

6. ES ANOTABLE EL MANDAMIENTO DE ANOTACIÓN DE EMBARGO LIBRADO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA DICTADA EN PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN CATALUÑA POR LOS TITULARES DEL DOMINIO DIRECTO DE UNA FINCA DADA EN CENSO A NUDA PERCEPCIÓN POR SU CAUSANTE, CONTRA EL TITULAR REGISTRAL DEL DOMINIO ÚTIL, COMO DE «IGNORADO PARADERO, Y, EN SU CASO, CONTRA LOS IGNORADOS HEREDEROS O HERENCIA YACENTE DEL MISMO», PARA EL COBRO DE PENSIONES DEL CENSO, AUNQUE EN EL MANDAMIENTO NO CONSTEN LAS CIRCUNSTANCIAS EXIGIDAS POR EL ARTÍCULO 166 Y, EN SU CASO, POR EL 144, AMBOS DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, A PESAR DE QUE EN LA INSCRIPCIÓN DE CENSO FIGURE EL DUEÑO ÚTIL CASADO Y EN OTROS ASIEN-TOS REGISTRALES UN DOMICILIO DE DICHO DEUDOR E INDICIOS DEL POSIBLE FALLECIMIENTO DEL MISMO.

Resolución de 13 de julio de 1971 («B. O. del E.» del 3 de agosto)

Antecedentes de hecho.—En escritura otorgada en Tarrasa en 1930, don Matías Roca cedió a don Enrique Corbí en censo a nuda percepción una casa y solar. Seguido procedimiento ante el Juzgado Municipal de Tarrasa por doña Francisca Formosa y otra, como causahabientes del señor Roca y actuales titulares del dominio directo, contra el titular del dominio útil, don Enrique Corbí Vitoria, de ignorado paradero, y, en su caso, contra los ignorados herederos o herencia yacente del mismo, para el cobro de pensiones adeudadas del censo, se expidió la certificación prevenida en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario y dictada sentencia, en ejecución de la misma se libró mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo sobre la finca objeto del censo.

El mandamiento fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la anotación que se interesa en el mandamiento que precede por no haberse cumplido lo prevenido en el artículo 166 y, en su caso, en el 144, ambos del Reglamento Hipotecario, toda vez que, como aparece de la inscripción cuarta de la finca embargada, número 6.374, obrante al folio 181 del tomo 744 del archivo y del título que motivó dicha inscripción, resulta haber fallecido el deudor, don Enrique Corbí Vitoria, y ser conocidos los herederos del mismo. Se considera tal defecto como subsanable, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse.»

Interpuesto recurso por el Procurador de doña Francisca Formosa y otra, demandantes en el procedimiento, se alega: Que la inscripción cuarta no contiene una declaración de carácter sucesorio en la forma que dispone el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, sino una simple manifestación de quien paga (1) en nombre de unas personas que dicen ser hijos

(1) Se trata de una cancelación de hipoteca en la que el acreedor confiesa haber cobrado de un tercero por cuenta de ocho hermanos Corbí Folch como causahabientes del deudor su padre, don Enrique Corbí.

del deudor y se titulan herederos de su padre, y no resultando del Registro su fallecimiento, no puede estimarse incumplido el artículo 166; que la acción, por eso, se dirigió contra el señor Corbí, en el supuesto de que existiera, o de sus herederos o herencia yacente, en el caso de que hubiese fallecido; que las circunstancias de dicho artículo sólo deben consignarse si son conocidas (Resolución de 28 de marzo de 1969); que los bienes embargados son privativos y además tratándose de cónyuges catalanes, a tenor del artículo 7 de la Compilación, existe la presunción *juris tantum* de que cada cónyuge adquiere con carácter de privativo, por todo lo cual no actúa el 144 del Reglamento y que las sentencias firmes no pueden modificarse ni se pueden introducir alteraciones en la forma en que se ha desarrollado el procedimiento, por lo que la calificación de subsanables de las faltas es inadecuado; sin que el Registrador pueda inmiscuirse en la función atribuida a los jueces, que desarrollan su cometido con entera libertad e independencia, sometidos sólo a los mandatos de las Leyes, que interpretan según su leal saber y entender.

El Registrador informó: Que no invade el campo de la actuación judicial ni ha discutido el aspecto sustantivo o formal del procedimiento ni el fondo de la sentencia; pero en el Registro surgen unos obstáculos para la práctica del asiento que hay que tener en cuenta: la constancia en el Registro (inscripción segunda) del domicilio del demandado, por lo que no puede decirse que es de ignorado paradero; que al dirigirse también la acción, en su caso, contra los herederos del titular registral debió expresarse la fecha del fallecimiento (art. 166 del Reglamento); que como en el Registro don Enrique Corbí figura como casado, la demanda debió dirigirse, en caso de fallecimiento del mismo y pendiente de liquidar la sociedad conyugal, contra la viuda y los herederos, salvo que se hubiese acreditado la vecindad catalana (art. 144), y que el conocimiento de las cuestiones derivadas de los títulos inscribibles corresponde a la jurisdicción voluntaria cuando no exista contienda entre partes.

