

La calificación registral: Problemas

SUMARIO: I. *La calificación registral*: a) Trascendencia de la misma en relación con la actuación jurídica. b) Sus dificultades en el momento actual.—II. *Lo real y lo personal en la hipoteca*: a) Cláusulas obligacionales. b) Cláusulas resolutorias y reales.—III. *Hipoteca de una porción o cuota indivisa*: a) Posibilidad de hipotecar porciones indivisas. b) Imposibilidad de hipotecar una parte indivisa indeterminada.—IV. *Concepto de causahabiente en el Derecho registral*: a) En el Código Civil. b) En diversas legislaciones especiales. c) En la legislación hipotecaria.—V. *Ampliación del título inmatriculador*: a) Actos de deslinde. b) Escritura con pacto de retro.

I

LA CALIFICACION REGISTRAL

De la serie de principios que justifican nuestro sistema hipotecario y que sirven, además, para su encuadramiento en el campo de la dogmática, elijo el llamado de «la legalidad», cuya actuación se realiza a través de la función calificadora o privilegio que la ley concede a los Registradores, honrándoles con la categoría de juristas. Me propongo en estas líneas solamente fijar la trascendencia de la función en relación con la serie de actos y contratos que pretenden su acceso al Registro de la Propiedad, pues la esencia de la misma ya ha sido debidamente estudiada por la doctrina, llegándose a conclusiones aceptables en el orden cualificativo. También es importante destacar la situación de la función en el momento actual, en el que el «bosque legislativo» la dificulta y le da un carácter de extraordinaria para quienes deben inexcusablemente ejercitarla.

Los problemas que luego presento no son la auténtica muestra de esta dificultad y los traigo aquí por una pura razón de conexión del Derecho Hipotecario con ese Derecho básico que debe animar todo intento de ejercicio de función calificadora: el Derecho Civil. He lle-

gado a la convicción de que para el logro de la plenitud de lucidez jurídica en las funciones calificadoras es preciso manejar con mucha soltura ese núcleo central de nuestro Derecho Privado, encajándolo en la técnica hipotecaria. Sin la base del Derecho Civil toda calificación se hace dificultosa, no tiene luces orientadoras y siempre desembocará en soluciones poco iluminadas por la claridad de las raíces civiles.

- a) *Trascendencia de la misma en relación con la actuación jurídica.*—El techo al que debe aspirar cualquier acto jurídico que pretenda lograr su plena efectividad es la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sólo la inscripción, aun con su carácter general de declarativa, puede lograr lo que no alcanza un acto intervenido por Notario, sancionado por un Juez o asesorado por un Abogado del Estado o cualquier otra autoridad administrativa. No basta que la titulación sea auténtica y que haya sido elaborada con la intervención de esos funcionarios de gran prestigio en la esfera jurídica española. Es preciso, para que el acto o contrato tenga acceso al Registro, que sea examinado por un funcionario al que la ley le ha concedido la facultad de calificar y decidir. En ese acto solemne de la calificación, el Registrador reúne o debe reunir todos los conocimientos que los funcionarios citados tienen para ejercer sus carreras (Notarios, Jueces, Abogados del Estado, funcionarios públicos, órganos administrativos, etc.) siempre que el acto o contrato de que se trate se refiera a materia inscribible.

La Ley reconoce a la documentación pública una serie de garantías en torno a la validez y eficacia del acto que en las mismas se recoge, pero para asegurarse de que el acto que ha de ser protegido plenamente reúne todos los requisitos precisos en cuanto a esos aspectos, exige la intervención última de un funcionario en el que deposita su plena confianza para que decida si el acto que pretende la protección que la institución registral le brinda, puede ser merecedor de la misma. Esto es una distinción, un privilegio, pero también un deber que la Ley impone, pues si el privilegio honra y eleva, también exige. El Registrador aquí, en este momento supremo, no puede dudar, no debe vacilar, no puede eludir su juicio decisivo, ha de pronunciarse y fijar con su criterio la validez y eficacia del acto sujeto a inscripción. El acto, según su decisión, podrá ser inscrito y protegido por el Registro, el acto deberá complementarse por venir falto de requisitos o el acto

quedará fuera de la protección registral por contener un defecto insubsanable.

La actuación registral, al ejercer la función calificadora, tiene no una doble actividad, como apuntó NÚÑEZ LAGOS (1), sino una triple dimensión: a) Una de fondo o jurídica y legislativa. b) Otra registral, en cuanto ha de adecuar la realidad jurídica con la registral; y c) Otra formal, sobre los libros del Registro, extractando y seleccionando lo que ha de pasar a ser el contenido del asiento que realice. Para el desarrollo de estos tres aspectos se necesita un conocimiento profundo de la legislación vigente, de los principios hipotecarios y de la legislación específica.

Se ha querido justificar la atribución de esta facultad en la especialización de unos conocimientos o en la realización de una actividad «hipotecaria». Así CAMPUZANO (2) decía que hay que tener en cuenta que el Notario atiende, principalmente, a establecer una relación jurídica entre las partes, y, en cambio, el Registrador obra en nombre del Estado, para dar determinados efectos a esa relación, y, por consiguiente, antes de tomarla a su cargo, el Estado está en el deber de juzgarla para saber si debe o no protegerla. Por otra parte, COSSÍO Y CORRAL (3) dice que el principio de legalidad se desenvuelve en un verdadero *juicio hipotecario* que, tomando por base los datos que constan en el Registro y los que son suministrados por los interesados, termina o no, según los casos, en la práctica del asiento solicitado, con objeto de asegurar la correspondencia entre la realidad jurídica y los libros hipotecarios. Como he apuntado antes, creo que la actividad desarrollada por el Registrador al ejercer su esencial facultad calificadora, abarca campos que trascienden de la mera materia hipotecaria—sin perjuicio de que en ésta sea un destacado especialista—, y que la exigencia legal de examinar los elementos formales de los documentos, la capacidad de los que intervienen en ellos y la validez de los actos dispositivos presupone una amplitud de campos y de legislaciones que los rigen y que,

(1) NÚÑEZ LAGOS (R.): *El Registro de la Propiedad Español*, edición separata, pág. 14. Dice este autor que "el Registrador, por su parte, desarrolla también una doble actividad: a) Formal, sobre los libros del Registro... b) De fondo, sobre el documento..."

