

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

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

DERECHO HIPOTECARIO

PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, EN QUE EL ACREEDOR ES EXTRANJERO, NO ES NECESARIA AUTORIZACIÓN DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE MONEDA EXTRANJERA. (Resolución de 7 de junio de 1972, *Boletín Oficial de Estado* de 4 de julio de 1972).

Hechos.—Resultando que, mediante escritura otorgada en Barcelona ante el Notario recurrente, el 24 de enero de 1969, doña Ana Hermann Neuhaus reconoció adeudar a don Jean Tremoulet —de nacionalidad francesa, con tarjeta de residencia en Barcelona, de fecha 25 de octubre de 1968— la cantidad de un millón de pesetas, en garantía de cuyo pago, intereses al 6 por 100 anual y trescientas mil pesetas que se fijaron para costas y gastos, constituyó hipoteca sobre dos fincas de su propiedad sitas en San Cugat del Vallés que se describían y entre las que se dividía la hipoteca.

Resultando que, presentada primera copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Tarrasa, fue calificada con la siguiente nota: “SUSPENDIDA la inscripción del documento que precede, por no acreditarse la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, exigida por la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, Decreto de 24 de noviembre de 1939, Orden Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de julio de 1947 y Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954, y otras complementarias; toda vez que el acreedor hipotecario, de nacionalidad francesa, si bien se dice es residente en Barcelona, su tarjeta de residencia es de fecha 25 de octubre de 1968, menos de tres meses anterior a la fecha de la escritura, 24 de enero de 1969, diciéndose en ésta que la deudora reconoce adeudar un millón de pesetas que tiene recibidas con anterioridad a la escritura, debiendo, por tanto, justificar el recibo de dicha cantidad en la forma prevenida en el caso a) de la citada Resolución del Instituto citado. Se califica este defecto como subsanable, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse”.

Resultando que, el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubenativo contra la anterior calificación y alegó: Que presentado con anterioridad el documento y considerada por el Registrador como subsanable la falta de autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, se solicitó del mismo practicase el asiento temporal que establece el párrafo 3.º del artículo 98 del Reglamento Hipotecario y no accediéndose a ello se presentó con posterioridad, de nuevo, el documento

calificado, que dio lugar a la nota contra la que ahora se recurre; que las disposiciones dictadas para extranjeros, ampliadas por obvias razones de analogía a los españoles que residen fuera del país, no son aplicables a los extranjeros residente en España que consuman la moneda generada en sus relaciones civiles, en el interior del territorio nacional, sin que tengan limitación o restricción alguna en el vigente régimen jurídico iniciado con el plan de estabilización económica y continuado con los planes de desarrollo económico-social; y que la condición de extranjero residente depende del Ministerio de la Gobernación, que tras determinado tiempo de permanencia en el país la concede por un plazo de dos años prorrogable en forma similar a los pasaportes y queda acreditada por el plazo de vigencia de la tarjeta que no tiene indicación alguna respecto al tiempo que cubre.

Resultando que el Registrador informó: Que en los recursos gubernativos sólo pueden ser discutidas las cuestiones relacionadas directa e indirectamente con la calificación, sin que en el presente caso sea aplicable lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, ya que, pese a lo que dice el recurrente, el asiento a que se refiere no fue oportunamente solicitado; que mantiene su calificación por los fundamentos señalados en la nota, especialmente la Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954, según la cual, en el caso a que se refería, era necesaria su autorización por cuanto debía comprobarse el precio confesado recibido con anterioridad, aclarando el origen y circunstancias de la deuda contraída; que resulta extraño que no se solicitase la indicada autorización dadas las facilidades existentes para pedirla y concederla; que la tarjeta de residencia del prestamista lleva fecha tres meses anterior al otorgamiento de la escritura y habiéndose entregado el préstamo previamente a la formalización de la hipoteca, era necesario, de acuerdo con la mencionada Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera, acreditar que dicha residencia era cierta en el momento de recibir dicho capital, extremo que hubiese sido fácil justificar con certificación del organismo competente; y que el recurrente no cita disposiciones legales en apoyo de su tesis y el Registrador debe atenerse en su calificación a las normas vigentes que no hayan sido derogadas por otras posteriores.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador conforme a los siguientes razonamientos: Que es principio general del actual Derecho Internacional la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros; que esta igualdad no se basa en el Derecho Romano o Medieval, sino que arranca de la época de la Codificación y es consecuencia de la natural evolución jurídica en la que ha jugado papel importante la doctrina de los más prestigiosos tratadistas; que el artículo 27 del Código Civil consagra el principio de igualdad jurídica de nacionales y extranjeros, el cual sólo se admitirá excepciones concretas sin que pueda ser interpretado restrictivamente; que en el mismo criterio igualitario se inspira el artículo 15 del Código de Comercio, tanto en cuanto a particulares como a personas jurídicas extranjeras dedicadas

a actividades mercantiles en suelo español, estableciendo a su vez un rudimentario sistema para la resolución de los conflictos de leyes que puedan surgir en la esfera comercial; que el sentido expansivo que informa el precitado artículo 27 del Código Civil indica a interpretar con suavidad y generosamente normas limitativas anteriores que por razones ocasionales al tiempo de su promulgación reclamaban inicialmente una aplicación más rígida; que en el campo amplio y fecundo de la contratación, superiores intereses públicos concretados al orden monetario hicieron necesaria la promulgación de ciertas normas de diverso carácter y profundidad, restrictivas de la capacidad de los extranjeros, y a este designio obedeció la Ley de 24 de noviembre de 1938, enérgico dispositivo proteccionista de nuestra moneda en circunstancias difíciles, del que emana la previa autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, según el artículo 1.º, número 17, y para la adquisición de inmuebles, también por extranjeros, mediante pago del precio en pesetas, conforme al artículo 18 del mismo precepto, pero estas prescripciones, muy atenuadas en la actualidad como consecuencia de la política de mayor liberalidad y del feliz resultado obtenido en el desarrollo del plan de estabilización —como se recoge en las resoluciones de aquel Instituto de 19 de julio y 28 de agosto de 1961, transcrita esta última en la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de octubre del propio año— no afectan al extranjero residente en España, pues éste, en el aspecto de la normativa proteccionista de nuestra moneda, goza de una libertad de contratación no interferida en lo que se examina, por exigencia de autorizaciones, razón por la cual puede adquirir inmuebles rústicos y urbanos y otorgar préstamos a residentes en España sin autorización del expresado Instituto Español de Moneda Extranjera; que conceptuada la residencia a tales efectos como la surgida en virtud de la discrecional autorización gubernativa —según se infiere del Real Decreto de Extranjería, de 17 de noviembre de 1852, en sus artículos 4.º y 5.º, y que se obtiene por el extranjero mediante solicitud escrita cuando pretenda continuar en España más allá de la permanencia temporal cubierta con su pasaporte con visado de presentación, conforme a los artículos 13, 14 y 17 del Decreto de 4 de octubre de 1935, reformado en cuanto al artículo 17 por el Decreto de 2 de julio de 1954—, tendrá que entenderse para decidir el que ha obtenido autorización gubernativa y, en consecuencia, una capacidad no restringida en el orden examinado de la interferencia estatal en el tráfico privado, regla que, por la naturaleza de excepción propia de las restricciones, por el carácter expansivo del principio de igualdad de trato jurídico y por el designio de favorecer la libertad de relaciones y la eficacia de los actos, conduce, sin vacilaciones, a una plena aplicación al extranjero con autorización de residencia, del régimen previsto para los nacionales, aplicación que cederá en favor de la norma restrictiva cuando conste que la operación financiera se realizó en época o bajo una condición jurídica del extranjero que requerían el control del Instituto Español de Moneda Extranjera; que dentro de los cauces más idóneos y eficientes para llegar a una certera interpreta-

ción y aplicación de los cardinales preceptos atinentes al supuesto debatido, no puede omitirse que el Tribunal Supremo, que se remite con mucha frecuencia a la interpretación teleológica, ha afirmado especialmente en la sentencia de 26 de noviembre de 1929 que “si la Justicia ha de administrarse recta y cumplidamente no ha de atenerse tanto a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal, como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad “...usándose por el Juzgador de una adecuada y justa flexibilidad de criterio que le permita acomodarse a las circunstancias especiales del caso”; que en la misma línea, la Sentencia de 27 de junio de 1941 dice que “no es recomendable en caso alguno encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin contemplar y controlar resultados mediante el empleo de los demás elementos, racionales, históricos y sistemáticos que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma; y que más recientemente el propio Alto Tribunal, en Sentencia de 24 de enero de 1970, mantiene el mismo criterio insistiendo en la necesidad de que el elemento gramatical y lógico se agregue en la interpretación el elemento sociológico, integrado por toda una serie de factores —ideológicos, morales y económicos— que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.

Doctrina.—“Considerando que autorizada una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, tres meses después de que al acreedor hipotecario —de nacionalidad extranjera— se le concediese por el Ministerio de la Gobernación la tarjeta de residente en España, y confesándose en la mencionada escritura que la cantidad prestada se había recibido con anterioridad al acto del otorgamiento, la cuestión que plantea este recurso consiste en determinar si será o no necesario para inscribir la mencionada hipoteca la autorización del Instituto de Moneda Extranjera aprobando el acto de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Delitos Monetarios y en el artículo 5 y 1 del Decreto de 24 de noviembre de 1939.”

“Considerando que tanto el artículo 27 del Código Civil como el 15 del Código de Comercio establecen el principio general de que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo que en Tratados o en Leyes especiales se haya dispuesto que para determinados actos esto no tenga lugar, excepciones que en cada caso o supuesto habrán de ser interpretadas para su aplicación siempre teniendo en cuenta el principio general y el alcance que por el legislador se haya querido dar al caso singular contemplado.”

“Considerando que la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 y el Decreto de 24 de noviembre de 1939 exigen para la realización de los actos enumerados en estas disposiciones legales la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, lo que propiamente no viene a constituir una excepción al principio general de igualdad antes indicado, puesto que su contenido afecta lo mismo a los españoles que a extranjeros, ya que lo que cualifica la especial situación de sometien-

to a estas disposiciones legales es la residencia o no dentro del territorio español, y no la condición de nacional."

"Considerando de todo lo expuesto, que al faltar uno de los presupuestos esenciales para que el acto realizado quede incluido dentro de los que deben solicitar la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera no parece necesaria su obtención, máxime cuando toda disposición prohibitiva o limitativa ha de procurar interpretarse en sus justos términos y no en forma extensiva, lo que supondría ampliar su campo de aplicación a supuestos no comprendidos en el texto legal, pero dado que se alega por el funcionario calificador la posibilidad de que por la proximidad del tiempo, pudiese ser necesaria la mencionada autorización tal y conforme apuntó la Resolución del mismo de 28 de mayo de 1954 convendrá examinar esta última cuestión por si ello pudiese influir o alterar lo hasta ahora indicado."

"Considerando que la condición de residente, regulada en los Decretos de 4 de octubre de 1935 y 2 de julio de 1954, se concede por el Ministerio de la Gobernación a virtud de solicitud del extranjero que pretende continuar en España más allá de la permanencia temporal cubierta por el visado de su pasaporte y supone la plena aplicación al extranjero del régimen previsto para los mismos, sin que pueda, en base a conjeturas que no se hayan traducido en una prueba positiva de que así ha sucedido, aplicársele un régimen de control por parte del Instituto Español de Moneda Extranjera del que en principio se encuentra excluido por las propias disposiciones de la Ley de Delitos Monetarios, y a mayor abundamiento hay que tener también presente los llamados Decretos de liberalización de 1959, que dulcificaron en esta materia el rigor hasta entonces existente sobre la cuestión, y que el propio Instituto Español de Moneda Extranjera lo manifiesta cuando en su Circular número 248, de 7 de agosto de 1968, dictada para la Banca delegada, establece los casos en que se considera a una persona residente o no residente para sólo a estas últimas aplicar el régimen de excepción".

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la Nota del Registrador."

Consideraciones críticas.—Hay una palabra, incrustada en una frase, de las utilizadas por la Dirección General en el último de sus considerandos que se nos antoja como la "clave" para resolver el problema que plantea la Resolución comentada. La frase dice así: "y supone la plena aplicación al extranjero del régimen previsto para los mismos, sin que pueda, en base a *conjeturas* que no se han traducido en una prueba positiva de que así ha sucedido, aplicársele un régimen de control por parte del Instituto Español de Moneda Extranjera del que en principio se encuentra excluido por las propias disposiciones de la Ley de Delitos Monetarios...".

La palabra *conjeturas*, subrayada intencionadamente por nosotros, es la que no va a dar la pista de hasta dónde era acertada la calificación registral y hasta dónde debía llegar la misma. El caso ofrecía posibilidades de indagación, pero era simple en sus presupuestos de hecho. Una señora reconoce adeudar una determinada cantidad de dinero en favor

de una persona de nacionalidad francesa y constituye una hipoteca sobre dos fincas en garantía de dicha cantidad y otras para costas y gastos, además de los intereses. El acreedor hipotecario, francés de nacimiento, pero residente en España, había adquirido la condición de "residente" tres meses antes de otorgarse la escritura de constitución de hipoteca, en la cual se hacía constar el reconocimiento de deuda y tener "recibidas" con anterioridad las pesetas correspondientes.

Ante estos hechos el Registrador utiliza la "conjetura". Hace un juicio probable sobre las señales que se observan y piensa que es necesario que se le justifique documentalmente si cuando se hizo el préstamo el acreedor tenía o no la condición de "residente", pues debía comprobarse el precio confesado recibido con anterioridad, aclarando el origen y circunstancias de la deuda contraída. Intuitivamente percibe unos indicios y en su labor calificadora —que es también interpretativa— trata de aplicar la técnica de las conjeturas al caso contemplado.

Se me viene a la memoria una institución típicamente catalana en la que funcionaba el sistema de las *conjeturas*. Es de todos conocida. En la vieja institución del fideicomiso surge la fórmula del "sine liberis decesserit" o fideicomiso condicional subordinado a la existencia de hijos. La problemática se planteaba en si los "hijos puestos en condición se entienden en sustitución". La normativa correcta era entender que los "hijos puestos en condición" no se entienden en "sustitución", aunque siendo esta la regla general se admiten "conjeturas" y cuando por no haber un señalamiento expreso de los hijos puestos en condición, hay, sin embargo, base para estimar que en el testamento hay una voluntad tácita o conjetural del llamamiento de tales hijos al fideicomiso, entonces, en estos casos, los hijos puestos en condición son llamados a la sustitución. Jurisprudencialmente fueron admitidos una serie de casos y Fusarius, en su "Tractatus de substitutionibus", explica sesenta y cinco de estas conjeturas. Hoy día la Compilación de 21 de julio de 1960 viene a reflejar la situación anterior, admitiendo en el artículo 175 una serie de casos "conjeturales" que suponen una excepción a la regla general y el artículo 170 recoge el contenido de una presunción que, por conjetura de piedad, establecía la *Lex cum avus*.

La Dirección General, en el presente caso, no admite el juego interpretativo de las "conjeturas" y rechaza de plano la aplicación de la Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954 en la que existía también un "precio confesado" que debería comprobarse. Ello supone negar la necesidad de la autorización de dicho Instituto para la operación realizada y su posibilidad de inscribir sin la traba de este cumplimiento exigido por el Registrador.

Aparte de esta especie de eliminación de la "intuitiva" manera de descubrir el momento del nacimiento del negocio "precedente" por parte del Registrador —cosa que, a nuestro juicio, debe de entrar dentro de las funciones de calificación, como todo el sistema del examen de antecedentes— la Dirección utiliza una serie de argumentos arrancados casi todos ellos del auto presidencial y que se ajustan, en este caso concreto, a

una serie de razones de carácter jurídico y lógico. Entre las razones que se dan en pro de la solución pronunciada, destacamos:

1.—El segundo considerando de la Resolución aporta el principio de igualdad de trato que tanto el Código Civil (artículo 27), como el de Comercio (artículo 15) establecen, con la sola excepción de que en tratados o en leyes especiales se disponga una regulación distinta. En principio esta materia sometida al recurso es de las regidas por legislación especial, ya que la de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 y el Decreto de 24 de noviembre de 1939 exigen la autorización del Instituto Nacional de Moneda Extranjera para la realización de los actos enumerados en las mismas.

Hemos dicho que “en principio” parecía apartarse esta legislación especial del principio de igualdad de trato del que parten los artículos 27 y 15 antes citados. La Dirección General estima que lo dispuesto en esa legislación no viene a constituir una excepción al principio general de igualdad, puesto que su contenido afecta lo mismo a los españoles que a los extranjeros, ya que lo que cualifica la especial situación de sometimiento a estas disposiciones legales es la “residencia” o no dentro del territorio español, y no la condición de nacional.

2.—En el cuarto considerando la Dirección General aporta otra razón de carácter interpretativo y de carácter excluyente. La interpretación está basada —“a mayor abundamiento”— en que toda disposición prohibitiva o limitativa ha de procurar ser interpretada en sus justos términos y no en forma extensiva, lo que supondría ampliar su campo de aplicación a supuestos no comprendidos en el texto legal. La de carácter excluyente es la de que para que el acto quede incluido dentro de los que deben solicitar la autorización del Instituto de Moneda Extranjera es preciso que reúna todos sus requisitos y al faltar uno de los presupuestos no parece necesaria su obtención.

