

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**19383** *Resolución de 1 de octubre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario don Higinio Pi Guirado, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Berja, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por el Notario don Higinio Pi Guirado, contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Berja, don Álvaro Lázaro Martínez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura otorgada el quince de enero de dos mil nueve ante el Notario de Vicar, don Higinio Pi Guirado, bajo el número 32 de protocolo, doña E.M.P. y don J.F.L. venden a don S.M.P. una finca y participaciones indivisas de seis fincas más.

##### II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Berja, a las doce horas treinta y seis minutos del día veintitrés de enero último, asiento quinientos ochenta y seis del Diario ciento ochenta y siete y fue calificada con la siguiente nota: «Calificado el título precedente, escritura autorizada por el notario de Vicar, don Higinio Pi Guirado, el día quince de enero de dos mil nueve, número 32 de Protocolo, que tuvo entrada en este Registro causando el número 201 del presente año, siendo presentado a las doce horas, treinta y seis minutos del día veintitrés de enero último, causando el asiento 586 del Diario 187, retirada por su presentante para otros usos y reintegrada el día trece de los corrientes; y contrastado el mismo con lo que resulta del registro al tiempo de su despacho el Registrador que suscribe suspende su inscripción por el siguiente defecto subsanable: 1-Existen indicios seriamente fundados para pensar que se trata de negocio en fraude de ley que pretende vulnerar el artículo 221.3 del CC, con arreglo al cual se prohíbe al tutor adquirir por título oneroso bienes del tutelado mientras dure su gestión. Efectivamente del registro resulta que se ha inscrito previamente una venta de 7 fincas realizada por un tutor (don S.M.P.) como representante legal de su padre sometido a tutela (don S.M.M.) a favor de doña E.M.P. y sus esposo (hermana e hija respectivamente) en virtud de un título otorgado ante el Notario don Higinio Pi Guirado el 26 de mayo de 2008. Ahora se pretende la inscripción de esas mismas 7 fincas a favor de don S.M.P. (tutor de don S.M.M.), en virtud de un escritura de compraventa de 15 de Enero de 2009 otorgada ante el mismo Notario por doña E.M.P. y su esposo a favor de don Salvador M. P. (tutor de don S.M.M.). Las fincas en sendas escrituras se venden por el mismo precio (2.976 euros). En el presente supuesto se observa que posiblemente para eludir la aplicación y las exigencias del artículo 221.3 del CC que prohíbe al tutor adquirir por título oneroso bienes del tutelado mientras dure su gestión, se ha simulado un negocio de compraventa con doña E. y su esposo y a continuación (aproximadamente 6 meses más tarde) se ha celebrado otro negocio de compraventa con el tutor don S.M.P. que se refiere a las mismas 7 fincas y por el mismo precio (negocio disimulado). El escaso lapso temporal entre una venta y otra, la identidad de las fincas, el vínculo de parentesco entre los contratantes y la identidad de precio son indicios seriamente fundados (datos objetivos suficientes para interpretar la voluntad de los agentes) para poder llegar a la conclusión de se trata de negocios en fraude de ley, siendo la norma que se pretende vulnerar el artículo 221.3 del CC. El artículo 221 es una norma imperativa o de derecho cogente que pretende tutelar al incapacitado (norma tuitiva

de sus intereses) y cuya vulneración lleva aparejada la sanción de nulidad radical por mor del artículo 6.3 del CC. En el mismo sentido en sede de donación y recogiendo un supuesto prácticamente idéntico al aquí planteado se pronuncia el artículo 629 del CC el cual reza que las donaciones hechas a personas inhábiles (léase, entre otros tutor) son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente bajo la apariencia de otro contrato por persona interpuesta, igualmente recoge esta idea el artículo 755 del CC en sede de institución de heredero. En el ámbito de la jurisprudencia registral nos encontramos la resolución de la DGRN de 8 de abril de 1991 que permite al registrador apreciar el carácter fraudulento de un negocio cuando de forma objetiva resulte de la documentación (o del registro) un resultado antijurídico, como ocurre en el presente supuesto por los motivos arriba indicados. Asimismo, la resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993 que textualmente señala que “el Registro ha de ser un instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndole cobijo de fantasías y fraudes”. Medio de subsanación: el Registrador que suscribe entiende posible la subsanación de este extremo si se presenta resolución judicial emitida por el juez encargado de velar por los intereses del incapacitado autorizando la segunda venta. Se advierte por último que conforme al artículo 101 del RH la calificación de los documentos presentados en el registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los tribunales sobre la validez o la nulidad del título. No se toma Anotación Preventiva de suspensión por no haberse solicitado. Notifíquese al presentante y al Funcionario autorizante, quedando prorrogado automáticamente el asiento de presentación por plazo de 60 días a contar desde su recepción. Contra la presente (...) Berja a 30 de marzo de 2009. El Registrador titular. Fdo. Álvaro Lázaro Martínez.»

