

VI

El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniendo las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso y añadiendo la doctrina contenida en la Resolución de 3 de noviembre de 1993, que reitera lo declarado en otras ya mencionadas.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 33 y 41 y la disposición transitoria quinta del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobados por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y las Resoluciones de este centro directivo de 4 de febrero, 28 de abril y 14 de diciembre de 1992, 17 de junio de 1993, 9 de febrero de 1994 y 3 de noviembre de 1995.

1. El único problema que se plantea en el presente recurso radica en dilucidar si, durante la vigencia del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, respecto de las edificaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, es preciso, para inscribir una declaración de obra nueva, la licencia municipal, o basta con acreditar que la edificación se realizó antes de dicha Ley y que ya no procede actuar para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

2. Como dice la Resolución de 4 de febrero de 1992, tratándose de obras realizadas durante la vigencia de la legislación anterior a 1990, resulta aplicable la disposición transitoria novena —después quinta—, por la que tales edificaciones pueden inscribirse, sin necesidad de acreditar su conformidad con el Ordenamiento Urbanístico, si se demuestra la realización de las mismas antes de la vigencia de la legislación expresada y que ha transcurrido el plazo de prescripción de las acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística sin que conste en el Registro la iniciación de expediente de infracción urbanística.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en la forma que resulta de los anteriores fundamentos de derecho, con revocación del auto apelado y la calificación del Registrador.

Madrid, 1 de diciembre de 1998.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

808

RESOLUCIÓN de 3 de diciembre de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», contra la negativa de doña María Luisa Moreno-Torres Camy, Registradora de la Propiedad de Sevilla número 9, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Roque Latorre Valero, como apoderado del «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», contra la negativa de doña María Luisa Moreno-Torres Camy, Registradora de la Propiedad de Sevilla número 9, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos

I

El 20 de julio de 1994, ante el Notario de Sevilla, don Ramón González Echávarri y Armendia, el «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», don Antonio de la Villa Jaén y su esposa doña María Luisa Luna Carvajal otorgaron escritura de préstamo hipotecario, por la cual la entidad bancaria hizo un préstamo de 5.250.000 pesetas a los citados esposos que en garantía del mismo constituyeron hipoteca a favor del Banco, que aceptó, sobre una vivienda de su propiedad, sita en Sevilla, finca registral número 21 del Registro de la Propiedad de dicha ciudad, número 9.

En la escritura se establece las siguientes cláusulas: Novena. Constitución de hipoteca. Sin perjuicio de la responsabilidad personal y solidaria de la parte prestataria, ésta se constituye hipoteca, que el Banco acepta, sobre la finca que a continuación se describe, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo de la devolución del capital del préstamo, en los casos, forma y plazos convenidos, y además: a) del pago de los intereses ordinarios convenidos