(2) CAMPUZANO Y HORMA (F.): *Principios generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1941, pág. 253.

(3) COSSÍO Y CORRAL (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 99.

por razones de la documentación que tiene acceso al Registro, podrían comprenderse dentro de estas tres categorías: notarial, judicial y administrativa.

Acierta, a nuestro entender, LACRUZ BERDEJO (4), quien precisa la esencia de la función calificadora diciendo que en ella el Registrador realiza un juicio lógico de análisis fáctico y subsunción jurídica, que desemboca en su resolución, término del procedimiento: la práctica, denegación o suspensión del asiento solicitado. También MORELL Y TERRY (5) supo deslindar limpiamente esa función al decir que la calificación es la facultad de examinar, censurar, admitir o rechazar el título sujeto a inscripción, el acto por el cual el Registrador examina los títulos inscribibles y decide sobre su admisión o no admisión en el Registro. Por ella se establece, digámoslo así, una *comparación entre el título y las disposiciones legales* que le son aplicables, a fin de que la inscripción reúna todas las garantías posibles de estabilidad y firmeza.

Realmente, la justificación de la concesión de esta facultad no reside en el conocimiento más o menos amplio de la normativa legal por el funcionario que la ejerce, ya que eso la Ley lo presume al conceder la facultad y exigir para el desempeño del cargo una serie de pruebas de aptitud, sino en lo que la mayoría de los autores señalan con gran acierto: en un sistema como el nuestro, en el que la inscripción surte tan importantes efectos, es preciso que los asientos vayan precedidos de una amplia calificación de los títulos, a fin de evitar los perjuicios que podrían ocasionarse si ingresan en el Registro derechos que no debían entrar en él (6); en un sistema como el español, dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ (7), en que los asientos registrales se presumen exactos, es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada, pues, de lo contrario, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos. Con su precisión habitual, SANZ FERNÁNDEZ (8) dice que la mayor o

(4) LACRUZ BERDEJO (J. L.): *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 394.

(5) MORELL Y TERRY (J.): *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1927, tomo II, pág. 250.

(6) ROCA SASTRE (R. M.^a): *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1968, página 250.

(7) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ (J.): *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, tomo I, pág. 432.

(8) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, tomo II, pág. 146.

menor importancia de los efectos que en cada sistema hipotecario se concedan a la inscripción, produce como consecuencia un mayor o menor rigor en los requisitos exigidos para la admisión de los títulos en el Registro, y así, en los sistemas en que la inscripción produce efectos constitutivos—alemán y suizo—o convalidantes—sistema español—, llegando a dar plena eficacia a los derechos inscritos, principalmente a través de la fe pública registral, es lógico que el legislador procure asegurarse de que sólo tienen acceso al Registro los títulos válidos y, en general, aquellos que reúnen todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la inscripción.

En relación con el acto jurídico que va a reflejarse en los libros del Registro de la Propiedad, la función calificadora tiene una trascendencia que está relacionada con su «amplitud de actuación», con su «influencia constructiva» de soluciones para figuras jurídicas, su «carácter personal» y su «reflejo formal». Los temas han sido ya tratados ampliamente y aquí sólo vamos a señalar ciertos matices:

— *Amplitud de actuación.*—De todos es conocido el ámbito que el Registrador desarrolla en relación con la documentación notarial y que comprende los extremos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, 99 de la misma y 98 del Reglamento Hipotecario. Contrasta esta exigencia rigurosa con el inevitable conocimiento que el cuerpo notarial debe presuponerse en materia registral y, sobre todo, en materia civil y mercantil. Ya hemos visto, sin embargo, la razón justificativa de la misma.

El *documento judicial* goza aparentemente de cierta dosis de protección ante la calificación jurídica, ya que ésta sólo puede concretarse a la competencia del Juzgado que dicta el acto inscribible, a la congruencia del mandato con el procedimiento, a las formalidades extrínsecas del documento y a los obstáculos que surjan del Registro. Tal es la doctrina que se desprende de los artículos 100 y 99 de la Ley y Reglamento, respectivamente. Pero ante todo ello surge la pregunta de si realmente esto «debe ser así» y de si en la actualidad se ajusta a dicha norma restrictiva la calificación registral. Es preciso que examinemos una serie de razones históricas y una realidad jurídica actual. Es quizá el

autor más preciso en este punto LA RICA (9), quien en sus conocidos comentarios concreta el proceso evolutivo de la calificación en relación con los documentos judiciales.

Dice el autor citado que los precedentes son hartos conocidos. Antes de la reforma de 1909 la Ley no trataba de la calificación de los documentos judiciales, salvo la regla especialísima del artículo 101, relativa a la competencia de los Jueces y Tribunales que ordenan cancelaciones cuando no fueran los mismos que hubieran decretado la inscripción o anotación a cancelar. Pero el Real Decreto de 3 de enero de 1876, siguiendo la orientación marcada por la Orden de 1874 y una Resolución de 1875, había sometido a la calificación registral los documentos judiciales en términos suficientemente amplios. La Ley Hipotecaria de 1909 extendió la calificación a la legalidad de las formas extrínsecas de los *documentos de toda clase*, entre los que ha de incluirse a los judiciales. La Dirección General fue ampliando por exigencias prácticas y justificadas las facultades calificadoras a otros extremos (10).