El Juez del procedimiento informó: Que al practicarse la citación al señor Corbí en el domicilio designado, manifestaron sus familiares que desapareció en la guerra de Liberación, por lo que no consta la fecha ni siquiera el hecho de la muerte; que la inscripción cuarta no facilita elementos suficientes al respecto; que el procedimiento se siguió contra el deudor o, en su defecto, contra sus herederos indeterminados o herencia yacente, por lo que no es aplicable el 166, 1.º, sino el 165 del Reglamento Hipotecario (de acuerdo con la Resolución de 18 de diciembre de 1942), y que no consta dato alguno que indique que la finca es ganancial, pudiendo, por el contrario, más bien, presumirse que no lo es.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y apelado el Auto por el Registrador, que fue condenado en costas, la Dirección General acuerda confirmar el Auto apelado, que revocó la nota del Registrador, salvo en lo relativo a la imposición de costas (2), considerando lo siguiente:

Doctrina de la Dirección.—Las cuestiones planteadas en el presente recurso consisten en determinar si puede practicarse la anotación preventiva de embargo, condenada en trámites de ejecución de sentencia dictada en juicio verbal civil seguido en reclamación de las pensiones atrasadas de un censo en nuda percepción, respecto de una finca radica-

(2) *Vistos:* Los artículos 72, 73 y 75 de la Ley Hipotecaria.

Artículos 130, 144 y 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario.

Artículos 68 y 96 de la Ley de Registro Civil.

Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964; y

Resoluciones de la Dirección General de 31 de mayo de 1892, 26 de marzo de 1909, 19 de agosto de 1919, 20 de junio de 1922, 3 de julio de 1967, 20 de marzo y 5 de noviembre de 1968 y 28 de marzo de 1969.

da en Tarrasa, habiéndose seguido el pleito contra el demandado deudor «de ignorado paradero y, en su caso, contra los ignorados herederos o herencia yacente del mismo», cuando en los Libros Registrales aparece: a) que en la inscripción de constitución del censo figura que dicho deudor era casado, y no se ha interpuesto la demanda contra la mujer; b) que en una inscripción de hipoteca obrante en el folio registral de la finca aparece un domicilio de dicho deudor, y c) que en la cancelación de la hipoteca se indica que se extiende el asiento por haber satisfecho la cantidad garantizada quienes afirman ser «causahabientes del deudor, su padre».

Del asiento de cancelación practicado en el folio registral de la finca no resulta plenamente acreditado el fallecimiento del deudor ni las circunstancias personales de los herederos, ya que en dicha cancelación únicamente aparece el pago de la cantidad asegurada con la hipoteca «por los hermanos don Juan, doña María, don Fernando, doña Iluminada, don Enrique, doña Celeste, doña Montserrat y doña Nuria Corbí Folch, como causahabientes del deudor, su padre, según se afirma, don Enrique Corbí Vitoria», y siendo esto así, es indudable que determinaría grandes dificultades para el acreedor tener que averiguar, a efectos de obtener la anotación preventiva de su derecho, si el fallecimiento había efectivamente ocurrido, la fecha del mismo y, en fin, las circunstancias personales de los herederos.

Si se estimase acreditado que dicho fallecimiento había ocurrido, el precepto aplicable sería, como señala el funcionario calificador en la nota impugnada, el artículo 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario, que al señalar las circunstancias que deben contener las anotaciones preventivas de embargo ordenadas en procedimientos seguidos contra los herederos del deudor fallecido y por responsabilidades del mismo, distingue que éstos sean indeterminados, en cuyo caso se expresará únicamente la fecha de fallecimiento de aquél o que dichos herederos sean ciertos y determinados, en cuyo caso se consignarán además las circunstancias personales de los mismos.

Aunque normalmente las anotaciones preventivas deben contener, al igual que las inscripciones, las circunstancias exigidas para cada una de ellas en la legislación hipotecaria, no debe olvidarse que dicha legislación establece respecto de las primeras un criterio menos riguroso, según se desprende de los artículos 72, párrafo 1.º; 73, párrafo 1.º, y 75, de la Ley Hipotecaria, criterio reiteradamente mantenido por este Centro directivo cuando declara que en beneficio de la recta administración de justicia deberá practicarse la anotación aun en casos en que de los títulos o documentos presentados para obtenerlas no resulten todas las circunstancias exigidas legalmente.

La exigencia de las circunstancias que determina el artículo 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario no ha de interpretarse en el sentido de impedir en absoluto la extensión de la anotación preventiva cuando las mismas no consten, ya que de entenderlo de este modo ocurriría que en muchos casos no sería posible la garantía inmobiliaria que la anotación preventiva de embargo significa al ser desconocidas para el acreedor la fecha del fallecimiento o las circunstancias personales de los herederos, y en el presente caso se refuerza lo indicado, toda vez que dicho fallecimiento no está plenamente acreditado y la demanda se dirigió contra el deudor titular registral y, *ad cautelam*, por si el mismo hubiese fallecido, contra sus ignorados herederos o herencia yacente del mismo, quedando, como es lógico, a salvo los recursos que las leyes procesales establecen respecto de los así demandados y declarados en rebeldía.