Estas dos razones apuntadas, juntamente con la de las conjeturas antes dicha, son en el fondo los argumentos que utiliza y razona el auto presidencial. Con ello se cierra el paso a la determinación del momento en el cual se hizo la operación que dio lugar a la hipoteca. Es decir, queda sin determinar si cuando el acreedor entrega el dinero al deudor, tenía o no el primero el carácter de “residente”. La Dirección se acoge a la fecha de la escritura de hipoteca, borrando el posible antecedente de la confesión de “precio prohibido” o de “reconocimiento de deuda”.

Vista la Resolución en el momento presente quiero apuntar una serie de normas hoy vigentes y ver si existe alguna variante en relación a lo apuntado. De todos es conocido el Decreto-Ley de 17 julio de 1973 por el que se declara extinguido el Instituto Español de Moneda Extranjera y la reglamentación dada a las inversiones extranjeras a través de los Decretos de 31 de octubre de 1974 que sancionan el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España y su Reglamento. El artículo 1 de la Ley habla de *residentes y no residentes* y de la justificación mediante certificación negativa, pero la Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Comercio con fe-

cha 11 de diciembre de 1974 estima suficiente la certificación de la entidad bancaria delegada como se venía efectuando hasta ahora.

Igualmente hay que tener en cuenta la Resolución de 20 de diciembre de 1974 sobre liberalización en orden a la adquisición de inmuebles, así como a la concesión de créditos hipotecarios a favor de personas físicas extranjeras "no residentes" en España. Lo mismo sucede con las Resoluciones de 20 de enero de 1975 y 25 de enero del mismo año, en las cuales se dictan normas complementarias de una legislación recién nacida sobre establecimiento de sucursales y establecimientos de *no residentes* y para la utilización de saldos de cuentas extranjeras de pesetas interiores para la realización de inversiones extranjeras. Como vemos, todo ello gira en favor de las personas "no residentes", mientras que nuestro problema se refería a los "residentes", que sigue intocable.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN EN CUENTA DE AHORRO-VIVIENDA.—AUNQUE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN ESTÁN AUTORIZADAS POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL (ART. 219 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO), ES INDUDABLE EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL QUE REGULA LOS PRÉSTAMOS AHORRO-VIVIENDA QUE DEBERÁ SÉR EXACTAMENTE CUMPLIDA SIN QUE A ELLO OBSTE EL QUE SE PREVEA LA POSIBILIDAD DE NUEVOS TIPOS LEGALES DE INTERÉS, SIEMPRE QUE NO SOBREPASEN EL MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA SEÑALADO EN LA ESCRITURA OTORGADA. (Resolución de 12 de septiembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de septiembre de 1972.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada por el Notario de Cuenca don Antonio Pérez Sanz, el 7 de noviembre de 1970, la Caja Provincial de Ahorros de dicha capital concedió a don Alfredo Muñoz Lorca un préstamo hipotecario de 145.000 pesetas que se ingresaría en una cuenta especial de "Ahorro-Vivienda"; que en la cláusula 4.^a se estipuló que "el préstamo concedido por la Caja devengará un interés anual de 7 enteros y 50 centésimas por ciento... Si el interés fuese modificado por disposición ministerial se aplicará el nuevo tipo desde el día en que entre en vigor la disposición"; que en la cláusula 6.^a se acordó constituir primera hipoteca a favor de la entidad prestamista, sobre una finca urbana del prestatario sita en Ciudad Real y descrita en la exposición de la escritura, "en garantía de ciento cuarenta y cinco mil pesetas de principal, de treinta y dos mil seiscientos veinticinco pesetas de intereses por tres años, de treinta y seis mil doscientas cincuenta pesetas para efectos de estabilización y de treinta y seis mil doscientas cincuenta pesetas para costas y gastos en su caso, que hacen un total de doscientas cincuenta mil ciento veinticinco pesetas... Se estipula expresamente la cláusula de estabilización hasta la cifra señalada prevenida en el párrafo B, regla 2.^a, del apartado 3.^o del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, índice general ponderado del costo de vida fijado por el Instituto General de Estadística, considerándose vigente el de ciento once coma tres (11,3) correspondiendo la base de cien (100) al año 1968"; y que en la cláusula

8.^a, apartado d), se designó “como mandatario para que en su caso se otorgue la escritura de adjudicación en nombre del deudor, a la propia Caja”, que podría utilizar para hacer efectivos sus derechos el procedimiento ejecutivo ordinario o el judicial sumario.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: “PRACTICADA la inscripción de hipoteca al folio 230 del tomo 1.113 del archivo, libro 365 del Ayuntamiento de Ciudad Real, finca número 18.520, inscripción 3.^a, con las siguientes particularidades: 1.^a Se ha inscrito dicha hipoteca en cuanto garantiza el principal y 30.450 pesetas de intereses de tres años, al 7 por ciento anual, DENEGANDOSE la inscripción del 0,50 por ciento que los intereses pactados exceden sobre el que permiten las disposiciones legales sobre Préstamos Ahorro-Vivienda, así como la garantía real de la cláusula de estabilización, por infringir las mismas disposiciones, DENEGANDOSE igualmente la inscripción de los siguientes particulares de la escritura: “Si el interés fuera modificado por disposición ministerial se aplicará el nuevo tipo desde el día en que entre en vigor la disposición”, se deniega por ir contra el principio de especialidad: “Se designa como mandatario para que en su caso se otorgue la escritura de adjudicación en nombre del deudor, a la propia Caja”, se deniega por no permitir la Ley Hipotecaria y su Reglamento esta sustitución en los procedimientos judiciales pactados en la cláusula octava de la escritura. 2.^a No se ha hecho constar en la inscripción el juego de las dos cuentas especiales, por no ajustarse al regulado en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito y no tener dichas cuentas, tal como se estipulan, trascendencia en la hipoteca”.

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el interés vigente para préstamos del tipo estipulado, según acredita con certificación del Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro del Ministerio de Hacienda, era el 7,50 por 100 el día del otorgamiento de la escritura, por lo que es improcedente la denegación de inscripción de un 0,50 por 100; que el Registrador puede extender, suspender o denegar la inscripción, pero no puede modificar la pretensión del presentante sin contar con su consentimiento (artículo 434, párrafo 3.^o del Reglamento Hipotecario y Resolución de 3 de marzo de 1953); que asimismo es improcedente haber denegado la inscripción de la garantía real, de la cláusula de estabilización pactada en la estipulación 6.^a de la escritura, ya que no está prohibida por la Ley, no es contraria a la moral y hay que reputarla inscribible al amparo del artículo 219 del vigente Reglamento Hipotecario; que la finalidad de las cláusulas de estabilización es hacer frente a la posible pérdida del valor del dinero y son morales, justas y lícitas como reconocen la Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939, la de 23 de junio de 1942 sobre Arrendamientos Rústicos y la de 24 de diciembre de 1964 sobre Arrendamientos Urbanos, numerosas sentencias del Tribunal Supremo, Resoluciones de 3 y 4 de mar-

zo de 1952 y Decreto de 17 de marzo de 1959, que reformó el Reglamento Hipotecario (artículo 219); que el Decreto de 3 de octubre de 1966 que creó las cuentas de Ahorro-Vivienda no contiene ninguna prohibición expresa de las cláusulas de estabilización, estableciendo únicamente en el apartado d) del artículo 4.º de la Orden de 17 de octubre del mismo año, dictada en su desarrollo, que "los préstamos devengarán un interés total de 5,5 por 100 anual, sin que puedan recargarse con gastos adicionales excepto los de constitución y cancelación de la garantía y los del Seguro de Amortización, disposición de tipo administrativo que no prohíbe expresamente las aludidas cláusulas; que el pacto de intereses recogido en la cláusula 4.ª de la escritura, es lícito al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, está motivado por las numerosas variaciones introducidas por el Gobierno en materia de intereses aplicables a las operaciones activas y pasivas de la Banca y Cajas de Ahorro (Ordenes de 17 de octubre de 1966, 25 de noviembre de 1957, 21 de julio de 1969, 23 de marzo de 1970, 22 de enero de 1971 y 3 de abril de 1971), y se acomoda a las normas hipotecarias (artículo 12 de la Ley y 219 de su Reglamento); que para comprender el alcance de la designación de la Caja como mandatario para otorgar en su caso la escritura de adjudicación, si procediere, en ejecución de su derecho, hay que tener en cuenta que en la correspondiente cláusula (8.ª) se dice textualmente que "la Caja de Ahorros de Cuenca podrá utilizar para hacer efectivos sus derechos, el procedimiento ejecutivo ordinario o el judicial sumario"... a cuyos efectos se designa como mandatario del deudor, a la Caja; que ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíben tal designación y que, finalmente, vale la pena hacer constar que la Caja Provincial de Ahorros de Cuenca tiene adoptado desde hace tiempo su modelo de escrituras de Préstamo Hipotecario, que se viene inscribiendo sin dificultad en todos los Registros de España, incluido el de Ciudad Real.

Resultando que el Registrador informó: que reconoce haber incurrido en error en lo referente al interés del préstamo, por lo que rectifica su calificación, dejando sin efecto el primer defecto de la Nota; que en cuanto al segundo defecto, insiste en afirmar que los correspondientes extremos de la escritura contradicen la regulación legal del préstamo Ahorro-Vivienda como resulta del artículo 14, apartado c) del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966 y Orden Ministerial del 17 del mismo mes y año dictada en su desarrollo, que no deja resquicio a la autonomía de las partes, sobre todo si se tiene en cuenta la naturaleza y estructura de la figura jurídica configurada por los citados Decreto y Orden Ministerial, el fin social del contrato de préstamo Ahorro-Vivienda, el carácter de contrato de adhesión que generalmente tiene en la práctica el mencionado contrato y la deseable subsistencia del mecanismo económico-jurídico establecido en las disposiciones señaladas; que la condición d) del apartado 4.º de la citada Orden Ministerial resulta claramente el criterio excluyente de condiciones más onerosas para el prestatario, entre ellas la cláusula de estabilización; que del apartado 6.º de la repetida Orden Ministerial, en relación con la regla interpretativa "Inclusio unius, ex-

clusio alterius", resulta claramente la inadmisibilidad de la cláusula de estabilización en los contratos de préstamo Ahorro-Vivienda; que la citada cláusula, en tales contratos es inmoral por la diferencia que supone recibir dinero prestado sin dicha cláusula y darlo con ella en préstamos sociales a pequeños ahorradores; que el artículo 219 del Reglamento Hipotecario no es aplicable a estos supuestos de préstamos especiales, sino a los casos de préstamos ordinarios regidos exclusivamente por principios jurídicos normales; que en cuanto al tercer extremo de la Nota, la calificación no quiere decir que la cláusula denegada esté mal redactada, pues puede ser válida y eficaz entre las partes contratantes, con efectos meramente obligacionales sin posible inscripción; que en cuanto al cuarto defecto, la razón de la denegación está en que la Ley Hipotecaria y su Reglamento no permiten esta sustitución en los procedimientos judiciales pactados en la cláusula octava de la escritura calificada; que la única razón del recurrente para impugnar este extremo es que ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario prohíben la estipulación cuestionada, pero olvida que los procedimientos judiciales son de derecho público y por consiguiente no pueden ser modificados por pactos particulares; que el mandato otorgado en la escritura está permitido en el procedimiento de ejecución extrajudicial por el artículo 234 del Reglamento Hipotecario, pero esta permisión para un procedimiento concreto supone precisamente que no existe en otros más generales, como son precisamente los señalados en la escritura calificada; y que los Registradores tienen plena libertad en su calificación, sin que se encuentren obligados por criterios de otros compañeros ni siquiera por otras calificaciones suyas precedentes.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento informó: Que dejado sin efecto por el Registrador el primer defecto de su calificación, prescinde tratar de este punto; que en cuanto a la cláusula de estabilización convenida en la escritura, aunque la regulación de los préstamos de Ahorro-Vivienda es de carácter imperativo y en cuanto tal supone una limitación a la autonomía de la voluntad de los contratantes, hay que tener en cuenta que la intervención estatal en materia contractual admite diversas graduaciones que van desde el extremo rigor a la máxima flexibilidad; que el Registrador entiende que la regulación de los préstamos de Ahorro-Vivienda es del primer tipo, sin dejar ningún margen de libertad a los contratantes, siendo así que de la citada regulación se deduce precisamente que se deja libertad a los interesados en todo aquello no previsto expresamente; que así lo reconoce expresamente el propio funcionario calificador al no haber puesto ningún reparo a diversos aspectos de la escritura que no estaban previstos en la regulación legal; que, en conclusión, la regulación legal del préstamo Ahorro-Vivienda, cuyo carácter imperativo nadie puede discutir, se ha limitado a imponer coactivamente algunos de los elementos del contenido de este tipo de préstamos, quedando en lo demás libres las partes sin más limitaciones que las que resultan del artículo 1.255 del Código Civil; que el apartado 4.º de la Orden Ministerial de 17 de octubre de 1966 no excluye la cláusula de estabilización, sino que se limita a ordenar que los préstamos no

pueden recargarse con gastos adicionales, y al no ser la estabilización un gasto adicional no puede aplicarse a ella la prohibición que allí se establece, que el apartado 6.º de la referida Orden Ministerial referente a la revisión de precios en relación con la regla "Inclusio unius, exclusio alterius", no constituye tampoco un obstáculo a la validez de la cláusula de estabilización en los contratos de préstamos Ahorro-Vivienda, sino que, por el contrario, más bien la justifica; que la cláusula de estabilización en el contrato de préstamos Ahorro-Vivienda no afecta a la finalidad perseguida por el legislador, ya que el objeto de la misma no es recargar o aumentar el capital que se debe restituir, lo que evidentemente constituiría una manifestación de usura, sino restablecer el equilibrio de las prestaciones dinerarias roto por la depreciación monetaria y la inflación; que la cláusula de estabilización en los contratos de préstamo Ahorro-Vivienda no es inmoral, sobre todo, si se piensa, entre otras cosas, en la posible disponibilidad inmediata de las correspondientes cuentas; que de prosperar el criterio del Registrador quedaría inutilizado el artículo 219, apartado 2.º del Reglamento Hipotecario: que el pacto referente a la aplicación de nuevo tipo de interés si fuese modificado por disposición legal, es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo previsto en los artículos 1.255 del Código Civil y 51 del de Comercio, sin que afecte a los principios de publicidad y especialidad, ya que, aparte de la publicidad que siempre supone la Ley, al figurar la cláusula en el Registro, esta oficina anunciaría dicha eventualidad; que en cuanto a la designación de la Caja como mandatario del deudor, aceptando que los procedimientos judiciales son de Derecho Público y no pueden ser alterados por pactos particulares, es lo cierto que la estipulación cuya inscripción se deniega no supone ninguna alteración del procedimiento sino la concesión del poder para el posterior otorgamiento de una escritura de adjudicación; y que la permisón del mandato en el procedimiento ejecutivo extrajudicial no excluye el que se admita también en el judicial, puesto que por su razón estriba en que en el primero, la necesidad de una persona que otorgue la escritura es más evidente al desarrollarse las actuaciones ante Notario, mientras que en el segundo sería el Juez quien otorgaría la escritura en ausencia o rebeldía del obligado, pero esta representación legal del Juez no debe ser obstáculo a una posible representación voluntaria.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, teniendo en cuenta la rectificación del Registrador en su informe confirmó la Nota calificadora por razones análogas a las expuestas por el citado funcionario, salvo en lo que se refiere al defecto señalado en la cláusula octava, párrafo d) de la escritura de préstamo hipotecario, en que tuvo en cuenta los argumentos expuestos por el recurrente y Notario autorizante.

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión Presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos en cuanto a los defectos subsistentes, solicitando en consecuencia se dicte resolución en que se declaren "válidos e inscribibles los pactos relativos a la cláusula de estabilización y a la modificación de interés por disposición legal."

Doctrina.—“Considerando que al haber dejado sin efecto el Registrador uno de los defectos de la nota de calificación y no haber apelado del Auto presidencial de otro de ellos, la primera de las cuestiones que ha de examinarse hace referencia a si está permitida la cláusula de estabilización pactada en una escritura de préstamo hipotecario de los llamados Ahorro-Vivienda por la legislación en vigor, y si en su consecuencia puede tener acceso a los libros registrales.”

“Considerando que no sin vacilaciones, y tras haber sido muy discutido en la doctrina patria, se fue abriendo camino la tesis favorable a la admisión de las cláusulas de estabilización, y así fue sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendió que dentro de ciertos límites no eran opuestas a la moral, ni envolvían una operación usuraria, ya que únicamente se encaminaban a restablecer el perdido equilibrio de las prestaciones dinerarias, y que podían tener su fundamento legal en el artículo 1.255 del Código Civil que establece el principio de libertad contractual, criterio que ha compartido el legislador al autorizar en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario con cláusulas de estabilización que reúnan las condiciones que el mismo artículo establece.”