## III

El Notario solicita del Registrador de la Propiedad de Canjáyar calificación sustitutoria, confirmando el mismo el día ocho de mayo la calificación reseñada.

## IV

Don Higinio Pi Guirado, como Notario autorizante, interpone recurso mediante escrito presentado el día quince de mayo de dos mil nueve con arreglo, entre otros, a los siguientes Fundamentos de derecho: En cuanto a la formalidad de la notificación de la nota de calificación hace constar que la notificación realizada por medio de fax no se ajusta a la doctrina de la DGRN que reiteradamente tiene establecido que el fax, –y menos aún las denominadas calificaciones verbales o por medio de simples notas–, no son medio idóneo de notificación de la calificación negativa, pues tal notificación queda sujeta, ex artículo 322, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, a lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y ninguno de dichos preceptos admite el fax como medio de notificación por cuanto no permite tener constancia de la adecuada recepción por el destinatario de la calificación efectuada. En cuanto al fondo de la cuestión, considera que respecto del fundamento de la prohibición contenida en el artículo 221.3 del CC se señala que, para evitar toda sospecha de perjuicio a los intereses del sujeto a guarda a favor de quien, precisamente, está obligado a velar por ellos, se ha optado por prohibir la relación onerosa entre guardador y guardado, actuando preventivamente: el mero riesgo inherente a la relación onerosa, basta para excluirla totalmente. Relación onerosa que en el título calificado es entre un tercero y el guardador, no entre el guardador y el guardado. No concurre el supuesto de hecho que la ley pretende que se llegue a producir: la existencia de una incompatibilidad entre dos situaciones jurídicas lícitas; la situación tutelar y una sobrevenida relación patrimonial entre los mismos sujetos y entre los que se da esa situación de protección. Por otra parte, la interpretación restrictiva de las prohibiciones impide considerar al supuesto de hecho dentro de las mismas ya que el adquirente del bien o bienes que lo eran del tutelado adquiere libre de cualquier limitación y su propiedad, «es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (artículo 348 CC); es la propia Ley artículo 221-3, la que prohíbe al tutor

adquirir bienes a título oneroso del tutelado, pero no prohíbe la adquisición de bienes de un tercero, que a su vez los adquirió del tutelado, dada la naturaleza prohibitiva de la misma, que no puede ampliarse ni aún por razón de la analogía a personas o casos que no comprendan, según las reglas generales de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (artículo 4 CC). Por último, considera el notario: A.–Que no hay vulneración del precepto reseñado, al no darse el supuesto de hecho en el mismo previsto (adquisición onerosa por el tutor de bienes del tutelado). B.–Inclusive y aunque la adquisición por el tutor fuese directamente de bienes del tutelado, se ha considerado riguroso e inadecuado mantener el carácter absoluto de la prohibición, propugnando incluso para los contratos que la violen, un régimen de ineficacia sanable.

V

El Registrador emitió informe el día 25 de mayo de 2009 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

VI

El 27 de mayo de 2009 y el 2 de junio de 2009 el Registrador remite dos escritos del Notario de fechas 21 y 26 de mayo relativos, respectivamente, a las notificaciones por fax y correo certificado de la calificación sustitutoria antes reseñada, haciendo constar en el primero de los escritos la falta de fundamentación de la misma.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 18, 19 bis, reglas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>; 38, 322, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria; 221.3 del Código civil; artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 1991; 20 de febrero de 1992; 25 de junio de 2001; 11 de junio de 2004; 1 de febrero, 12 de septiembre y 15 de octubre de 2005; 19 de abril de 2006; 12 de mayo, 19 de julio y 7 de noviembre de 2007; de 2 y 28 de febrero, 5, 7 y 18 de marzo, 5 y 6 de mayo y 22 de octubre y 1 y 5 de diciembre de 2008.

1. En el presente recurso se ha de determinar si es o no conforme a Derecho la calificación registral por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa de una finca y participaciones indivisas de seis fincas más, en la que intervienen como transmitente un matrimonio y como adquirente el tutor de una persona incapacitada judicialmente (inmediato titular anterior de los bienes) quien, en su condición de legal representante del incapacitado, los transmitió, seis meses antes de la actual enajenación, precisamente a las mismas personas que ahora actúan como transmitentes.