Por lo que se refiere al segundo de los defectos apuntados en la nota calificadora, que consiste en no haber sido demandada la esposa del

deudor conforme ordena el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, hay que señalar que en el presente caso se trata de una anotación de embargo ordenada en juicio verbal civil seguido en reclamación de las pensiones atrasadas y no satisfechas de un censo en nuda percepción y constituido por contrato, lo que supone el incumplimiento por parte del demandado, titular del dominio útil, de una de las obligaciones contractualmente asumidas por él mismo, y así se ha dirigido la demanda contra la persona que aparecía únicamente legitimada para serlo pasivamente, tal como declaró la Resolución de 28 de marzo de 1969, ya que los sucesores de aquel que contrató con el marido demandan solamente a éste, y el embargo se ha realizado sobre la misma finca dada en censo y no sobre otros bienes que pudieran pertenecer a la sociedad conyugal, si la misma existiere, y ello hace innecesario entrar a examinar la cuestión de la vecindad del deudor, que presumiblemente ha de ser la catalana, en base a las circunstancias que concurren, y que de ser así impediría igualmente apreciar este defecto, dado el sistema de separación de bienes que regula las relaciones patrimoniales de los esposos.

La nota calificadora no revela la ignorancia inexcusable de elementales normas procesales por parte del Registrador, por lo que no parece deban ser impuestas las costas a dicho funcionario, ya que se ha limitado a señalar dentro de los límites que para la calificación de los documentos judiciales establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, los defectos de que, a su juicio, adolecía el mandamiento.

Comentario.—Sin duda, los mandamientos ordenando anotaciones de embargo son los documentos judiciales más frecuentes en los Registros de la Propiedad. En ellos, los artículos 144 y 166, 1.ª, del Reglamento Hipotecario son los que más frecuentemente demuestran la insuficiencia del artículo 99 del mismo para solucionar los delicados problemas que plantea la calificación de los documentos judiciales. En el presente recurso juegan ambos preceptos reglamentarios en supuestos verdaderamente extremos.

A) *La regla 1.ª del artículo 166 del Reglamento.*—La Resolución, después de centrar el caso en el primer considerando, dedica los cuatro siguientes al primer defecto puesto por el Registrador: no haberse cumplido lo prevenido en el artículo 166. En el considerando segundo afirma que la cancelación a que se refiere la nota no acredita el fallecimiento del deudor y se hace cargo de las grandes dificultades que representan para el acreedor las averiguaciones sobre su fallecimiento y sus herederos; en el tercero considera aplicable el 166, 1.ª, si se estimase acreditado dicho fallecimiento, y en el cuarto recurre al socorrido argumento de la mayor benevolencia de los artículos 72, 73 y 75 de la Ley en materia de circunstancias de las anotaciones preventivas, con todo lo cual va preparando el camino para el considerando quinto, en el que se centra toda la doctrina de la Resolución: el artículo 166, 1.ª, no debe interpretarse en el sentido de impedir en absoluto la anotación cuando en el mandamiento no consten las circunstancias que determina, porque ello haría imposible la garantía de la anotación si el acreedor desconoce la fecha del fallecimiento del deudor o las circunstancias personales de los herederos.

La primera impresión que estos considerandos producen es terrible. La regla reglamentaria queda prácticamente en letra muerta. Si acudimos a la nota y al informe del Registrador para encontrar argumentos contra tan peligrosa doctrina es muy poco lo que encontramos, porque, temeroso de discutir el fondo de la sentencia, apoya la suspensión del documento en dos obstáculos que surgen del Registro y, desgraciadamente, estos dos obstáculos son en sí mismos contradictorios, porque si

el señor Corbí hubiera fallecido, su domicilio registral había muerto con él (3).

Lo único acertado, y es lo fundamental, está en la frase inicial de la nota: el mandamiento no cumple lo prevenido en el artículo 166. La norma más inmediata para saber si hay el engarce, que el principio de tracto exige, entre titular registral y deudor demandado y embargado es el repetido precepto. A éste debía atenderse el Registrador y no será culpa suya si el Reglamento no ha previsto suficientemente la rica problemática de la legitimación pasiva procesal en los supuestos hereditarios.

La Dirección viene a dar por correctamente formulada la demanda contra el señor Corbí, titular registral y *ad cautelam*, por si el mismo hubiera fallecido, contra sus ignorados herederos o herencia yacente. En su consecuencia, también será correcta la sentencia dictada contra tan impreciso demandado y el embargo trabado contra él. Posiblemente todo esto sea procesalmente correcto, y si no lo fuese no sería el Registrador a quien le correspondería acusar la incorrección; pero el artículo 166 no ha pensado en un procedimiento seguido con tal imprecisión de demandado-deudor. El Reglamento prevé cuatro situaciones: procedimiento seguido contra el titular registral por responsabilidades del mismo, supuesto que no regula por ser el de tracto normal (4); procedimiento seguido contra herederos indeterminados del deudor-titular registral por responsabilidades de éste (fecha de su fallecimiento); procedimiento seguido contra herederos ciertos y determinados del deudor-titular registral, también por obligaciones de éste (fecha de su fallecimiento más circunstancias personales de aquéllos), y procedimiento seguido contra heredero (o herederos) del titular registral por deudas propias de aquél (o aquéllos). En el último supuesto, las circunstancias de la anotación, y naturalmente las del mandamiento, aumentan considerablemente (testamento o declaración de heredero y certificados de defunción y últimas voluntades del causante). Ello se explica porque en este caso, aunque embebido, en el asiento de anotación tiene que haber una constancia registral de la sucesión hereditaria y de su título legal que justifique el embargar una finca por deudas de quien no es su titular registral, por no haber inscripción del título sucesorio.