Considerando que frente a esta tesis general que es aceptada por las dos partes del recurso, surge la discrepancia en cuanto a si la regulación de los préstamos Ahorro-Vivienda, contenida principalmente en la Orden de 17 de octubre de 1966, permite un pacto de esta índole dada la finalidad social perseguida y el carácter imperativo que para el funcionario calificador tiene la mencionada disposición legal que no autorizará otros pactos que los que expresamente aparecen regulados.”

“Considerando que es indudable el carácter imperativo de la disposición que regula el préstamo Ahorro-Vivienda en cuanto que para su concesión se han de cumplir los requisitos exigidos por la citada Orden Ministerial, entre los que hay que destacar: a) la obligatoriedad de constituir previamente por el peticionario la cuenta de Ahorro-Vivienda, sin posibilidad de reintegro parcial hasta que alcance el límite de tiempo y capital convenido en su apertura —artículo 1, 3.º— y sólo entonces puede solicitar el préstamo —artículo 1, 4.º—, limitación importante justificada en función de las contraprestaciones que recibe; y b) la preocupación de que al prestatario no se le recargue con gastos adicionales —artículo 1, 4.º, d—, y a todo ello hay que añadir que la propia Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966 que las crea, indica como finalidad la de “canalizar las rentas privadas, creando nuevos atractivos al ahorro” y facilitando “a los pequeños ahorradores el acceso a la propia vivienda y al mercado de capitales” y, por último, la propia esencia de las Cajas de Ahorro puesta ya de relieve desde el Decreto-Ley de 1929 —artículo 1— y su posterior regulación —Ley de 22 de diciembre de 1955 y Decreto de 26 de abril de 1957— al ordenarse como régimen de las mismas, entre otros, “el de fomentar e impulsar sus obras económicas y sociales, especialmente la colaboración a la obra social del Estado, Provincia y Municipio”, todo lo cual revela, sin lugar a dudas, que estos préstamos especiales no cabe que pacten con una cláusula

sula de estabilización, que sería incompatible con las finalidades expuestas y entrarían dentro de la prohibición que señala el artículo 1.255 del Código Civil.”

“Considerando respecto de la segunda y última de las cuestiones a tratar, y aceptada por el prestatario la posibilidad de que si se modifican los intereses de esta clase de préstamos por disposición ministerial serán estos nuevos los que se aplicarán a partir de la fecha de entrada en vigor —pues las disposiciones mencionadas no han impuesto la norma con carácter retroactivo a los préstamos ya formalizados, sino por el contrario, con respecto del interés pactado— no cabe duda que producirá sus efectos entre las partes, y que podrá ser inscrito sin que pueda sobrepasarse el máximo de responsabilidad hipotecaria señalada en la escritura de hipoteca, por ser una exigencia del principio de especialidad y de la necesidad del tercero de conocer exactamente esta circunstancia que tanto puede afectarle.”

“Esta Dirección General ha acordado con revocación parcial del Auto apelado, confirmar la segunda parte del primero de los defectos de la nota del Registrador y revocarla en cuanto a la primera parte del segundo de los mencionados defectos, únicos extremos sobre los que ha versado la apelación.”

Consideraciones críticas.—En un comentario hecho a esta Resolución por mi ilustre compañero Tirso Carretero (“Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, enero-febrero, 1973, páginas 165 y siguientes, número 494) dice que sobre uno de los problemas abordados en la misma —concretamente el de las cláusulas de interés variable— sólo existe o existían en la doctrina unos trabajos míos en los que tocaba el tema. Efectivamente, antes de que se publicase y resolviese este punto de la Resolución que comentamos, había publicado el trabajo “Hipoteca en garantía de interés variable” (“Rev. Der. Not.”, julio-diciembre, números 69-70, año 1970) y en forma de síntesis del mismo otro bajo el título “La determinación del interés y el interés variable en la hipoteca” (“Boletín del Colegio Nacional de Registradores”, número 56, marzo, 1971). Con posterioridad, y esto no lo sabe el autor citado, pronuncié una conferencia en el Colegio de Abogados de Almería en el año 1973 (febrero) en la que ya recogía la Resolución citada y sus soluciones a los casos planteados. De todo ello podría deducirse una especie de “legitimación” exclusiva sobre el problema, cuando lo único que me llevó a escribir todo ello fue un deseo de “acotar una materia”, plantear un problema vivido y, deportivamente, presentar unas soluciones a los posibles supuestos que me planteaba. Tirso Carretero me reta a que “profundice” en la doble problemática del reflejo registral de la alteración del tipo de interés y el inconveniente de hablar de “interés legal” fijado por orden ministerial.

No creo que sea este el momento de acudir al reto, pues lo que al posible lector le interese es la postura crítica frente a lo que dice la Dirección y no lo que yo pueda pensar u opinar —profundizando, eso sí— en esas dos materias del reto. Por todo ello, voy a limitarme en este comentario a los tres principales puntos que constituyen el centro de la Reso-

lución, aunque uno de ellos no figure en la misma por no haber querido el Registrador apelar sobre el mismo. Realmente de las cinco faltas que el Registrador alega en la nota, van a quedar reducidas para los motivos de apelación a dos solamente: las cláusulas de estabilización y el interés variable.

De los hechos antes expuestos y, sobre todo, de la nota calificadora del Registrador, existían cinco defectos, aunque no se enumerasen por ese orden. El primero de ellos era la estipulación de un interés superior al que el Registrador le parecía vigente, cosa que posteriormente rectifica por haber encontrado la disposición que lo autorizaba. El segundo era el referente a las cláusulas de estabilización. El tercero, a la cláusula del interés variable de la hipoteca. El cuarto era respecto a la designación como mandatario para el otorgamiento de la escritura de adjudicación a la Caja de Ahorros. Y el quinto, el de no haber hecho constar en la inscripción el juego de las dos cuentas especiales por no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Verdaderamente que esta última alegación se diluye en el recurso, y tanto en los hechos, como en las alegaciones y razonamientos de la parte que interpone el recurso. Como el Registrador y el Notario autorizante de la escritura nada dicen de ello, habrá de considerarse que la razón la tenía el Registrador al denegar el acceso al Registro de una cláusula que no tenía la suficiente garra para ser publicada registralmente.

Nos quedan por ello tres defectos, uno de los cuales, aun siendo abandonado por el Registrador, creo que debe ser destacado, pues las razones que se alegan por el Presidente de la Audiencia no las considero lo suficientemente convincentes, dentro del campo jurídico, como para que el Registrador recurrente no las atacase en su recurso ante la Dirección. De ahí que distingamos:

A) *Designación de mandatario del deudor*

En la escritura origen de los hechos que dan lugar a la Resolución que comentamos, existía una cláusula por la cual se designaba como mandatario, para que en su caso otorgue la escritura de adjudicación en nombre del deudor, a la propia Caja. Esto es, el deudor autoriza a la Caja para que en su día obre en el doble concepto de acreedor y deudor para el otorgamiento de la escritura de adjudicación.

El Registrador había alegado que al tratarse de procedimientos judiciales de Derecho público, el pacto establecido carece de eficacia para alterar el esquema que de los mismo tiene establecido, y que el hecho de que se admita por el artículo 234 del Reglamento Hipotecario para un procedimiento concreto no quiere decir que deba extenderse a todos los demás, pues se trata de una norma excepcional. El Presidente de la Audiencia utiliza argumentos dados por el Notario a este respecto y estima que el referido pacto no supone ninguna alteración del procedimiento, sino la concesión de poder para el posterior otorgamiento de la escritura de adjudicación y que la permisión del supuesto en el procedimiento extrajudicial no excluye el que se admita también en el judicial, puesto que su razón estriba en que en el primero, la necesidad de una persona que

otorgue la escritura es más evidente al desarrollarse las actuaciones ante el Notario, mientras que en el segundo sería el Juez quien otorgaría la escritura en ausencia o rebeldía del obligado, pero esa representación legal no excluye la voluntaria pactada.

Es curioso que Tirso Carretero se amedrade en este caso y disculpe al Registrador de no haber atacado este argumento, pues "el problema estrictamente procesal, es demasiado complicado para traerle aquí incidentalmente y a contrapelo de la resolución". Entiendo que el problema no era procesal, ni muchísimo menos. Era un problema puramente civil que el Registrador no quiso ver y, de ello, se aprovechó el Notario y el Auto presidencial. Era el problema de la *autocontratación*. Ni la Ley Hipotecaria, ni el Reglamento, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíben esa designación de mandatario, pero eso no quiere decir nada, pues el que no lo prohíba no supone que esté permitido, sobre todo cuando dentro de nuestro primer cuerpo legal existe un principio prohibitivo —y dentro del ordenamiento— diversas excepciones de la autocontratación. Ahí es donde, a mi entender, estaba la razón jurídica del ataque y no en razones "extrictamente procesales" de procedimiento.

B) *Cláusulas de estabilización*

La culminación de una evolutiva manera de enfocar el problema de las cláusulas de estabilización por parte de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dio como resultado fructífero la redacción del artículo 219 del Reglamento Hipotecario en el que se admite la inscripción de hipotecas con dichas cláusulas ajustadas a las condiciones que el mismo artículo establece. Este evolutivo precepto ha sido tomado en consideración recientemente en Argentina, donde, con motivo del I Congreso de Derecho Registral, el Asesor del Banco Hipotecario me pidió la fórmula empleada en España para esta clase de préstamos con estabilización monetaria.

Establecido el precepto se hace necesario precisar su ámbito aplicativo y, sobre todo, si el mismo puede tener eficacia vinculante y trascendencia registral en los préstamos de Ahorro-Vivienda regulados fundamentalmente por la Orden de 17 de octubre de 1966. El Registrador de la Propiedad niega su validez, y por ello su inscribibilidad, fundándose en que el artículo 14, apartado c) del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966 y Orden Ministerial del 17 del mismo mes y año, que no deja resquicio a la autonomía de las partes teniendo en cuenta la estructura, naturaleza y fin social del contrato de préstamo y su carácter de adhesión; igualmente la condición d) del apartado 4.º de la citada Orden Ministerial excluye el pacto de condiciones más onerosas para el prestatario; resulta —por último— inmoral la repetida cláusula por suponer un recibo de dinero prestado sin la misma y darlo con ella en préstamos sociales a pequeños ahorradores.

La Dirección General, en su considerando cuarto, emplea alguno de los argumentos utilizados por el Registrador, pero fundamentalmente los de que, conforme al artículo 1, 3.º de la Orden Ministerial citada, exigen la constitución de una cuenta de Ahorro-Vivienda, sin posibilidad de

reintegro parcial hasta que alcance el límite de tiempo y capital convenido en su apertura; el que al prestatario no debe gravársele con gastos adicionales (artículo 1, 4, d)) y, por último, la esencia de las Cajas de Ahorro, con una finalidad de carácter social que no admiten, por incompatible, un pacto de cláusula de estabilización.

Estos tres argumentos esgrimidos por la Dirección General son los fundamentos jurídicos para excluir del ámbito del artículo 219 del Reglamento Hipotecario este pacto en los préstamos de las Cajas de Ahorro. Quizá tenga razón, y en esto confieso mi mediatización a su opinión, Tirso Carretero cuando dice que los dos argumentos más fuertes son el primero y el tercero, pero que la Dirección pudo perfectamente jugar con el primero para entender incluidas en el último párrafo del artículo 219 del Reglamento Hipotecario esos préstamos "en cuyo espíritu y casi en su letra caben perfectamente".

Realmente la amplitud de redacción del artículo 219 del Reglamento Hipotecario daba asimismo una posibilidad grande para la vigencia de la cláusulas de estabilización, quedando únicamente excluidas para las hipotecas constituidas en garantía de cuentas de crédito y mediatizada en su modalidad para las de amortización, propias del Banco Hipotecario de España, teniendo en las demás la posibilidad dicha. Pero ahora, dada la doctrina sentada por la Dirección, habrá de tenerse en cuenta esta nueva excepción no incorporada a su último párrafo, sino independiente del mismo. El criterio restrictivo de la Dirección, manifestado en las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952, hace de nuevo aparición, aunque en estos casos, con razones y obstáculos legales y sociales que pueden poner límites al criterio avanzado de la idea que representan las cláusulas de estabilización.

C) *Cláusulas de interés variable*

Prescindiendo aquí, por supuesto, de mis conclusiones respecto al problema en los trabajos anteriormente citados, es necesario concretarse a lo resuelto por la Dirección General en el último de los considerandos de la Resolución. En principio declara válidas las cláusulas de "interés variable", no retroactivas, vinculantes para las partes y, respecto del tercero, afectantes siempre que no superen el máximo de responsabilidad pactado a este respecto. Es decir, se deja a salvo el posible principio de especialidad, pero quedan en interrogante esta serie de problemas que nos vamos a limitar a enunciar:

a) Entre las partes la cláusula es perfectamente válida, inscribible y viable. Realmente esto no es nuevo ni creo que sea preciso decirlo una vez más. Las partes hacen, deshacen, estipulan, reforman, etc., mientras no aparezca un tercero al cual puedan afectar estos pactos. Precisamente, en base de esa "expectativa del tercero" es por lo que el Registrador debe tener en cuenta el pacto, ya que el mismo, válido entre partes, puede no afectarle, y si carece de trascendencia real, ¿para qué inscribirlo?

La práctica, para salvar esta estipulación, aplica el artículo 434, 2.º del Reglamento Hipotecario, que permite, con conformidad del presentante, inscribir la hipoteca, excluyendo expresamente la consignación del

pacto. Es una solución de *emergencia* que no paraliza la efectividad del crédito y que da tiempo a los servicios jurídicos de las entidades prestamistas para estudiar una fórmula más acorde con las exigencias registrales.

b) Frente a tercero el pacto ya no es tan válido ni tan inscribible. La Dirección General de los Registros exige aquí un nuevo requisito para que el pacto pueda ser inscrito y perjudicar a tercero: que no sobrepase el máximo de responsabilidad hipotecario señalado en la escritura de hipoteca. Ello convierte la hipoteca de tráfico en una hipoteca de máximo, obligando inicialmente al acreedor y al deudor a fijar o una cantidad global por capital, intereses y costas que pueda cubrir los tipos de interés diferentes, o bien señalar una cantidad máxima para el interés que pueda cubrir también las posibles variaciones del tipo.

c) La Dirección General admite la inscripción del pacto, pero nada dice respecto a la forma en que debe hacerse constar en el Registro la variación del interés, pero de la forma en que se manifiesta parece dar a entender que no es necesaria tal constatación registral, pues el tercero que contrata lo hace sobre la seguridad del montante fijado o de la cantidad máxima pactada. Creo que sería conveniente hacerlo constar para saber fechas a efectos del cómputo de los dos años vencidos y la anualidad corriente o los que expresamente se pacten, como señala el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Las fechas de vencimiento del préstamo, iniciación de ejecución o finalización, pueden ser otros argumentos favorables a esa constancia registral. La forma sería, sin duda, por nota marginal y la documentación el traslado de la disposición y el acta de notificación al deudor.

d) El interés legal suele ser fijado por preceptos con rango de ley y de ahí que la llamada de atención de Tirso Carretero sea muy de tener en cuenta. ¿Una orden ministerial puede variar el tipo de interés? A los juristas que tenemos lo que García de Enterría llama una "concepción plana del Derecho" se nos hace muy cuesta arriba admitir este "desplazamiento" legislativo que, formalmente formulado en el ámbito del campo del Derecho Administrativo, resulta luego convertido en mito por la práctica del poder "desescalonado". ¿Es legal o ilegal la variación del interés?

e) Cabría tocar, por último, el problema de la retroactividad. Sentado el principio general de la irretroactividad de las leyes (hoy artículo 2, 3.º del Código Civil) es evidente que la variación del interés no puede afectar nunca a los préstamos en curso, salvo que las partes en su convenio admitan tal retroactividad. Ello exigiría, como hemos dicho antes, que la cláusula fijase o que el Registro publicase a partir de qué momento se entiende modificado el interés.

Creo que se hace necesario precisar que si las partes estipulan que la variación del interés deberá retrotraerse a la fecha inicial de constitución del préstamo, están violando un principio o regla general de Derecho que establece la irretroactividad como principio, salvo la excepción que la misma ley o disposición legal diga lo contrario. Ello nos lleva a la

aplicación del artículo 1.255 del Código Civil que niega la validez a los pactos contrarios a la ley. Por ello, la Dirección General apunta que la modificación de los intereses sólo se aplicará *a partir de la fecha de entrada en vigor de la disposición ministerial*, lo cual subrepticamente, por virtud del pacto, no hace más que admitir una retroactividad "media" para préstamos pactados con anterioridad a la norma en los cuales se prevé una alteración del interés.

Por último, cabría citar el artículo 219 del Reglamento hipotecario, que en los trabajos dichos se utiliza por nosotros, y que también recoge Tirso Carretero, en el cual pudo apoyarse la Dirección General para negar validez a estos pactos poco perfilados, a semejanza de lo que establece para las cláusulas de estabilización, válidas para el capital, pero no aplicables a los intereses.

