fecha de la sentencia es anterior a la del embargo y de ahí que deba seguirse la regla general que señalan los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, 4.º, del Código civil.

En uno de los comentarios hechos a otra de las Resoluciones de la Dirección sobre este mismo tema, planteábamos dos problemas que eran mantenidos por parte de la doctrina. El primero era si, además de esta preferencia sustantiva que los artículos citados concedían, el titular favorecido debería plantear procesalmente la *tercería de dominio* a que alude el párrafo 3.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. LA RICA (*Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas*, "Rev. Cr. Dr. Inm.", 1958, pág. 711) entendía que era preciso plantearla antes de la adjudicación o venta en pública subasta de la finca o fincas embargadas, pues en otro caso sólo le queda la acción reivindicatoria. Mi opinión era contraria a esta solución, ya que el derecho que parece otorgar el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, 4.º, del Código civil es un derecho puro, neto, sustantivo, sin necesidad de tener que ser sometido al cumplimiento de formalidades posteriores, bastando para protegerle la respectiva inscripción. ROCA SASTRE opina en el mismo sentido.

El segundo problema era de mecánica registral y es el de si al inscribirse "*posteriormente*" a la anotación de embargo la adquisición "*anterior*", debería o no verificarse lo que en lenguaje registral se llama "*arrastre de cargas*". F. CABAILEIRO, en el comentario que hacía a esa Resolución aludida ("Rev.

Cr. Dr. Inm.", núm. 506, 1975, pág. 154), mantenía esa necesidad de arrastre de cargas en base de la "claridad del asiento"; yo sostenía otra opinión que ahora ratifico, y es la de que en la inscripción "posterior" al embargo no puede nunca reflejarse éste, ya que no es *preferente*.

COMPRAVENTA.—LEGALIZACIÓN DE FIRMAS DE LOS OTORGANTES.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA OTORGADA CON PODER AUTORIZADO EN PAÍS EXTRANJERO QUE CARECE DE LA PRECEPTIVA LEGALIZACIÓN CONSULAR Y DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. (Resolución de 6 de abril de 1976, *Boletín Oficial del Estado* de 25 de mayo de 1976.)

Hechos.—Resultando que por escritura pública autorizada por el Notario recurrente, don José Bono y Huerta, de Sevilla, el 22 de abril de 1974, la Compañía suiza Atlanterra, S. A., vendió a don Konrad von Brauchitsch una parcela de terreno de 1.960 metros en término de Tarifa; que como apoderado de la Sociedad vendedora comparece en su representación Hlmut Diederichs, que acredita su personalidad mediante testimonio del poder que le fue conferido en Zurich (Suiza) el 24 de agosto de 1964 por don René Thouvenin como miembro del Consejo de Administración de Atlanterra, Sociedad Anónima, con facultades de representación, certificando el Notario autorizante la validez de este poder; que como apoderado del comprador comparece don José Nicolás Medina Lama, en virtud del poder conferido por aquél en Herzogenrath (Alemania Federal) el 30 de noviembre de 1973 y cuya validez también certifica el fedatario.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con la siguiente nota:

"Presentado el precedente documento a las once horas del 8 de febrero último, bajo el número 2.051 del Diario 48, al folio 257 vuelto, en unión de testimonio expedido el 1 de febrero de 1974, por el mismo Notario, señalado con el número 508 del Libro Indicador, relativo al poder otorgado por el comprador a favor de don José Nicolás Medina Lama; acompañados hoy, como complementarios, por los siguientes testimonios expedidos por el mismo funcionario como Notario de Tarifa: el número 768 del Libro 5.º Indicador, de 6 de julio de 1972, el poder de 24 de agosto de 1964, otorgado por don René Thouvenin, en nombre de Atlanterra A. G. a favor de don Helmut Diederichs, número 784 del mismo Libro, de 9 de agosto de 1972, sobre vigencia de leyes en Suiza; el número 771 del citado Libro, de 11 de julio de 1972, sobre vigencia de leyes en Alemania; el número 249, sin que conste de qué Libro, de 31 de marzo de 1962, de la escritura de constitución de Atlanterra, y el 781 del repetido Libro 5.º, de 9 de agosto de 1972, sobre inscripción en el Registro Mercantil de tal Sociedad, se suspende la inscripción por los siguientes defectos subsanables: Primero: Falta de legalizaciones consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores español en el poder otorgado por don René Thouvenin, en nombre de Atlanterra A. G., a favor de don Helmut Diederichs y el otorgado por el comprador a favor del señor Medina Lama, conforme preceptúa el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Segundo: No se acredita mediante la certificación prevenida en el párrafo 6.º

del mismo artículo la aptitud y capacidad legal del señor von Brauchitsch para el otorgamiento del poder en favor del señor Medina Lama y para verificar la adquisición realizada en su representación. Se ha pedido no se practique anotación preventiva.