El avance que respecto a estos documentos ha experimentado la calificación puede señalarse como adecuado y preciso. La Ley Hipotecaria de 1861 no llegó en el campo de la calificación más que a las formas extrínsecas de las escrituras, a pesar de reconocer como documentos inscribibles los que actualmente señala el artículo 3.º de la misma. A lo más que llegó, en materia de documentos judiciales, fue al examen y calificación de la competencia del Juez en los casos de cancelación. La Ley de 1909 extendió en forma genérica la calificación, en cuanto a las formas extrínsecas, a los *documentos de cualquier clase*, criterio que se mantiene en la legislación actual, sin que el artículo 18 pueda ampliarse en lo relativo a la capacidad de los otor-

(9) LA RICA Y ARENAL (R.): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, tomo I (*Innovaciones*), pág. 84.

(10) Pueden señalarse los extremos relativos a los impedimentos u obstáculos surgidos del Registro (R. 3 de julio de 1912); la naturaleza del procedimiento en que recaen los mandatos judiciales inscribibles (R. 20 de febrero de 1912); la competencia del Juez o Tribunal (R. 20 de enero de 1928 y 18 de diciembre de 1942); la justificación de que la Resolución judicial es firme (R. 18 de octubre de 1944). La fórmula que utilizó la Resolución de 22 de junio de 1922 es prácticamente la que ha pasado al actual artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

gantes y a la validez de los actos dispositivos, más que a las «escrituras públicas» (11).

Creo, sin embargo, que no debe olvidarse que esta redacción del artículo 18 de la Ley Hipotecaria discrepa un poco de la utilizada por el artículo 99 de la misma Ley, en la cual, y a efectos de cancelación, se otorga al Registrador la facultad de calificar bajo su responsabilidad *la legalidad* de los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones, agregando, a mayor abundamiento del artículo 100 de la misma Ley, que los Registradores calificarán *también* la competencia de los Jueces y Tribunales que ordenen las cancelaciones (12). De otra parte, es preciso siempre tener muy en cuenta que al Registro «no deben» llegar los títulos que no sean válidos, ya que, como dice NÚÑEZ LAGOS (13), el título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido. Los títulos imperfectos en cuanto al fondo, no tienen acceso al Registro. Si este principio basado en la frase «validez de los actos dispositivos» (artículo 18 de la L. H.) y la doctrina que emana del artículo 33 de la misma Ley, no puede ser aplicable a los documentos judiciales que aun siendo nulos podrían tener

(11) La expresión «escritura pública» interpretada literalmente elimina de la calificación, en relación con la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos, todos los documentos públicos e instrumentos notariales que no sean escrituras, pero eso no puede admitirse plenamente. De todos son conocidas las diferencias entre escrituras y actas, pero puede afirmarse que en estas últimas también cabe que el Registrador califique capacidades de «comparecientes» e «intervinientes», así como la validez de ciertos actos contenidas en ellas. Circunscribiendo la calificación registral en orden a la capacidad de los otorgantes y a los actos dispositivos a sólo las escrituras públicas, queda mermada la efectividad del Registro respecto a todos aquellos supuestos en los que la legislación admite la inscripción basada en un «documento privado», así como el supuesto del acta de protocolización de operaciones particionales del artículo 83 del Reglamento Hipotecario, los casos de actas de notoriedad inmatriculadoras, etc. No debe olvidarse también que la Dirección General de los Registros ha dicho en Resoluciones de 1 de julio de 1943 y 31 de marzo y 11 de julio de 1936 que la capacidad de los otorgantes también debe calificarse por el Registrador cuando de contratos judiciales y administrativos se trate y en ellos intervenga Juez o funcionario público.

(12) Si por LEGALIDAD—referida a los títulos inscribibles—entendemos que los mismos deben reunir los *requisitos* que las leyes establecen para su validez, perfección y eficacia, es evidente que cuando de cancelaciones y documentos judiciales se trate, la calificación tiene una amplitud que no parece deducirse del artículo 18 de la L. H. Es argumento favorable a esta interpretación el artículo 98 del R. H., que sólo interpreta la legalidad «referida a las formas extrínsecas».

(13) NÚÑEZ LAGOS (R.): *El Registro de la Propiedad español*, Madrid, 1949, edición separata, pág. 14.

acceso al Registro, aunque éste les dejaría tan nulos como si no hubieran tenido acceso, se provocaría la aparición ulterior del tercero protegido sobre la base de una inscripción inicialmente nula.

No es muy clara la teoría de la patología del acto procesal en el Derecho que lo regula. JAIME GUASP (14), después de considerar que en el problema procesal no debe aplicarse rigurosamente el artículo 4.º del Código Civil, y que, por ello, será preciso examinar caso por caso, distingue entre la nulidad y la ilicitud o irregularidad de los actos procesales. En la nulidad perfila dos clases: la absoluta y la relativa. Por nulidad entiende la falta de alguno de los requisitos exigidos para el acto procesal, siendo la «absoluta» aquella que supone la falta de un requisito tan grave que cualquier sujeto, en tiempo y de cualquier forma, puede poner de manifiesto el vicio por el que la ineficacia se produce, siendo en todo caso «convalidables»; la nulidad «relativa» se da cuando el acto procesal incurre en un vicio que, por ser menos grave que el que engendra la nulidad absoluta, necesita de una especial actividad dirigida a provocar la ineficacia correspondiente, esto es, una actividad específica de invalidación, no necesitando ser convalidados. La «ilicitud» o irregularidad supone un pacto en el que falta algún requisito y que da lugar a una posible sanción de tipo penal, civil o disciplinaria.