CANCELACIÓN DE ASIENTOS.—ES INSCRIBIBLE UN MANDAMIENTO JUDICIAL QUE ORDENA LA CANCELACIÓN DE DETERMINADOS ASIENTOS, DEJANDO SUBSISTENTE LA ANOTACIÓN DE LA DEMANDA, DE LA QUE AÚN PODRÍAN DERIVARSE OTROS EFECTOS. (Resolución de 25 de septiembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de octubre de 1972).

Hechos.—Resultando que en autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, en virtud de demanda de don Federico Martín Martín contra don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García y don Manuel-José Delgado Valle, con fecha 25 de agosto de 1970 se dictó Sentencia en la que se declaraba: 1.º Que los demandados don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García, perfeccionaron con el demandante don Federico Martín Martín, el día 10 de febrero de 1969, un contrato de compraventa por el cual los primeros cedieron al último determinadas fincas de su pertenencia, sitas en Torrecilla de la Orden y Alaejos, descritas en el primer Resultando, por el precio de 2.400.000 pesetas; 2.º Que los predios objeto de litigio les habían sido adjudicados a los vendedores en operaciones particionales de su madre, doña Irene García Rodríguez; 3.º Que los contratantes don Dámaso y don Inocencio Ruipérez están obligados a cumplir lo convenido en el expresado contrato, consistente en la entrega inmediata al comprador, don Federico Martín, de las fincas vendidas de que son propietarios en pleno dominio, en el momento en que se lo exigió el demandante comprador, lo que tuvo lugar el 25 de febrero de 1969, y tan pronto como se extinga el usufructo a que tiene derecho doña María García Rodríguez, lo vendido en tales condiciones; 4.º Que los demandados tienen incumplidas sus obligaciones de entregar todo lo vendido a don Federico Martín; 5.º Que son inexistentes y sin eficacia alguna los contratos de compraventa celebrados por los señores Ruipérez como vendedores y don Manuel-José Delgado Valle como comprador, consignados en escrituras públicas del 29 de abril y 5 de mayo de 1969, autorizadas, respectivamente, por los Notarios don Manuel Corazón Molina, de Tarancón, y don Julián Manteca Alonso, de Salamanca, señaladas con los números 344 y

1.310 de sus correspondientes protocolos y por consiguiente inexistentes o nulas dichas escrituras y las inscripciones, anotaciones y otros asientos que se hayan tomado en el Registro de la Propiedad o en otros Registros y, en general, cuantas otras consecuencias hayan producido, acordándose en consecuencia la cancelación de tales inscripciones y asientos y que se adopten cuantas medidas sean necesarias para hacer efectiva la inexistencia de tales contratos, condenando a los demandados don Dámaso y don Inocencio Ruipérez a estar y pasar por estas declaraciones y al cumplimiento de cuanto lleve a la completa efectividad de este pronunciamiento; 6.º Que los demandados don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García deben entregar al demandante las fincas que le vendieron en el contrato de 10 de febrero de 1969, otorgando la correspondiente escritura pública el mismo día en que quede abonado el precio; que apelada la Sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial el 3 de marzo de 1971; que interpuesto por don Manuel-José Delgado Valle recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró, en 4 de febrero de 1972, no haber lugar al mismo e imponiendo las costas al recurrente; que instada la ejecución de sentencia por el actor, en Providencia de 24 de febrero de 1972 se ordenó librar exhorto al Juez de Primera Instancia de Medina del Campo para que librase mandamiento al Registrador de la Propiedad de Nava del Rey a fin de que procediese a cancelar la inscripción, anotaciones y otros asientos que en tal Registro de la Propiedad se hubiesen tomado con motivo de las enajenaciones de los hermanos Ruipérez al señor Delgado Valle, haciéndose constar a instancia del señor Martín que la cancelación solicitada no comprendía la de la anotación preventiva de la demanda, que debería seguir produciendo los efectos correspondientes; y que recibido el exhorto en el Juzgado de Medina del Campo se libró el correspondiente mandamiento al Registro de Nava del Rey con los particulares pertinentes.

Resultando que presentado en el Registro el anterior mandamiento fue calificado con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente mandamiento por adolecer de los defectos subsanables siguientes: Derivarse de sus mandatos incongruencia y obstáculos del propio Registro y de la Ley y el Reglamento Hipotecario, ya que no puede practicarse la cancelación de las inscripciones de venta ordenada sin cancelar a la vez las anotaciones de demanda por ser éstas consecuencia de aquéllas. Lo contrario sería contradecir la naturaleza, fundamento, finalidad y alcance de las referidas anotaciones, como se deriva de toda su regulación legal y, en particular, del artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Se hace constar que la nota de calificación de este documento figura por disponerlo así el artículo 133 del Reglamento Hipotecario, en el que se señala su obligatoriedad en los documentos judiciales y por haberla pedido expresamente el interesado don Federico Martín Martín, conforme a lo establecido en el artículo 106 del citado Reglamento Hipotecario".

Resultando que don Federico Martín Martín interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el documento presentado contiene cuantos datos exigen los artículos 79-3 y 82 de la Ley Hi-

potecaria y 207 de su Reglamento; que el funcionario calificador entiende no puede cancelar las inscripciones sin hacerlo también con las anotaciones de la demanda, incumpliendo con su razonamiento vago e impreciso no sólo lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, sino también lo normado en general en dicho ordenamiento, como ha opinado la Dirección General en sus Resoluciones de 22 de junio de 1922, 13 de julio de 1933 y 7 de octubre de 1943, habiendo señalado el Centro Directivo la conveniencia de facilitar en lo posible el ingreso de los títulos en el Registro para que gocen de su protección y garantía, criterio confirmado por el artículo 116 del Reglamento dicho, que permite determinadas rectificaciones estando ya en marcha recursos contra la calificación; y que son aplicables al caso los artículos 1, 17, 18, 32, 34, 79, 82, 99 y 106 de la Ley Hipotecaria en relación con los 99, 116, 198 y 207 del Reglamento Hipotecario, textos legales que glosa en su argumentación, así como las Resoluciones de 4 de julio de 1919, 21 de diciembre de 1925, 30 de mayo de 1934, 29 de octubre de 1946 y 15 de febrero de 1958.

Resultando que el Registrador, después de una exposición de antecedentes, coincidentes en lo fundamental con lo anteriormente relatado, informó: Que no se ha practicado la anotación prevista en el número 9 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria por no haber sido solicitada conforme a los artículos 19 y 65 de la misma Ley; que uno de los ejemplares del mandamiento presentado fue retirado por un hijo del presentante como mandatario verbal de éste, después de firmar la nota prevista en el párrafo 1.º del artículo 105 del Reglamento Hipotecario y de ponerse al margen de las fincas la nota indicada en el párrafo 2.º del mismo precepto, archivándose el otro ejemplar del citado mandamiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 133 del propio texto y expidiéndose el mismo día al Juzgado oficio por el que se ponía en su conocimiento los hechos acaecidos y la nota de calificación puesta; que interpuesto recurso gubernativo contra la misma se extendió la nota prevista en el Reglamento Hipotecario a los efectos señalados en el último párrafo del artículo 66 de la Ley; que el recurrente, sin pararse a examinar la nota, afirma que es vaga e imprecisa, porque alega como fundamento legal todo el ordenamiento jurídico registral y el artículo 198 del Reglamento Hipotecario en particular, lo que a su juicio contradice el artículo 106 del citado Reglamento y demuestra que no se ha tenido en cuenta las Resoluciones que sobre el particular ha dictado la Dirección General de los Registros y del Notariado, añadiendo que no se ha aplicado el artículo 99 del repetido Reglamento; que frente a tales argumentos es evidente que una atenta lectura de la nota lleva a conclusiones distintas, ya que en la misma aparecen detallados de una manera clara y precisa los defectos que tiene el mandamiento calificado; que por lo que respecta a la imprecisión que pudiera suponer la cita como fundamento jurídico de la Ley Hipotecaria y su Reglamento y en su particular el artículo 198 de este último, tal imprecisión se desvanece si se tiene en cuenta que esta materia está citada en muy escasos preceptos, como puede comprobarse examinando los índices de los textos legales aludidos; que ha procedido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18 y 99 de la Ley Hipotecaria,

interpretados por las Resoluciones de 22 de junio de 1963, 23 de julio de 1870, 22 de julio de 1874, 27 de noviembre de 1877, 7 de noviembre de 1879, 23 de noviembre de 1904, 19 de mayo de 1908, 31 de julio de 1944, 14 y 18 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1969; que la Ley Hipotecaria y su Reglamento en sus artículos 242 y 139, respectivamente, establecen que las anotaciones preventivas son una de las clases de asientos que se practican en el Registro, siendo su característica fundamental la temporalidad, de donde resulta que terminado un proceso por sentencia debe necesariamente dejar de surtir efecto la anotación preventiva de demanda correspondiente, como se deduce de los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento; que la anotación de demanda pública simplemente un hecho, asegurando sólo la efectividad de la sentencia que en su día se pronuncie; que la anotación se convierte en inscripción cuando la persona a cuyo favor estuviera constituida adquiriera definitivamente el derecho anotado, y como en este caso no existe derecho anotado no se puede hablar de conversión, pese a estar incluido el artículo 198 por error de sistemática junto con otros preceptos bajo la citada rúbrica; que el Reglamento de 1915 no hablaba de conversión más que en el artículo 166, equivalente al 196 actual, y no señalaba los supuestos de conversión, como hace ahora el 197; que por ello se plantearon en la doctrina y jurisprudencia numerosas dudas acerca de si cabía aplicar la conversión a la anotación de demanda, olvidando que si la conversión exige un derecho anotado y en las anotaciones de demanda lo que se anota es un hecho, resulta evidente que tal conversión es imposible; que si el fundamento de las anotaciones de demanda es asegurar los resultados de un juicio, cae de su peso que terminado éste y ejecutada la sentencia, la anotación de la demanda que dio lugar al mismo no tiene razón de ser, como confirman las Resoluciones de 4 de julio de 1919, 29 de octubre de 1946 y 6 de julio de 1962; que en el aspecto registral, la anotación de demanda actúa como instrumento de publicidad para evitar que pueda aparecer un tercero de buena fe protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero terminado el litigio la anotación no tiene objeto y sólo produciría una perturbación en el funcionamiento del Registro; que lo que accede a los libros registrales por la anotación indicada es la demanda y no el derecho demandado; que el artículo 198 del Reglamento Hipotecario mencionado en la calificación constituye un obstáculo insuperable para el cumplimiento de lo ordenado en el mandamiento calificado, como puede comprobarse con un atento análisis del mismo; que a lo expuesto hay que agregar los obstáculos que nacen del registro para la práctica de los asientos pretendidos, pues si ha recaído sentencia firme que ordena la cancelación de unos asientos, el mantenimiento de las anotaciones de la demanda correspondiente implicaría una incongruencia registral al quedarse sin contenido, que aun accediendo a lo pretendido, el mantenimiento de tales anotaciones no supondría beneficio alguno para el anotante, y al aparecer como titulares los hermanos Ruipérez, hasta podría dar lugar a que surgiese la figura del tercero en perjuicio del propio demandante; que el mantenimiento de las expresadas anotaciones iría

en contra de las disposiciones de la Ley Hipotecaria sobre cancelación y liberación del Registro de asientos caducados, ineficaces o vacíos de contenido, bastando para comprobar dicha afirmación la lectura de sus disposiciones transitorias; que la plena garantía a favor del señor Martín nace de la inscripción incondicionada en el Registro, y en todo caso, si tuviese alguna dificultad en la transferencia del dominio por los obligados, el procedimiento adecuado sería la anotación preventiva de embargo del número 3 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria; que si bien, tanto el otorgamiento a su favor de la escritura de venta como la anotación preventiva de embargo citada son medios de los que el recurrente puede beneficiarse, esta voluntariedad no puede permitirle pretender la vigencia de unos asientos que según la Ley y el Reglamento Hipotecario deben cancelarse; y que en cuanto a la imposición de costas, el artículo 130 del Reglamento Hipotecario establece que sólo se impondrán al Registrador cuando haya procedido con negligencia e ignorancia inexcusable, razón por la cual debe satisfacerlas el recurrente.

Resultando que el Magistrado Juez que intervino en el procedimiento informó en el sentido de que hasta que el demandante presente en el Registro, previa liquidación del impuesto correspondiente, la oportuna escritura a su favor, "debe subsistir la anotación preventiva de la demanda para seguridad del actor".

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y este funcionario se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos con desarrollo o aclaración de algunos puntos de su informe.

Doctrina.—“Considerando que, al ordenarse en el mandamiento calificado, expedido en trámites de ejecución de sentencia, la cancelación de las inscripciones practicadas como consecuencia de los contratos de compraventa que la sentencia, estimatoria de la demanda anota, declara inexistentes y sin eficacia, y disponer en el mismo mandamiento que dicha cancelación no comprende la de anotación preventiva de la demanda origen del cedimiento, que ha continuar produciendo los efectos que le correspondan, el problema planteado en este expediente consiste en determinar si es posible cumplir en tal forma lo que ordena el mandamiento o si por el contrario, como mantiene el funcionario calificador, no se pueden realizar tales cancelaciones sin cancelar también la anotación preventiva de la demanda”.

“Considerando que la finalidad cautelar de la anotación preventiva de demanda es asegurar las resultas de un juicio a fin de que sea posible la ejecución de la sentencia en él recaída y favorable a quien instó la práctica de la anotación, y de ello se deduce que, independientemente de las causas de extinción legalmente establecidas, dicha anotación debe subsistir como regla general, hasta la total ejecución del fallo, sin que baste para su cancelación la sola circunstancia de haberse dictado sentencia firme en el litigio cuya existencia publica la anotación, ya que durante el período de ejecución de la sentencia no sólo hay que considerar que el

pleito aún está en tramitación, sino que, incluso, es entonces cuando la anotación debe desplegar sus peculiares efectos."

"Considerando que si se atiende exclusivamente a los términos literales en que está redactado el párrafo 3.º del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, puede parecer, en efecto, que la anotación preventiva de demanda sólo se puede cancelar en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria, pero tal interpretación literal se desvanece al apreciar que en muchos casos puede ocurrir que el fallo contenga pronunciamientos cuya ejecución no sea simultánea y en dichos supuestos es evidente que dicha ejecución podrá llegar al Registro a través de títulos distintos, aunque derivados todos, como es lógico, de la propia ejecutoria, y en momentos también distintos y no sería acorde con la finalidad de la anotación practicar su cancelación en el momento de acceso del primero."

"Considerando que en el presente caso, la cancelación de las inscripciones extendidas a nombre de uno de los demandados constituye solamente la ejecución de parte del fallo, por lo que la anotación preventiva de demanda, para que pueda cumplir la función cautelar que el corresponde, debe subsistir con toda su eficacia hasta la total ejecución, que será el momento en que por haberse cumplido su finalidad y estar practicados todos los asientos procedentes en virtud de la ejecutoria, resultará de aplicación el párrafo 3.º del artículo 198 del Reglamento Hipotecario."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado."

Consideraciones Críticas.—La cuestión de fondo que ofrece el supuesto resuelto por la Dirección General es un problema de calificación de documento judicial ordenando unas cancelaciones de inscripciones que se declaren nulas, por nulidad de los títulos que las provocan, pero debiendo mantener la anotación preventiva de demanda en la que se solicita esas nulidades y cancelaciones. Esquemáticamente es así el problema, aunque tenga variaciones que lo maten.

En la relación poder judicial-calificación registral es preciso afinar mucho, para nunca llegar al roce conceptual que puede ser distinto, según el enfoque que se le quiera dar al problema. En el presente caso la nota calificadora, llena de aristas hipotecarias, no tuvo el apoyo doctrinal en su defensa y lo que pudo ser una fuente de claridades para la discutida anotación preventiva de demanda, queda de nuevo en la penumbra.

Hipotecariamente hablando es correcta la nota calificadora y, por supuesto, nada tiene de vaga ni imprecisa, como alega el recurrente, pero es nota poco hábil en la que se encierra el gran reto para una discusión ulterior que luego se pierde. La anotación preventiva de demanda hecha sobre la base de que uno de los demandados era el titular registral (pues de otra forma hubiese tenido que denegarse), publica no sólo el hecho de la interposición de la demanda, sino el derecho controvertido, avisando a los posibles terceros adquirentes de que si adquieren deben estar a las resultas del juicio con todas sus consecuencias. Pues bien, realizada la anotación y presentado ulteriormente el mandamiento ordenando que se cancele la inscripción del titular registral, pero que subsista la anotación, se produce la siguiente situación: anulada la inscripción a favor

de don Manuel-José Delgado Valle, surge como vigente la anterior, cuyos titulares registrales son don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García, terceros hipotecarios protegidos. Si de verdad quiso protegerse hasta última hora —es decir, hasta que se cumpliesen todos los pedimentos de la demanda—, lo que el mandamiento debió de ordenar fue la subsistencia de la anotación, pero rectificándola por haber quedado *inexacta*.