en las cláusulas 3.ª y 3.ª bis, limitándose de esta responsabilidad, a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, a una cantidad máxima igual al importe de cinco anualidades de tales intereses que se fijan al tipo máximo del 9,75 por 100 que se fija a este solo efecto, sin perjuicio de la modificación pactada dentro de los términos de la estipulación 3.ª bis. b) del pago de los intereses de demora pactados en la cláusula 6.ª, limitándose hipotecariamente la responsabilidad por este concepto, de manera que estos intereses de demora, al tipo del 24 por 100, que se fijan a este solo efecto, ni por sí solos, ni sumados a los intereses ordinarios pendientes, sobrepasen el mismo importe de cinco anualidades de intereses ordinarios determinado en el apartado a), y c) del pago de las costas, gastos y perjuicios en caso de incumplimiento, así como de la indemnización pactada para el supuesto de rescisión, limitándose hipotecariamente esta responsabilidad a una cantidad máxima igual al 20 por 100 del capital de préstamo. Tercera. 3.1. Intereses ordinarios. Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en «períodos de interés». Los aludidos «períodos de interés» son el «período de interés fijo», coincidente con el primer año de la duración del préstamo, y los sucesivos «períodos de interés variable», cada uno de los cuales coincidirá con uno de los años restantes de dicha duración y que comenzarán el día primero de julio de cada año. 3.2. Devengo y vencimiento.—El deudor pagará al Banco («intereses ordinarios») sobre toda cantidad prestada pendiente de vencimiento. Esta obligación de pagar intereses vencerá en las fechas al efecto indicadas en la cláusula 2.ª. 3.3. Tipo nominal.—Los intereses ordinarios se devengarán a razón del tipo nominal anual que se determina a continuación en la cláusula 3.ª bis. En cada uno de los períodos de interés definidos anteriormente, el valor de dicho tipo nominal se designa como «tipo de interés vigente» en el período dentro del cual será invariable. Durante el «período de interés fijo», el «tipo de interés vigente» será 9,75 por 100 nominal a anual. Por último en la tabla 3.ª bis se establece la forma de determinación del tipo de interés variable.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad número 9 de Sevilla. Suspendida la inscripción del precedente documento por concurrir en él los siguientes defectos:... 3) Estipulación 3.ª Intereses ordinarios (así como todas las referencias que se hacen en el título a las variaciones de interés): Por ser éstas variables y no señalarse un tipo máximo de responsabilidad, siendo ello contrario al principio de especialidad, básico en materia de hipotecas (artículo 12 de la Ley Hipotecaria y reiterada jurisprudencia de la Dirección General, entre otras, de 26 y 31 de octubre de 1984, 23 y 26 de octubre de 1987)... 6). Estipulación 6.ª Intereses de demora: a) Porque según dicha estipulación se devengan por «cualquier débito», cuando en realidad sólo los devenga el hecho de no cumplirse a su tiempo la obligación de devolver la cantidad prestada (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 1987. Fundamento de Derecho 3.º, 2.ª cuestión). b) Por resultar indeterminados, ya que se calculan «incrementando en seis puntos el tipo de interés vigente», el cual, como ya ha quedado señalado, está mal determinado por ser variable y no señalarse un máximo. c) Por resultar contradictorio su fijación, ya que: Por un lado, se dicen que son variables (añadir seis puntos a una base variable); por otra parte se dice que no pueden ser inferiores al 24 por 100 (estipulación 6.ª), y por otra, se dice que se limitan al 24 por 100 (eso sí, «respecto a terceros», distinción que no cabe como se verá... 9). Estipulación 9.ª Constitución de hipoteca. A) Variabilidad de los intereses remuneratorios y moratorios, por las razones expuestas en los números 3 y 6. B) referencias a la «limitación hipotecaria de responsabilidad» por no haber en cuanto a la cantidad máxima asegurada, diferenciar entre partes y terceros (artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 1990). C) No cabe englobar en la cantidad asegurada por costas y gastos los «perjuicios en caso de incumplimiento y la indemnización en caso de rescisión», ya que las costas y gastos son las judiciales y, en virtud de reciente jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las extrajudiciales en íntima conexión con la garantía (primas de seguro y gastos comunes) no los perjuicios y las indemnizaciones. D) Forma de determinar el montante total de los intereses remuneratorios y moratorios: «... ni por sí solos (los remuneratorios), ni sumados a los intereses ordinarios pendientes, sobrepasen el mismo importe de intereses ordinarios determinados en el anterior apartado a)» y ello por los siguientes argumentos: 1) Porque en el apartado a) no están determinados, ya que después de hablar de cinco anua-

lidades al tipo del 9,75 por 100, dice «sin perjuicio de la modificación pactada» y no da máximo. y 2) Porque los intereses remuneratorios y los moratorios no pueden englobarse en una sola cantidad que es, en definitiva, el resultado práctico a que se llega. Con la fórmula aludida se aseguran cinco años al 9,75 por 100, que es igual a 2.559.375 pesetas, y ésta es la responsabilidad de la finca por intereses remuneratorios o moratorios; que se use en garantía de uno u otro tipo de interés dependerá de lo que convenga en cada caso. Pero aseguran una sola cantidad que sirve indistintamente para ambos tipos de interés (Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 23 de octubre de 1987. Fundamento de Derecho 3.º, 2.ª cuestión, y principio de determinación registrar)... Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses en la forma prevista en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento para su ejecución. Sevilla, 15 de noviembre de 1994. La Registradora. Firmado: María Luisa Moreno-Torres Camy.

