

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

Compra de finca con destino a determinada actividad. Modo condicionante u obligación de hacer. Eficacia: el pacto, contenido en una escritura de venta, por virtud del cual el comprador adquiere un terreno con destino a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas, tiene efectos puramente obligacionales.

Prohibición de disponer en acto a título oneroso sin determinación de plazo. Ineficacia real: la obligación, establecida en una escritura de venta, de no enajenar a terceras personas el terreno comprado mientras el comprador no realice las obras de construcción de determinados edificios, implica una prohibición de disponer contenida en un acto a título oneroso y sin trascendencia real, que debe ser cancelada conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria. (Resolución de 18 de enero de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 20 de febrero.)

Hechos.—Por escritura autorizada por el Notario de Tudela, don Fernando de la Cámara Rocha, el 19 de noviembre de 1957, el Ayuntamiento de dicha ciudad vendió a don Luis Carulla Canals un terreno propiedad de la Corporación, previa segregación y agrupación, haciéndose constar que el Ayuntamiento estaba autorizado por acuerdo del Pleno de la Junta de Veintena y de la Diputación de Navarra para enajenar directamente la finca al señor Carulla «con destino a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas»; que el comprador adquiriría el pleno dominio con obligación de no enajenar a terceras personas el terreno comprado mientras no realizase las obras de construcción de los edificios que se señalan, así como determinado montaje industrial, y que una vez construidas estas instalaciones, el comprador tendría plena libertad para disponer de los terrenos adquiridos. Esta escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Y por escritura autorizada por el mismo Notario, el 7 de diciembre de 1963, el señor Carulla hizo declaración de obra nueva sobre la referida finca relacionando y describiendo los edificios construidos, subsanándose por escritura posterior los errores padecidos en tal descripción. Por escritura autorizada por el Notario de Cervera, don Luis Roca Sastre Munnunill, el 20 de marzo de 1964, el señor Carulla aportó la referida finca a la Compañía «Gallina Blanca, S. A.», en aumento del capital social, que igualmente se inscribió en el Registro de la Propiedad. Por acta autorizada por el Notario de Tudela don Domingo González de Echávarri, el 1 de septiembre

de 1976, a instancia de la representación de «Gallina Blanca, S. A.», a la que se incorporan, a petición del requirente, certificaciones de diversos Organismos oficiales con el fin de acreditar el cumplimiento de las condiciones estipuladas en la escritura de compraventa, se requirió al Notario para que comprobara e hiciera constar la existencia en la finca de los edificios ya relacionados y descritos en la escritura citada de declaración de obra nueva, de lo que el Notario dio fe.

Presentada en el Registro copia del acta anterior para acreditar el cumplimiento de la condición impuesta y que se extendiera la nota marginal prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, fue calificada con la siguiente nota: «Examinando este documento, se devuelve al interesado, denegándose la práctica de las operaciones registrales solicitadas, por apreciar el defecto insubsanable de que con los hechos alegados y los documentos aportados con la presente acta notarial, no quedan cumplidas las condiciones estipuladas en la escritura de compraventa otorgada el 19 de noviembre de 1957, ante el Notario de esta ciudad, don Fernando de la Cámara, que causó la inscripción primera de la finca 9.969, al folio 236 del tomo 1.130, libro 189 de Tudela».

Se fundamenta esta nota denegatoria en las siguientes consideraciones:

Primera.—En la escritura de compraventa e inscripción citadas, se hace constar que «la venta realizada y los pactos y compromisos consignados se hacen con la condición de que en los terrenos en cuestión ha de instalarse una fábrica de deshidratación de productos agrícolas».

Segunda.—Tanto esta cláusula como la obligación de no enajenar a terceras personas el terreno comprado mientras no se verifiquen determinadas obras, según consta también en la referida inscripción, ponen de manifiesto, a juicio del Registrador que redacta esta nota, lo siguiente:

- a) Que no se trata de condiciones suspensivas o resolutorias en sentido técnico, como acontecimientos futuros e inciertos de consignación registral por nota marginal, conforme dispone el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.
- b) Que, por el contrario, los hechos y actividades relacionados a cargo del comprador, afectan a las prestaciones objeto de las obligaciones asumidas en el contrato de compraventa que motivó el asiento registral vigente.
- c) Que, en consecuencia, y tratándose de un supuesto que afecta al cumplimiento de obligaciones convenidas en un contrato, no procede la consignación registral de estos hechos y sus consecuencias jurídicas, mientras no preste su consentimiento el vendedor como parte interesada o decidan así los Tribunales de Justicia.

El criterio que antecede se fundamenta además en la doctrina mantenida por la Resolución de 1 de octubre de 1926 y Sentencias de 5 de julio de 1946, 6 de febrero de 1954 y 6 de julio de 1961.

Don Francisco Hernández Payán de Tejada, como director general de la Compañía Mercantil «Gallina Blanca, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que no puede aceptarse la tesis del Registrador de que las llamadas «condiciones» en la escritura de compraventa de la finca no son «condiciones suspensivas o resolutorias en sentido técnico»; ya que si son «condiciones», es indudable que procede la

nota marginal a que se refiere el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y si no lo son, no se concibe que accediese al Registro la indebidamente llamada «condición» (artículos 24 y 9 de la Ley Hipotecaria); que desde el momento que, conforme a la escritura de compraventa, el comprador no podía enajenar la finca a tercera persona en tanto no llevara a cabo las edificaciones pactadas, cabía entender que el dominio pleno del señor Carulla quedaba condicionado suspensivamente (artículo 1.114 del Código civil); que por tanto justificada la construcción de la fábrica de deshidratación en los términos convenidos, procedía la extensión de la anotación marginal dispuesta en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y que exigir que el Ayuntamiento de Tudela preste su conformidad a la extensión de la preceptiva nota marginal, es tanto como supeditar a la aquiescencia de un tercero la proclamación de un hecho comprobado notarialmente.

El Registrador informó que las obligaciones asumidas por el comprador, referentes a la construcción de determinados edificios y a destinar los terrenos a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas, no constituye «condición suspensiva de la cual se hacía depender la plena adquisición del dominio de la finca por el comprador», según afirma el recurrente, sino una asunción de prestaciones por parte del adquirente que afectan al contenido o extensión de la relación jurídica inscrita, y cuyo cumplimiento o incumplimiento es una cuestión «inter partes» que no puede ni debe apreciar el Registro; que todo ello se basa en que la condición, en su sentido técnico y objetivo, es un suceso futuro e incierto del que depende el nacimiento o la resolución de una relación jurídica determinante de derechos y obligaciones y en su aspecto subjetivo consiste en la querida subordinación de la eficacia del negocio a la realización de tal acontecimiento (Sentencia de 21 de junio de 1932 y artículos 1.113 y 1.114 del Código civil); que en el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de 5 de julio de 1946; que en el supuesto que contemplamos no existe el suceso futuro e incierto, ni la subordinación de la eficacia de la obligación a la realización de aquél, por lo que la calificación es correcta desde el punto de vista hipotecario, sin que esta actuación prejuzgue que las prestaciones del adquirente hayan sido o no cumplidas; que estas prestaciones a las que queda obligado el comprador constituyen más bien el contenido de un negocio jurídico condicionante más que condicionado, como claramente expresa la Resolución de 1 de octubre de 1926, y que puede afectar a las relaciones entre comprador y vendedor sobre el cumplimiento o no del contenido de la obligación recíproca y su posible resolución al amparo del artículo 1.124 del Código civil; que lo que el interesado solicita del Registro es un juicio de valor del cumplimiento de prestaciones y su consignación registral a través de la nota marginal prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, lo que es evidente no procede practicar, pues ello supondría asumir funciones judiciales que no le corresponden, constituyéndose en árbitro de cuestiones que afectan a las partes interesadas.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Y la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado y la nota del

Registrador sólo en cuanto a la negativa de extender la nota marginal, a que se refiere el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y se indica en la consideración segunda a), y revocarlos en cuanto a lo indicado en las consideraciones segunda b) y c). Todo ello basándose en los siguientes considerandos.

Doctrina.—«Qué a efectos de una mejor comprensión de este recurso conviene destacar los hechos fundamentales que han de servir de base para su resolución: a) con fecha de 19 de noviembre de 1957 se otorga por el Ayuntamiento de Tudela escritura de venta a favor del comprador de un inmueble formado por agrupación de varios, inmueble que con posterioridad es aportado a la Sociedad recurrente tras haberse hecho constar previamente la declaración de obra nueva correspondiente; b) en dicha compraventa se pactaba que el adquirente realizaría una serie de obras en la finca transmitida y hasta tanto no estuvieran terminadas se obligaba a no enajenar el mencionado inmueble; c) la Sociedad propietaria del terreno, como causahabiente del comprador, levanta acta notarial de fecha 1 de septiembre de 1976, a la que incorpora cuatro certificaciones con los permisos y autorizaciones pertinentes para el funcionamiento de la fábrica, y requiere a la vez para que el Notario asevere la existencia de las edificaciones construidas en el inmueble que ya habían sido objeto de declaración de obra nueva, todo ello «para acreditar donde lo precise» estos hechos; d) que presentada la mencionada acta en el Registro de la Propiedad causa la nota de calificación recurrida».