El Registrador tenía razón, porque para dar cumplimiento al Reglamento Hipotecario el mandamiento tiene que ser claro al menos en este punto clave: en cuál de las cuatro situaciones ha de encuadrarse el procedimiento seguido. El problema está en si existe una quinta situación, que sería la del caso contemplado, y debería asimilarse totalmente al supuesto primero o normal sin ninguna constancia referente al fallecimiento del causante, ni a las personas de sus herederos, ni al título sucesorio.

Creemos que la Dirección no ha querido hacer tabla rasa del artículo 166, 1.ª, sino más bien apreciar una laguna reglamentaria para el supuesto del caso. Efectivamente, negar no sólo la garantía de la anotación, sino la total protección de los Tribunales a un acreedor que no con-

(3) A mi juicio, el Registrador debió limitarse a suspender la anotación por no aclarar el mandamiento contra quien se había dirigido el procedimiento y por deudas de quien, al efecto de dar cumplimiento a las normas del artículo 166 del Reglamento en sus respectivos casos. Temiendo entrar así en una cuestión de legitimación pasiva, de excluyente competencia del Juez, se aventuró en la nota a deducir del Registro el fallecimiento del titular registral y en el informe añade el otro obstáculo proveniente del Registro, contradictorio con el primero: la constancia del domicilio del demandado.

(4) El Juez, con gran realismo, afirma que se estaba en este caso, por lo que no es aplicable el 166, sino el 165, referente a las anotaciones preventivas en general sin especialidades ni modalidades de tracto sucesivo. Y alega la Resolución de 18 de diciembre de 1942. (Véase.) En ésta el procedimiento se siguió contra la viuda deudora solidaria del marido y además contra las personas desconocidas interesadas en su herencia; constaba la fecha de su fallecimiento.

sigue información cierta sobre la vida o muerte de su deudor o sobre las personas de los herederos del mismo, y entender mal seguido un procedimiento como el de nuestro caso, parece completamente absurdo. Pero también resulta extraña una demanda entablada con esa indeterminación *mortis causa* del demandado, si esta indeterminación ha de propagarse necesariamente a la acción en sentido material, a la obligación, a la deuda y, por tanto, a la responsabilidad. En nuestro caso, si el señor Corbí había muerto, ¿quién pagó o dejó de pagar las pensiones correspondientes a las anualidades en que resultaba incierta la vida del mismo? Sin necesidad de entrar en los problemas sobre la acción personal o real para el cobro de pensiones atrasadas de los censos, vemos claro que, mientras vive, el señor Corbí es deudor, y a partir de su muerte serán deudores sus herederos de unas anualidades (las posteriores al fallecimiento) por deuda propia (apartado 2.º de la regla 1.ª del 166) y de otras (las anteriores) como continuadores de la personalidad jurídica de su causante (apartado 1.º de la misma regla) (5). Por ello, no siempre una demanda entablada en tales términos será posible (baste pensar en las relaciones jurídicas materiales intransmisibles *mortis causa* o en las que la muerte influya en alguna forma) y no siempre el juez podrá eximirse de precisar, si el embargo se traba por responsabilidades del titular registral o de sus herederos. Por todo ello, el artículo 166 es correcto y hace bien en separar tajantemente en dos apartados los procedimientos seguidos contra los herederos por responsabilidades del deudor-titular registral de los procedimientos seguidos contra los herederos del titular registral por deudas propias de aquéllos. Y, por lo mismo, todo mandamiento ha de ser claro sobre esta cuestión, porque esa separación, aunque esté en un precepto reglamentario, es norma fundamental en materia de legitimación pasiva procesal en cuanto tiende a conseguir el paralelismo y la coincidencia formal de la sucesión en el activo (bien embargado) y en el pasivo (deuda origen de la traba) para evitar la divergencia entre ambos aspectos de la sucesión y que un bien de la herencia resulte embargado por deudas del heredero sin razón suficiente o en perjuicio de alguien.

El tracto sucesivo prohíbe que en un procedimiento que debe seguirse contra B, por ser quien debe, se ordene anotación sobre fincas que no están inscritas a su nombre, sino a nombre de A. El poder practicarse la anotación antes de que B inscriba su título de manifestación o partición de la herencia de A es una tolerancia excepcional del artículo 166, 1.ª, apartado 2.º, que sigue la línea de tolerancia del caso tercero del apartado 5.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y de la jurisprudencia que permite salvar el tracto sucesivo en el interior de los procedimientos judiciales y que, en definitiva, implica la anotación sobre el derecho hereditario sin previa inscripción, ni siquiera anotación, del derecho hereditario mismo.