SÁENZ JIMÉNEZ Y LÓPEZ GAMBOA (15) llegan casi a las mismas conclusiones que GUASP, pero en los ejemplos que ponen de cada uno de los actos encuadrables en las distintas clases apuntadas, dan pie para una actuación calificadora del Registrador. La «inexistencia» adviene por falta de alguno de los requisitos esenciales del acto, como, por ejemplo, la sentencia dictada por quien no es Juez. Es evidente que este caso entra dentro de lo que nuestro Reglamento Hipotecario denomina competencia y congruencia del mandato con el procedimiento seguido (art. 99 del R. H.). Lo mismo viene a suceder en el caso de la «nulidad absoluta» producida por falta de algún requisito esencial, como el su-

(14) GUASP (J.): *Derecho Procesal Civil*, 2.ª edición, Madrid, 1961, página 302.

(15) SÁENZ JIMÉNEZ (J.) y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA (E.): *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, tomo I, pág. 587.

puesto de un juicio verbal tramitado ante un Juez de Primera Instancia, cosa que entra en la amplitud de la función calificadora. Escapan, sin embargo, a ella los casos de la nulidad relativa o anulabilidad y, como es lógico, los del acto irregular sólo sancionable o corregible con una pena, una indemnización o una corrección disciplinaria.

La decisión del Registrador en su calificación por razones de nulidad u omisión de requisitos esenciales del acto no parece pueda tener, en principio, el carácter de *denegatoria* presuponiendo que el defecto es insubsanable, sino que tratándose de actos *convalidables*, como antes hemos apuntado, deben ser calificados de subsanables (ver art. 363 de la L. E. C.) (16).

La amplitud de la calificación registral en torno a estos documentos no sólo tiene en la actualidad reflejo en infinidad de actos principales, sino también en actos procesales que sólo sirven como documentos complementarios. Quizá en estos últimos casos la posible nulidad civil del acto haga ineficaz el documento judicial complementario.

- Como documentos principales podemos señalar los casos de mandamientos judiciales ordenando anotaciones preventivas sobre bienes presuntivamente gananciales y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, pueden ser rechazados por el Registrador por la omisión de la notificación del embargo a la mujer. La reforma civil del 1.413 del Código Civil provocó la hipotecaria y repercutió en los requisitos sustanciales del embargo haciendo de la notificación a la mujer un trámite procesal de necesaria observancia calificable por el Registrador.

Otro tanto podría decirse en el campo de las citaciones, notificaciones y emplazamientos. Recordemos a título de ejemplo el caso del expediente de dominio que exige, conforme al artículo 201 de la Ley Hipotecaria, la citación de determinadas personas y la convocatoria de otras. Pues bien, si del auto en que termina el procedimiento no resulta cumplido ese trámite, el Registrador en su calificación puede suspender la inscripción o inscripciones que con el mis-

(16) Dice el artículo 363 de la LEC: "Tampoco podrán los Jueces y Tribunales variar ni modificar sus sentencias después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga sobre punto discutido en el litigio."

mo se pretendan. Igual sucede con el expediente de liberación de gravámenes del artículo 210 de la Ley Hipotecaria.

ROCA SASTRE ya ha sostenido esta misma idea referida a otros supuestos (17), diciendo que la función calificadora del Registrador se extiende a la materia relativa a notificaciones o citaciones de la persona que sea titular registral del dominio o derecho real limitado y que haya de resultar afectada o perjudicada por el asiento ordenado o dimanante de la autoridad judicial. A título de ejemplo cita el artículo 126 de la Ley Hipotecaria y el 143 de su Reglamento, en orden a la notificación que debe hacerse el tercer poseedor en los procesos de ejecución. Igualmente sucede con el hipotecante que debe ser citado en el procedimiento judicial sumario (art. 131 de la L. H.) y en el extrajudicial (art. 235 del R. H.). De la misma forma puede predicarse esta necesidad en el artículo 40 de la L. H. en materia de rectificación de asientos. Por su parte, el artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina la forma de esas notificaciones. La necesidad de las mismas se deduce no sólo de los preceptos indicados, sino del párrafo 3 del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Ratifica la necesidad de estas modificaciones las Resoluciones de 21 de julio y de 1 y 4 de agosto de 1939, y precisa la forma de hacerlas a los herederos del deudor la de 18 de diciembre de 1942.

La calificación registral, de otra parte, se mueve en un amplio campo cuando determina «la clase del documento judicial» que debe servir para la práctica del asiento solicitado. De los cuatro documentos judiciales idóneos para su acceso al Registro—sentencias, autos, providencias y mandamientos—no todos sirven en su eficacia para lograr la inscripción, anotación o cancelación correspondiente. Sería prolijo descender a detalles de la legislación hipotecaria, pero nos pueden servir de ejemplo artículos como el 41 o el 82, que imponen la sentencia para el asiento a practicar, en otros como el 43, 46, 68 y 83 se habla de providencias y, por último, en otros se expresa el mandamiento como medio hábil para el logro del asiento (arts. 43, 83, 257, etcétera). En todo caso, es preciso aclarar que las sentencias

(17) *Op. cit.*, tomo II, pág. 258.

y los autos llegan al Registro en virtud de un testimonio, mientras que las providencias exigen mandamiento. Esta idea está recogida en Resolución de 22 de noviembre de 1893. Pues bien, la calificación registral aquí se muestra decisiva, rechazando la clase de documento judicial que no se ajuste a lo ordenado por la legislación.