«Que del expediente no resulta con claridad la operación registral solicitada por el recurrente, ya que el documento calificado—acta notarial—sólo contiene la petición genérica «a los efectos oportunos» recogida en el considerando anterior, si bien de la nota del Registrador y del escrito de interposición del recurso parece que se pidió la extensión de la nota marginal establecida en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y que hace referencia al cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias, tal como se deduce de la consideración segunda, a), de la mencionada obra.»

«Que en este caso no cabe duda que ha sido correcta la actuación del funcionario calificador en congruencia con lo solicitado, pues el examen de los asientos registrales y la propia escritura de compraventa que sirvió de base a la extensión de aquellos asientos revelan con claridad que la obligación asumida por el adquirente de realizar una serie de obras no determinaron que la transmisión del inmueble quedará sujeta a condición alguna en tanto no fueran ejecutadas las prestaciones a que se comprometió la parte compradora, ya que no se hizo depender el nacimiento o resolución de la relación jurídica de un acondicionamiento futuro e incierto, tal como exigen los artículos 1.113 y 1.114 del Código civil, sino que se trata de un pacto asumido por los contratantes en el que la instalación de la fábrica de productos deshidratados no supone más que la ejecución o cumplimiento de lo pactado con anterioridad.»

«Que en el mencionado pacto se advierte: a) que no se ha establecido plazo alguno para el cumplimiento de la denominada por las partes condición, por lo que podría indefinidamente mantenerse una prohibición perpetua de enajenar con perjuicio del tráfico jurídico; b) que el cumplimiento

no ha sido asegurado con ningún tipo de garantía real ni con una condición resolutoria que afectase a todos los terceros, y c) que, por último, tampoco ha habido pacto reversional o designación de beneficiario para el supuesto de voluntario o involuntario incumplimiento.»

«Que por todo ello, y aun cuando el pacto fue transrito íntegramente en su día al practicarse la inscripción—con lo que se entra a examinar los fundamentos b) y c) de la nota—, al tratarse de un simple pacto obligacional que produce sus efectos sólo entre los contratantes y que contiene, por otra parte, una prohibición de disponer constituida en un acto a título oneroso, el artículo 27 de la Ley niega su acceso por tratarse de un derecho sin trascendencia real, y además la propia legislación hipotecaria tiende a eliminarlo en el caso de que haya ingresado indebidamente, y por eso el artículo 98 del mismo Cuerpo legal ordena que sean cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada cuando—como aquí sucede—no estén asegurados especialmente.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

La presente Resolución brinda al intérprete pocas posibilidades de comentarla críticamente, pues los hechos de que se parte son tan lógicos y tan claros que poco puede añadirse a lo magistralmente expuesto en los considerandos de la misma. Había una compraventa de un terreno al que en la escritura se le asignaba un destino (instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas), había una construcción de la fábrica, con obra nueva inscrita en el Registro y un acta notarial en la que el recurrente quiere que conste que en la finca existen los edificios construidos. Se hace muy difícil deducir de los hechos quién fue el que asesoró a la representación de «Gallina Blanca, S. A.», para que levantara dicha acta y para que la misma fuera luego presentada en el Registro a fin de hacer constar—cosa que no está muy clara— la nota marginal de cumplimiento de condición. Quizá todo venga motivado por la influencia administrativa de la «finalidad» y la amenaza del fenómeno de la «reversión» que tanto papel juega en las expropiaciones y en los actos gratuitos realizados por organismos estatales, provinciales o municipales.

Sólo pensando en esa influencia cabe entender todo ese impresionante barullo que termina en la sustanciación de un recurso gubernativo. No se trata de buscar culpable, pues a la hora de eso también habría que pensar en el «tanto de culpa que cabría atribuir al Registrador que—previa calificación— dejó pasar a la inscripción una simple obligación y registrar una prohibición de disponer. Por todo ello entiendo que lo ideal para adentrarse en la materia del recurso es ver la construcción jurídica de la finalidad apuntada y determinar los efectos registrales que ella produce. Con ello nos ajustamos a los dos puntos que soluciona la Resolución.

a) Configuración de la finalidad de destino

Resulta difícil de superar la elegancia y precisión de lenguaje que el Código civil utiliza para definir la obligación condicional y sus efectos, «Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren» (artículo 1.113 C. c.), «En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que onstituya la condición» (artículo 1.114 del C. c.). Partiendo de esas definiciones hay que buscar —en una labor hermenéutica—, lo que las partes quisieron decir y dijeron en la estipulación discutida. Es evidente que había señalada una finalidad en cuanto los edificios que habrían de construirse deberían destinarse al fin fijado. Señalado el fin, sin embargo las partes no hacen depender del mismo la posible efectividad del contrato y lo único que estipulan e impone la parte vendedora es que hasta que eso no suceda el comprador no puede enajenar la finca, asumiendo el mismo esta obligación.

Había, por tanto, un «suceso futuro o incierto», pero las partes hacen depender del mismo la eficacia del contrato que realizan, pues se limitan a darle sólo un efecto condicionante en orden a la facultad dispositiva. Hasta que eso no suceda el comprador no puede enajenar la finca a terceros. Creo que esa debe ser la línea interpretativa correcta. Aunque el Registrador en su defensa de la nota diga que no hay «suceso futuro o incierto» es innegable que existe y está constituido por la construcción del edificio o edificios y el destino que ha de darse a los mismos, lo que pasa es que ese suceso futuro o incierto no juega en el nacimiento o la resolución de la relación jurídica, ni al mismo se subordina la eficacia del negocio. La Dirección General lo apunta con singular fortuna en su tercer considerando al decir que «la obligación asumida por el adquirente de realizar una serie de obras no determinaron que la transmisión del inmueble quedara sujeta a condición alguna en tanto no fueran ejecutadas las prestaciones a que se comprometió la parte compradora.»

Había condición, porque así lo quisieron las partes y así lo dijeron, en orden a la facultad dispositiva del comprador. Esa facultad dispositiva del mismo sí quedaba condicionada por el evento de la realización de las obras y el destino de las mismas. Ahí influía la condición. El cumplimiento por parte del comprador de la finalidad señalada haría posible la recuperación de su facultad dispositiva sobre la finca, pero para nada influiría sobre la adquisición de ella. El posible incumplimiento de la finalidad entraría, por ello, en el entramado de obligaciones y derechos de las partes y quedaría encajado en ese posible juego resolutorio del artículo 1.124 del C. c. aplicable a toda obligación recíproca.

El comportamiento del recurrente y sus alegaciones en el recurso demuestran que desconocía los efectos que la constancia registral de esa «obligación» podía producir, así como lo que debe entenderse por condición. A él le debía de preocupar la idea de la finalidad impuesta y debió creer que aquí sucedía

lo mismo que en la reversión: incumplido el fin, opera la reversión. Olvidaba que mientras la reversión viene impuesta por la ley taxativamente en ciertos casos, aquí para que la misma operase en su traducción de condición resolutoria era preciso que así se pactase.

Podría discutirse si la condición es preciso que se pacte expresamente para estimar que existe, pero creo que pocos serán los casos en que se entienda admitida, inducida o presentida una condición de tanta trascendencia que aplaza o resuelve la adquisición si las partes expresamente no la establecen. Amorós Guardiola (Comentario a esta Resolución en Rv. Cr. Dr. Inm. Julio-agosto 1981, número 545, págs. 1037 y ss.) plantea el tema desde el ángulo hipotecario preguntándose si fuera de los casos en que al aplazamiento del pago del precio se le dé expresamente el carácter resolutorio, la ley impone este requisito para los demás. Evidentemente que no hay precepto que así lo diga, aunque no debe olvidarse que el artículo 51, 6.ª del Reglamento Hipotecario habla de copiar «literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquel» y creo que será difícil copiar «literalmente» una condición que se deduce por interpretación, teniendo en cuenta la voluntad de las partes y el propósito práctico perseguido por las mismas. Si esto es así pudiera pensarse que el Registrador al hacer constar esa obligación le dio el carácter resolutorio que nosotros le estamos negando, pues conviene no olvidar que el final del artículo citado en el párrafo dicho establece: «No se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real». Y una de dos: o incumplió el precepto o al cumplirlo estimó que eso tenía trascendencia real. Ahí reside la grandeza y servidumbre de la función calificadora. Aceptemos que no es preciso que sea expresa, pero sí claramente manifestada haciendo «depender» la adquisición o pérdida de un derecho de un «suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoren».