Entonces, el Considerando quinto se ha excedido, al permitir que se prescinda de todas las circunstancias de la regla 1.ª del artículo 166, simplemente porque el acreedor las desconozca. En general, estas circunstancias son imprescindibles y el mandamiento tiene que precisar suficientemente a cuál de los cuatro casos o situaciones responde el procedimiento en el que el embargo se dicta, porque dicho precepto es una norma básica en materia de legitimación pasiva procesal y de engarce de demandado con la relación jurídica material juzgada. Esas cuatro situaciones son las únicas posibles del tracto sucesivo en materia de embargos, y tan pronto como el mandamiento contenga el más leve indicio de la muerte del titular registral debe ser explícito respecto a cuál debe ser el contenido del asiento a la vista del artículo reglamentario.

(5) El artículo 303 de la Compilación catalana dice que el dueño directo tiene derecho a percibir la pensión, en defecto de pacto o costumbre, en el domicilio del deudor. Resulta, pues, extraña la ignorancia de éste por el dueño directo.

Sin embargo, la justicia intrínseca de la Resolución es innegable y su fallo acertado. Trataremos de explicar esta paradoja. Contemplando el problema en su conjunto, observamos que toda la cuestión se deriva de una escritura de censo otorgada en Tarrasa el 13 de septiembre de 1930. El censo a nuda percepción del derecho catalán, como todas las figuras censales, es una carga real y, como tal, un derecho de realización de valor. Igual que los Reallasten del B. G. B., es un gravamen sobre una finca por virtud del cual devenga ésta prestaciones reiteradas a favor del titular (censualista, dueño directo). Las prestaciones reiteradas (las pensiones) se han de pagar sobre el inmueble. La expresión *pagar sobre la finca* («aus dem Grundstück») la encontramos en el B. G. B., tanto en la definición de los Reallasten como en la de la hipoteca, aunque sólo resulte explicada al tratar de ésta (6).

Expresión similar es la de nuestro artículo 104: «La hipoteca sujeta directamente e inmediatamente la cosa...» Y el artículo 304 de la Compilación catalana dice que *la finca responderá* del pago de las pensiones vencidas y no satisfechas durante los últimos treinta años. Es la finca, y no su propietario, la que responde; se trata de una responsabilidad real, de un Haftung de cosa, que dirán los germanos.

No hace falta profundizar más en la naturaleza jurídica de los derechos de realización de valor, ni en agotar las similitudes entre los censos y las hipotecas en este aspecto de la ejecución directa sobre la cosa, para hacerse pago el acreedor, para comprender que por aquí está la explicación de que en el supuesto de la resolución comentada resulte razonable saltarse el artículo 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario. Es verdad que para el cobro de las pensiones de un censo no está establecido el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por no haberse sentido tan acuciantemente la necesidad del mismo, pero no porque no responda a la esencia de carga real del censo (7) un procedimiento de ejecución sumaria sobre la finca en el que el deudor (o el propietario de la finca durante la anualidad reclamada) pase al segundo plano que tienen en la ejecución hipotecaria.

Por todo esto, el Considerando, aunque sin desarrollarla claramente, ha seguido la siguiente línea de argumentación: Los titulares del dominio directo ejercitaron una acción real basada en la escritura de constitución del censo, sobre la misma finca censada, para el cobro de las pensiones, contra el dueño útil y sus herederos; el procedimiento verbal y la ejecución de su sentencia venían a constituir «casi» un puro proceso de ejecución real dirigido, en primer término, sobre la finca censada, por lo que la persona del demandado pasaba a ese segundo plano que tiene en los procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria hasta el punto de que, en cierto modo, resultaba indiferente la muerte del censatario, la fecha de ésta en su caso y la determinación de los herederos, así como la determinación de las anualidades de la pensión correspondientes a uno y a otros en caso de fallecimiento de aquél; siempre que todos resultasen legalmente citados, a efectos de su posible oposición a la ejecución y siempre a salvo, como el Considerando dice, los recursos que las leyes establecen para los procedimientos seguidos en rebeldía.

Sólo en casos como éste, en que tan importante papel desempeña la naturaleza de puro proceso de ejecución real dirigido sobre la finca ob-

(6) El párrafo 1.147 explica que la satisfacción del acreedor sobre la finca (aus dem Grundstück) se verifica por vía de ejecución forzosa.

(7) El caso es similar en el Derecho alemán y así leemos en WOLF-ENNECCERUS (*Derecho de cosas*, Barcelona, 1933, II, pág. 158). El acreedor de la carga real puede conseguir la prestación singular (anualidad) mediante la ejecución forzosa de la finca. Para ello requiere un título ejecutivo contra el propietario, pero sin que éste sea demandado como deudor. Es lástima que no sea posible, a diferencia de la hipoteca, crear un título ejecutivo (conforme al 794, 5.º, de la Ley Procesal), de manera que quede sujeto a la ejecución forzosa el propietario sucesivo.

jeto del censo y sobre la cual recae la responsabilidad real por las pensiones, puede estar justificado que se prescinda de especificar si el procedimiento se ha seguido contra el causante o los herederos y si por deudas de unos u otros.