El Registrador suspende la inscripción por considerar que hay serios indicios de fraude ya que el que adquiere las fincas, en su condición de tutor y representante legal de un incapaz, vendió los mismos bienes y por el mismo precio, seis meses antes de la enajenación, a los que ahora los venden, por lo que, indirectamente e instrumentado a través de una doble venta sucesiva, se estaría defraudando la prohibición del artículo 221 n.º 3 del Código Civil, que impide a quien ostente cargo tutelar «adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título». Funda el Registrador su convicción de fraude en el hecho de que entre el tutor, el pupilo y uno de los esposos ahora vendedores existe una estrecha relación de parentesco (hermanos de doble vínculo), en la identidad del precio convenido en ambas ventas y en la proximidad temporal entre las mismas.

2. Antes de examinar la única cuestión de fondo que ha de ser resuelta en este recurso se hace necesario abordar una cuestión previa de procedimiento.

Afirma el recurrente que la notificación que se le ha hecho de la calificación negativa por medio de fax no se ajusta a las formalidades exigidas legalmente, conforme al artículo 322, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria. A este respecto se ha de recordar que, según el citado artículo 322 de la Ley Hipotecaria (según redacción resultante de la

Ley 24/2001, de 27 de diciembre), el Registrador de la Propiedad debe notificar la calificación negativa al Notario autorizante del título, en el plazo y en la forma establecidos en dicho precepto legal, que establece que dicha notificación se efectuará conforme a los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Conforme al referido artículo 59 de esta Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las notificaciones «se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado».

Ciertamente, en vía de principio, el telefax no comporta estas garantías, toda vez que el recibo del mismo lo realiza el aparato emisor y no el receptor, sin que deje constancia de la recepción (que puede no haberse producido por otros motivos, como, por ejemplo, por ausencia de papel en dicho aparato receptor, inexistencia de persona que recoja el escrito, etc.), y sin que conste dato alguno sobre la persona que recoja la comunicación, ni la fecha y momento en que ésta es recogida.

Por ello, respecto de la regularidad de la notificación de la calificación negativa en relación con la fijación del dies a quo del cómputo del plazo para la interposición del recurso -así como en relación con el inicio del plazo de prórroga del asiento de presentación- (cfr. artículo 323 de la Ley Hipotecaria), este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 12 de mayo, 19 de julio, 14 de noviembre y 1 de diciembre de 2007, 28 de febrero de 2008 y las demás citadas en los «Vistos» de la presente) ha venido poniendo de relieve reiteradamente que el telefax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa.

Es cierto que el propio artículo 322 de la Ley Hipotecaria establece que será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente. Se trata ésta de una disposición, redactada por la citada Ley 24/2001, concordante con el texto que entonces tenía el apartado 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992 (con el siguiente texto: «Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos...»). Pero es también cierto que este apartado fue derogado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Asimismo, la referida disposición del artículo 322 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretada atendiendo no sólo a sus palabras sino también a su espíritu, al marco normativo resultante de reformas recientes y a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores, en un ámbito en el que (ya desde lo establecido en los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre, y 2537/1994, de 29 de diciembre) se ha venido impulsando el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias como funcionarios públicos (cfr. los artículos 107 y 108 de la Ley 24/2001, con las modificaciones introducidas por de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; y, en otro ámbito, los artículos 45.1 de la Ley 30/1992; 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre). Todo ello en razón del principio de agilización y de economía procedimental que inspira la regulación de la actuación de Notarios y Registradores, entre quienes existe (ya desde la entrada en vigor de los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre, y 2537/1994, de 29 de diciembre, antes citados) una obligación de colaboración para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que comprende el deber instrumental de mantener un sistema de comunicación telemático, incluyendo la utilización del telefax, que impone a aquellos un deber activo de atención a la recepción de los documentos que por tal vía reciban que, en consecuencia, no podrán ignorar ni dar por no recibidos -salvo en los excepcionales supuestos en que se pruebe la imposibilidad técnica o material de acceso al contenido del documento (vid. artículo 28 n.º3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio)-.

Pero es que, además, en cualquier caso, el hecho de que el Notario haya presentado el recurso en los términos referidos, que constan en este expediente, pone de manifiesto

que el contenido de la calificación ha llegado a su conocimiento, según admite expresamente, por lo que el posible defecto formal en que eventualmente se hubiera podido incurrir habría quedado sanado, conforme al artículo 58.3 de la Ley 30/1992.

3. Entrando en el fondo del asunto, dos son los problemas planteados en el recurso: en primer lugar, si el Registrador puede calificar la posible naturaleza fraudulenta del título que se le presenta con los medios de que dispone; en segundo lugar, si en el supuesto de hecho de la presente resolución se puede llegar a esta conclusión.