Algeciras, 14 de marzo de 1975."

Resultando que retirada y presentada de nuevo la escritura y demás documentos complementarios fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado nuevamente el precedente documento a las doce horas del día 22 de mayo último, según el asiento 224, practicado al folio 28 vuelto del Diario 49, en unión de todos los documentos que se reseñan en la nota precedente, acompañado, además de instancia suscrita en Sevilla el 7 del mismo mes de mayo por el Notario autorizante, en la que se solicita se tenga por subsanados los defectos señalados en la citada nota de calificación de 14 de marzo de 1975; y de tres testimonios expedidos el 7 del repetido mes de mayo por el citado Notario señor Bono y Huerta, a los números 1.008, 1.009 y 1.010 del Libro Indicador, por el primero de los cuales se reitera la legitimación de la firma de don René Thouvenin puesta en el poder de 24 de agosto de 1964; por el segundo se reitera igualmente la legitimación de la firma de don Konrad von Brauchitsch en el poder de 30 de noviembre de 1973, y por el tercero da fe de la capacidad del otorgante de este último poder, conforme al Derecho alemán, se suspende la inscripción por el defecto subsanable de falta de las legalizaciones consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores español en los citados poderes otorgados por don René Thouvenin en nombre de Atlanterra A. G. a favor de don Helmut Diederichs y por el comprador a favor del señor Medina Lama, conforme preceptúa el artículo 36 del Reglamento Hipotecario; dándose por subsanado el segundo de los defectos aducidos en la anterior nota de calificación. No se ha solicitado anotación preventiva.

Algeciras, 2 de julio de 1975."

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la legitimación de las firmas de los otorgantes de los poderes aducidos, hecha por el Notario autorizante de la escritura, hacen innecesaria la legalización consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores; que la facultad de legitimación o autenticación de firmas de toda clase de personas físicas y representativas de las jurídicas le viene concedida al Notario por el artículo 257 del Reglamento Notarial, al que se remite el artículo 1.217 del Código civil; que con la legitimación del Notario autorizante queda plenamente cumplido el requisito 4.º del párrafo 1.º del artículo 36 del Reglamento Hipotecario respecto a los documentos otorgados en territorio extranjero de "contener la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España", ya que dicho precepto no ordena que el procedimiento de autenticación o legalización sea necesariamente el consular, ya que cabe el medio de la legitimación notarial de firma del otorgante, como en el caso recurrido; que el Registrador ha de aceptar la legitimidad de firmas aseveradas con fe pública

por el Notario autorizante, so pena de incurrir en la responsabilidad que establece el artículo 143 del Reglamento Notarial.

Resultando que el Registrador informó: que si bien la legitimidad de las firmas de los otorgantes de los poderes, señores Thouvenin y Von Brauchitsch, queda acreditada mediante los testimonios del Notario recurrente, no sucede lo mismo con las firmas de los Notarios extranjeros insertas en dichos poderes, al no haber sido legalizadas por los Cónsules españoles respectivos y las de éstos por el Ministerio de Asuntos Exteriores, conforme a lo exigido por el párrafo 1.º del artículo 36 del Reglamento Hipotecario; que la legalización consular cumple, además, la función de hacer constar de manera cierta el lugar de otorgamiento de los poderes; que si se prescinde de la legalización consular, como pretende el Notario, tales poderes no se presumirían otorgados en Suiza o Alemania, sino en Sevilla, lugar de la legitimación de las firmas, lo que pudiera ser contrario al artículo 257 del Reglamento Notarial; que por legalización deberá entenderse la consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores, como se deduce de los artículos anteriormente citados y de los artículos 17, 24 y concordantes del Anexo III del Reglamento Notarial y del artículo 29 del Reglamento de la carrera consular de 27 de abril de 1900, pudiéndose también citar las Sentencias de 7 de diciembre de 1894 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 1971; que en igual sentido se pronuncian la mayoría de los tratadistas que estudian el tema.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador y declarando además que para que se estimen auténticos y produzcan efectos en España los poderes de referencia es indispensable el requisito de la legalización consular y del Ministerio de Asuntos Exteriores, ya que aparecen otorgados y documentados en el extranjero, sin que pueda considerarse bastante la legitimación notarial.