Por supuesto, en el ámbito de los requisitos formales y en los obstáculos que surjan del Registro, la calificación registral es exhaustiva. Lo mismo puede decirse de la «condición de firme» de las resoluciones judiciales que pretenden el acceso registral (18).

- Como documentos complementarios al principal que trata de inscribirse, los casos son muy numerosos, pero fundamentalmente queremos concretarnos a los que plasman la necesaria autorización para ciertos actos que civilmente la exigen. Vamos a traer a colación el discutido caso de la enajenación de los bienes sujetos o afectos a una sustitución fideicomisaria y que pretenden ser enajenados por el fiduciario, acudiendo al socorrido cauce de la autorización judicial de menores (art. 164 del C. C.) o a la de los ausentes (art. 186-3 del C. C.).

Es frecuente, aunque ya veremos si eficaz y válido, el caso de que a una determinada escritura para otorgar preceda o siga una autorización judicial, bien para que la finca enajenada se «sustituya» por otra que quedará afectada al fideicomiso o para que el precio obtenido—con subasta o dispensa de ella— sea depositado y empleado conforme al destino designado por el Juez.

(18) Para que las resoluciones judiciales tengan acceso al Registro es preciso que las mismas tengan la condición de firmes. Así se estableció por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de octubre de 1944, en la cual se dice que no puede inscribirse el testimonio de un auto de adjudicación de una finca cuando consta que no es firme por haberse interpuesto apelación contra el mismo y que fue admitido en ambos efectos. De dicha Resolución se deduce la lógica doctrina de que el acto judicial no debe tener acceso al Registro si está pendiente de un recurso, pues sólo cuando la sentencia se encuentre en condiciones de ser ejecutada es cuando puede tener su plena eficacia. De lo contrario sólo cabría una anotación preventiva, pues conforme al artículo 388 de la L. E. C. apelada una sentencia se suspenderá su ejecución hasta que recaiga el fallo del Tribunal superior. De las mismas sentencias y autos se deduce claramente esta doctrina, ya que en ellas y en su parte dispositiva se dice: "firme que sea esta resolución, expídase el testimonio de la misma...", pero no antes de su firmeza. Recoge esta doctrina hoy día el artículo 199 del Reglamento Hipotecario al tratar de la cancelación de anotaciones preventivas por caducidad.

Creo que es ocioso decir que la tesis avanzada de la posible enajenación o sustitución de la finca afecta al fideicomiso fue brillantemente defendida por GONZÁLEZ PALOMINO (19) como único portillo para salvar ese tremendo impedimento que hasta la Compilación catalana ha sabido superar (20). La posibilidad de una enajenación condicional, defendida por LA CÁMARA, hace ilusoria la efectividad práctica de la misma (21). Esta última dirección fue admitida por la Dirección General en Resoluciones de 16 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1934, pero la constante ideología jurídica que presiden sus decisiones es contraria a toda enajenación, aun con la licencia judicial encajada en el procedimiento del artículo 164 del Código Civil. Así pueden citarse los casos planteados por las Resoluciones de 16 de septiembre de 1929, 22 de junio de 1943, 10 de marzo de 1944, 22 de diciembre de 1950, 2 de junio de 1956, 7 de mayo de 1960 y 13 de enero de 1965. Ultimamente se suma a la tesis que patrocina la enajenación de los bienes fideicomitidos con autorización judicial DÍEZ PICAZO (22), quien precisa que: «La autorización judicial obtenida por el juego conjunto de los artículos 804, 185 y 186 del Código Civil, pospuesta por un importante sector de la doctrina moderna, no parece que sea un camino completamente seguro. En primer lugar, porque no existe absoluta similitud entre la situación jurídica del heredero instituido bajo condición suspensiva y la sustitución fideicomisaria, aunque ésta sea condicional; en segundo lugar, porque los preceptos citados presuponen una puesta de la herencia en administración y una facultad para enajenar atribuida al administrador, lo cual, en rigor, es distinto de atribuir la facultad para enajenar al propio fiduciario. No obstante, es el único cauce idóneo de que disponemos para realizar los principios generales...»

Por todo ello, cuando la autorización judicial se encauce por el limitado artículo 164 del Código Civil y sus corres-

(19) GONZÁLEZ PALOMINO (J.): *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, Universidad de Navarra, 1964, pág. 299 (vol: II), en su estudio *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*.

(20) Ver artículos 186 y siguientes.

(21) DE LA CÁMARA (M.): "Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria", *R. D. P.*, 1948, págs. 637 y sigs.

(22) DÍEZ PICAZO (L.): *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1966, página 703 (tomo II).

pondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso considerar ineficaz dicha autorización, ya que aquí no se trata de menores de edad sometidos a la patria potestad, sino de herederos instituidos bajo condición suspensiva, según la acertada precisión de GONZÁLEZ PALOMINO. Aquí no puede hablarse del «aún no padre» de «aún no concebido». Aunque lo deseable es que el Centro Directivo abriese la mano en este punto de enajenación de bienes sujetos a fideicomiso, es preciso considerar también como ineficaz la autorización judicial lograda a través del procedimiento analógico que utilizan los artículos 804 del Código Civil y 186 del mismo en relación con los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Uno y otro camino procesales llevan a considerar ineficaces las decisiones judiciales, que, dictadas con todos los requisitos de validez, quedan afectas a la nulidad inicial que presupone la norma prohibitiva del Código Civil. El documento principal, la escritura, es nula por violar una prohibición legal y el documento complementario lo es igualmente por accesoriedad.