Creo que ahí es donde estaba la defensa de la nota y no en la insistente alegación del párrafo tercero del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, donde la letra del mismo oscurece el argumento que hábilmente destruye la Dirección General: “dicha anotación debe subsistir como regla general, hasta la total ejecución del fallo, sin que baste para su cancelación la sola circunstancia de haberse dictado sentencia firme en el litigio, cuya existencia publica la anotación, ya que durante el período de ejecución de la sentencia no sólo hay que considerar que el pleito aún están en tramitación, sino que incluso es entonces cuando la anotación debe desplegar sus peculiares efectos”. Mantener una anotación preventiva *inexacta* es lo inadmisibles, hipotecariamente hablando. Digo todo ello sobre la base de que la anotación estuviera extendida con la corrección que exigen las circunstancias del artículo 166, 2 del Reglamento Hipotecario.

La Dirección General utiliza en apoyo de sus tesis dos argumentos más: el de rechazar la interpretación literal del artículo 198, 3 del Reglamento Hipotecario, sobre la base de que los pronunciamientos del fallo pueden no ser ejecutados simultáneamente y que la cancelación que se ordenaba solamente era ejecución parcial del fallo, debiendo subsistir la anotación hasta su total ejecución. Habría que tener a la vista el asiento de anotación y su redacción para poder argumentar críticamente contra esta solución, que idealmente parece correcta.

COMRAVENTA POR EXTRANJERO.—ES INSCRIBIBLE SIN NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN MILITAR UNA ESCRITURA REFERENTE A LA CUARTA PARTE DE UNA FINCA INCLUIDA EN UN PLAN GENERAL DE URBANIZACIÓN Y CUYAS TRES CUARTAS PARTES YA HAN SIDO INSCRITAS POR EL FUNCIONARIO CALIFICADOR. (Resolución de 28 de septiembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 13 de octubre de 1972.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada ante el Notario del Puerto de la Cruz don José Peña Llorente, el 10 de agosto de 1966, don Francisco García Feo, por sí y como apoderado de su hija doña Angélica García Alonso, vendió, juntamente con otros, a don Marcel Ettienne Gaillard, de nacionalidad francesa, una finca que les pertenecía llamada “Arenas del Mar” o “Jaquita”, sita en la zona de reserva urbana del Médano, término de Granadilla de Abona; que en la comparecencia de dicha escritura, con referencia a la representación de doña Angélica García Alonso, se invoca una “escritura de poder que dice ya tener otorgada la misma, suficiente para este acto y cuya copia no ha llegado y presentará en tiempo y forma... obligándose así como los otros comparecientes

vendedores, quienes responden de las consecuencias de la falta del mismo"; y que en la misma escritura se testimonia una certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, de fecha 5 de agosto de 1966, acreditativa de que, según informe emitido por el técnico municipal, la parcela 93 del polígono 5 y del catastro de rústica, a nombre de don Fernando García Feo, se encuentra dentro de la zona de reserva urbana del Plan General del Médano.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la referida escritura, el 11 de diciembre de 1969 se suspendió la inscripción "por el defecto subsanable de no acompañarse el poder de doña Angélica García Alonso. Sin tomar anotación de suspensión por no haberse solicitado"; que tras una nueva presentación el 29 de septiembre de 1970, se inscribieron todas las participaciones vendidas excepto las procedentes de doña Angélica "por no acompañarse el poder con que actúa su apoderado, y tomada anotación de suspensión por defecto subsanable y plazo legal"; que el recurrente pretendió obtener de los vendedores copia de la escritura del poder mencionado y al no conseguirlo presentó querrela criminal para lograr su propósito; que como resultado de su acción, el Juzgado le proveyó de un testimonio del poder otorgado por doña Angélica García Alonso asistida de su esposo; que con este testimonio y otra certificación del Ayuntamiento sobre la inclusión de la finca en el Plan de Urbanización de Granadilla solicitó nuevamente la inscripción de la escritura de compraventa, poniéndose en la misma, el 10 de julio de 1971, la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado, por los siguientes defectos subsanables: a) No se acompaña la copia del poder notarial con que actúa el apoderado; y no es adecuado para sustituirla el testimonio expedido en papel de oficio por el Secretario judicial del partido que adjunta con el título presentado, por violar lo dispuesto en los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes 34 y 98 del Reglamento y especialmente lo que establece el artículo 222 del Reglamento Notarial sobre expedición de copias. Tiene la copia del poder que estar expedida por el funcionario competente para darlas y hacer fe. b) No acreditarse el cumplimiento de lo ordenado en la Circular del Estado Mayor Central del Ministerio del Ejército —interpretando y aclarando el alcance de la Ley de 23 de octubre de 1935 sobre adquisiciones de inmuebles por extranjeros— publicada en el "B. O. de la Provincia", número 69, de fecha 9 de junio de 1971, en su párrafo 2.º, que hace necesaria la autorización del citado Ministerio para todas aquellas urbanizaciones independientes, alejadas de los centros de población y separadas de ellas por zonas rurales. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado"; que el 13 de enero de 1972, el recurrente volvió a presentar en el Registro la escritura cuestionada junto con la copia autorizada y legalizada del poder otorgado por doña Angélica, que al fin consiguió, y certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona acreditativa de que la finca comprada estaba incluida en la zona de reserva urbana del Plan General del

Médano y en el Plan Parcial de Urbanización de "Ensenada Pelada", y el 18 de enero puso el Registrador la siguiente nota: "Suspendida nuevamente la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado, por los siguientes defectos subsanables: a) Se acompaña la copia del poder aludido en el apartado a) de la precedente nota de suspensión, pero sin estar legitimada la firma del Notario autorizante. b) Que se acredite el extremo b), también de la nota de suspensión anterior, puesto que la certificación del Ayuntamiento de esta villa que se acompaña, es de fecha anterior a la Orden publicada en el "Boletín Oficial de la Provincia", número 69, de fecha 9 de junio de 1971. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado; y que, por último, el 7 de febrero de 1972 se presentó nueva petición de inscripción acompañada del poder autorizado y legalizado, así como de una certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona expedida el 21 de enero de 1972 en la que se reitera la inclusión de la repetida finca en los planes de urbanización municipal, causando el 2 de marzo de 1972 la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado, por el defecto subsanable de: No se acompaña autorización del Ministerio del Ejército; o en su lugar no se aporta la certificación del Ayuntamiento de esta villa con los requisitos que expresa-mente determina la Circular del Estado Mayor Central de dicho Ministerio, a que se refiere la nota de suspensión que obra en este documento con fecha 10 de julio último, de obligado cumplimiento. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado".

Resultando que don Marcel Ettienne Gaillard interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que como la Nota de suspensión se centra en el defecto subsanable de no acompañarse autorización del Ministerio del Ejército o, en su lugar, certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, con los requisitos que determina la Circular del Estado Mayor Central publicada en el "B. O. de la Provincia", número 69, de 9 de junio de 1971, interesa examinar si realmente se producen tales defectos subsanables; que el artículo 2 de la Ley de 23 de octubre de 1935 dispone que es necesaria "autorización militar" para la "adquisición por parte de entidades o individuos de nacionalidad extranjera de obras de cualquier clase, fincas y terrenos enclavados en las zonas que a continuación se detallan, siempre que dichas propiedades estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas..."; que este precepto es el que ha querido ser aclarado en la Circular aludida, en la que se dice que: "No se precisará autorización militar para adquirir terrenos o inmuebles en aquellas zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con posterioridad a la referida Ley, siempre y cuando las mismas estén en el casco de la población y su ensanche sea certificado por la Corporación Municipal"; que a la vista de la certificación municipal presentada resulta que el Médano, si bien no forma parte propiamente del casco del término municipal de Granadilla de Abo-

na, sí constituye un poblado o barrio importante dentro del mismo, hasta el punto de que el Ayuntamiento se ha considerado en la necesidad de dotarlo de un plan general de ordenación urbana que ha sido aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo, de acuerdo con lo dispuesto en la vigente Ley del Suelo, y en ese Plan general ha establecido su zona de reserva urbana que constituye el ensanche normal y ordinario de tal poblado o barrio; que como consecuencia de dicho plan general y en ejecución del mismo se aprobó un Plan parcial de la expresada zona de reserva urbana, que se llama "Ensenada Pelada", debidamente aprobado también por la Comisión Provincial de Urbanismo, al amparo de la citada Ley del Suelo; que, por tanto, como el inmueble adquirido forma parte de la zona de reserva urbana o de ensanche del barrio o poblado del Médano, perteneciente al término municipal de Gradadilla de Abona, con su plan general aprobado por los organismos urbanísticos competentes y en plena urbanización, encaja plenamente en el apartado primero citado de la expresada Circular, por lo que tal adquisición no precisa autorización militar que aunque cuando el Registrador inscribió las partes indivisas que no son objeto de debate, no estaba publicada la repetida Circular, es evidente que estimó se daban los requisitos establecidos en el artículo 2.º de la Ley de 1935 que hacían no exigible la autorización militar, y tal criterio no debe haber cambiado como consecuencia de la misma, ya que eso supondría desconocer como realidades urbanas los barrios o poblaciones esparcidos dentro de los extensos términos municipales de una isla, como son, por ejemplo, en el de Gradadilla de Abona, los barrios de Charco del Pino y Chimiche, a los que aun alejados del casco del municipio no se les puede desconocer como poblados y por tanto recogidos en el citado artículo 2.º de la Ley de 1935; que, a mayor abundamiento, no se puede olvidar que según lo dispuesto en el artículo 63, 1.º, b) de la Ley del Suelo será considerado terreno urbano aunque se encuentre sin urbanizar los espacios "enclavados en sectores para los que existan aprobados planes parciales de urbanización"; que el artículo 12 de la misma Ley estima que los planes y proyectos municipales de ordenación y urbanización que no abarquen la totalidad del término se calificarán de reforma interior o de extensión, según los sectores a que afecten, siendo del último tipo los relativos a superficies de suelo exterior al casco urbano; que la Ley de 1935 desconoció el término "casco urbano" elaborado por la legislación urbanística posterior, debiendo ser considerado equivalente la expresión "poblado" que debe referirse lo mismo al centro de la población que a un barrio comprendido en su zona de reserva urbana y con plan parcial de urbanización; y que otra interpretación conduciría al absurdo, como puede comprenderse si se piensa en el término de La Laguna, en donde La Cuesta o Taco, por no estar en el casco de la ciudad, fuesen considerados terrenos rústicos, cuyas adquisiciones por extranjeros precisasen autorización militar.

Resultando que el Registrador informó que la finca objeto del recurso está rodeada de otras rústicas, a unos tres kilómetros del núcleo de población y sólo en parte incluida en un plan parcial de urbanización,

sin proyecto elaborado sobre el particular, por lo que, sintiéndolo mucho, no puede acceder a la pretensión del recurrente, que no ha cumplido las norma existente sobre la materia; que el 15 de abril ha puesto en conocimiento del Capitán General de Canarias la situación planteada para que pueda precisar el alcance de la disposición militar sobre el caso; y que como normas aplicables citaba los artículos 18, 19, 65, 66 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento; la Ley de 23 de octubre de 1935 y su Reglamento y la Circular del Estado Mayor Central del Ejército de 2 de junio de 1971.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente, subrayando que si el funcionario calificador inscribió tres partes indivisas de la finca cuestionada será porque le pareció haberse acreditado su emplazamiento en zona de reserva del Plan General del Médano y con un plan parcial de urbanización, confirmando esta opinión el hecho de que en la Nota de 29 de septiembre de 1970 suspendió la inscripción de la restante cuarta parte indivisa en razón solamente de la no presentación de la escritura de poder.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si será necesaria la autorización del Ministerio del Ejército para la adquisición y subsiguiente inscripción por extranjero de una finca sita en término de Granadilla de Abona (Tenerife), por encontrarse afectada por la limitación de la Ley de 23 de octubre de 1935, siendo necesario advertir que solamente se trata de inscripción de una cuarta parte indivisa del inmueble, en la que faltaba la ratificación o presentación de poder suficiente, pues el resto se inscribió por el propio funcionario calificador sin haber exigido aquella autorización.”

“Considerando que de la documentación aportada y especialmente del certificado del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, resulta a) que El Médano es un barrio de esta población sobre el que recae un Plan General de Ordenación Urbana, aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo; b) que dentro de la zona de reserva urbana del mencionado Plan General, se halla aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo un Plan Parcial de Urbanización; y c) que incluida dentro de esta zona de reserva se encuentra la finca discutida que se pretende inscribir.

“Considerando que a la vista de estos antecedentes, claramente se deduce que no es pertinente la autorización exigida, pues la Ley de 23 de octubre de 1935 únicamente la extiende a las fincas y terrenos enclavados en las zonas señaladas que estén fuera del casco de las poblaciones y no incluidas en sus ensanches o urbanizaciones, y así lo entendió en un principio el Registrador al inscribir las tres cuartas partes indivisas del inmueble, suspendiendo la otra cuarta parte solamente por no haberse presentado el poder correspondiente.”

“Considerando que, como con todo acierto ha puesto de relieve el Auto del Presidente de la Audiencia, la Circular de 2 de junio de 1971 no puede tener otro alcance que el derivado de su finalidad aclaratoria e interpretativa de la Ley de 1935 y del Reglamento para su aplicación, sin

que pueda comprender a otros supuestos que los contemplados en la propia Ley, y es evidente que si por casco urbano ha de considerarse cualquier zona poblada o barriada con población propia, la finca discutida está comprendida dentro de la previsión legal que exime de autorización militar.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la Nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—La alta función encomendada al Registrador de la Propiedad a través de la *calificación* ha supuesto a través de los tiempos el gran prestigio de que goza la profesión, la observancia del principio de legalidad y el cumplimiento de la seguridad jurídica en materia de tráfico inmobiliario. Es curioso que, fuera de casos insólitos, las argumentaciones jurídicas siempre suponen una aportación de altura que ha servido de justificación secular para que las Resoluciones de la Dirección General gocen de esa viabilidad paralela a la de las Sentencias del Tribunal Supremo.

En la presente Resolución se parte de un “extremado celo” por parte del funcionario calificador, lo cual, en principio, no viene más que a ratificar lo que acabamos de decir, pero si ello fuera permisible, podría hasta disculparse. El “extremado celo” puede consentirse siempre que no roce preceptos que limiten estos excesos. En el punto medio está la virtud del privilegio que se nos concede. La sucesiva presentación de un mismo documento, al amparo del artículo 108 del Reglamento Hipotecario obliga cada vez a una nueva calificación. Ahora bien, ¿esta calificación deberá ser “congruente con la anterior”, distinta “de la anterior”, “complementaria” de la anterior, “independiente” de ella o “consecuente” y reiterativa de la anterior? Mientras el artículo 108 del Reglamento Hipotecario admite las sucesivas nuevas presentaciones, el 127 del mismo, aun admitiendo posibles variantes a la calificación, ordena la *inclusión en responsabilidad disciplinaria* al funcionario que por nueva presentación del título va acumulando sucesivos defectos que en la primitiva calificación no consignó, pero que va descubriendo posteriormente.

Este viene a ser nuestro caso. Sucesivamente, en los años de 1969 a 1972 se presenta por cinco veces consecutivas el documento objeto de la calificación y, lo que en principio parece reducirse a la exigencia de la presentación de un poder, posteriormente se complica con la petición del documento que acredite la autorización militar o la excepción de que la finca se encontraba exenta de dicho requisito. Conviene advertir que la posible responsabilidad disciplinaria del funcionario se agrava más por el hecho de que su celo se manifiesta respecto a la “cuarta parte” de una finca de la que ya había inscrito las otras *tres cuartas partes* restantes en el segundo intento.

Entre los defectos aludidos por el Registrador es preciso destacar dos de ellos que pueden dar lugar a comentarios, aunque fundamentalmente sea el último el que plantee el problema central de la Resolución. Estos dos defectos o faltas son:

A) *Falta de poder o poder documentado insuficientemente*

Incidir en la necesidad de un poder —general o especial— para actuar jurídicamente en nombre de otro sería volver a repetir la doctrina emanada de los conocidos artículos 1.259 y 1.713 del Código civil, y de lo que aquí se trata es de la representación documentada del poder.

Había dicho hace tiempo —y conviene ahora recordarlo, dadas las grandes facilidades mecanizadas y los pequeños abusos que a su amparo pretenden cometerse— Martínez Santonja (“Algunas consideraciones sobre lo que debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de instrumentos públicos sujetos a inscripción”, 1950) que debe el apoderado presentar, en cada una de las actuaciones ante Notario, la copia fehaciente del poder que acredite su representación, estimándose insuficiente la presentación en la Notaría o en el Registro de un *testimonio* por exhibición de la copia fehaciente del poder, ya que de lo contrario no podría lograrse una eficaz revocación por devolución del documento, no podría evitarse una actuación con poder revocado y se violaría el artículo 227 del Reglamento Notarial en orden a la prohibición de obtener copias del poder.

En el presente caso la falta inicial de presentación del poder trata de solucionarse a través de la obtención de un *testimonio* judicial del mismo, lo cual viola, según dice acertadamente el Registrador, lo dispuesto en el artículo 222 del Reglamento Notarial en orden a la “exclusiva” de expedir copias.