Doctrina.—“Considerando que en este recurso gubernativo se plantea la cuestión de si puede ser suplida a los efectos del artículo 36 del Reglamento Hipotecario la obligada legalización de un documento autorizado en país extranjero, por la aseveración del Notario español de serle conocidas las firmas de los otorgantes en sendos documentos que en este caso concreto hacen referencia respectivamente a un poder autorizado en Alemania con arreglo a las formalidades exigidas por su legislación nacional, y a otro poder autorizado en Suiza según la forma de este país”;

“Considerando que el requisito de la legalización establecido por nuestras disposiciones legales para los documentos extranjeros cumple la finalidad de aseverar su autenticidad al objeto de que puedan tener eficacia en España y sean admitidos por los Autoridades y Oficinas Públicas españolas (artículo 600, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 36, 4, 4.º, del Reglamento Hipotecario, y 7.º, 4.º, del Reglamento del Registro Mercantil) y la forma de llevarla a cabo aparece regulada en el Anexo III del Reglamento Notarial vigente, principalmente en los artículos 17 y 24”;

“Considerando que el cumplimiento de este requisito supone, en la mayor parte de los casos, una serie de complejos trámites que originan dilaciones y gastos incompatibles o al menos perturbadores con la celeridad que el mo-

derno tráfico jurídico exige, paralizando de este modo los efectos del documento o las actuaciones que del mismo se derivan, por lo que esté mirado este trámite desfavorablemente no sólo por los particulares o interesados en general, sino por la propia Administración del Estado, que lo ha incluso suprimido en algún supuesto de legalización interior, pues lo que en definitiva interesa es que el documento aparezca adornado de las garantías de certeza y seguridad que debe en sí llevar”;

“Considerando que es de elogiar la postura del Notario autorizante de la escritura —por cierto, redactada directamente en el idioma común de los otorgantes, con su correspondiente traducción española— al tratar de suplir por procedimiento extrarreglamentario la autenticidad del documento extranjero mediante testimonio de legitimidad de las firmas autógrafas de ambos poderdantes que figuran estampadas en los respectivos poderes, pero al resultar incompleta su dación de fe por no haberla extendido a la del Notario alemán y funcionario del Tribunal Comarcal, no cabe, en consecuencia, entender cumplido el requisito de la legalización en la forma realizada, que habrá, en todo caso, de acomodarse a las normas legales pertinentes.”

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

Consideraciones críticas

La vida moderna va quitando requisitos formales que faciliten, con su supresión, la rapidez en la tramitación de la documentación precisa para justificar un derecho. A veces se suprimen totalmente y otras se suplen por medios más fáciles concentrando en un sólo funcionario lo que antes era, por ejemplo, de tres. Precisamente en el presente recurso se viene a plantar un caso que debe darse con excesiva frecuencia en esta constante relación de personas pertenecientes o residentes en otros países. Creo que si se va política y económicamente a formar comunidades de naciones, debe también preverse un sistema de validez documental sin necesidad de cumplir tantos requisitos como hasta ahora existen.

Creo, además, que esta Resolución tiene un cierto interés “histórico” en cuanto va a marcar una doctrina que se refleja, en el momento actual de este comentario, en el nuevo artículo 36 del Reglamento Hipotecario reformado por el Real Decreto de 27 de agosto de 1977 que ha retocado, con poca fortuna por cierto, otros preceptos reglamentarios.

Y para abordar este comentario a una Resolución que niega la posibilidad de sustituir la afirmación notarial del reconocimiento de firmas por el requisito genérico de la legalización diplomática, entiendo que podríamos partir de una previa diferenciación notarial —perfectamente adecuada a la terminología registral —entre legitimación de firmas y legalización, para luego descender a los requisitos que el documento extranjero debe reunir para ser inscrito en España.

A) Legalización y legitimación

La distinción viene tradicionalmente admitida y se encuentra en cualquier obra de Derecho notarial. Para evitar la autocita me valgo en estos momentos de GIMÉNEZ ARNAU (*Derecho Notarial Español*, Universidad de Navarra, 1965), quien al hacer la clasificación de los distintos tipos de actas que no se incorporan al protocolo notarial incluye bajo el genérico nombre de "legalizaciones" la legitimación de firmas "cualificada", porque se refiere a firmas del Notario y la legitimidad de firmas, fuera de España, que se llama legalización, desplazando a la materia de testimonios la legitimidad de firmas en general. Realmente, el Reglamento notarial recoge la distinción estudiando la legitimidad de firmas en los artículos 256 a 264 y las legalizaciones en los 265 a 271.