También plantea dicho autor la construcción del supuesto como una estipulación modal en la que la finalidad condicionante funcione conectada íntimamente con la causa del negocio. La causa onerosa de la compraventa en tal supuesto (causa genérica), no se puede desvincular del motivo concreto incorporado a la causa que condiciona el propio acto adquisitivo (causa concreta). El esfuerzo doctrinal y las aportaciones que el autor hace son dignas de elogio, pero sobre el tema pesa la tremenda opinión doctrinal de Gullón Ballesteros, Díez Picazo y resto de la doctrina, que sitúan tradicionalmente el modo dentro del campo de los negocios gratuitos. Luego queda el problema de su inscripción ante ese enigmático artículo 2 de la Ley Hipotecaria donde, en su número tercero, se habla de la inscripción de «actos y contratos», en cuya virtud se «adjudiquen» a alguno bienes inmuebles, dando a entender con esa palabra de «adjudicación» que están aflorando los negocios gratuitos. Quizá esto requiera un nuevo estudio a fondo, partiendo de los trabajos de Mezquita del Cacho y Torralva Soriano y las opiniones del autor citado. De todas formas, en el presente caso la voluntad de las partes era —y así parece deducirse de los términos del contrato— condicionar con el fin señalado la facultad de disponer del comprador.

Este condicionamiento de la facultad dispositiva hasta tanto se realicen

las obras generó, como no podía menos, una prohibición de disponer. Se basa esta conclusión en las diferentes concepciones que la doctrina da sobre la prohibición de disponer, distinguiéndola de la indisponibilidad de ciertas cosas o derechos. Singularmente, nosotros habíamos concebido la misma como un supuesto de falta de legitimación para disponer. Lo importante del caso es señalar cómo la calificación registral al señalar la existencia de una obligación de no enajenar mantiene la tesis de que ni en el primer caso ni en el segundo existe una condición suspensiva o resolutoria en sentido técnico. Este aspecto de la calificación es el más flojo, el más endeble, sin querer afrontar el verdadero problema que encerraba la constancia de una prohibición de disponer y de su falta de eficacia frente a terceros. Estaba condicionada suspensivamente esa prohibición hasta tanto se hicieran las obras y se determinase el destino fijado, lo que sucede es que todo ello no tenía trascendencia real, no podía afectar a tercero, y quedaba reducido en una obligación «inter partes». El que se cumpliera o incumpliera la condición quedaba marginado en el problema registral y el acta notarial presentada, con la intención de acreditar la construcción y el destino, para evitar la resolución y para justificar la posibilidad de disposición, ninguna relación guardaba con el contenido registral que, como veremos, ningún efecto real producía.

La Dirección General endereza la calificación registral y aporta en uno de sus considerandos tres razones importantes para centrar toda la eficacia de la prohibición entre las partes contratantes, en el campo puramente obligatorio: a) Al no establecerse un plazo puede generar una prohibición perpetua de enajenar. b) El cumplimiento no ha sido asegurado con ningún tipo de garantía real ni condición resolutoria afectante a todos los terceros, y c) Que no hay pacto reversional o designación de beneficiario para el supuesto de voluntario o involuntario incumplimiento. Y así es, ya que las partes se limitaron a condicionar la facultad dispositiva a la realización de un hecho, sin dar a la misma un apoyo resolutorio que pudiera permitir su aseguramiento registral.

b) *Eficacia registral*

La labor registral de calificación exige un pulso muy fino para detectar hasta dónde llega lo obligatorio y dónde empieza lo real. Aparte de otros aspectos que aquí no son del caso relacionar, lo que sí es cierto es que una parte esencial de la función tiene por contenido aquello que puso de relieve González Palomino: seleccionar lo que es real y lo que es obligatorio, para sólo admitir en los libros registrales lo primero rechazando lo segundo. Es una labor de expurgo, de selección, de empleo de tamiz y que, una vez realizada, debe cristalizar negando la entrada de aquello que a juicio del Registrador no debe publicarse.

Entiendo que el artículo 98 de la Ley Hipotecaria cubre ese posible error que el Registrador haya podido padecer al admitir a inscripción un pacto o estipulación que sólo ofrece proyección obligacional, pero también puede cobijar una cierta pereza: aunque se inscriba no pasa nada, pues no produce efectos contra terceros. No, en esto hay que ser drástico y seguir la clara

orientación que expresa el párrafo 6.º del artículo 51 del Reglamento Hipotecario y el artículo 434, 2.º del mismo, de donde claramente se deduce que todo aquello que no tenga trascendencia real no debe tener acceso al Registro no «consignándose referencia alguna en el asiento que se practique». La denegación o suspensión nunca puede constar en el cuerpo del asiento y su lugar es la nota que se extiende al pie del documento.

Por ello resulta incomprensible que se hiciese constar en el Registro el fin que matizaba la adquisición y la prohibición condicionada de disponer. Lo primero por ser una simple obligación que se le imponía personalmente a una de las partes y que la misma asumió y lo segundo —eso ya más grave— por haber admitido a inscripción una prohibición de disponer contra la prohibición del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Admitiendo el hecho y sin buscar las causas que lo produjeron es evidente que el efecto que la constancia registral producida quedaba circunscrito al reducto de las partes contratantes: en el primer caso por tratarse de una obligación personal y en el segundo por existir una prohibición legal de acceso a los libros del Registro, dejando la prohibición en ese campo de la obligación personal. Si todo ello no tenía la fuerza real condicionante no cabía la extensión de ninguna nota marginal de cumplimiento de condiciones al estilo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 56 de su Reglamento.

La Dirección General en su último considerando y teniendo en cuenta el razonamiento seguido en los anteriores llega a su última conclusión: aunque la finalidad y la prohibición de disponer constasen en el Registro lo procedente es la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria y con dicho artículo entender que ni uno ni otro derecho tienen el carácter de «gravámenes» y pueden ser cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. Es decir, a pesar de su constancia registral esos derechos no se transforman en reales para proyectar su eficacia frente a terceros, sino que la inscripción—como sucede con los actos nulos—los deja tan obligacionales como si no hubieran sido inscritos.

Esta doctrina, que puede ser válida para el primero de los casos examinados, es decir, para la necesidad por parte del comprador de cumplir el fin señalado en la escritura de construir y destinar la construcción, no me atrevería a extenderla sin restricciones al caso de las prohibiciones de disponer en las cuales no se encuentra la razón que justifique el por qué las que se establecen en títulos gratuitos tienen acceso al Registro y las demás deben rechazarse. Es la vieja cuestión de su eficacia en la que no se han dado razones suficientes para justificar esa selección. No podemos entrar ahora en ese complicado campo, pero sí queremos señalar dos puntos:

- La legislación hipotecaria trata, por todos los medios, de cerrar las puertas del Registro a las prohibiciones de disponer establecidas en actos onerosos, hasta tal punto que el artículo 57 del Reglamento, al admitir la garantía del posible cumplimiento de las mismas declara que se inscriba el acto o contrato que las contenga, la hipoteca que las garantiza y se «deniegue la inscripción de la prohibición de disponer». Cosa que ya La Ríça apuntó como insólito, pues sin saber en

que consiste dicha prohibición carece de sentido la hipoteca que la garantice.

- Inscrita indebidamente la prohibición parece que, conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria, no produce efectos. Esta afirmación viene avalada por lo que actualmente establece el artículo 107, 3, que permite la hipoteca, aunque registralmente (hay que entender que la prohibición está inscrita, pues de lo contrario sobraría la referencia) conste el pacto de no volverlos a hipotecar.

Roca Sastre, sin embargo, entiende que la prohibición de disponer indebidamente inscrita en tanto no sea cancelada, surte efectos como han declarado las Resoluciones de 11 de agosto de 1916, 20 de diciembre de 1929 y 8 de mayo de 1946 (anteriores a la vigencia de la L. H. actual). Ello supone dejar en manos del funcionario calificador la determinación de los efectos reales, lo cual podría generar una responsabilidad ante el mandato legal de no inscribir.

Por las razones apuntadas parece lógico aplicar el artículo 98 de la L. H. y su complementario 355 del Reglamento en esa edición de «cualesquiera otros derechos» que el mismo emplea.

No puede extenderse una anotación preventiva de declaración judicial de quiebra, si la finca está inscrita ya a nombre de persona distinta del quebrado en el momento de presentarse el mandamiento, ni siquiera como referida exclusivamente a la constancia registral de la fecha a que se retrotrajeron los efectos de la quiebra, aun cuando en tal fecha sí figurase inscrita la finca a nombre del quebrado. La nota calificadora, confirmada por la dirección, estimó subsanable el defecto. (Resolución de 24 de enero de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 21 de febrero.)