Debe ser buena ocasión ésta para salir al paso de esa práctica viciosa en la que, para ganar tiempo, se acude a la *fotocopia testimoniada* del poder, lo cual no hace más que violar lo antes dicho, ya que el testimonio no es la credencial del poder, pudiendo darse el caso de haberse retirado el poder de manos del mandatario y seguir éste actuando en virtud de un testimonio del que no tiene noción de su existencia el mandante o podertante. Aparte de que el testimonio no es nunca documento *auténtico* a los efectos del artículo 34 del Reglamento Hipotecario.

B) *Autorización militar*

En la tercera presentación de documentación a efecto de lograr la inscripción solicitada, el Registrador añade el defecto de la falta de autorización militar, conforme a la Circular del Estado Mayor Central del Ejército de fecha 9 de junio de 1971, que aclara la Ley de 23 octubre de 1935. Es, como hemos apuntado, la base del recurso que la Dirección General va a solucionar en el sentido de que no es precisa en base de una serie de argumentos que resumiremos.

Conforme a las disposiciones citadas es precisa la autorización del Ministerio del Ejército para la enajenación y adquisición a favor de extranjeros —entidades o individuos— de fincas y terrenos sitios fuera de poblado y no incluidos en zona de ensanche de urbanización o ensache, sitios en Baleares, Canarias, costa del Estrecho de Gibraltar y costas e islas del litoral gallego. Es claro que la finca, en principio, parecía quedar dentro de la exigencia legislativa, pues se dice que estaba sita en término de Granadilla de Abona (Tenerife).

Lo que ya no parece tan claro es que estuviera “fuera de poblado y no incluida en zona de ensanche o urbanización”. Aparte de que el Registrador, con su inscripción de las otras partes indivisas de las fincas, así lo debió entender, la presentación de la certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, acreditativa de que la finca estaba incluida en la zona de “reserva urbana” del Plan General del Médano y el Plan Parcial de Urbanización, así se lo debió hacer ver, aunque no fue así ya que a la certificación del Ayuntamiento le opuso el defecto de ser anterior a la Orden aprobatoria del Plan y publicada en el “Boletín Oficial de la Provincia”.

La Dirección General demuestra que del certificado del Ayuntamiento de Granadilla resulta que el Médano es barrio de Granadilla, sobre el que recae un Plan General de Ordenación y dentro de la zona de reserva existe, además, un plan parcial de urbanización, estando incluida la finca en esa zona de reserva urbana. Luego, haciéndose eco del Auto Presidencial, perfila lo que debe entenderse por “casco urbano”: cualquier zona poblada o barriada con población propia.

Comentada esta Resolución con posterioridad a la vigencia de nuevas disposiciones se hace preciso citar, aunque sólo sea a título de orientación, el estado de la legislación para ver sus posibles variantes. El Decreto de 31 de octubre de 1974 sanciona con fuerza de ley el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España, siendo otro Decreto de igual fecha el que simultáneamente aprueba el Reglamento para su aplicación.

De estas disposiciones resulta —como ya lo apunta la Exposición de Motivos— que siguen vigentes determinadas prohibiciones o exigencias de autorización reguladas en disposiciones especiales. Así, el artículo 17 de la Ley dispone que: “Cuando la adquisición de inmuebles se lleve a cabo por extranjeros, sean o no residentes, les será de aplicación la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional, si la finca objeto de la adquisición se encuentra en alguna de las zonas especificadas en dicha legislación.” En igual forma se manifiesta el artículo 21 del Reglamento. Ello lleva a aplicar la legislación antes expuesta.

En nada afecta a la misma las Resoluciones del Ministerio de Trabajo de 20 de diciembre de 1974, 20 de enero de 1975 y 25 de enero del mismo año, sobre determinados aspectos de las inversiones de extranjeros en España.

RECURSO GUBERNATIVO.—NO PROCEDE CONTINUAR EL RECURSO CUANDO EL NUEVO TITULAR DE LA OFICINA INFORMA QUE ACEPTA LA PRETENSIÓN DEL RECURRENTE E INSCRIBE EL DOCUMENTO PRESENTADO. (Resolución de 10 de octubre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 20 de octubre de 1972.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Vigo por el Notario recurrente el 8 de septiembre de 1969, la viuda e hijos de don Román Fernández Morais aprobaron la partición de bienes convenida por

los mismos, protocolizándose el oportuno cuaderno particional en cuyo inventario figuraba bajo el número 12, situada en el Ayuntamiento de Puenteareas, lugar de Curuxeira, una "casa deshabitada de planta baja. Superficie de 35 metros cuadrados. Linda: derecha entrando, carretera; izquierda, herederos de Benjamín Quintero; frente, carretera de Las Nieves; y trasera, el declarante. Su valor: 3.000 pesetas".

Resultando que, presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificado con nota que en la parte referente a la citada finca dice así: "Se suspende la inscripción por el defecto de no aparecer previamente inscrita, sin que pueda practicarse su inmatriculación conforme el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por no constar en el documento presentado las circunstancias esenciales de la adquisición anterior hecha por el causante ni el título por el que éste adquirió dicha finca y sin que se hayan presentado otros documentos para acreditarlo (párrafo 2.º del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y párrafos 4.º y 5.º del artículo 298 de su Reglamento). No se toma anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado. Puenteareas, 8 de abril de 1972".

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, después de la reforma de 1959, dice que "conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria pueden inscribirse sin el requisito de la previa inscripción: 1.º, los documentos comprendidos en su artículo 3.º que sean anteriores en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento"; que, por tanto, resulta evidente que la escritura presentada es inscribible, ya que fue autorizada el 8 de septiembre de 1969 y se presentó para su inscripción dos años y cuatro meses después, provocando la nota de 8 de abril de 1972; y que, posiblemente, el error se deba a la duda suscitada a veces sobre si la partición de herencia es o no título idóneo para la inmatriculación por lo cual, para que la Dirección se pronuncie sobre este punto, sugiere el Registrador y él proyecta recurrir del Auto presidencial si procediere, aunque sólo sea a efectos exclusivamente doctrinales o los interesados subsanen el defecto.

Resultando que el Registrador informó: que en las inscripciones de inmatriculación realizadas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, su párrafo 2.º exige que en el asiento que se practique se expresen las circunstancias esenciales de la adquisición anterior; que efectivamente no es necesario que esta adquisición anterior figure en ningún otro documento cuando ha pasado un año desde la fecha de aquél que se inscribe, pero esto no quiere decir que tal antecedente no sea necesario y debe invocarse; que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario es de rango inferior que el 205 de la Ley Hipotecaria que desarrolla, el cual debe interpretarse de la forma amplia señalada, pero sin prescindir de lo que dispone; que la necesidad de expresar las circunstancias especiales de la adquisición anterior, entre ellas el nombre de la persona de quien adquirió la finca del causante, es también preciso para que el Registra-

dor se asegure de que no estaba ya inmatriculada, y en ello debe procederse con criterio riguroso; que de seguirse la opinión del recurrente podría originarse una doble inmatriculación y constituiría un medio de eludir los procedimientos de reanudación del tracto sucesivo; que por la descripción que se hace, la finca podría ser confundida con otra del inventario al no aportarse para evitarlo documentación complementaria de cualquier registro fiscal, amillaramiento o catastro; que el defecto señalado puede subsanarse con una simple instancia del interesado, que no supone prácticamente gasto alguno, que no ha basado su calificación en la naturaleza de la partición, por lo que no procede entrar en esta cuestión.

Resultando que, trasladado el titular de la oficina, se pidió informe al Registrador interino, quien lo emitió en el sentido de que, teniendo en cuenta la dificultad en la identificación de la finca cuestionada, ha extremado el rigor en su localización en los libros registrales y no habiendo aparecido inscrita accede a "rectificar en todo la nota recurrida" en mérito al primer fundamento alegado por el recurrente, desistiendo, en consecuencia, del defecto señalado en la calificación, por lo que estima improcedente el recurso incluso a efecto exclusivamente doctrinales.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, en vista de lo anterior, dio por terminado el recurso, ordenando se comunicase su decisión, al recurrente, el cual se alzó de la resolución presidencial para que la Dirección se pronuncie sobre los distintos problemas, tanto sustantivos como procesales, planteados en el recurso interpuesto.

Doctrina.—“Considerando que el recurso gubernativo a efectos exclusivamente doctrinales, admitido por el último párrafo del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, requiere indudablemente, al igual que el regulado con carácter ordinario en la Ley y Reglamento Hipotecario, el mantenimiento de la nota calificadora por parte del Registrador, por lo que al aparecer en el presente expediente que el funcionario que sucedió al frente del Registro al autor de la nota, ha accedido en su informe a rectificar la misma en su totalidad, con aceptación de los argumentos alegados por el recurrente, es evidente que falta tal fundamental presupuesto para la procedencia del recurso y debe darse el mismo por terminado, tal como dispone el auto presidencial recurrido, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.”

Consideraciones críticas.—Los matices que caracterizan al presente recurso, cuya solución ofrece la Dirección General en un solo considerando, pueden concretarse en los tres siguientes: 1) Que se trata de un recurso a efectos puramente doctrinales. 2) Que la solución de fondo queda eliminada por el problema formal; y 3) Que el diverso criterio en la función calificadora permite estos supuestos. Vamos a ir comentando cada uno de los mismos para dar una visión general de lo que es y pudo ser la Resolución comentada.

1) *Recurso a efectos puramente doctrinales.* Esta posibilidad de re-

currir a efectos “puramente doctrinales”, aparte de las grandes ventajas que ofrece en orden a la clarificación de conceptos y posturas, es una novedad introducida por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1949, pero que ya tenía antecedentes en las Resoluciones de 12 diciembre de 1923, 15 de diciembre de 1927 y 15 de enero de 1944 en las cuales se venía a sentar la doctrina de que podía recurrir el Notario autorizante de la escritura —y por extensión, añadido yo, los funcionarios judiciales y administrativos autorizantes del documento en cuestión— aunque los interesados se hubieran conformado con la calificación y subsanado el defecto o defectos advertidos, al objeto de defender exclusivamente su prestigio profesional.

La Rica (“Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”, 2.^a Parte, Modificaciones, Madrid, 1949) comenta el caso considerado que se alude a los supuestos en que, aun inscrito el documento rechazado por el Registrador, en virtud a la subsanación de los defectos señalados por éste, interese a las partes o al Notario, más bien a este último, obtener una declaración jurisprudencial que resuelva el caso controvertido. No era desconocido —sigue diciendo el autor citado— el supuesto en nuestra práctica en que, puestos de acuerdo el Notario y Registrador, se plantease algún recurso sin más finalidad que provocar una resolución de la Dirección que señalase un criterio seguro sobre algún punto dudoso. Encuentra su antecedente la figura en el artículo 1.782 de la LEC, que autoriza al Ministerio Fiscal a interponer recurso de casación en los pleitos en que haya sido parte por infracción de ley o de doctrina legal, pero sin que quede afecta a la ejecutoria ni menoscabar el derecho de las partes.

Realmente, en el supuesto presente no se llega a lograr la deseada función “doctrinal”, pues el caso central del recurso, si el artículo 298 del Reglamento Hipotecario es complementario del 205 de la Ley Hipotecaria a efectos de inmatriculación, queda sin resolver, aun y a pesar de que el Notario autorizante de la escritura en su apelación ante la Dirección, pedía que la misma se pronunciase sobre los distintos problemas, tanto sustantivos, como procesales, planteados en el recurso interpuesto.

2) *Inmatriculación de documentos al amparo del artículo 205 y 298 de la Ley del Reglamento.* El Registrador que califica el título presentado opone como obstáculo para que pueda tener acceso al Registro la inscripción de inmatriculación que se solicita que, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el documento debe reunir los requisitos que el párrafo 2.º de dicho artículo exige, esto es: que permita poder expresar las circunstancias esenciales de la adquisición anterior. El Notario, más apegado a la letra del artículo 298, 1.º, estima que los documentos comprendidos en el artículo 205 y 3 de la Ley Hipotecaria podrán ser inscritos “aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento”.

Prescindiendo de opiniones más o menos conocidas y, por supuesto, de auténtica maestría doctrinal, como son las de Roca, La Rica y Sanz, lo cierto es que nosotros (“Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral”,

Madrid, 1967, página 707 y siguientes, tomo I) apuntábamos la solución que defiende el Registrador en su nota, pues todo el medio facilitador de documentos a los efectos inmatriculadores queda supeditado a lo que dispone el artículo 205 de la Ley Hipotecaria en orden a las circunstancias que debe contener el asiento, entre las cuales está el de que se haga constar *las esenciales de la adquisición anterior*.

Es una pena que esta cuestión tan fundamental en este recurso, y que evitaría prácticas abusivas en el otorgamiento de documentación pública, haya quedado sin solución "doctrinal", cuando el recurso creo que la única finalidad que llevaba era ese precisamente. Quizá el segundo Registrador, al informar allanándose a las pretensiones notariales, no llegase a intuir perfectamente la "profundidad" del problema.

3) *Diverso criterio en la función calificadoradora*. La "unificación" de la función calificadoradora es logro difícil de alcanzar y, además, es contraproducente, pues la garantía del pretendiente a la inscripción reside en el posible diverso criterio interpretativo del funcionario calificador. En el contraste de pareceres se basa el Estado para lograr el cumplimiento del principio de legalidad.

Novedad importante introducida en la tramitación del recurso gubernativo por la reforma del año 1947 es la establecida en el artículo 116 del mismo Reglamento Hipotecario y, en cuya virtud, el Registrador a quien se pida informe, *sea o no el mismo* que hizo la calificación recurrida, podrá rectificar ésta en todo o en parte y si se conformase con la petición del recurrente, lo comunicará al Presidente de la Audiencia con devolución del expediente... dando por terminado el recurso el Presidente. Con ello, como dice La Rica en la obra antes citada, se concede al Registrador un derecho a *allanarse a la demanda*, que antes no se le concedía. Añade dicho autor que la rectificación total o parcial de la calificación sólo tiene o puede tener efectividad cuando la hace el *Registrador que desempeñe el Registro* en que aquella se hizo, pues la hecha por el que cambió de destino, no puede tenerla si sostiene la calificación su sucesor. Debe de entenderse que la rectificación se refiere, en el sentido de no mantener todos o algunos de los defectos señalados, es decir, de atenuación de la nota, pero nunca en el sentido de *agravación* de la misma.

Precisamente esta discrepancia entre el Registrador calificador y el Registrador posterior informante da base a que en la presente Resolución la Dirección General diga que, por haberse allanado el segundo Registrador a la pretensión del Notario autorizante de la escritura, es cuando el recurso debe entenderse por finalizado, conforme a lo que dispone el artículo 116 del Reglamento Hipotecario. No obstante, hay que advertir que el funcionario calificador del documento había ya emitido su informe con arreglo al artículo 115 del Reglamento Hipotecario y sólo en una segunda fase de "mejor proveer" conforme al artículo 124 del mismo Reglamento solicita de nuevo informe a un Registrador que ya no es el mismo que emitió el primero. La posible duda de si el artículo 116 del Reglamento se aplica al caso del artículo 115 del mismo o también abar-

ca al del 124 se despeja en este recurso, pues la sustitución de Registrador bien puede producirse entre la nota de calificación y la petición de informe, como entre el informe admitido y el complementario para "mejor proveer". Es decir, en estos dos momentos procesales puede presentarse la *variación* de criterios registrales.

La posible variación de criterio registral deja, por así decirlo, indefenso al primer Registrador, que habiendo puesto la nota correspondiente ve que por variaciones de criterios posteriores —justificados o no— queda en entredicho su solución al caso planteado. ¿Podrá el Registrador calificador y que emitió su primer informe en defensa de la nota, apelar la decisión presidencial que, ante el allanamiento del segundo Registrador, declara resuelto el proceso?

A la luz de las disposiciones legales reglamentariamente establecidas por los artículos citados se hace muy difícil sostener esa posición. El allanamiento hecho por el segundo Registrador, titular o interino del registro, parece que vincula y decide esta especie de *recurso de reposición*. No es, por así decirlo, el Registrador nominativamente considerado, sino el cargo que ocupa, prescindiendo de la persona, el que decide. Aquí sucede lo contrario de lo que pasa en los Impuestos de Rendimiento de Trabajo Personal y Renta, que al ser típicamente personales su vinculación no se transmite al que posteriormente suceda en el cargo.

Se citan en los "vistos" de la Resolución otra serie de ellas de fechas 1955 y 1966, las cuales, por su fecha, podrían aportar criterios interpretativos al problema, pero suponen casos diferentes al aquí planteado. No obstante, en la de 16 de diciembre de 1955 se da el caso de nota calificadora por un Registrador e informe posterior de otro que disiente, habiéndose solicitado por el Presidente de la Audiencia *informe del anterior*, pero me imagino que al amparo del artículo 124 del Reglamento Hipotecario. Igualmente, esta Resolución da por sentado que el Registrador calificador, distinto del informante, carece de legitimación para entablar el recurso de apelación, ya que reconocer personalidad distinta del titular registral podría dar lugar a situaciones anómalas.