A mi entender, creo que son dos manifestaciones de una misma actuación, pues con ellas se persigue la seguridad de la autenticidad de una firma, pero la legalización en su terminología restringida se ha reservado para las autenticidades de firmas y rúbricas de Notarios, funcionarios administrativos o judiciales. Con ellas —como dice el autor citado— se superponen nuevas garantías o señal de autenticidad a un documento que ya antes de legalizado debía ser considerado intrínsecamente auténtico. Porque la legalización extiende o robustece la eficacia del documento, pero no hace auténtico al que antes no lo fuera.

Esbozada la distinción sólo nos queda aplicarla al caso concreto objeto de este recurso. El Notario autorizante de la escritura había suplido la *legitimidad* de firmas autógrafas de los poderdantes (que realmente deberían ser consideradas como auténticas si el poder o poderes estaban autorizados por Notario hábil en el lugar del otorgamiento), pero lo que no había logrado es suplir el requisito de la *legalización* que debía extenderse a la del Notario autorizante, la consular y la del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Frente a esta exigencia que la Dirección General sigue manteniendo se especula doctrinalmente por la tendencia a la supresión de legalizaciones. El autor anteriormente citado decía que al crecer de una manera insospechada las relaciones comerciales y jurídicas entre los más distintos países y la facilidad de comunicaciones entre ellos, ha hecho rectificar puntos de vista clásicos que parecían inalterables, entre los cuales está la necesidad de suprimir el requisito de las legalizaciones.

En el VII Congreso Internacional del Notariado Latino se estableció esa posibilidad de suprimir las legalizaciones, sustituyéndolas por otros medios. En igual sentido se había pronunciado el proyecto de convención de 5 de mayo de 1959 en la Conferencia de Derecho Internacional de La Haya. Esta línea de supresión de legalizaciones ha tenido acogida en el Decreto de 4 de febrero de 1972, para la que podríamos llamar "legalización interna", pues dispone que se suprime la misma de todos los certificados del Registro Civil que hayan de ser presentados antes cualquier órgano de la Administración central e institucional del Estado, provincia o municipio, manteniéndose la misma para los que hayan de surtir efectos en los registros consulares o en el extranjero.

Con el deseo de simplificación de trámites administrativos se estableció en los Ministerios de Asuntos Exteriores y Justicia un servicio coordinado

de legalizaciones para los documentos que, legalizados en Justicia, deban serlo posteriormente en Asuntos Exteriores por estar destinados a surtir efectos en el extranjero. Los documentos se presentarán en el de Justicia, que otorgará un resguardo para que el documento sea recogido posteriormente en Asuntos Exteriores.

B) *Requisitos que el documento extranjero debe reunir para ser inscrito*

La Ley Hipotecaria establece en el artículo 4 que "también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2.º, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza legal en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil". La materia viene y venía desarrollada por los artículos 36 a 38 del Reglamento Hipotecario, aunque hoy el primero de ellos ha sido retocado.

Conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario antiguo se exigía para que el documento extranjero fuese inscrito en España que: a) Que el asunto o materia fuese lícito y permitido por las Leyes de España. b) Que los otorgantes tengan la aptitud y capacidad legal. c) Que se hayan observado las formas y solemnidades necesarias. d) Que el documento contenga la *legalización* y demás requisitos necesarios, acreditándose los b) y c) por el certificado del Cónsul español o del extranjero en España.

Este artículo, en el que como vemos se exigía la *legalización* como uno de los requisitos del documento y cuyos cuatro apartados debían estar bajo la calificación registral, ha sufrido en la actualidad una nueva redacción dada por el Real Decreto de 27 de agosto de 1977 y que reproducimos seguidamente para su debido comentario:

"*Artículo 36.*—Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado, siempre que contengan la *legalización* y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociera suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente."

Ante la nueva redacción dada al artículo cuestionado —y si lo comento aquí es porque en uno de los considerandos de la Resolución se hace refe-

rencia a este artículo y sus requisitos— el intérprete debe inclinarse por el sentido positivo de la reforma, aunque con la redacción anterior se venía a decir prácticamente lo mismo que ahora, salvo en lo referente a los medios de justificación de requisitos exigidos en la documentación para su validez. Antes se precisaban los requisitos que debería reunir el documento otorgado en país extranjero y ahora se cambia la cosa haciendo una remisión concreta al Derecho internacional privado. Ello obliga a esa inevitable consulta o remisión de los artículos 8.º al 12 del Código civil en su redacción dada por el Decreto de 31 de mayo de 1974 y los comentarios que sobre este punto ya existen (“Comentarios a la reforma del Código civil: el nuevo título preliminar y la Ley de mayo de 1975, Edit. Tecnos, 1977, y “Estudios sobre el título preliminar del Código civil”, Academia Matritense del Notariado, Rev. Dr. Priv., 1977). Siguen manteniéndose los requisitos de *aptitud y capacidad legal*, formas y solemnidades, legalización y restantes requisitos, así como esa exigencia anterior de que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito o permitido por las leyes de España para ser inscrito, pues ello viene confirmado por el artículo 12, párrafo 3.º, del Código civil al excluir de aplicación a la ley extranjera por razones de “orden público”.