Hechos.—En virtud del auto del Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Mula, de fecha 9 de febrero de 1977, se declaró en estado de quiebra necesaria a don Francisco Sánchez Espín, mayor de edad, casado, industrial y vecino de Barcelona, con domicilio en Conde Güell, 42, ordenando la inscripción de la declaración de quiebra en el Registro de la Propiedad en el libro de inscripciones, con expresión de la fecha señalada provisionalmente para la retroacción, y al mismo tiempo la anotación preventiva de la declaración de quiebra referida en las hojas registrales relativas a determinadas fincas del quebrado, si es que figuraban a su nombre o al de la sociedad conyugal en la fecha de retroacción señalada provisionalmente.

Presentando mandamiento del referido auto en el Registro de la Propiedad de Mula, a los efectos de hacer constar la anotación preventiva de referencia en relación con determinadas fincas reseñadas en el precitado auto, fue objeto de nota de calificación del tenor literal siguiente: «Inscrita la declaración legal del estado de quiebra necesaria de don Francisco Sánchez Espín, e inhabilitación del mismo para la libre administración y disposición de sus bienes, a que se refiere el precedente documento, en el libro 2.º de incapacitados, al folio 7, por su inscripción 8.ª, y suspendida la anotación preventiva de la declaración de quiebra en las hojas registrales

de las fincas que en el mismo se relacionan, por observarse los defectos subsanables siguientes: a) aparecer actualmente inscritas las citadas fincas a nombre de persona distinta al declarado en estado de quiebra, y no consignarse los linderos de los inmuebles objeto de la anotación. No se ha practicado de suspensión por no haberse solicitado.»

Presentado de nuevo mandamiento del referido auto, en unión de escrito adjunto solicitando nueva calificación, el Registrador consideró subsanado el segundo de los defectos consignados en la anterior nota calificadora, confirmando el primero porque, figurando inscritas las fincas a nombre de persona distinta del quebrado, no es posible practicar el asiento de anotación preventiva mientras no se cancelen las inscripciones a favor del actual titular.

El Procurador señor Cantos Galdámez interpuso gubernativo contra la segunda nota de calificación y alegó: que la Sindicatura de la quiebra, de la que ostenta representación, está legitimada para la interposición de recurso, según resulta de los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 111 del Reglamento para su ejecución; que se han cumplido los requisitos de procedibilidad de los artículos 134 y siguientes del Reglamento Hipotecario, así como los relativos al tiempo en que debe ser entablado; que, entrando en el fondo del asunto, indica que la calificación es incongruente, ya que lo que se ordena en el mandamiento no es la anotación de quiebra —inviable si ya no es el quebrado titular—, sino la anotación preventiva (de la fecha) señalada provisionalmente para la retroacción, en los asientos de las fincas que a la sazón estuvieran a nombre del quebrado; que del precitado mandamiento resulta que en la fecha de retroacción figuraban los bienes a nombre del quebrado, y ahora lo están a nombre de otra persona, de lo que se deduce que el quebrado las vendió con posterioridad a la referida fecha de retroacción; que el carácter público de la quiebra no puede rebajarse hasta el extremo de que ni siquiera la fecha de retroacción pueda ser objeto de anotación preventiva; que la constancia registral de la fecha de retroacción no lesiona los intereses del actual titular registral, siendo de utilidad su consignación a efectos de publicidad respecto de quienes puedan tener relaciones jurídicas con las fincas; que la nulidad radical de los actos dispositivos del quebrado entre la fecha de retroacción declarada y la de la declaración de quiebra, pese a la Ley Hipotecaria y a la buena o mala fe del adquirente, resulta, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958; y que el carácter público de nuestro Derecho concursal abona la tesis de ser viable la constancia registral de la anotación preventiva de la fecha de retroacción, aunque al practicarse no sea ya titular registral el declarado en quiebra.

El Registrador informó: que lo ordenado en el mandamiento es la anotación preventiva de la declaración de quiebra con expresión de la fecha de retroacción, y no la anotación preventiva de la fecha de retroacción, ya que esta última —a diferencia de la primera— no encuentra apoyo en precepto alguno; que no hay incongruencia de la calificación registral respecto del mandamiento judicial, sino suspensión de la práctica del asiento de anotación preventiva y, consiguientemente, no consignación de la fecha de re-

troacción, ya que tal dato no es susceptible de tener acceso al Registro al haberse suspendido la práctica de la anotación; que el recurrente viene a admitir la realidad de la nota calificadora al excluir en sus alegaciones la práctica de la anotación en el supuesto de que el quebrado no sea ya titular; que las anotaciones de origen judicial que tiene acceso al Registro han de dimanar de procedimiento seguido contra quien sea titular registral en el momento en que la anotación se practica, lo que no ocurre en el presente caso, en que el procedimiento se ha seguido no contra el titular registral actual, sino contra un titular anterior, sin demanda, citación ni audiencia del primero en el procedimiento y con clara infracción de las exigencias del principio de tracto sucesivo; que de seguir la doctrina del recurrente, la nulidad de los actos dispositivos del quebrado y, presupuesta la retroacción, alcanzaría a cualesquiera titulares registrales, incluso en el supuesto de que la declaración de quiebra no llegara a anotarse; que la fecha de retroacción fijada en el mandamiento es provisional; que en el dudoso supuesto hipotético de que la adquisición del actual titular registral fuese nula, lo que surgiría sería un supuesto de inexactitud registral y, en consecuencia, habría que rectificar el Registro; que el Registrador carece de legitimación para decretar la nulidad de una adquisición y la consiguiente cancelación de la inscripción que la refleja, y que en este sentido se manifiesta la Resolución de 28 de febrero de 1977; que la constancia de la fecha de retroacción no puede ser objeto único de anotación preventiva, ya que es un puro dato accesorio dentro de la anotación de quiebra, y que mientras no se cancelen las inscripciones vigentes a favor del actual titular registral, no es posible practicar el asiento interesado en el mandamiento judicial.

El Juez de Primera Instancia informó: que el Registrador en su calificación es congruente con el mandamiento judicial; que el tracto sucesivo obstaculiza, en efecto, la práctica de la anotación, ya que el titular registral vigente no es el quebrado y todo ello resulta del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; que no se puede practicar anotaciones sobre inmuebles inscritos a favor de personas no demandadas en juicio; que la nulidad del artículo 878 del Código de Comercio no es tan absoluta como para prescindir de su declaración judicial en proceso contradictorio con intervención de las partes, y agregó a las anteriores consideraciones que si al tiempo de la fecha de retroacción «los bienes sobre los que se pretendía tal anotación figuraban inscritos a favor del quebrado, es indudable que ello suponía, implícitamente, que los tales bienes también figuraban en la actualidad inscritos a nombre del quebrado».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones sustancialmente similares a las expuestas por éste.

El Procurador, señor Cantos Galdámez, interpuso recurso de apelación con relación al auto—confirmatorio de la nota del Registrador—del Presidente de la Audiencia, añadiendo a sus anteriores argumentaciones, que a pesar del carácter impropio de la anotación de la fecha de retroacción de la quiebra, es viable su constancia registral, ya que la anotación propugnada ni determina una carga real ni produce efectos de cierre del Registro.

Y la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—«El problema planteado en el presente recurso consiste en determinar si puede extenderse una anotación preventiva de declaración judicial de quiebra en el supuesto de que las fincas sobre las que haya de practicarse estén inscritas a nombre de persona distinta del quebrado, al resultar de los libros del Registro que es otro el titular registral en el momento de presentación del mandamiento judicial; y más concretamente, si en el anterior supuesto es posible entender que la fecha de retroacción de la quiebra tiene entidad suficiente para poder ser objeto exclusivo de una anotación preventiva, de suerte que fuera viable su práctica en estas condiciones.»

«El acceso de la declaración judicial de quiebra al Registro de la Propiedad se halla facilitado por los artículos 142 y 166, párrafo 4.º, del Reglamento Hipotecario, precepto este último que se refiere expresamente a las resoluciones judiciales declarativas del estado de quiebra.»

«En el momento de presentar el mandamiento en el Registro las fincas aparecen a nombre de persona distinta del que ha sido declarado en estado de quiebra, por lo que a la práctica se interfiere el artículo 20, 2, de la Ley Hipotecaria, que cierra los libros del Registro en los casos en que su titular sea persona distinta—como ocurre en el presente caso—de la contemplada como sujeto directamente afectado por la anotación.»

«A mayor abundamiento, la anotación preventiva de declaración judicial de quiebra aparece tratada en la Ley Hipotecaria como un subtipo de las anotaciones de incapacidad, y en estos supuestos y otros análogos el artículo 73 de la Ley Hipotecaria presupone la previa inscripción a favor de la persona directamente afectada por la anotación, en este caso el quebrado, sin que conste que el titular registral que proclaman como actual los asientos del Registro haya sido demandado, citado ni oído en el procedimiento, lo que no guarda paralelismo con las normas básicas procesales.»