Tirso Carretero ("Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", marzo-abril 1973, página 430), al comentar esta Resolución, propone de "legiferenda" que se sustituya el criterio de los artículos 114 a 116 del Reglamento Hipotecario por el criterio seguido en los artículos 55 a 57 del Reglamento del Registro Mercantil de esta manera, aunque se mantuviera la doble instancia, además de la reposición, que es otra cuestión discutible, se eliminaban gran número de los problemas, porque todo el recurso quedaría centrado sobre el acuerdo del artículo 57. Solución que —aparte reformas reglamentarias en marcha— ofrece muchas dificultades de aplicación.

DIVISIÓN Y VENTA.—NO SON INSCRIBIBLES UNAS ESCRITURAS DE DIVISIÓN Y VENTA DE BIENES DEJADOS EN HERENCIA PARA CONSTITUIR UNA FUNDACIÓN, CON EXPRESA PROHIBICIÓN DE DISPONER. (Resolución de 15 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 25 de noviembre de 1972).

Hechos.—Resultando que doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín en estado de viuda de don Eduardo Sáenz de Santander, sin sucesión forzosa, otorgó testamento en Madrid, el 17 de junio de 1963, ante el Notario de la capital don Luis Sierra Bermejo, en el que tras ordenar varios legados instituyó heredero universal en nuda propiedad en el remanente de todos sus bienes, con la obligación de ofrecer perpetuamente determinados sufragios y obras piadosas, a la Comunidad de Padres Salesianos, que debería construir con ellos “una fundación que se denominará Nuestra Señora de Valvanera”, para escuela de capacitación industrial o agraria, con el fin de que se capacite moral y materialmente a los jóvenes de Cenicero y de Uruñuela, provincia de Logroño, siendo preferidos los primeros. La sede de esta escuela tiene que ser en la misma casa de la finca de Somalo, Torremontalvo (Logroño). Queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo, ni parcelarlo ni venderlo en todo o en parte, para así atender a los fines para que se deja” (cláusula 5.^a); que en la cláusula 11 se dice que “es voluntad de la otorgante que cuantos legados tenga ordenados y dispuestos en este testamento, así como la institución de herederos en usufructo y en propiedad, comprendida en la cláusula 4.^a a favor de sus hermanos, se entiendan libres de cargas y de toda clase de gastos e impuestos, el importe de los cuales será abonado por el albaceazgo con cargo a los bienes de la herencia”; que en el citado testamento se faculta a los Albaceas para “vender bienes de cualquier clase, incluso inmuebles, si fuera necesario para pagos e impuestos de la testamentaria” (cláusula 8.^a); que la testadora falleció el 16 de diciembre de 1965 bajo el anterior testamento y el 12 de diciembre de 1966 se autorizó en Madrid, por el Notario don Juan Vallet de Goytisoló, escritura de manifestación y adjudicación de bienes de la herencia de la causante en que se daba cumplimiento a su última voluntad, escritura que se inscribió en el Registro de la Propiedad; que el 8 de agosto de 1967 se otorgó en Bilbao ante el Notario don José Antonio Torreente Securun otra escritura mediante la cual el reverendo padre Emilio Hernández García, Inspector provincial de la Congregación Salesiana, con poder del Rector Mayor de la misma, conforme al artículo 56 de sus Constituciones, que se mencionaba, autorizó a los Albaceas testamentarios de la repetida causante para que “ambos juntos o por separado con poder del otro, parcelen y vendan en todo o en parte, a quienes les pareciere, por los precios y en las condiciones que exige la finca número 83 —del inventario particional—, heredad regadío en Campillo u Olivar Grande, sita en Somalo, jurisdicción de Torremontalvo”, que pertenecía a la Congregación por el anterior título indicado y que formaba parte del complejo denominado Somalo, destinado a atender los

gastos de la Fundación “Nuestra Señora de Valvanera”, que en el referido poder del Rector Mayor de la Congregación Salesiana, reverendo padre don Renato Ziggioiti, incorporado mediante testimonio a la anterior escritura de autorización se dice que “en la sesión del Capítulo Superior o Consejo General de dicha Sociedad, celebrada el 7 de diciembre de 1961, bajo su presencia, en la Casa Madre de Turín, se tomó el siguiente acuerdo que el declarante, con este acto, convierte en ejecutivo: Conforme al artículo 56 de nuestras Constituciones se autoriza al declarante y por medio de éste su poder general al reverendo señor don Emilio Hernández García, Inspector o Provincial de la Inspectoría Salesiana de San Francisco, con residencia en Bilbao, Deusto (España), y a sus legítimos sucesores pro-tempore en dicho cargo, para que, en relación con los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Congregación Salesiana dentro de los límites de dicha Inspectoría o Provincial Religiosa, en nombre y representación del mandante en el modo más amplio y completo como en derecho se requiere, pueda ejecutar los actos siguientes: 1.º Vender, permutar y administrar bienes muebles e inmuebles, semovientes, valores y efectos públicos, créditos y derechos personales, reales, hipotecarios o de cualquier otra índole, por el precio y con los pactos y condiciones que estipule, percibiendo el precio y cuanto corresponda. 2.º Comprar y adquirir por título oneroso y gratuito bienes muebles e inmuebles, derechos reales y créditos de toda índole, con los pactos que acuerde, abonando su importe en la forma que se estipule... 5.º Aceptar y renunciar herencias y legados, condicionados o no, así como cualquier clase de donaciones, intervenir en las testamentarias y abintestatos, concursos y quiebras, asistiendo a juntas y cediendo o solicitando quitas y esperas... 7.º Representar a la Congregación Salesiana ante toda clase de organismos en los expedientes y actos en que la misma tenga interés. 8.º Pedir inscripciones, anotaciones y cancelaciones en el Registro de la Propiedad... 10.º Sustituir estos poderes en todo en o parte... y, finalmente, estipular y firmar actas notariales y otros documentos públicos o privados... con todas las salvedades que tenga por conveniente”; que el 18 de agosto de 1967 se otorgó en Logroño, ante el Notario don José de Granda y Martínez, escritura de división material de finca rústica para su venta a varios compradores en escrituras posteriores, mediante la cual, debidamente autorizado, el Albacea don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín, “no habiendo aportado los herederos nudo-propietarios ni los usufructuarios el efectivo necesario para los pagos e impuestos de la testamentaria, usando de sus facultades y utilizando las autorizaciones y licencias conferidas”, divide la finca número 83 del inventario de la escritura de partición de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, ya señalada, en catorce parcelas para su venta posterior a los colonos que la venían cultivando; y que por escrituras posteriores otorgadas ante el mismo Notario desde dicha fecha —18 de agosto de 1967— hasta el 21 de los mismos mes y año, el citado Albacea vendió a los mencionados colonos las parcelas correspondientes.

Resultando que presentados en el Registro primera copia de la ex-

presada escritura de división material, junto con posteriores escrituras de compraventa y los demás documentos complementarios, fueron calificados, la primera división material con la siguiente nota: "DENEGADA la inscripción del precedente documento, el cual fue presentado con la escritura de poder que se dirá, por observarse en él los siguientes defectos: 1.º El poder dado por el reverendo padre Emilio Hernández García, en representación de la Sociedad de San Francisco de Sales, a favor de don Ricardo y don Alejandro Ruiz Azcárraga y San Martín, mediante escritura otorgada en Bilbao el 8 de agosto de 1967, ante el Notario don José Antonio Torrente Secorun, contiene las facultades de parcelar y vender en todo y en parte a quienes les pareciere por los precios y las condiciones que exige la finca número 83, heredad regadío en Campillo u Olivar Grande, sita en Somalo, jurisdicción de Torremontalvo..."; y del testimonio incorporado en dicha escritura de poder resulta que el reverendísimo sacerdote doctor don Renato Ziggiotti, en su calidad de Rector Mayor de la Sociedad de San Francisco de Sales, vulgo Congregación Salesiana o Salesianos de Don Bosco, en ejecución del acuerdo, convertido en dicho acto ejecutivo, adoptado en sesión del Capítulo Superior o Consejo Generalicio de dicha Sociedad, celebrado el 7 de diciembre de 1961, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de las Constituciones de la referida Sociedad, se autorizó al reverendo señor don Emilio Hernández García y a sus legítimos sucesores *pro-tempore* en dicho cargo, para que en relación con los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a expresada Congregación Salesiana, dentro de los límites de dicha Inspectoría o Provincial Religiosa en el modo más amplio y completo como en derecho se requiere, pueda ejecutar diversos actos, amplios y concretos que se enumeran bajo los números 1, 2, 5, 7, 8 y 10 de referido testimonio inserto; entre los cuales no figura comprendida la expresada facultad de parcelar o segregar que exige la Ley que es objeto del documento que se califica. Como asimismo tampoco se insertan ni se acompañan las Constituciones de expresada Congregación para su calificación de si el poder y facultades conferidas corresponden única y exclusivamente al Capítulo Superior o Consejo Generalicio. 2.º Porque la finca que en dicho documento se parcela para su venta en Olivar Grande o Campillo, llamada en el Catastro Campillo, polígono 4, parcela 1 A-B, de 10 hectáreas, 7 áreas y 4 centiáreas según el Catastro, y 10 hectáreas, 24 áreas y 85 centiáreas según el Registro, y como formando parte del complejo Somalo - Torremontalvo, se inscribió el 4 de junio de 1969, al tomo 587 del Archivo, libro 3 del Ayuntamiento de Torremontalvo y Somalo, folio 237, finca número 304, inscripción 1.ª, en usufructo a favor de don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín y pasando dicho usufructo al faltar don Alejandro a sus hermanos doña Julia, doña Mariana y don Ricardo Ruiz de Azcárraga y San Martín, y en nuda propiedad y como heredero nudo propietario, con la facultad de convertirse en pleno dominio al extinguirse el usufructo del último de los usufructuarios instituidos, se inscribió a favor de la Comunidad de Padres Salesianos, cuya inscripción, que fue motivada por la escritura otorgada

en Madrid el día 12 de diciembre de 1966 ante su Notario don Juan Vallet de Goytisolo, con motivo de la excelentísima señora doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, se practicó la prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar ni en todo ni en parte dicha finca, prohibición impuesta por dicha excelentísima señora en su testamento, otorgado en Madrid el 17 de julio de 1963 ante el Notario don Luis Sierra Bermejo, prohibición establecida por la testadora con objeto de que la Comunidad de Padres Salesianos cumpla con las fincas que integran el complejo Somalo-Torremontalvo..., los fines que la testadora fijó en su referido testamento, siendo la cláusula 5.^a de éste del siguiente tenor literal: "Quinta. Instituye como heredero en nuda propiedad del remanente de todos sus bienes a la Comunidad de Padres Salesianos, cuya nuda propiedad se convertirá en pleno dominio al extinguirse el usufructo, con la obligación de ofrecer permanentemente los siguientes sufragios en el mes de noviembre, o sea, las treinta Misas, una por cada una de los difuntos que señala en su testamento. Dispone la testadora que, por la expresada Orden, se constituya una vez consolidado el pleno dominio, con los bienes que le correspondan, una Fundación, que se denominará "Nuestra Señora de Valvanera", para escuela de capacitación industrial o agraria, con el fin de que se capacite moral y materialmente a los jóvenes de Cenicero y Uruñuela, provincia de Logroño, siendo preferidos los primeros. La Sede de esta escuela tiene que ser en la misma casa de la finca de Somalo-Torremontalvo —Logroño—. Queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo, ni parcelarlo, ni venderlo en todo o en parte para así atender a los fines para que se deja. Todos los ornamentos religiosos que tiene en su casa de Somalo, como los cuadros religiosos, serán para la misma Comunidad instituida heredera con igual prohibición de enajenar. También se obliga a la Comunidad heredera de dar a perpetuidad una limosna con la fecha del día de la muerte de la testadora a los pobres que existan en la lista oficial del Ayuntamiento de Cenicero y Uruñuela, no pudiendo aumentar el número de ellos y la limosna será de 25 pesetas cada uno". Y si bien el primero de los defectos es subsanable, el segundo no lo es, por lo que no procede tomar anotación preventiva: que como consecuencia de la anterior nota, también se denegó la inscripción de trece escrituras de compraventa de las diferentes parcelas en que se había dividido la finca principal, según notas de calificación muy similares a la primera.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura de división material y posteriores de venta cuya inscripción fue denegada, interpuso recurso gubernativo contra la primera calificación y alegó: que como las calificaciones de las escrituras de venta no eran más que una consecuencia de la previa denegación de la de división material, bastaba recurrir contra la nota puesta en dicha escritura para que, si se resolvía revocándola automáticamente, pudiesen inscribirse las que se habían otorgado con posterioridad; que con referencia a la citada calificación, el propio registrador que deniega por insuficiencia del poder, ha inscrito en la misma oficina de Logroño agrupaciones y segregaciones contenidas en

la escritura de 12 de diciembre de 1966, autorizada por el Notario señor Vallet, que fue presentada en el Registro acompañada de un testimonio que se archivó en él, autorizando el 11 de diciembre de 1962 por el Notario don Ignacio Nart Fernández, en el que es de suponer figurasen las Constituciones, Estatutos o Capítulos de la Congregación Salesiana, puesto que no los echó de menos el Registrador; que habiendo, por tanto, constatación registral de las omisiones que señala el funcionario calificador como defecto subsanable por el cual deniega la inscripción, no deben ser consideradas defecto de ninguna clase; que la denegación de inscripción por el defecto insubsanable de contravenir la prohibición de la testadora la parcelación y venta de la finca Olivar Grande o Campillo, una, ni la mejor ni la peor de las que forman el complejo Somalo, obliga a la interpretación del testamento de la finada doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín; que el testamento, acaso la más pura de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad se define por la doctrina y la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1965) como un "acto o negocio jurídico solemne, en principio unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir para después de la muerte de su autor consecuencias eficaces en derecho con mandatos inequívocos para regular la sucesión"; que el testamento, sin dejar de ser un acto es un régimen —el de la sucesión *mortis causa*— ordenador de todas las relaciones jurídicas en las que el difunto estuviera implicado y a las que lícitamente pudiera llegar el influjo de su voluntad; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1952 dice que la voluntad del testador "es ley de la sucesión sólo en cuanto se mantenga dentro de los límites materiales y formales permitidos por el ordenamiento jurídico, de suerte que si tal limitación es rebasada y se actúa frente a una prohibición legal será nulo lo actuado, conforme prescribe el artículo 4.º del Código Civil"; que cuando el contenido del testamento es diáfano, sin dejar lugar a dudas, no cabe más interpretación que la literal (artículo 675 del Código Civil), pero "cuando las cláusulas son ambiguas, oscuras o contradictorias (Sentencia de 2 de junio de 1950) se impone la interpretación esclarecedora" (Sentencias de 4 de junio de 1959 y 21 de febrero de 1962); que el párrafo 4.º de la cláusula 5.ª del testamento de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín dice que "queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo"; que ante esta cláusula, lo primero que hay que averiguar es lo que debe entenderse por "hoy"; que la interpretación de referirse la testadora al tiempo de hacerse el testamento debe rechazarse, puesto que con posterioridad segregó y vendió varias parcelas especialmente fértiles; que referida la expresión "hoy" al tiempo de la muerte de la testadora —momento en que todo el testamento adquiere su plena validez— hay que tener también en cuenta la cláusula undécima, en que se dispone que "es voluntad de la otorgante que cuantos legados deja ordenados en este testamento, así como la institución de herederos en usufructo y en propiedad comprendidos en la cláusula 4.ª a favor de sus hermanos, se en-

tiendan libres de cargas y de toda clase de gastos e impuestos, el importe de los cuales será abonado por el albaceazgo con cargo a los bienes de la herencia"; que no distingue la testadora, ni por consiguiente se debe distinguir, si esos bienes de la herencia sobre los que deben recaer los gastos e impuestos de la misma, sean o no de los que forman parte del complejo Somalo, reforzando esta interpretación la facultad conferida a los albaceas en la cláusula 8.^a para "vender bienes de cualquier clase, incluso inmuebles, para pago de gastos e impuestos de la testamentaria", sin hacer ninguna exclusión; que forzosamente se debe entender que lo dispuesto en las cláusulas 8.^a y 11.^a limitan la extensión de la prohibición contenida en la cláusula 5.^a, porque de no satisfacerse el impuesto sucesorio no hubieran podido heredarse los bienes relictos al óbito de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín ni se podrían haber inscrito en el Registro de la Propiedad, que está obligado a pedir la justificación del pago de los impuestos y archivar las cartas justificativas de haberse hecho efectivo; que en el párrafo 3.^o de la repetida cláusula 5.^a ordena la testadora que por la Congregación Salesiana "se constituya, una vez consolidado el pleno dominio, con los bienes que le correspondan, una fundación benéfico-docente denominada "Nuestra Señora de Valvanera", con los fines, deberes y obligaciones que detalla"; que el primer párrafo de la misma cláusula 5.^a "instituye como heredero en nuda propiedad del remanente de todos sus bienes, a la Comunidad de Padres Salesianos, cuya nuda propiedad se convertirá en pleno dominio al extinguirse el usufructo, con la obligación de ofrecer perpetuamente" determinados sufragios, obligándose igualmente a la Comunidad, por el párrafo 6.^o, a dar perpetuamente una limosna en la fecha en que muriese la testadora a los pobres del Ayuntamiento de Cenicero y Uruñuela; que así como en el párrafo 3.^o de esta cláusula aplaza la testadora la creación de la fundación hasta el momento en que el último usufructo se consolide con la nuda propiedad, las obligaciones piadosas deben cumplirse desde que ocurra el fallecimiento de la causante hasta el final de los tiempos, por lo que los sacerdotes que digan los sufragios han de percibir su limosna y estipendio no de la nuda propiedad improductiva, sino de la propiedad plena cuando se consoliden con ella los usufructos; que en la calificación de la escritura de partición de 12 de diciembre de 1966 no se hace reserva ni salvedad alguna sobre prohibiciones de desmembrar, ni de enajenar, ni otra limitación que advierta a quienes basados en dicho título transmitan, adquieran, graven, modifiquen o realicen cualquier acto o negocio jurídico sujetos a inscripción; que, sin embargo, en la escritura de parcelación 3.999 y en las 4.000 a 4.011, todas fechas 18 de agosto de 1967 y la 4.019 del 21 de los mismos mes y año, las catorce otorgadas ante el recurrente, el mismo Registrador de la Propiedad, en nota por él suscrita el 12 de enero de 1970, afirma haber practicado la inscripción 1.^a de la finca 304, obrante al folio 237 del tomo 587 del Archivo General del Registro de la Propiedad de Logroño, libro 3.^o de Torrementalvo, con la prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar ni en todo ni en parte, resultando extraño que apareciendo las inscripciones de las fin-

cas del complejo Somalo, sin limitación ni reserva alguna, aparezcan posteriormente con una prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar; que ello hace suponer que los primitivos asientos pudieron haber sido rectificados por el propio Registrador, haciendo uso liberal y amplísimo de los preceptos del título VII de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento; que además, la prohibición de enajenar impuesta por la testadora para cuantos bienes constituyen la fundación pugna abiertamente con el número 2 del artículo 785 del Código Civil, según el cual no surtirán efectos las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar; y que en la misma dirección el artículo 27 de la Ley Hipotecaria afirma que las prohibiciones de enajenación y disponer se harán constar en el Registro y producirán efecto si están impuestas por el testador en disposiciones de última voluntad, “siempre que la legislación vigente reconozca su validez”, por lo que *a sensu contrario*, no serán inscribibles las que no sean legales, como es, por ejemplo, la prohibición perpetua de enajenar, que no sirve para nada aunque indebidamente se inscriba en el Registro de la Propiedad, según entiende la doctrina hipotecaria más solvente.