III

Don Roque Latorre Valero, apoderado del «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra los apartados 3, 6 y 9 de la anterior calificación, y alegó: I. Que en cuanto a las razones alegadas en el apartado 3) de la nota y repetidas en el apartado 9), sobre la inscripción de los intereses ordinarios (y todas las referencias que a su variabilidad se hacen en el título) por ser variables y no señalarse un tipo máximo de responsabilidad: A. Que la cláusula 3.ª se desenvuelve en la esfera puramente personal de configuración del crédito y no tienen porque circunscribirse los intereses a un límite máximo (artículo 1.255 del Código Civil). Que se hace referencia a lo expresado en las Resoluciones de 23 de octubre de 1987, 26 de diciembre y 16 de marzo de 1990, 14 de enero de 1991 y 17 de febrero de 1994, mostrándose favorables a las cláusulas de interés variable con la exigencia de la fijación de una cifra máxima de responsabilidad (lo cual se cumple en la cláusula 9.ª del título). B. Que las citadas Resoluciones además exigen que los intereses puedan ser determinados en su día por un factor objetivo, y en la escritura de préstamo objeto del recurso, la variación se establece con base a los índices de referencia (principal y sustitutivo) que reúnen los requisitos establecidos en el Orden de 5 de mayo de 1994, en su anexo II, y que en virtud de la Circular número 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, se consideraran oficiales. C. Que una razón más para afirmar la inscripción de las cláusulas 3.ª y 9.ª del título, en cuanto a la variabilidad de intereses, es que ni siquiera cabría su no inscripción alegando que tal pacto es de carácter personal, y a que en esta cuestión es clara la Resolución de 16 de marzo de 1950. Que en los pactos de variabilidad de intereses se cumple con el principio de especialidad. II. Que a continuación se fundamenta la inscribibilidad de la cláusula 6.ª (intereses de demora) y la cláusula 9.ª, en lo referente a la variabilidad de los intereses moratorios y la forma de determinar su montante. A. Que la distinta naturaleza de los intereses ordinarios y los moratorios ha sido recogida por las Resoluciones de 20 de mayo de 1987 y 23 y 26 de octubre de 1987 y Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1991. B. Que en las Resoluciones citadas se señala que, por exigencia del principio de especialidad (artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria), no puede englobarse la cifra de intereses moratorios en la cifra por intereses del préstamo, exigencia que se ha cumplido en la escritura de préstamo hipotecario de referencia, ya que se fijan ambas responsabilidades separadamente. Lo que se pacta respetando la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado para uno y otro tipo de interés, es el límite máximo de cinco anualidades prescrito en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. C. Que tampoco se vulnera, con la redacción del pacto contenido en la cláusula 9.ª, el principio de especialidad por la forma de determinar el montante total de los intereses remuneratorios. D. Que las razones antedichas conllevan que sea inscribible la cláusula 6.ª, y en este mismo sentido se pronuncia la Resolución de 17 de marzo de 1994.

IV

La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: I. Determinación de, si cabe, la posibilidad de pactar: A. Interés remuneratorio variable sin tope. Que nadie discuta la admisibilidad de las cláusulas de interés variable, pero deben reunir los mínimos requisitos para acceder al Registro de la Propiedad y, entre otros, los necesarios para dar cumplimiento al principio de especialidad (que quede perfectamente determinada la responsabilidad máxima de la finca por este concepto). Que en el caso que se estudie tal exigencia, puesto que, después de fijar en

la cláusula de constitución de hipoteca una cantidad máxima de responsabilidad por intereses remuneratorios (cinco años al tipo inicial), se establece que ello es «sin perjuicio de la modificación pactada en la cláusula 3.ª bis». Que ni en la mencionada cláusula ni en ningún lugar del título calificado se señala el tipo máximo de responsabilidad a que queda afecta la finca como consecuencia de las fluctuaciones pactadas. Que en este sentido hay que citar las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, 23 de octubre de 1987, 21 de enero y 22 de marzo de 1988 y 19 de febrero de 1990. Que en el ámbito doctrinal se considera que la cifra máxima, tratándose de intereses variables, comprende, pues, tanto el máximo porcentual como el período de devengo asegurado. Que a la vista de la cláusula debatida hay que decir: 1. Los intereses asegurados son tantos los de cláusula 3.ª como la de la 3.ª bis, en la cual no se da tipo máximo. 2. Se limita esta responsabilidad a una cantidad máxima igual a cinco años al 9,75 por 100, sólo se asegura el tipo inicial, con lo cual ya sobra la referencia a la 3.ª bis. 3. Que parece clara la voluntad de que quede asegurada con la hipoteca la cantidad superior al 9,75 por 100 que se devengará como consecuencia de las fluctuaciones pactadas en la cláusula 3.ª bis, pero no señalan cuál sea. Que ello se entiende contrario al principio de especialidad, a la seguridad del tráfico inmobiliario y a la esencia de la institución registral. B. Intereses moratorios. En cuanto a los apartados de la nota de calificación hay que señalar: a) Que existe duda sobre si este extremo ha sido recurrido; b) Que se sabe el tipo inicial del 9,75 por 100 + 6 por 100 = 15,75 por 100, pero está sujeto a fluctuación el primer sumando sin que se señale tipo máximo, por lo que adolece del mismo problema que los intereses remuneratorios; c) Que la redacción del defecto es suficientemente expresiva. II. Posibilidad de que una sola cantidad garantice indistintamente tanto los intereses moratorias como remuneratorios (defecto 9.º D). Que hay que examinar lo establecido en la estipulación 9.ª referente a la constitución de hipoteca. Que para ver si tal fórmula es admisible o no en nuestro Derecho hay que remitirse a la Resolución de 23 de octubre de 1987, que reitera lo señalado en la Resolución de 20 de mayo de 1987. Que de la lectura de ambas Resoluciones se deduce que es necesario fijar separadamente una cantidad para intereses remuneratorios y otra distinta para moratorios. Que aun considerando que la interpretación correcta fuera englobar ambos intereses para no sobrepasar el límite de cinco años de remuneratorios, se considera que ello tampoco autorizaría a dar una cifra oscilante y única para los dos. III. Que se duda si han sido objeto de recurso los siguientes defectos: 1) 6. A. Que en realidad sólo devenga intereses el hecho de no cumplirse la obligación de devolver la cantidad prestada y no cualquier débito (Resolución de 23 de octubre de 1987). 2) 9.º B. Las referencias a la «limitación hipotecaria de responsabilidad» por no haber en cuanto a la cantidad máxima asegurada diferencias entre partes y terceros (artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento y Resolución de 16 de febrero de 1990). 3) 9. C. Que no cabe englobar en la cantidad asegurada por costas y gastos los perjuicios en caso de incumplimiento y la indemnización en caso de rescisión, ya que las costas y gastos son los judiciales y, en virtud de la reciente jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los extrajudiciales en íntima conexión con la garantía, no los perjuicios e indemnizaciones (Resolución de 26 de octubre de 1987), ya que, además de no poderse englobar en la cantidad que asegura las costas y gastos, tampoco consta en qué consisten los perjuicios y quién determina si han o no existido, ni cuál es la cuantía de las indemnizaciones, que tampoco se sabe cuándo se devengan, por lo que, además, la estipulación ni cumple el principio de especialidad y no podría acceder, también por esta causa, al Registro.