«Por consiguiente, la práctica de la anotación de declaración de quiebra aparece obstaculizada por la mencionada interferencia del principio de tracto sucesivo registral, de suerte que su práctica exigiría la cancelación de la inscripción actualmente vigente y la inscripción a nombre del quebrado de las fincas afectadas, con lo que la congruencia procesal e hipotecaria de la mentada anotación no encontraría ningún obstáculo para su extinción en el Registro.»

«Al poner en relación los principios hipotecarios con el artículo 878, punto 2.º, del Código de Comercio, trae consigo que este último precepto no pueda ser interpretado en su sentido más radical, pues ello llevaría a cancelar automáticamente los asientos posteriores a la fecha de retroacción y relativos a actos dispositivos del quebrado; pero a la práctica de la referida cancelación se oponen preceptos que—como los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3.º, del Reglamento para su ejecución—minimizan los efectos de la retroacción en el caso que nos ocupa, al no ser firme la resolución, por lo que resulta registralmente inadecuada la postura maximalista en el supuesto discutido.»

«No obstante, el verdadero problema planteado en forma alternativa en el recurso es la posible práctica de una nueva y autónoma anotación preventiva, cuyo objeto exclusivo sería la sola constancia de la fecha de retroacción.»

«Hay que tener en cuenta que la fecha de retroacción es un mero elemento accesorio dentro de la sustantiva anotación de declaración de quiebra, por lo que no sería en sí viable su práctica, aparte de que su admisibilidad se hallaría obstaculizada por el criterio de «*numerus clausus*» en materia de anotaciones preventivas, criterio avalado por el artículo 42, número 10, de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 y 31 de diciembre de 1960.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

Juegan en el presente recurso una serie de problemas abiertamente conflictivos que se agrupan en torno a esa temida figura de la economía del comerciante en su época de crisis: la quiebra. Esta situación, que es la ambulancia del comerciante preagónico, es escoltada por el grupo de acreedores que tratan de salvar como sea esos dineros que el quebrado no puede restituir. Una de las instituciones receptoras de las medidas que los acreedores intentan realizar para salvar su situación es el Registro de la Propiedad donde, aparte de poder hacerse constar la situación del quebrado, se puede trabar mediante anotación preventiva los bienes que a nombre del quebrado figuren en el mismo. Aparte de ello y en evitación de las posibles maniobras enajenativas que el abogado a la quiebra puede realizar apoyándose en la institución registral, está esa feroz regla de la retroacción de la quiebra que puede poner en aprieto al principio de fe pública registral.

El tema, aquí, sin embargo, se desvía un poco, pues la pretensión del recurrente es que la anotación preventiva refleje no la situación de quiebra, sino la «fecha a que se retroyeron lo sefecos de la quiebra. No obstante, esa petición nos va a permitir abordar el interesante tema de la retroacción en la limitada manera que este comentario permite y de paso resaltar críticamente los aspectos más sobresalientes de la Resolución.

Antes, sin embargo, de entrar en la materia propia del recurso quiero hacer una cita «retroactiva». En el año 1951 en el saloncito de conferencias del Instituto de Estudios Jurídicos y con la organización del Centro de Estudios Hipotecarios Roca Sastre daba una conferencia en el ciclo, que se llamaba «Imperfecciones hipotecarias». Yo me contaba entre los oyentes. Era un opositor, había dejado muchas horas en el libro de Roca y necesitaba comprobar si su figura física correspondía con la grandeza de su obra. La última parte de la conferencia se refería al conflictivo artículo 878 del Código de comercio y la impresionante sanción de nulidad para todos los actos celebrados entre las fechas de la declaración y la retroacción. Roca, con su conocida tesis del concepto del tercero, salvaba la imperfección y entendía que eso nunca podía ser una excepción al principio de fe pública y que lo que había que reformar era el Código de comercio. Como veremos, todo esto tie-

ne su importancia en relación con un punto clave que la Dirección General soluciona en la Resolución.

Para proceder con un cierto orden vamos a distinguir dos problemas: el de la anotación preventiva solicitada y el de la retroacción de la quiebra en su proyección registral.

A) ANOTACION PREVENTIVA DE DECLARACION DE QUIEBRA

La normativa hipotecaria, según la entendí, en los casos de suspensión de pagos y quiebra arbitra una inscripción en el Libro de Incapacitados (artículo 2, 4.º de la L. H.), una anotación preventiva cuando se dicte providencia judicial en la petición de declaración de quiebra (artículo 42, 5 L. H.) y una inscripción de la resolución judicial firme de incapacidad en los libros de Inscripciones, por conversión de la anotación preventiva o directamente, sin perjuicio de la que se realice en los Libros de Incapacitados (artículo 387 del Reglamento Hipotecario). No parece ser este el camino que los hechos y las peticiones de práctica de asientos se recogen en el presente caso.

Parece ser que existía una declaración de quiebra firme en la que se señalaba la fecha de la retroacción y lo procedente, según mi tesis, es que se practique en los libros de inscripciones (conforme dice el artículo 387 del Reglamento Hipotecario) los asientos correspondientes que no pueden ser otros que el de inscripción de esa resolución judicial, practicando luego en el Libro de Incapacitados el correspondiente asiento con las circunstancias que señala el artículo 55 del Reglamento Hipotecario. Lo que parece pedirse y aceptarse en parte por el Registrador es que se practique una inscripción en el Libro de Incapacitados y una o varias anotaciones preventivas en cada una de las fincas con la declaración de quiebra y la fecha de la retroacción (aunque luego lo que se solicita es la «anotación de la fecha de la retroacción»). En esta dirección mía no hay más que un fundamento que puede avalarla, ya que conforme a la Ley Hipotecaria —y el «*numerus clausus*» que parece predicarse de este sector sólo cabe anotación preventiva de suspensión de pagos o quiebra cuando se solicite judicialmente la resolución judicial, no cuando la resolución judicial esté dictada («*propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones*», dice el artículo 42, 5.º de la L. H.).

Por todo ello no me parece correcto que se rechace la anotación preventiva pedida en base del principio de tracto sucesivo, sino lo que tenía que rechazarse es la anotación preventiva como asiento en base de que no procede, pues ella solamente cabe en los casos en que se demande la resolución judicial de la situación de quiebra. Lo que ya cabía discutirse es la procedencia o no de la anotación de la fecha de la retroacción. Veamos las razones que se invocan para rechazar ambos asientos:

El primero, es decir, la anotación preventiva de quiebra, en base de que al intentar practicarse resulta de los libros registrales que las fincas que podían ser anotadas figuran inscritas a favor de personas distintas de aquella contra la cual se siguió el procedimiento de quiebra o se pidió la declaración

de la misma. La razón que alega el Registrador es que las anotaciones de origen judicial que tienen acceso al Registro han de dimanar de procedimiento seguido contra quien sea titular en el momento en que la anotación se practica, lo que no ocurre en el presente caso, en que el procedimiento se ha seguido no contra el titular actual, sino contra un titular anterior, sin demanda, citación ni audiencia del primero en el procedimiento y con clara infracción de las exigencias del principio de tracto sucesivo. Prácticamente a igual solución llega la Dirección General considerando que a la práctica de la anotación preventiva se opone el artículo 20, 2.º de la Ley Hipotecaria, «que cierra los libros del Registro en los casos en que su titular sea persona distinta —como ocurre en el presente caso— de la contemplada como sujeto directamente afectado por la anotación». que cierra los libros del Registro en los casos en que su titular sea persona distinta —como ocurre en el presente caso— de la contemplada como sujeto directamente afectado por la anotación». También la Dirección utiliza otro argumento y es que la anotación preventiva de declaración de quiebra aparece como un subtipo de anotación de incapacidad (no de prohibición de disponer) y en esos supuestos el artículo 73 de la Ley Hipotecaria presupone la previa inscripción a favor de la persona directamente afectada por la anotación.

Por todo ello, vemos que para nada, ni Registrador ni Dirección General utilizan el posible argumento que antes he expuesto, es decir, que no cabía el asiento de anotación por prescribir la Ley o inducirse de la misma que lo que procede es una inscripción, aunque para el caso hubiera sido igual, pues en ambos casos el argumento del tracto sucesivo hubiese sido fundamental. Insisto: el artículo 42 de la L. H. en su número 5.º habla de «anotación preventiva» cuando se pida la declaración de quiebra, el artículo 142 del Reglamento Hipotecario insiste en la misma idea y solamente el artículo 166, 4.º del R. H. al tratar de las circunstancias del asiento habla de «resolución judicial declarando el concurso o la quiebra», presuponiendo que éste es de anotación. ¿Cuál de los preceptos debe prevalecer y cuál el asiento a extender? Los efectos de la constancia son idénticos frente a terceros y en orden a la posible calificación de los actos realizados por el quebrado, con la única diferencia que la anotación tiene vida limitada (lo cual no puede cubrir el período en que la quiebra puede tener solución) y la misma caducará por transcurso del plazo, salvo que se haya ordenado la prórroga de la misma, y la inscripción tiene vida constante hasta que llegue el momento de la cancelación.