Respecto de los *documentos administrativos*, la doctrina no es muy clara en orden al principio de legalidad y a la amplitud de la calificación. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE (23) dice que en principio los documentos administrativos deben ser tratados en sus funciones calificadoras por el Registrador, de la misma manera que los documentos judiciales. No obstante, el Registrador, dentro de los límites de su función calificadora, goza de mayor libertad, sobre todo tratándose de documentos de ejecución o apremio administrativo. LA RICA (24), al examinar el problema que plantean los procedimientos administrativos de apremio, propugnaba como solución—con lo cual daba por supuesto la limitación calificadora registral—la de una minuciosa y severa calificación de los documentos emanados de los Agentes del Fisco, facultando al Registrador incluso para reclamar el expediente original, al anotar los embargos o al inscribir las ventas y adjudicaciones; y, sobre todo, el que la Ley exija que el deudor o sus herederos sean notificados personalmente. Con estas medidas podrían obviarse gran

(23) *Op. cit.*, tomo II, pág. 257.

(24) LA RICA Y ARENAL (R.): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949 (tomo II), págs. 31 y 579.

parte de los inconvenientes advertidos. CAMPUZANO HORMA (25) decía que los documentos administrativos estaban sujetos a la función calificadora del Registrador, en cuanto a sus formalidades extrínsecas, y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. En todo lo demás hay que atenerse a las declaraciones de la jurisprudencia, si bien conviene advertir que ésta trata de ampliar el círculo de aplicación de la facultad calificadora respecto de estos documentos, fundándose en que los expedidos por meros recaudadores, que no tienen otra garantía que la de su nombramiento, no son dignos de tanto respeto y defensa como los que se hallan expedidos bajo la salvaguardia que representa la competencia de las autoridades judiciales. GIMÉNEZ ARNÁU (26) limitaba la esfera de actuación calificadora en orden a los documentos extrajudiciales (judiciales y administrativos) a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, sin perjuicio de consignar que la Dirección General había abierto la mano, ya que cuando se trata de resoluciones administrativas, la Dirección General, en atención a las distintas condiciones de idoneidad e imparcialidad de los funcionarios, ha concedido mayores facultades en orden a la calificación que si se tratara de documentos judiciales (R. de 7 de septiembre de 1926). LACRUZ BERDEJO (27) excluye de la calificación en documentos judiciales y administrativos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos.

SANZ FERNÁNDEZ (28) sigue esta misma línea, diciendo que, «respecto de los documentos administrativos, la calificación debiera, en principio, moverse dentro de límites análogos a los de los documentos judiciales; sin embargo, la jurisprudencia ha admitido una mayor amplitud en atención a la diversa idoneidad de unos y otros funcionarios».

La documentación administrativa es la más imprecisa y defectuosa de las que intentan lograr asientos registrales. Al Derecho Administrativo, como al Fiscal, les falta la aportación jurídica que dé consistencia a sus normativas. Ultimamente se están notando en ambos campos los efectos

(25) *Op. cit.*, pág. 249.

(26) GIMÉNEZ ARNÁU (E.): *Tratado de legislación hipotecaria*, Madrid, 1941, página 38.

(27) *Op. cit.*, pág. 394.

(28) *Op. cit.*, pág. 160.

que producen las incursiones que en ellos hacen juristas de talla procedentes de campos tan formados como el civilista, el hipotecarista o el mercantilista. El Reglamento Hipotecario, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, quiso paliar un poco esta especie de debilidad jurídica y estableció en el artículo 26, último párrafo, que los expedientes a que se refiere el artículo debían ser examinados por el Abogado del Estado, a quien correspondía, antes de la presentación de los títulos en el Registro, pero esta medida ciertamente prometedora, como apuntaba LA RICA (29), no ha logrado mejorar situaciones y superar defectos.

En principio, creo que a la documentación administrativa le afecta la regla genérica del artículo 18 de la Ley Hipotecaria: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos *de toda clase*, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro», complementado este artículo por el 99 de la misma Ley Hipotecaria. No hay regla específica en nuestra legislación como la que existe para los documentos judiciales. Teniendo en cuenta que el término escritura pública acapara la posibilidad de que la calificación se extienda en ellas a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos, encontramos extraordinariamente reducida la calificación del documento administrativo, aunque en la realidad no sea así, pues en ciertos casos creo que debe tenerse en cuenta la capacidad y legitimación de los intervinientes en el documento, y, en general, no puede prescindirse de la validez del acto contenido en el documento que pretenda la inscripción. Dejando, por ello, a un lado la amplitud calificadora en el campo de la legalidad de las formas, vamos a detenernos en ciertos puntos de validez y capacidad:

- Tampoco en el campo del Derecho Administrativo la teoría de la patología del acto es muy clara. Hay autores, como GARRIDO FALLA, quien considera que la invalidez se agota en dos categorías jurídicas: la nulidad y la anulabilidad.

(29) LA RICA Y ARENAL (R.): *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 43.

La inexistencia supone casos en los que no hay acto administrativo y no puede, por ello, hablarse de acto viciado (30). GONZÁLEZ PÉREZ (31) distingue tres categorías en el campo de la ineficacia de los actos administrativos: los nulos, los anulables y los irregulares. La nulidad significa una excepción, ya que no tiene aplicación el artículo 4.º del Código Civil español. En el campo administrativo sólo son nulos los actos que señala el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La regla general la constituye el acto anulable que suponga cualquier infracción del ordenamiento jurídico, pero la característica del acto anulable es su cualidad de convalidable. Los actos irregulares no suponen más que casos de responsabilidad del funcionario. En la misma idea del autor citado abundan CASTEJÓN PAZ y RODRÍGUEZ ROMÁN (32).