Resultando que el Registrador informó: Que le asombra y considera ofensiva la afirmación del recurrente de que las inscripciones de las fincas integrantes del complejo Somalo fueron practicadas “sin limitación ni reserva alguna”, apareciendo posteriormente una prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar; que las referidas inscripciones se practicaron con la indicada prohibición, según figuraba en el testamento de la causante y si, en las notas puestas al pie del título que se inscribió no se hicieron constar dichas limitaciones fue por no ser procedentes, ya que en las citadas notas sólo se ponen los pactos o condiciones por los que se suspenda o deniegue la inscripción; que la Comunidad Salesiana aceptó la herencia con todas las cargas impuestas por la testadora, obligándose con el capital y bienes heredados a cumplir los fines señalados en el testamento; que si bien la causante autorizaba a los Albaceas para vender bienes de todas clases, incluso inmuebles, para hacer frente a los gastos e impuestos de la testamentaría, esta autorización no puede extenderse a los bienes integrantes del complejo Somalo-Torremontalvo, teniendo en cuenta el carácter terminantemente prohibitivo de la disposición testamentaria; que, por tanto, si en la sucesión de la expresada señora no había efectivo suficiente, pudieron haberlo aportado los interesados y, en último término, vender valores mobiliarios, ya que vendiendo éstos el quebranto ocasionado hubiera sido muy inferior al producido al vender bienes inmuebles de regadío, en continua revalorización, dándose además, el caso curioso, de que primero fueron satisfechos los derechos reales y con posterioridad se vendieron las fincas para atender al pago de los mismos; que el poder dado por el reverendo padre Emilio Hernández García a favor de don Francisco y don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín contiene facultades de parcelar y vender, pero no para segregar o parcelar; que no han sido presentadas en el Registro directamente ni incorporadas a ningún otro documento, ni como comple-

mentario, las Constituciones de la Congregación Salesiana para poder calificar si las facultades conferidas corresponden única y exclusivamente al Capítulo Superior o Consejo Generalicio, sin que la opinión del recurrente pueda sustituir a dichas Constituciones, las cuales no se exigieron al inscribir la herencia por tratarse de un acto adquisitivo, sin que del testimonio autorizado el 11 de diciembre de 1962 por el Notario don Ignacio Nart Fernández, incorporado parcialmente en la escritura de don Juan Vallet, de fecha 12 de diciembre de 1966, resulte tener facultades para parcelar o segregar el reverendo padre Emilio Hernández García, el cual no ha intervenido en segregación o parcelación alguna con anterioridad a las denegadas, pues las corregidas en la partición hereditaria de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín fueron realizadas por ella en su testamento; que en cuanto a las alegaciones del recurrente respecto a los límites permitidos por el ordenamiento jurídico, estima que el testamento de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín está dentro de los límites permitidos por el mismo; que sus cláusulas son claras y no dejan lugar a dudas, por lo que, desde el momento en que ocurrió el óbito de la expresada señora, todos los bienes integrantes del llamado complejo Somalo-Torremontalvo quedaron sujetos, excepto las parcelas que en dicho testamento legaba la finada a varias personas, a todas las prohibiciones y limitaciones impuestas con objeto de que dichos bienes pudieran destinarse a los fines que en la última voluntad se fijaban, y con tales prohibiciones y limitaciones que fueron aceptada la herencia por los interesados sin que los Albaceas pudieran vender fincas integrantes del expresado complejo, y que, finalmente, hace constar que las notas a que se refiere el recurrente —de 4 y 24 de junio de 1969— de poca información podían servir a los adquirentes en las escrituras cuya inscripción se denegó con fecha 12 de enero de 1970, ya que estas escrituras se otorgaron el año 1967, o sea, antes de inscribirse la testamentaria.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en cuanto al primer defecto, por entender suficientemente facultado al reverendo padre Emilio Hernández García para representar a la Congregación Salesiana, y confirmó el segundo, dados los claros términos de la cláusula testamentaria de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, que prohíbe la desmembración del complejo Somalo que destina a una fundación benéfica de carácter agro-industrial.

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial y a su anteriores argumentos en cuanto al defecto subsistente, agregó que al no existir en la herencia dinero suficiente para el pago de los impuestos ni aportarlo los herederos, se planteaba la cuestión de si era más conveniente vender bienes o valores, y dado que también éstos irían a parar en su momento a la Congregación Salesiana para la fundación que se establecía, se optó, de acuerdo todos los interesados, por la venta de una pequeña parte del complejo Somalo, ya que el momento coyuntural no aconsejaba la venta de acciones y que, en definitiva, la primera perjudicada si esto se hacía sería la propia fundación.

Doctrina.—“Considerando que para inscribir las catorce escrituras de compraventa que se han autorizado se requiere previamente la inscripción de la segregación y parcelación realizada por los albaceas y, en su consecuencia, corresponde examinar el único defecto de que se ha apelado, a saber, si la prohibición impuesta por la causante de su testamento —cláusula 5.^a— de no poder enajenar, desmembrar o parcelar ni en todo ni en parte el conjunto de fincas rústicas y urbanas que constituyen la heredad denominada Somalo, y que tiene su reflejo en los libros registrales, no ha de tenerse en cuenta en el caso debatido, dado que la misma testadora autoriza en la cláusula 8.^a del citado testamento a los propios albaceas, para vender bienes de cualquier clase, incluso inmuebles, si fuese necesario para pago de gastos e impuestos de la testamentaria, y para este menester se parcelaron y enajenaron las fincas cuya inscripción se solicita.”

“Considerando que queda fuera del debate de este recurso la cuestión apuntada por el Notario recurrente sobre la posible ineficacia de la cláusula prohibitiva de enajenar en cuanto que al no establecerse ningún límite temporal podría vulnerar lo ordenado en el artículo 785, 2.^o del Código Civil, pues dado que se extendió el asiento correspondiente, mientras no se declarase en su caso su inexactitud, de conformidad con el artículo 1, 3.^o de la Ley Hipotecaria, se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos, y como además, y aparte de lo anterior, la ineficacia de la prohibición sería a partir del 2.^o grado, o bien una vez constituida la Fundación, situación que todavía no se ha producido, la cuestión se ha de centrar exclusivamente en la interpretación de la voluntad de la testadora, para saber si su intención era dar primacía en términos absolutos a lo ordenado en la cláusula 8.^a de su testamento o si, por el contrario, las facultades que en la misma confiere a los albaceas han de ceder frente a la prohibición contenida en la cláusula 5.^a del mismo testamento.”

“Considerando que, según establece el artículo 675 del Código Civil, toda disposición testamentaria habrá de entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que era otra la voluntad del testador, y que en caso de duda se observará la que sea más conforme con su intención, y por eso el Tribunal Supremo, al interpretar este precepto indica en reiterada jurisprudencia que habrá de examinar todas y cada una de las cláusulas testamentarias y relacionarlas unas con otras a fin de que pueda observarse y cumplirse lo realmente requerido por el causante.”

“Considerando que ente las facultades que competen al albacea ocupa una posición preeminente la de interpretar el testamento, función que ha de procurar realizar adaptándose a la real voluntad del de cujus, y sin mixtificaciones que pudieran desvirtuarla, y por eso, cuando los albaceas, dentro del plazo legal y sin agotar siquiera el de la prórroga que la testadora había establecido, liquidaron el patrimonio relicto y otorgaron la escritura el 12 de diciembre de 1966 adjudicaron al heredero —en cumplimiento de lo ordenado en la cláusula 8.^a del testamento de la cau-

sante— la nuda propiedad de todas las fincas rústicas y urbanas que se comprenden en el conjunto de Somalo, con la prohibición de disponer establecida y sin que para el pago de los gastos e impuestos de la testamentaria se vendiese ninguno de los inmuebles que forman parte del mismo, por entender seguramente los albaceas, y en esto actuaron correctamente, que al existir otro tipo de bienes tanto muebles como inmuebles, era a éstos a los que primeramente habría que acudir, y en su caso enajenar, para cumplir con la reserva hecha en el apartado XII de la escritura de partición y sólo en último término a aquellos a que la testadora había dado un destino determinado, con lo que quedaban perfectamente armonizadas las dos cláusulas testamentarias.”

“Considerando que aun cuando con la formalización de la escritura particional queda agotado el poder conferido por la testadora a los albaceas, pues es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo al aplicar el artículo 910 del Código Civil que las atribuciones de los mismos cesan cuando los herederos aprueban las operaciones divisorias y toman posesión de los bienes integrantes del caudal hereditario —como aquí ha sucedido— al estar pendiente de realización, tal como se recoge en el apartado XII de la mencionada escritura, el cumplimiento de lo ordenado en la cláusula undécima del testamento de la causante y realizar su misión los albaceas dentro de la prórroga que les fue conferida, siguen ostentando la personalidad para poder actuar y, en su consecuencia, las escrituras de parcelación y venta otorgadas producirían todos sus efectos si no hubiese sido porque no se acomodaron a la clara voluntad de la testadora que estableció sobre esos inmuebles una prohibición de disponer”.

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y las notas del Registrador en el único defecto objeto de debate.”

Consideraciones críticas.—En la presente Resolución se afrontan una serie de problemas y se eluden otros sobre la base de unos argumentos que citaremos. El principal tema del recurso está envuelto en el superior de la interpretación de la voluntad testamentaria por el juego de dos cláusulas contenidas en el mismo testamento (cláusulas 5.^a y 8.^a). Junto a este problema central podríamos señalar el de los poderes temporales de los albaceas, la eficacia de la cláusula prohibitiva de enajenar y la repercusión de la misma a través de su constancia en el Registro.

A) *Interpretación de la voluntad testamentaria*

Invoca la Dirección General en el considerando tercero el artículo 675 del Código Civil con su interpretación intencional y literal, agregand esa doctrina jurisprudencial que exige la comparación de las diferentes cláusulas testamentarias, relacionando unas con otras “a fin de que pueda observarse y cumplirse lo realmente querido por el causante”. Precisamente por esa relación de cláusulas es por lo que debe admitirse la existencia de una prohibición de enajenar expresa a fin de que se dé cumplimiento a ese destino que la testadora pretende que tenga la finca o lugar llamado “Somalo”. Es evidente que para que pueda cumplir el al-

bacea su función hay que otorgarle facultades, aparte de las legales, pero pretender que por esa concesión de facultades éstas sean tan amplias como para burlar la intención de la testadora, es lo mismo que entender que partiendo de la prohibición de disponer se pueden eliminar las facultades que se le otorgan al albacea para vender. El sentido lógico-literal e intencional, aconseja pensar que si bien al albacea se le otorgan facultades de venta en la cláusula 8.ª, su poder quedaba limitado en cuanto a los de la finca Somálo sobre la que la testadora había impuesto la prohibición, Regla general y excepción. A pesar de las alegaciones del Notario, en este punto, la Dirección General encauza perfectamente el problema en la forma dicha relacionando incluso las cláusulas dichas y haciendo caso omiso de esa objeción notarial sobre qué ha de entenderse por "hoy" palabra empleada por la testadora al redactar la cláusula 5.ª objeto de la prohibición.

B) *Validez de la prohibición* en sup. livo) oribio) lsb 010 oluobis is
 Al dar solución favorable a la existencia de una prohibición de disponer constatada y vigente en el Registro, la Dirección se pronuncia sobre su eficacia, estimando inadmisibles las ventas y segregaciones posteriores realizadas, en sus términos, en virtud de sus antecedentes al 11X de 1967. Realmente no se pronuncia en estos términos la Dirección, sino que, para evitar entrar en el problema planteado por el Notario, de que al tratarse de una prohibición de disponer de carácter perpetuo no puede tener eficacia vinculante, conforme al artículo 785, 2º del Código Civil, estima que extendido el asiento y mientras no se declare su inexactitud, de conformidad con el artículo 4º de la Ley Hipotecaria, el asiento se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos.

¿Había o no una prohibición perpetua de enajenar? Si la había, por supuesto, el Registrador debió denegar el acceso de la misma a los libros del Registro. Para la Dirección General es evidente que la prohibición de disponer era válida y no trascendía de los límites del artículo 785, 2º en relación con el 781 del Código Civil, ya que el llamamiento en nuda propiedad y el retraso de la constitución de una Fundación, cuando se adjudicase la consolidación del dominio, hacen que solamente podría empezar a hablarse de ineficacia a partir del segundo grado, o bien una vez constituida la Fundación, situación no producida. Para llegar a esa constitución era precisa la prohibición de enajenar y la consolidación del usufructo en la nuda propiedad.

C) *Poderes temporales del albacea*, lsb 010) noibovri) al govri)
 Una vez cumplidos los plazos de vigencia del cargo o las prórogas que se le concedan, terminada función del cargo, conforme al artículo 910 del Código Civil, Labruzo Bendejo y Sánchez Rebullida (El Derecho de sucesiones, tomo II, Barcelona, 1971, págs. 779) citan una Sentencia del Tribunal Supremo que viene a confirmar lo dicho por el Código Civil: el transcurso del plazo extingue al albacea automáticamente aunque el albacea no haya terminado su gestión (Sentencia de febrero de 1966). El albacea, en este caso, no había terminado su "gestión", pues para dar

cumplimiento a lo que disponía la cláusula undécima, referente a la entrega de legados e institución de herederos con adjudicación de bienes libres de cargas, gastos e impuestos, realizó esas escrituras de venta que no pudieron tener acceso al Registro por la existencia de la prohibición de disponer.

Pero esta actuación del albacea, que no había terminado su gestión, la realizó "dentro del plazo legal y sin agotar siquiera la prórroga que la testadora había establecido". Es decir, aun cuando se hubiera formalizado la escritura particional y aun cuando los herederos aprueben las operaciones divisorias y tomen posesión de los bienes del caudal hereditario, el albacea puede seguir actuando, dentro de plazo, si hay pendiente la realización de algún extremo del testamento.

De si el albacea procedió bien o mal al enajenar los bienes o parte de los bienes afectados por la prohibición de enajenar, es cuestión que el Notario recurrente destaca en su apelación, pues dice que el momento coyuntural aconsejaba vender dichos bienes y no las acciones y valores que existían en la herencia. La Dirección General únicamente se refiere a la adjudicación en nuda propiedad de las fincas de Somalo, sin que para el pago de gastos e impuestos de testamentaria se vendiese ninguno de los inmuebles que forman parte del mismo, por entender los albaceas "que al existir otro tipo de bienes tanto muebles como inmuebles" era a éstos a los que primeramente habría que acudir y, en su caso enajenar, para cumplir con la reserva hecha en el apartado XII de la escritura y sólo en último término a los que constituían la finca de Somalo, afecta a la prohibición de disponer. Con ello indirectamente se razona la oposición del Notario recurrente.