Por otros caminos Tirso Carretero (Comentario a esta misma Resolución, «Rv. Cr. Dr. Inmb.» 1981, número 545, pág. 1049) ataca la solución que se da al supuesto y ofrece el contrapeso que al principio de tracto sucesivo ofrece el de prioridad. Dice, con cierta razón, que al resolver la cuestión en base al principio de tracto sucesivo, siempre adjetivo y formal, sin acordarse para nada del principio de prioridad, se despreció en demasía las varias fechas que habían de intervenir al plantearse el problema en torno a los principios de prioridad material, inopinabilidad y fe pública registral; en especial resulta extraño que no se aclare la cuestión de si la escritura de enajenación efectuada por el quebrado era anterior o posterior a la fecha a la que debían retro-

traerse los efectos de la declaración de quiebra, pues el recurrente se limita a deducir que el quebrado vendió las fincas con posterioridad a la fecha de la retroacción, del hecho de que el mandamiento las suponga inscritas a nombre del quebrado en la fecha de retroacción y lo estén a nombre de otra persona al llegar el mandamiento al Registro.

Entiendo que Tirso Carretero comienza a obsesionarse por el juego de estos dos principios y bien está que distingamos la prioridad sustantiva de los artículos 32 y 145, 2.º de la L. H. y la formal de los artículos 17 y 313 de la misma, pero que queremos llevar la sustantiva a todos aquellos casos en los que no existe una excepción a la formal, me parece excesivo. Querer, en este caso concreto, dar toda la eficacia mortal al artículo 878 del Código de comercio cuando toda la doctrina está buscando razones para mitigar sus tremendos efectos, me parece un serio atentado al principio del «*prius tempore potior iure*» en su aspecto formal que sólo debe admitir excepciones sustantivas cuando así se establezca por una ley especialmente.

Por lo que se refiere a la anotación de la fecha de retroacción de la quiebra el razonamiento denegatorio es técnicamente correcto. En el sistema del «*numerus clausus*» que establece el artículo 42 de la L. H. no cabe una anotación de la fecha de la retroacción de una quiebra. Tampoco creo que quepa la anotación de la resolución en que se fije una fecha a partir de la cual se determinan ciertos efectos a producir. La fecha, para mí, no es más que uno de los muchos datos o circunstancias que ha de tener la anotación, pero no la esencia de la misma.

Creo que en este punto no cabe discusión. El criterio de la calificación y la Resolución de la Dirección General de los Registros no puede ser más correcto: el dato que la fecha de la retroacción representa (aparte de ser provisional, como dice el Registrador) es un mero elemento accesorio dentro de la sustantiva anotación de declaración de quiebra. Contra ello no cabe alegar ninguno de los argumentos que el recurrente esgrime en su escrito de interposición del recurso. Aparte de ello avalan la postura registral las Resoluciones de 14 y 31 de diciembre de 1960 en orden al sistema del «*numerus clausus*» de las anotaciones preventivas. La fecha es un dato de cómputo, pero nunca es un dato sustantivo capaz de originar un asiento registral. Es dato, circunstancia o requisito, pero nunca sobre el mismo puede montarse un asiento registral.

B) RETROACCION DE LA DECLARACION DE QUIEBRA

Al principio comentábamos la posición doctrinal de Roca Sastre en orden a esa dudosa «imperfección» hipotecaria que parece deducirse del artículo 878, 2.º del Código de comercio con su efecto de provocar la nulidad de todos aquellos actos realizados por el declarado en quiebra desde la fecha a que se retrotraen los efectos de la misma. Es decir, queda en manos del Juez la determinación de la validez o nulidad de los actos realizados por el quebrado fuera o dentro de ese período de retroacción.

Y quería valorar la valentía que representa, aparte del progreso que supone

en la interpretación, a esta Resolución de la Dirección General de los Registros que abre un cauce importante para mitigar, reducir y aplicar equitativamente esos efectos. En el considerando 6.º el que importa ahora y que dice: «Al poner en relación los principios hipotecarios con el artículo 878, punto 2.º, del Código de comercio, trae consigo que este último precepto no pueda ser interpretado en su sentido más radical, pues ello llevaría a cancelar automáticamente los asientos posteriores a la fecha de la retroacción y relativos a actos dispositivos del quebrado; pero a la práctica de la referida cancelación se oponen preceptos que —como los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3.º del Reglamento para su ejecución— minimizan los efectos de la retroacción en el caso que nos ocupa, al no ser firme la resolución, por lo que resulta registralmente inadecuada la postura maximalista en el supuesto discutido».

Hemos dicho que la Resolución abría un cauce, pero lo que queríamos decir es que «ahonda» en un cauce, lo hacía más profundo, pues ya la Resolución de 28 de febrero de 1977 discurría por los mismos caminos (fue comentada en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL en el tomo XXXI, fascículo 4.º, 1978). La retroacción de la quiebra no puede producir «ipso iure» la nulidad de los actos y en base de ella procede la cancelación de los mismos, pues no hay que olvidar —dejando a un lado el artículo 34 de la L. H.— que aquí entra en juego el artículo 82, 1.º de la L. H. y el 174 de su Reglamento que exigen una «resolución que sea firme» para proceder a la cancelación.

Recuerdo que al filo del comentario de dicha Resolución de 1977 decíamos que en ese punto indicado residía la habilidad de la Resolución para solucionar un problema que doctrinal y jurisprudencialmente parecía ya decidido. No parece que se trate de una nulidad «ipso iure» u «ope legis», que surge en base de una decisión judicial que marca una fecha, sino que es preciso, como dice uno de sus considerandos, que se ordene la cancelación mediante sentencia firme o contra la cual no se encuentre pendiente de recursos de casación, conforme al artículo 82, 1.º de la L. H. y 174 de su Reglamento.

La situación la provocó la conocida Sentencia de 17 de marzo de 1958 y ante ella y, antes de ella, la doctrina había reaccionado diversamente sin llegar a una solución definitiva. Fue importante, por ejemplo, la tesis de Roca Sastre que en su persistente idea del tercero como «subadquirente», pretendía que la idea de considerar al quebrado como «inhabilitado o incapacitado» para la gestión de sus bienes, se sustituyese por la de una «prohibición de disponer» de tal modo que los actos realizados por el mismo en el período de retroacción serían impugnables y revocables, salvo los otorgados a título oneroso a favor de quien ignoraba o desconocía el estado de quiebra.

También lo fue la de Hermida Linares en su estudio de los efectos de las inscripciones de incapacidad y el antiguo artículo 23 de la L. H. y su proyección —sacada por Ginés Cánovas— sobre la retroacción de la quiebra. Luego vino la tesis de Bilbao Aristegui que distingue entre primera y segunda transmisión, siendo en ambas calificado el adquirente como tercero (para combatir la tesis de Roca) y que exige en el mandamiento las inscripciones que deben ser canceladas y que el titular registral haya sido parte y vencido en juicio y que los actos anulables emanen del titular registral. Igualmente

la aportación de Camy Sánchez Cañete al utilizar el artículo 173 del R. H. que deja siempre a salvo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Resulta difícil pronunciarse en una cuestión que está en el constante litigio judicial. Entiendo que es una arbitrariedad el efecto retroactivo de la quiebra, pues puede dejar fuera o dentro, según el arbitrio judicial, actos de mucha o poca trascendencia y de otra parte, supone un serio atentado al principio de «seguridad jurídica» del que habla la Constitución vigente en su artículo 9, pero aun admitiendo ese efecto creo que en las conclusiones del mismo habría de conjugarse estos elementos decisivos: la buena o mala fe del adquirente, la determinación judicial de los actos o contratos que deben ser anulados por el juego del artículo 82 de la L. H. y el juego de los principios de tracto sucesivo y prioridad en esta dimensión conflictiva de adquirentes, dispones en unos tiempos que ignoran pueden ser afectados por la fecha a que el Juez decida ser retrotraída los efectos de la quiebra. El problema es auténticamente conflictivo y muy complicado.

Es defecto, aunque subsanable, que el auto estimatorio, dictado en expediente de dominio de reanudación del tracto registral interrumpido, no contenga expresamente, como impone el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias. (Resolución de 7 de marzo de 1979; «Boletín Oficial del Estado de 27 de marzo).