La doctrina citada está de acuerdo en que los actos nulos no pueden convalidarse ni subsanarse por prescripción, pudiendo iniciarse en cualquier momento la declaración de nulidad y produciendo ésta sus efectos *ex tunc*. Con ello ya tenemos una notable diferencia con los actos judiciales, los cuales, como hemos visto, son convalidables, y la calificación registral nunca podría ser denegatoria. Pero llegado este momento se hace preciso preguntar si el Registrador en su calificación puede apreciar la nulidad de un acto administrativo o solamente la Administración, de oficio o a instancia de la parte interesada, son los únicos que pueden apreciarla y declararla.

Estimo que el Registrador, en su calificación, puede apreciar y debe apreciar la nulidad del acto administrativo y negarse a inscribir. No es que declare la nulidad, sino que solamente en virtud de su función calificadora se negará a inscribir un acto que él reputa nulo y que, caso de recurso gubernativo, se solventará si es o no acertada su calificación, sirviendo, además, ésta para que la Administración o los interesados puedan proceder a la iniciación del procedimiento declarativo de nulidad. Me baso en los tres siguientes argumentos:

(30) GARRIDO FALLA (F.): *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I. Parte general. 3.ª edición, Madrid, 1964, págs. 440 y sigs.

(31) GONZÁLEZ PÉREZ (J.): *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, página 369.

(32) CASTEJÓN PAZ y RODRÍGUEZ ROMÁN: *Derecho Administrativo y ciencia de la Administración*, pág. 149.

1. Los actos nulos no pueden tener acceso al Registro, sean de la clase que sean, pues la amenaza de un tercero protegido exige que el acto en que se base su derecho deba ser válido. Es cierto que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria da por supuesto que en ciertos casos puede ingresar en el Registro un acto nulo y que su inscripción dejará el acto tan nulo como antes de la misma, pero ello no quiere decir que autorice que los actos nulos sean inscribibles. El supuesto que se contempla es el fallo de la función calificadora o los supuestos legales en que así se permite. Que sepamos, dentro de nuestra legislación no existe excepción a este principio, que autorice al acto administrativo nulo poder tener acceso al Registro.
2. Si, conforme al artículo 17 del Fuero de los Españoles, «los españoles tienen acceso a la seguridad jurídica...», y dentro de ella es preciso incluir la seguridad registral que el Registro proporciona al que inscribe su derecho, parece un contrasentido hablar de seguridad jurídica basada en actos que inicialmente están viciados de nulidad (33).
3. El artículo 98 del actual Reglamento Hipotecario, en su redacción, permite esta amplitud, pues en sus párrafos tercero y cuarto se dan facultades al Registrador para apreciar en los actos administrativos si los mismos son nulos o anulables. La nulidad impide la inscripción, mientras que las demás irregularidades administrativas sólo «condicionan» la vigencia de la inscripción.

Solamente queda precisar los casos de nulidad. GONZÁLEZ PÉREZ (34) dice que ésta se produce en los casos del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, esto es: a) Por haber sido dictado el acto por órgano *manifiestamente* incompetente. Lo que determina la nulidad es la evidencia del defecto (casos que tienen sus reflejos en la

(33) Sobre la teoría de la división de poderes, el principio de seguridad jurídica y la justificación de la calificación registral está trabajando ABELARDO GIL MARQUÉS para presentarlo como ponencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura y luego publicarlo en forma más amplia.

(34) *Op. cit.*, y *pág. cit.*

expedición de certificaciones administrativas a efectos de inmatriculación, tramitación de apremios administrativos, expropiaciones forzosas y cancelación de cargas que pesen sobre determinados bienes, etc.). b) Cuando el contenido del acto sea imposible o constitutivo de delito. La imposibilidad puede ser subjetiva (por no existir el titular del acto), objetiva (por tratarse de cosas o servicios imposibles) y jurídica (revocación de acto ya anulado). Si el acto es constitutivo de delito surge, además, para el Registrador la obligación que le impone el artículo 101 del Reglamento Hipotecario de dar parte a la autoridad judicial, con remisión del documento y la constancia de esa circunstancia al margen del asiento de presentación. c) Falta total de procedimiento o no ajustarse a las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (casos que pueden presentarse en los procedimientos de expropiación forzosa, concentración parcelaria, reparcelaciones, etcétera). También son nulas las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

- La capacidad y legitimación de las partes puede y debe ser tenida en cuenta en la calificación registral del acto administrativo. El órgano administrativo que interviene en el acto, bien unilateral, bien unilateralmente, queda sujeto a la calificación a través del examen de su competencia, pues el «manifiestamente» incompetente vicia el acto de nulidad con su intervención. La falta de competencia afectará al aspecto formal del documento, pero no deben olvidarse las Resoluciones de 31 de marzo y 11 de julio de 1936, que conceden al Registrador facultad calificadora en orden a la capacidad contractual del funcionario público.

Es bien cierto que los procedimientos administrativos que exigen cambios de titularidades en forma forzosa o semiforzosa (piénsese en la expropiación, el apremio administrativo, la reparcelación, la concentración parcelaria, etcétera) prescinden un tanto de capacidades y legitimaciones, para que ellas no supongan obstáculos al procedimiento, aunque luego deban ser tenidas en cuenta a la hora en que el acto ya perfecto pretenda su acceso al Registro. Sirvan de ejemplo estos casos: la legislación de expropiación forzosa, en su artículo 6.º, supera las posibles incapacidades