B) *Embargos sobre fincas gananciales*.—El Registrador se muestra poco categórico en cuanto al segundo defecto se refiere: no haberse cumplido lo prevenido en el artículo 144 del Reglamento. Las palabras «en su caso» de la nota y la duda sobre el momento a que se está refiriendo en el informe, cuando exige que previamente se hubiese acreditado la vecindad catalana (8), demuestran las vacilaciones del funcionario calificador, que no llega, al parecer, a afirmar que el dominio útil que se pretende embargar esté inscrito en el Registro con carácter ganancial, afirmación de la cual debía partir antes de acusar el defecto y sin perjuicio de admitir, como medio de subsanación, algún procedimiento para alterar los datos registrales que le llevaban a deducir el carácter ganancial.

El juez del procedimiento afirma que «no consta en autos dato alguno que indique que la finca es ganancial, pudiendo, por el contrario, presumirse que no lo es». Parece deducir la presunción de vecindad foral del demandado-titular registral y consiguiente régimen de separación de bienes en su matrimonio solamente del *status loci* de la relación debatida. El Registrador parece pretender una absoluta presunción de ganancialidad de las fincas en todo el territorio nacional que, sin duda, es excesiva.

La Dirección considera innecesario entrar en la cuestión de la vecindad del deudor embargado en razón a otro argumento que en seguida veremos; pero, de todas maneras, presume que ha de ser la catalana en base a las circunstancias que concurren. Hubiésemos preferido que entrase en esta cuestión no sólo por ser la fundamental y por lo necesitados que estamos de una doctrina abundante sobre problemas de la vecindad foral y común en relación con el Registro, sino porque el otro argumento que encabeza el Considerando sexto y que exige de entrar en la cuestión del régimen matrimonial del señor Corbí y su esposa, tal como en el mismo Considerando se expone, resulta más endeble de lo que parece.

En efecto, si el dominio útil embargado fuese ganancial y la deuda declarada por la sentencia, a cargo de la sociedad de gananciales por tener el matrimonio Corbí vecindad de derecho común, la aplicación del artículo 144 era indudable e imprescindible que la demanda y embargo estuvieran dirigidos contra ambos esposos. El precepto reglamentario no ha muerto todavía, incluso se van suavizando las indignaciones y dificultades que en sus primeros tiempos originó; es verdad que en algunos casos (ciertos embargos en causa criminal) es de aplicación casi imposible, que en muchos es perturbador, que implica una distonía con las normas generales tradicionales de la legitimación pasiva procesal de la sociedad de gananciales y de la representación legal procesal de la mujer por el marido; pero su derogación por vía jurisprudencial presenta inconvenientes graves (9).

La Dirección General trae a colación su Resolución de 28 de marzo de 1969 y extiende ahora a la anotación de embargo la doctrina sentada por aquélla para la anotación de demanda. No puede negarse que esta doctrina se engarza con la del Tribunal Supremo sobre la naturaleza del

(8) No se sabe si al Juez al interponer la demanda o al Registrador en unión del mandamiento. Lo que sí parece es que la vecindad resultante del asiento registral no la considera decisiva.

(9) Aunque no soy sospechoso de considerar el derecho contenido en los textos positivos como fuente primaria del derecho, y acaso por no serlo debo advertir lo perturbador que resulta el que una norma de aplicación diaria sea totalmente derogada por vía jurisprudencial. La inseguridad e incertidumbre que el considerando sexto puede causar salta a la vista.

consentimiento de la mujer establecido por la reforma del artículo 1.413 del Código civil y, hasta cierto punto, es la más congruente con ella.

No es esta ocasión para entrar a fondo con el grave problema planteado por la reforma del Código. La literatura jurídica sobre el tema es ya muy abundante. Sería difícil decir nada nuevo sobre el mismo. La Resolución citada fue comentada por AMORÓS en esta Revista (10), y su comentario, tan severo como documentado, es de imprescindible lectura para entrar sin peligro por ese triángulo de fuego que en torno al acto dispositivo de inmuebles gananciales tienen formado el artículo 1.413 del Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Reglamento Hipotecario.

Creemos que no está dicha la última palabra sobre la naturaleza del consentimiento *uxoris* establecido por el artículo 1.413 reformado. La doctrina jurisprudencial, que tiende a ver en él no una codisposición, sino un mero asentimiento, paralelo a la licencia marital, cuya falta origina mera anulabilidad por la mujer y sus herederos, puede ser definitiva, pensando en la facilidad del tráfico y estimando que es suficientemente protectora de los derechos e intereses de la mujer; pero también es posible que sea una doctrina de intención meramente transitoria, para hacer menos brusca la modificación del Código hasta que la realidad social asimile la regla de codisposición que probablemente el Código quiso introducir. Puede ocurrir también que la tensión se haga tan fuerte, que la misma sociedad de gananciales salte en pedazos al ponerse al descubierto sus íntimos fallos o que una solución intermedia venga por la separación entre disposiciones voluntarias y disposiciones forzosas.