Hechos.—Mediante escrito de fecha 22 de julio de 1976, el Procurador don Felipe Ramos Arroyo, en nombre y representación de doña Laureana Gómez González, promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de una finca urbana de 200 metros cuadrados de superficie, situada en el término municipal de Vicálvaro, que se describe a continuación, y en cuyo auto se recogen los siguientes extremos: Que su representada, doña Laureana Gómez González, era dueña en pleno dominio y al propio tiempo poseía la referida finca; que anteriormente había pertenecido a don Bonifacio Clemente Herradón, que se la había vendido en fecha no precisada del año 1935, sin que se suscribiera documento alguno, dada la relación de amistad existente en aquel entonces entre las dos partes, adjuntándose algunos documentos probatorios de que doña Laureana Gómez González había venido poseyendo en concepto de dueña la referida finca desde aquella fecha y continuando en la actualidad con dicho dominio; que la referida finca se halla enclavada actualmente en la calle de Hermanos Machado, número 24, sin que se encuentre arrendada a persona alguna, disponiendo de la misma doña Laureana Gómez, con toda libertad, desde hace más de treinta años; que se acompaña certificación de defunción de don Bonifacio Clemente Herradón, certificación del Registro de la Propiedad número 8 de Madrid, así como certificación de la Sección de Catastros de la Delegación de Hacienda de la provincia, de 6 de octubre de 1976, en la que se hace constar que la finca citada figuraba tributando a nombre de doña Laureana Gómez González; que en 26 de octubre de 1976 se dictó providencia, acordando

do dar traslado del escrito al Ministerio Fiscal y citar a los colindantes de la finca, así como convocar a las personas ignoradas, a quienes pudiera perjudicar la inscripción interesada, por medio de los correspondientes edictos; que transcurrido el término de tales citaciones sin que apareciera persona alguna a alegar lo que a su derecho conviniera se practicó la prueba documental y la testifical, habiendo sido examinados tres testigos que manifestaron ser ciertos los hechos; que por el Ministerio Fiscal se interesó la declaración de los hijos del titular registral, compareciendo tres de los cuatro de ellos, los cuales manifestaron que era cierto el hecho de la venta de la finca de que se trata, no teniendo ninguno de ellos inconveniente alguno en que se inscriba a su nombre en el Registro de la Propiedad, y que, por último, se declaraba justificado a favor de doña Laureana Gómez González el dominio de la finca de la calle de Hermanos Machado, 24, ordenando la entrega a la interesada testimonio literal del auto, para que le sirva de título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad número 8 de Madrid.

Presentado en el Registro de la Propiedad número 8 de Madrid el anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del auto resolutorio del expediente de dominio, instado para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, por no ordenarse en la parte dispositiva de la resolución la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Siendo insubsanable el defecto, no procede tomar anotación preventiva».

El nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que el artículo 202 de la Ley Hipotecaria no exige tal requisito, ya que es el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, al decir que: «El auto aprobatorio del expediente... dispondrá la cancelación», en el que emplea este término, pero en sentido de admonición más que en un sentido propiamente imperativo, como se deduce del propio contexto de dicho precepto, ya que a continuación emplea el término «necesariamente» para referirse a aquellos requisitos que ha de contener el auto, sin los cuales no es posible la inscripción. Que por ello la palabra «dispondrá», más bien puede interpretarse en el sentido de que la posibilidad de cancelar la tiene el auto por sí mismo, es decir, como resolución emanada de la autoridad judicial, sin que sea preciso —aunque en la práctica se venga haciendo de otra forma— que en su literalidad se contenga un mandato al Registrador para que cancele; que ésta es la interpretación más lógica del artículo 286 del Reglamento Hipotecario en relación con el 202 de la Ley, y por ello ha de reconocerse que al ser inscribibles los autos dictados en estos expedientes de dominio, necesariamente habrán de cancelarse las inscripciones anteriores, a fin de que no existan contradicciones en el Registro.

El Registrador informó: Que en el auto del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, que nos ocupa, no hay mandato alguno cancelatorio de inscripciones contradictorias, por lo cual no se ajusta a los términos imperativos del ordenamiento; que los términos empleados por el artículo 286 del Reglamento Hipotecario: «que el auto aprobatorio de expediente...

dispondrá la cancelación», no pueden interpretarse en otro sentido que en el imperativo, y ello no sólo por la literalidad de la norma, sino por la aplicación del principio hipotecario de legitimación, que exige la cancelación del asiento contradictorio; que éste también es el criterio mantenido constantemente por la jurisprudencia de la Dirección General, pudiéndose citar, entre otras Resoluciones, las de 16 de noviembre de 1923, 27 de noviembre de 1958 y 16 de julio de 1973.

El Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento informó: Que el auto dictado da cumplimiento a los dos principios rectores del procedimiento civil, que son los de rogación y congruencia; que según el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los principios de jerarquía de las normas, no podrán los Tribunales aplicar otras disposiciones, de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las Leyes; que lo mismo resulta de lo ordenado en el título preliminar del Código Civil sobre la misma materia, y que de la simple lectura de los artículos 202 de la Ley Hipotecaria y 286 de su Reglamento se desprende que la disposición reglamentaria restringe, modifica, varía y altera lo dispuesto por la Ley, al aumentar el número de los requisitos exigidos por ésta para la inscripción de las resoluciones judiciales que se dicten en los expedientes de dominio tramitados con arreglo al artículo 201 de la misma Ley, por lo que, ante esta colisión de normas, debe prevalecer lo dispuesto en la de rango superior, es decir, en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y por el Juez que intervino en el procedimiento, declarando que la disposición del párrafo 1.º del artículo 202 de la Ley Hipoteca, de que los expedientes tramitados con arreglo a la misma serán inscribibles, aunque en el Registro aparecieran inscripciones contradictorias, siempre que éstas tengan más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado legalmente y no hubiera formulado oposición, es cabalmente aplicable al expediente de dominio que nos ocupa, puesto que la inscripción vigente de dominio databa de 20 de febrero de 1932, o sea, de más de treinta años, habiendo sido precedentemente citados por edictos insertos en el Ayuntamiento, Juzgado Municipal, Boletín Oficial de la Provincia y en periódico de los de mayor circulación de la capital, todas las personas que menciona el artículo 201 de la propia Ley, sin que ninguna de ellas compareciera a oponerse; que el adjetivo «inscribible» empleado por la Ley quiere gramaticalmente decir que los expedientes a que se refieren pueden inscribirse ya, con la sola concurrencia, así apreciada, de los complementarios requisitos señalados por el propio precepto, y nada más.

Apelado el auto presidencial por el Registrador, la Dirección General acordó, con revocación del auto apelado, que procede confirmar la nota del Registrador, si bien estimando el defecto como subsanable, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—«El problema planteado en el presente recurso consiste en determinar si en el auto que pone término al expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo registral interrumpido ha de contenerse ex-

presamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias o, por el contrario, tiene por sí virtualidad cancelatoria sin necesidad de mandato alguno.»

«La tramitación de un expediente de dominio, al objeto de reanudar el tracto sucesivo interrumpido, lleva implícita por parte del solicitante la petición de que se cancelen las inscripciones contradictorias que estuvieren vigentes, ya que la finalidad primordial pretendida por el peticionario es la de que si aparece justificado su dominio sobre el inmueble, se dicte por el Juez, a través del procedimiento regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, el correspondiente auto, que, consentido o confirmado, será título bastante para la nueva inscripción, siempre que se den las circunstancias del artículo 202 de la misma Ley.»

«A diferencia de este artículo 202 de la Ley, que no establece ningún requisito sobre el particular, el Reglamento Hipotecario, al desarrollar este precepto legal impone en su artículo 286 con un rigor formal excesivo, y quizá no totalmente justificable, dadas las garantías de que aparece rodeado el procedimiento debido a su carácter judicial, que el auto ordene expresamente, además de la inscripción de dominio a favor del autor, la cancelación de aquellas inscripciones que le sean contradictorias, así como que se han observado los requisitos exigidos y la forma en que se practicaron las citaciones prescritas.»

«Por último, el defecto no puede ser estimado como insubsanable, ya que a petición de la parte actora puede ser completado el auto aprobatorio y contener la omisión formal padecida, por lo que dejará de existir el obstáculo reglamentario que se opone a la inscripción del dominio a favor de la interesada.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

Las tres finalidades que el expediente de dominio tiene en nuestro sistema, esto es: inmatriculación de fincas, reanudación del tracto sucesivo y hacer constar en el Registro la mayor cabida de fincas ya inscritas, presentan diferencias de tramitación y ofrecen en materia de efectos una singularidad especial. Mientras la inmatriculación y la constatación de excesos de cabida se sirven del expediente para lograr un documento hábil que permita la inscripción en el Registro, el expediente para la reanudación del tracto sucesivo tiene, como dice La Rica, un alcance cancelatorio respecto de los asientos de posesión o dominio referentes a la misma finca que estén vigentes y se le opongan. La inscripción que suponga contradicción declara la existencia del derecho a favor de una persona distinta del titular y de ahí que sea precisa la necesidad de su cancelación.