En relación a la primera cuestión hay que señalar que, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores calificarán la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras presentadas a inscripción por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Pero ello no significa que ejerzan una función de carácter judicial y de plena cognición, respecto de la cual el título presentado sea un mero medio de prueba más. En el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título, cuando concurren los requisitos legales para ello, con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. En el concreto caso de los negocios que, por el conjunto de las circunstancias concurrentes, sean susceptibles de ser considerados como celebrados en fraude de ley, civilmente es indudable que incurrirán en nulidad por contravención de la norma defraudada (cuando ésta tenga carácter imperativo y no prevea una sanción distinta), norma que deber prevalecer frente a la de cobertura (cfr. artículo 6.4 del Código Civil). Pero al igual que sucede en el caso de los negocios simulados, u otros de los denominados por la doctrina oblicuos o indirectos que están ligados a una intencionalidad concreta (v.gr. «consilium fraudis»), pueden escapar del control de la calificación registral, como escapan los casos de dolo o intimidación en la formación de la voluntad, o los supuestos de rescisión por lesión u otros, pues la determinación de la concurrencia de estos factores exige la práctica de pruebas de todo tipo, no sólo documentales, que han de ser residenciadas en sede judicial.

Ahora bien, ello no quiere decir en modo alguno que la calificación esté restringida a operaciones mecánicas de aplicación formal de determinados preceptos, ni que al Registrador le esté vedado acudir a la hermenéutica y a la interpretación contextual, cuando el contexto resulte de la propia documentación sujeta a calificación y de los datos obrantes en el propio Registro, incluyendo los supuestos de fraude de ley, que no requieren necesariamente de una voluntad interna dirigida a tal fin de difícil probatura, sino la producción de un resultado objetivamente antijurídico o contrario al Ordenamiento jurídico. Así, la propia Resolución de este Centro Directivo de 8 de abril de 1991 afirma que el principio de la buena fe exige para apreciar el carácter fraudulento de un negocio, bien la intencionalidad subjetiva de burlar una norma, o también –añade explícitamente– podrá atribuirse dicho carácter al negocio en caso de producir un resultado antijurídico, de forma que si, según lo dicho, el Registrador carece de medios para indagar en la conciencia o «psique» de los contratantes averiguando su intencionalidad subjetiva, no cabe duda de que podrá apreciar tal carácter fraudulento cuando de forma objetiva resulte de la documentación la existencia de un resultado antijurídico. Como puso de manifiesto la Resolución de 4 de marzo de 1993 «el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndole cobijo de fantasías y fraudes».

Ahora bien, la facultad que se atribuye al Registrador para calificar la validez del título no puede ir más allá de la comprobación de que, según los medios que puede tomar en cuenta al formar su juicio (los propios títulos presentados y los asientos del Registro), el contenido del documento no es contrario de forma clara a la ley imperativa o al orden público, ni existe falta alguna de requisitos esenciales que vicie el acto o negocio documentado haciéndolo inválido o ineficaz civil o registralmente. Por ello, para que el Registrador pueda apreciar el carácter fraudulento del título presentado debería resultar de modo patente del mismo (como sucedió, v.gr., en el supuesto de la Resolución de 21 de mayo de 2007 en que se pretendía la inmatriculación mediante una escritura de aportación a la sociedad ganancial otorgada por quien, en escritura autorizada por el

mismo notario con número inmediato anterior de protocolo, había comprado la finca para sí, con confesión de privatividad realizada por su cónyuge).

4. Resta por determinar si en el caso que nos ocupa se deduce de modo indubitado del documento presentado tal circunstancia. Debe contestarse negativamente a esta cuestión. Por una parte, los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y la presunción «iuris tantum» del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se refiere tanto al derecho que publica el Registro como al título material que fue inscrito (cfr. artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria). Partiendo de esta premisa, el Registro proclama como titulares a los que aparecen como vendedores, sin que exista ninguna restricción al poder de disposición por razón de su título adquisitivo y sin que aquellos adolezcan de limitación alguna a su capacidad de obrar. El hecho de que quien aparece como comprador compareciese como tutor y representante legal del vendedor en el título previo, el vínculo de parentesco entre los contratantes, la identidad del precio fijado, y el lapso temporal, relativamente breve, entre ambas ventas, son posibles indicios de una eventual relación fraudulenta, pero no son suficientes por sí, ni revelan de modo notorio la existencia del fraude –pues no pudiendo excluirse en este caso el «consilium fraudis», tampoco se puede obtener la certeza de su existencia con los solos elementos documentales de que dispone el Registrador en su calificación–. Para alcanzar de forma segura tal conclusión sería necesario acudir a medios de prueba extrínsecos al documento presentado y al que lo fue inscrito anteriormente, medios probatorios que son ajenos al procedimiento registral, y cuya práctica y valoración corresponde a los Tribunales. Y ello sin perjuicio de que, si el Registrador entiende que existe motivo para ello, proceda a las comunicaciones a la autoridad judicial que prevé el artículo 104 del Reglamento Hipotecario.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 1 de octubre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.