Lo que no ofrece duda es que la situación actual es insostenible. El tráfico inmobiliario no necesita tanto ser fácil como ser seguro. En realidad nunca es fácil siendo inseguro. La contratación inmobiliaria con los casados no puede transformarse en un juego de azar. El Registro de la Propiedad, que asimiló mal la inscripción de los actos de la mujer sin la necesaria licencia marital (11), peor asimilaría las disposiciones de gananciales a falta del consentimiento *uxoris*.

Pero incluso limitándonos al terreno de las disposiciones forzosas resultantes de procedimientos judiciales, tampoco es muy seguro que el Tribunal Supremo haya vuelto pura y simplemente al régimen anterior a 1958, y considere letra muerta el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Las generalizaciones que el Considerando hace sobre la legitimación pasiva procesal del marido son probablemente excesivas.

No hay que perder de vista la rara coincidencia de que tanto la Resolución de 28 de marzo de 1969 como las tres Sentencias del Tribunal Supremo de 1964, en que se apoya, se refieren a casos en que se pretende el cumplimiento de contratos privados y su elevación a escritura pública. El Tribunal Supremo quiere cortar de raíz la posibilidad de toda alegación dolosa de la falta de consentimiento de la mujer para dejar sin efecto lo pactado si conviene; y una vez más opta por acertar en lo principal (justicia intrínseca de los fallos), aunque tenga que sacrificar lo secundario (la rigurosidad de la lógica jurídica que tan esforzadamente separa lo obligatorio de lo dispositivo) (12). Pero de esos tres fallos es exage-

(10) Número 475 de noviembre-diciembre de 1969, pág. 1669.

(11) Nuestra doctrina hipotecaria se ha preocupado relativamente poco de la trascendencia registral de cada una de las figuras de la ineficacia del negocio jurídico; pero intuitivamente viene considerándose que el inscribir lo anulable es tan malo como inscribir lo nulo. El artículo 94 es una excepción que solamente tiene vida porque Notarios y Registradores han puesto su empeño en que apenas tenga uso. Si se prodigase, se comprendería pronto que la excepción debía desaparecer, salvo que se alterase totalmente el principio de legalidad.

(12) Dejamos al lector meditar por su cuenta sobre el origen remoto de la posibilidad de ese uso doloso de la falta de consentimiento de la mujer. Si la Jurisprudencia no hubiese truncado la neta separación que el Código civil hizo entre el contrato obligatorio y el negocio de disposición de inmuebles en los artículos 1.278, 1.279 y 1.280, hoy nadie tendría duda alguna sobre

rado deducir que el Tribunal Supremo ha dejado totalmente sin efecto la reforma de 1958 en cuanto haya una demanda judicial contra el marido. Los Tribunales, por fortuna, no han olvidado el Derecho romano y cómo la *in jure cessio* pasó a medio ordinario de transmisión de propiedad; y no es de esperar que se presten a convertirse en Notarios de transmisiones inmobiliarias con las que se pretenda perjudicar a las esposas. Lo que ocurre es que el problema es muy complejo, incluye cuestiones muy delicadas en el orden civil y procesal y solamente a través de meticulosos planteamientos parciales cabe darle una solución definitiva (13). Es verdad que, por paradójica consecuencia, de una norma pensada para proteger de las dilapidaciones de gananciales por «malvados» maridos, resulta el arca sagrada de los parafernales responsable de los negocios de los buenos y de los malos maridos (los acreedores por miedo al 144 buscan de antemano la firma de la esposa); pero un completo paso atrás nos colocaría ahora en situación mucho peor que en 1957.

Por todo lo anteriormente expuesto, queremos entender el sexto Considerando en un sentido que, hasta cierto punto, resulta de su texto literal. Mi interpretación es la siguiente: Aunque se hace incidental referencia a la Resolución de 1969, no se ha querido ni reforzar su doctrina, al repetirla, ni menos extender al embargo lo dicho en ella para la demanda, sino considerar el artículo 144 no aplicable en un supuesto especialísimo en razón a las mismas consideraciones que hicimos al tratar de la plena aplicación del artículo 166, 1.º.

Cuando el Considerando habla del juicio seguido en reclamación de las pensiones no satisfechas de un censo nos está dando la verdadera clave de la excepcionalidad del supuesto. Es también aquí la naturaleza del procedimiento seguido, que viene a constituir casi un puro proceso de ejecución real sobre la finca censida, lo que hace hasta cierto punto indiferente la naturaleza privativa o ganancial de la finca. El censo como carga real estaba gravando la finca desde la inscripción de la escritura de constitución; la esposa, aunque fuera ganancial, nada podía oponer a la ejecución aparte de darle oportunidades para el pago, y éste debía realizarse en todo caso por el marido, como administrador de la sociedad de gananciales. Por lo mismo que el fallecimiento o herederos del señor Corbí eran circunstancias que pasaban a un segundo plano, la actitud de la esposa pierde la importancia que, en general, tiene, y sólo por esto mismo el Registrador debe dar por buena, excepcionalmente, la relación procesal en los términos que respecto a la legitimación pasiva estimase suficientes el Juez y aunque no existiese una expresa constancia de la intervención de la esposa en el procedimiento.