Esta parece ser la esencia de lo que vienen a disponer los artículos 202 de la Ley Hipotecaria, que diferencia los asientos contradictorios según tengan más o menos de treinta años de antigüedad, y el 286 del Reglamento que impone la necesidad de que el auto aprobatorio disponga la cancelación de las inscripciones contradictorias.

Aquí es donde está todo el tema del recurso, ya que el recurrente, el Magistrado-Juez que intervino y el Presidente de la Audiencia entienden que el auto no debe contener ni disponer la cancelación de los asientos contradictorios, mientras que el Registrador y la Dirección General opinan lo contrario, siendo esta última la que, decidiendo finalmente, da por buena la postura registral: es necesario que el auto contenga esa disposición, aunque su ausencia sea defecto subsanable. Por ello debemos distinguir los argumentos utilizados por unos y otros y la necesidad o no de que tal disposición se contenga en el auto.

a) *Argumentación de las partes*

Creo que las dos argumentaciones de más fuerza son las que utilizan el Magistrado-Juez y el Presidente de la Audiencia. El primero, al invocar los dos principios rectores del procedimiento (rogación y congruencia) y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los principios de jerarquía de las normas impidiendo a los Tribunales aplicar otras disposiciones que estén en desacuerdo con las leyes y, en el presente caso, el 286 del Reglamento restringe, modifica, varía y altera lo dispuesto en la ley. El Presidente de la Audiencia se fija solamente en el párrafo 1.º del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, donde sólo se dispone que los expedientes de dominio serán inscribibles, aunque existan inscripciones contradictorias de más de treinta años, que es el caso que se contempla en el supuesto planteado.

Es difícil decidir cuándo un Reglamento destinado a la aplicación de lo dispuesto en la Ley traspasa las fronteras de lo permitido y va en contra de lo dispuesto en la Ley. Si seguimos la argumentación del Juez y nos paramos, por ejemplo, en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, vemos que en su contenido se restringe la facultad calificadora cuando de documentos judiciales se trata en contra de lo que dispone la Ley en Varios de sus artículos (artículos 99 y 100) y en estos casos la Judicatura está muy de acuerdo en la aplicación estricta del Reglamento Hipotecario. Yo creo que donde hay que buscar es en la esencia del requisito de la cancelación y saber si éste es o no necesario para ver si el Reglamento se extralimitó frente a la formulación genérica de la Ley: restringiéndola (lo cual es dudoso), modificándola, variándola o alterándola.

El Registrador alegaba en su informe tres razones: la literalidad del precepto, el principio de legitimación y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 16 de noviembre de 1923, 27 de noviembre de 1958 y 16 de julio de 1973. La Dirección General intenta «conciliar» su decisión con dos argumentos: toda iniciación o tramitación de un expediente de dominio con objeto de reanudar el tracto sucesivo, lleva consigo —implícitamente— la petición de que se cancelen las inscripciones contradictorias que estuvieran vigentes, aunque el Reglamento al desarrollar el precepto legal impone, con un «rigor formal excesivo y quizá no totalmente justificable» dadas las garantías que rodean al procedimiento, que el auto ordene no sólo la ins-

cripción, sino la cancelación de aquellas inscripciones que sean contradictorias.

Hay que buscar, por tanto, la razón superior que avale lo que el Reglamento dice, pues si el expediente lleva consigo una petición de cancelación es preciso que el auto especifique la inscripción que debe cancelarse, pues ello no puede quedar al arbitrio del Registrador, que sólo interviene en el procedimiento suministrando datos que permiten tramitar el expediente y al no saber si los interesados han comparecido, se han opuesto, han sido oídos, etc.

b) Necesidad de la disposición cancelatoria

La Rica explicaba magistralmente la razón de que las inscripciones contradictorias debían ser canceladas diciendo «la eficacia cancelatoria de los expedientes de dominio queda sancionada por el texto legal. Aunque algún autor opine que, tratándose, como se trata, de reanudar el tracto sucesivo, reviste cierta falta de tecnicismo hablar de «alcance cancelatorio», pues no se trata de cancelar asientos, sino de recomponer la serie interrumpida, empalmando la realidad registral con la realidad jurídica, aunque para ello haya de saltarse por encima de una o más transmisiones no inscritas, lo cierto es que la inscripción contradictoria constituye un obstáculo para inscribir el expediente, que declara el mismo derecho inscrito a favor de titular diferente, y por ello es necesario cancelarla, aparte de que las inscripciones de dominio se cancelan siempre virtualmente por su transferencia, y por ello es correcto hablar de eficacia cancelatoria de los expedientes que, al ordenar inscribir el dominio a favor del actual titular, implícitamente cancelan el asiento anterior que se le opone y que, por fuerza, ha sido objeto de transferencia». Apuntaba, por último, que esa cancelación se refería a las inscripciones de dominio y nunca a las de gravámenes o derechos reales a las que Roca Sastre parece inclinarse.

¿Dificulta la última inscripción vigente la inscripción actual que se pretende? Efectivamente, no puede inscribirse un documento que no esté relacionado directamente con los pronunciamientos del Registro y, por ello, se arbitra un procedimiento judicial para llenar el «hueco» de transmisiones que faltan hasta el momento actual. Es una reconstrucción de transmisiones y el auto judicial, en el fondo, no es más que el documento que sirve de enlace entre el pronunciamiento registral y la realidad jurídica que refleja el auto. Como me he opuesto a considerar que toda transmisión lleva consigo la cancelación de la inscripción anterior, también ahora defiendo que no hay una razón que justifique esa cancelación. Cancelar un asiento es dar vigencia al anterior. Si cancelo el último asiento hago revivir la titularidad del anterior titular. La inscripción posterior nunca cancela la anterior, sino que se sirve de apoyo en ella incluso para justificar y facilitar el juego de la fe pública que permite la anulación de la inscripción anterior, aunque la misma no puede perjudicar al titular posterior que sea tercero y reúna los requisitos exigidos.

Para tratar de justificar esta idea y apoyarla con argumentos más sólidos que las afirmaciones he intentado buscar opiniones doctrinales que la avalen y aquí se pierde uno. En el comentario que a esta misma Resolución hace Tirso Carretero (Rev. Cr. Dr. Inmb. 1981, número 546, pág. 1293 y ss.), hace unas citas de la doctrina que pueden servir algunas para avalar mi postura y otras para alejarla de la realidad. Buenaventura Camy (Comentarios a la legislación hipotecaria, Pamplona, 1972) entiende que el término cancelación debe reservarse cuando el derecho desaparece, pero no cuando hay cambio de titularidad. En este camino vamos acordes, lo que pasa es que lo decisivo es averiguar si realmente el auto judicial con el que termina el expediente de dominio lo que intenta es reanudar la vida registral o iniciar una nueva. Es decir, la citación, comparecencia o no, el ser o no oídos a los titulares vigentes del dominio inscrito es un requisito que entraña renuncia a su derecho y expresión tácita o expresa de consentimiento en la cancelación del asiento; o se trata simplemente de reconocer que ya no son dueños efectivos por haber existido otras transmisiones posteriores o por haber perdido el dominio por otras causas. Este es el tema.

Lacruz Berdejo («Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral», Zaragoza, 1957) considera que la inscripción que se practica en base de un auto judicial en que culmina el expediente de dominio «no trae causa del último asiento de la fase anterior» y, según su criterio, lo cancela. No hay tracto sucesivo que se reanuda, sino que se reinicia. Por último, Tirso Carretero en el citado comentario entiende que es más que dudoso que sea una verdadera cancelación, lo que procede verificar respecto de la última inscripción de dominio, ya que ello haría renacer la penúltima y con ella el mismo obstáculo y tampoco puede considerarse como una cancelación total de todo el folio registral, que convierta en inmatriculadora a la inscripción de reanudación del tracto.

A la vista de todo ello sigo pensando que aunque no se cancele la inscripción vigente la fuerza decisoria de un auto judicial que arbitra una titularidad actual quita toda la posible eficacia que a los titulares anteriores quiera dárseles por seguir legitimados para disponer, pues para ello habrán de impugnar el auto judicial y el contenido registral, sin que esa nulidad pueda afectar al causahabiente del actual titular inscrito. La sé que está la amenaza de la doble inmatriculación (en un mismo folio?) y esa Sentencia que cita Tirso de 16 de mayo de 1980 que es capaz de privar de la protección del artículo 34 a un tercero subadquirente de quien inscribió su título dominical por expediente de reanudación. La solución hubiera sido en vez de imponer la cancelación del asiento anterior, la de entender que aquel que a través de un expediente de dominio («dadas las garantías de que aparece rodeado el procedimiento debido a su carácter judicial», como dice la Dirección General) logra justificar su titularidad actual sea considerado como tercero.

En resumen: si se estima necesaria la cancelación, es lógica la exigencia del Reglamento Hipotecario. Si esto no es así, sobraría la misma.