V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota de la Registradora, fundándose en que se pretende la inscripción de una hipoteca de máximo, en la que es necesario fijar un máximo de garantía, que cumple la misma función que el importe de la obligación asegurada a que alude el artículo 12 de la Ley Hipotecaria; por ello, como en la escritura no aparece debidamente aclarada la suma que alcanza la responsabilidad, es por lo que no puede practicarse la inscripción, pues de hacerlo quedaría vulnerado el artículo 12 de la Ley Hipotecaria.

VI

El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que lo pactado en la cláusula 9.ª a) lo es en cumplimiento del principio de especialidad porque en ella se establece la cantidad de la que puede responder la finca gravada respecto a terceros,

siendo que la frase «sin perjuicio» que sigue, se refiere a la modificación de intereses pactada con el prestatario y que no desvirtúa lo anterior, referido al límite máximo en perjuicio de tercero, como la expresa mención al artículo 114 de la Ley Hipotecaria confirma. Por tanto, con una simple operación matemática (cinco anualidades al 9,75 por 100), se obtiene la cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria exigible, en perjuicio de tercero, por intereses ordinarios y de demora, cantidad que no sobrepasa el límite máximo imperativo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, quedando patente que el tercero esté informado, en todo caso, de dicha responsabilidad máxima, conforme a las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1986.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 12, 114, 131 y 146 de la Ley Hipotecaria, y Resoluciones de esta Dirección General de 9 y 10 de octubre de 1997 y 11 de septiembre de 1998.

1. Dados los términos del escrito de apelación en el que se determinan los extremos del Auto del Tribunal Superior de Justicia que son objeto de impugnación, el objeto del presente recurso se reduce a determinar si queda o no cumplido el principio de determinación de la obligación que se garantiza con la hipoteca cuya inscripción se solicita, en lo que se refiere a los intereses remuneratorios.

En las cláusulas 3.^a y 3.^a bis de la escritura calificada, se establece que para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en períodos de interés, los cuales son, «el período de interés fijo», coincidente con el primer año de duración del préstamo, y los sucesivos «períodos de interés variable», cada uno de los cuales coincidirá con uno de los años restantes de dicha duración. Dentro de cada período de interés el tipo nominal designado como «tipo de interés vigente», será invariable. Este último será al 9,75 por 100 para el período de interés fijo, y para los períodos de interés variable se determinará por aplicación de unos índices de referencia que se fijan en la escritura. Por su parte, la cláusula 9.^a establece que la hipoteca se constituye sobre la finca descrita, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, respondiendo «... a) del pago de los intereses ordinarios convenidos en las cláusulas 3.^a y 3.^a bis, limitándose esta responsabilidad, a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, a una cantidad máxima igual al importe de cinco anualidades de tales intereses al tipo máximo del 9,75 por 100 que se fija a este solo efecto, sin perjuicio de la modificación pactada dentro de los términos de la estipulación 3.^a bis.»