De esta manera, la Resolución comentada viene a representar una excepcional tolerancia que, dejando en plena vigencia los artículos 144 v 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario, permite la garantía de la anotación preventiva de embargo y la posterior ejecución de la finca en determinados procedimientos judiciales, a pesar de existir incertidumbres sobre las personas contra las que el procedimiento va dirigido o sobre su paradero, siempre que la indeterminación no sea decisiva para la Sentencia o providencia de embargo a juicio del juzgador y siempre a salvo las específicas garantías que la ley establece para los demandados en rebelía o sin emplazamiento en su persona.

la diferencia y la gran distancia que media entre el documento privado (firmado sólo por el marido) y la transmisión de la propiedad del bien ganancial (que se opera por la tradición escrituraria ante Notario).

(13) Por ello es prematuro intentar la modificación o derogación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario.

C) *La calificación de los documentos judiciales.*—Estando tan cerca el Registrador de tener razón, no resulta muy **explicable la condena** en costas en el Auto del Presidente de la Audiencia. El Registrador debía acudir ante todo a los artículos 166 y 144 del **Reglamento Hipotecario**, y creemos que también el Juez, al expedir el mandamiento. Si el Reglamento contiene una laguna en el 166 o resulta desbordado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, su artículo 144 podrá haber culpa del Legislador, pero nunca del Registrador. Posiblemente su nota, y aun su informe, no fuesen muy afortunados, pero sus reparos estaban claros: si el mandamiento, después de sembrar dudas sobre la existencia del titular registral, no especificaba contra quién estaba dirigido el procedimiento y por deudas de quién, se rozaba la normativa del Reglamento; y si el Registro era indicio de una comunidad de bienes de derecho común o de derecho foral excluyente del régimen de separación, aun siendo meros indicios, no era ningún disparate colocarse en la presunción necesaria para garantizar posibles derechos de la esposa de la que nada se hablaba, de acuerdo con el artículo 144.

La condena en costas debemos relacionarla con el último argumento del recurrente basado en la imposibilidad de suspender la inscripción o anotación de los documentos judiciales, por defecto subsanable, dada la inalterabilidad de las sentencias firmes y de la forma en que se ha desarrollado el procedimiento. El tema de la calificación de los documentos judiciales es un semillero de arduas y delicadas cuestiones y sería imposible abordarlo aquí con profundidad. Nos limitaremos a unas consideraciones meramente periféricas.

En mi opinión nada tiene que ver el valor de cosa juzgada de la Sentencia con los olvidos, errores o imprecisiones de un mandamiento dado en base a una providencia dictada en actuaciones de ejecución de aquélla. La adición, rectificación o aclaración de un mandamiento judicial, necesarias para ajustarse a preceptos registrales, habiendo datos suficientes en los autos para ello, no rozan lo más mínimo ni la santidad de la cosa juzgada ni el principio procesal de preclusión.

No nos ofrece duda esto en vista del texto y colocación de los artículos 288 y 289 de la Ley de Enjuiciamiento. Los mandamientos a Registradores y Notarios (288) igual que los oficios y exposiciones a las autoridades y funcionarios de otro orden (289), por mucha trascendencia que puedan tener para el proceso, no son resoluciones judiciales (ver títulos VIII y IX del Libro Primero de la Ley), y no creo que ningún precepto legal prohíba el mandamiento complementario que no roce ni altere la Resolución base del complementado. Otra cosa es llevar el formalismo procesal a extremos improcedentes (14).

Esta posibilidad debe, no obstante, ser manejada muy cautamente por los Registradores. Aplicando el aforismo romano *de minibus non curat praetor*, deben actuar con parsimonia antes de acusar faltas mínimas que no dañen ni a la publicidad registral ni a sus principios básicos, para nunca hacerse sospechosos de poner trabas a la Administración de justicia al manejar con excesivo celo los preceptos reglamentarios.

Acaso el recurso que nos ocupa se hubiera podido evitar si el Registrador hubiese pedido y considerado suficiente un mandamiento complementario, en el que se hubiese aclarado que el procedimiento se había seguido legalmente contra el señor Corbí por responsabilidades del mismo y la Sentencia había condenado a éste al pago por no resultar de los

(14) La Resolución de 20 de marzo de 1968 pasa por el hecho consumado de una Providencia por la que se complementa o adiciona un Auto de adjudicación.

autos el fallecimiento, a pesar de ir dirigida la demanda y la sentencia, además y *ad cautelam*, contra sus ignorados herederos o herencia yacente; y en el que a la par se hubiese dado por suficientemente justificado el régimen de separación o suficientemente citada la esposa para el caso de tener carácter ganancial la finca. Esto no hubiese sido una ramplona componenda, sino una razonable solución a uno de tantos problemas como constantemente plantea la insuficiente normativa que contiene el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

T. C. G.