La manera de acreditar la observancia de formas y solemnidades extranjeras y la capacidad legal necesaria para el acto, se amplía mediante la posibilidad de la aseveración o informe del Notario, Cónsul, Diplomático español o Cónsul o funcionario competente del país de que se trate. Como observación del poco cuidado que el legislador ha tenido en la redacción se destaca la doble exigencia de *aptitud y capacidad* (¿legitimación y capacidad?) de los intervinientes extranjeros en su país, pues para los extranjeros intervinientes en España, sólo se exige acreditar *capacidad*. En último término —y conforme a lo que ya disponía el artículo 37, 3.º, para las traducciones—, se concede al Registrador facultad para prescindir de dichos medios.

Verdaderamente que las cosas han quedado muy similares a lo que sucedía anteriormente, habiéndosele escapado al legislador, sin embargo, algo que con vistas a las direcciones políticas de autonomía regional y del manejo de lenguas o idiomas queda un tanto caduco. Me estoy refiriendo al calificativo de “dialectos” de España “ininteligibles para el registrador” y que exige traducción.

Si el legislador debe moverse en su penetración reformista de la norma existente en virtud de la amplitud jurídica de medios que el ordenamiento le conceda y de la “fuerza social” que le empuje —como dijo un conocido jurista— era preciso al haber abordado esta reforma del Reglamento haber tenido mayor audacia en orden a esos requisitos de legalización que doctrinalmente parecen ser criticados duramente hace ya años. Es encomiable haber aumentado la forma de acreditar requisitos, pero entiendo que ello no justifica el retoque de este precepto que hubiera podido esperar el momento decisivo en el que, suprimida la legalización, la reforma hubiera tenido una mayor densidad para su justificación.

La Dirección General en la Resolución que comentamos hace una referencia concreta al artículo 36 del Reglamento Hipotecario en cuato al requisito de la “legalización” y que debe en la actualidad admitirse dada la reforma vista. Es decir, ese requisito sigue siendo el medio de acreditar la autenti-

·cidad de los documentos otorgados en país extranjero al efecto de que ·puedan tener eficacia y ser admitidos por las Autoridades y Oficinas públi·cas españolas. La misma Dirección reconoce que dicho trámite origina "dila·ciones y gastos perturbadores con la celeridad del tráfico jurídico", pero ·que sólo se ha prescindido del mismo en algunos supuestos de legalización ·interior. Sigue subsistiendo, respecto de la interior, la exigida para que el ·documento surta efecto en territorio de Audiencia diferente. Es de esperar ·que el problema de las autonomías no complique en este punto algo que ·estaba ya a punto de desaparecer.

Al confirmar la nota del Registrador, una vez más se demuestra que la ·amplitud de la calificación es decisiva al efecto de asegurar la plena validez ·del documento que trata de tener acceso al Registro y que no ha sufrido ·merma de clase alguna en la reforma del artículo 36 del Reglamento Hipote·cario, pues aunque los términos "asunto o materia" que el artículo exigía ·que fueran lícitos y permitidos por las leyes de España no eran muy expre·sivos; lo cierto es que aplicando la teoría del orden público queda plena·mente salvado su silenciamiento en la norma.

AMORÓS GUARDIOLA, al comentar esta misma Resolución en la "Rev. Cr. ·Dr. Inm." (núm. 516, 1976, págs. 1202 y sigs.), entiende que aun moderni·zándose el trámite de la legalización, es preciso mantenerla para poder acre·ditar la autenticidad del documento. Nosotros entendemos que la actualiza·ción de requisitos es precisa, pudiendo ser suplida por cualquier medio, pero ·siempre que ofrezca suficientes garantías de eficacia. Piénsese en la abun·dancia de préstamos hipotecarios en moneda extranjera de variable cotización ·y se verá la urgencia de una norma que pudo y no dictó el legislador de ·1977 al retocar el Reglamento Hipotecario.