2. Como ya ha señalado reiteradamente este centro directivo, la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dichos intereses, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante, como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito. Esta exigencia no puede, pues, entenderse satisfecha con la fijación de un máximo de responsabilidad que claramente se concreta a las relaciones con terceros, dejando indeterminada la extensión de la cobertura hipotecaria de los intereses remuneratorios entre el acreedor y el deudor hipotecante o quien se subroge en su doble posición jurídica de deudor y propietario del bien gravado, y es que el máximo ahora cuestionado en realidad está dirigido a operar, no en el plazo de la definición del derecho real de hipoteca a todos sus efectos, sino en el de la fijación, en virtud de la previsión contenida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria —y dentro del margen que este precepto concede a la autonomía de la voluntad—, del número de anualidades por intereses que pueden ser reclamados con cargo al bien hipotecado en perjuicio de terceros.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota de la Registradora.

Madrid, 3 de diciembre de 1998.—El Director general, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

809

RESOLUCIÓN de 11 de diciembre de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Pontevedra, don César Cunqueiro González-Seco, contra la negativa de don Carlos Olavarrieta Masdeu, Registrador de la Propiedad de dicha ciudad número 1, a inscribir una escritura de obra nueva, en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Pontevedra, don César Cunqueiro González-Seco, contra la negativa de don Carlos Olavarrieta Masdeu, Registrador de la Propiedad de dicha ciudad número 1, a inscribir una escritura de obra nueva, en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos

I

Don Manuel Costa Cobas falleció abintestato, en estado de casado con doña Petra Borrego Gallego, y por acta de notoriedad autorizada por el Notario de Pontevedra don César Cunqueiro González-Seco con fecha 5 de mayo de 1993, fueron declarados únicos y universales herederos sus hijos doña María Luz, doña Isabel y don Fernando, sin perjuicio de la cuota usufructuaria de su viuda.

Con carácter previo a la partición de la herencia del causante y de la liquidación de su sociedad conyugal, ante el mismo Notario el 26 de agosto de 1993, su esposa, en su propio nombre y en el de su hija doña María Luz, y sus hijos don Fernando y doña Isabel otorgaron escritura de declaración de obra nueva de una vivienda unifamiliar realizada por el causante y su esposa sobre una finca sita en San Andrés de Xeve, Pontevedra, inscrita en el Registro de la Propiedad de dicha ciudad número 1 con carácter presuntivamente ganancial, y haciéndose constar por certificación de Hacienda de estar dada de alta en el año 1985. Dicha escritura fue ratificada por su hija doña María Luz por instrumento autorizado en Berna (Suiza), el 24 de noviembre de 1994 por el Cónsul general de España.

II

Presentada copia de la escritura de declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad de Pontevedra número 1, acompañada de copia del acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y copia de la ratificación de la hija del causante y fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Nuevamente presentado el título con fecha 21 de los corrientes, se mantiene la calificación anterior en todos sus términos: No practicada la inscripción solicitada por adolecer de los siguientes defectos: 1.º La finca consta inscrita a favor de don Manuel Costas Cobas, casado con doña Petra Borrega Gallego, con carácter presuntivamente ganancial, y habiendo fallecido don Manuel Costas Cobas, es preciso para inscribir la obra nueva solicitada, realizar la partición de la herencia sobre la misma para saber a quién se adjudica y en qué proporción. 2.º No se acompaña justificante del pago del Impuesto sobre Sucesiones. Siendo defectos subsanables no se toma anotación por no solicitarse. Caso de no optar por la subsanación de los defectos, cabe, si se estima procedente, interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia, en el plazo de cuatro meses, a contar de la fecha de esta nota conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Pontevedra, a 24 de noviembre de 1994. El Registrador. Firma ilegible».

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: A. Que en relación con el defecto primero, la finca está inscrita con carácter presuntivamente ganancial, y habiendo fallecido uno de los esposos lo que resulta decisivo es que cualquier acto susceptible de ser inscrito que recaiga sobre la finca ha de ser realizado por todos los que ostenten derecho sobre la misma y lo acrediten con la correspondiente documentación auténtica, lo que es el caso de este recurso. Que no se comprende cuál es la razón de exigir una partición de herencia para inscribir la obra nueva, pues ésta tiene un carácter previo de actualización de la finca en cuestión. Que admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado la enajenación directa por el viudo o viuda y los hijos de fincas gananciales, sin necesidad de partición previa, no hay inconveniente de plicar tal doctrina a este supuesto. Que el argumento del Registrador parece implicar que como