y limitaciones que las partes afectadas por la misma pueden tener, pero exige que la cantidad a que asciende el justo precio se deposite a disposición de la autoridad judicial para que le dé el destino previsto en las leyes. En un reciente trabajo publicado en el *Boletín del Colegio Notarial de Registradores* (35) abordaba este caso que venía incrustado en una testamentaria. Los apremios administrativos parece que en principio no respetan los límites de capacidad, pero, como ya dijo la Resolución de 4 de octubre de 1918, las circunstancias de edad, estado civil y domicilio constituyen requisitos de suma importancia para que se pueda apreciar la validez de las notificaciones (véase hoy día el Decreto de 14 de noviembre de 1968, que aprueba el Reglamento General de Recaudación, que impone una triple notificación: la de la providencia de apremio, conforme al artículo 102; la del embargo, conforme al artículo 120, que exige, además de la del deudor, la del cónyuge, y la providencia de venta de bienes y subasta, conforme al artículo 99 del mismo Reglamento). En el Reglamento de reparcelaciones (Decreto de 7 de abril de 1966) se parte de la base de que la reparcelación de carácter «obligatorio» vincula aun existiendo defectos de capacidad, limitaciones de disponer y otras limitaciones, pero las cantidades que se obtengan deben ser depositadas en el Juzgado o en la Caja General de Depósitos, conforme a la Ley de Expropiación Forzosa. Ello nos lleva a la necesaria calificación registral de esas capacidades y del cumplimiento de ese requisito, sin el cual no puede tener acceso al Registro. Escapa, sin embargo, a la calificación el problema de capacidad en la concentración parcelaria, cuya naturaleza de subrogación real impuesta parece estar por encima de cualquier problema de capacidad.

No quiero dar por terminado este punto relacionado con la calificación del documento administrativo sin referirme a

(35) CHICO ORTIZ (J. M.): "Inscripción de partición con expropiación forzosa, menores de edad y albaceas—comisarios—contadores partidores", *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, diciembre 1970, núm. 53, pág. 695. Ratifica esta idea nuestro compañero JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su trabajo "Expropiación de bienes hereditarios, comenzada antes del fallecimiento del causante y existiendo herederos menores de edad", publicado en el núm. 483 de la *Rev. Cr. de D. I.*, pág. 357 (marzo-abril de 1971), y que estudia el mismo problema.

una serie de supuestos de la vida práctica, en la que se nota esa conciencia de «una tercera dimensión» de los funcionarios a quienes la Ley autoriza a formar esos documentos que pretenden su acceso al Registro. De todos es conocido el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, que impone el requisito previo para que el documento se inscriba: que en él conste la nota de pago de los impuestos que lo gravan o la correspondiente de su exención. Pues bien, no he visto todavía una cédula de calificación definitiva de viviendas—que genera la correspondiente nota marginal—que tenga la nota de exención fiscal. No obstante, considero que esa práctica costumbrista debiera ser sancionada legalmente y eso daría más agilidad al despacho de documentos, sin merma de su repercusión fiscal. Es muy frecuente que en los expedientes de expropiación forzosa se describan las fincas en el *acta previa* a la ocupación (basándose en una incorrecta interpretación del art. 52 de la vigente Ley) y luego en el *acta de ocupación* se omita la descripción de las fincas relacionándose, por una simple referencia numérica del expediente de la finca, esta acta con la previa de ocupación. Ello supone una incorrección hipotecaria, pues lo que se inscribe no es el «expediente», sino el *acta de ocupación* (sin perjuicio de que la previa provoque una posible anotación), y este documento no reúne los requisitos del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento (36).

Si de estas campos pasamos al del Patrimonio del Estado, notaremos también ciertas originalidades dignas de ser tenidas en cuenta. La Ley del Patrimonio del Estado, en su intento de pureza administrativa de conceptos, diferencia la «adscripción» de bienes a favor de los organismos autónomos y la «afectación» de bienes al dominio público (arts. 80 y 113 de la vigente Ley de 15 de abril de 1964). Pues bien, en ambos casos se suele proceder de igual forma: se otorga un acta por el representante de la Hacienda y el del departamento u organismo autónomo «con arreglo a un modelo oficial» en el que se dice la siguiente frase jurídica: «El delegado de Hacienda, por delegación de la Dirección General del Patrimonio del Estado, hace entrega al representante del organismo o departamento que sea, quien *recibe la finca y toma posesión de la misma.*»

(36) Véase el trabajo «Mini-problemas hipotecarios», publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1969, págs. 50 y sigs., basado en la conferencia que, con motivo de la clausura del curso 1968-69 del Seminario de Derecho Hipotecario Valladolid-Salamanca, pronuncié en Santiago de Compostela.

¿De verdad sirve de algo en estos casos el artículo 5.º de la Ley Hipotecaria? Creo sinceramente que con una revisión de los «modelos oficiales» podría lograrse esa pureza de conceptos y no forzar preceptos hipotecarios; pero es difícil entrar en esos campos en los que a las donaciones se las denomina «cesiones gratuitas».

El campo de la esfera provincial, con su amplio poder de mando, ofrece casos auténticamente singulares. El gobernador civil, como presidente de la Junta Provincial de Asistencia Social, ordena por un *oficio* la cancelación de una carga que pesa sobre una finca y que fue impuesta por la testadora a favor de los pobres, aunque la Dirección General de Asistencia Social y Política Interior había resuelto la cancelación a cambio de la adquisición de unas cédulas intransferibles al 4 por 100. Si de la esfera gubernativa pasamos a la local, el panorama se oscurece todavía más. Los «niveles de competencia» (37) de que habla PETER, son más atractivos. Me voy a referir a un caso curioso que puede ser haya provocado un conflicto de niveles de competencia. El Reglamento de Bienes y Servicios de las Entidades Locales (Decreto de 27 de mayo de 1955), en su artículo 96 exige, en los casos de *cesión gratuita*, un expediente en el que se hace preciso justificar por certificación registral que los bienes fueron adquiridos a título gratuito por la entidad local respectiva, o que, habiéndolo sido a título oneroso, han transcurrido *treinta años* desde la fecha de la adquisición. Si esta circunstancia, junto con las demás, no se cumple, debemos preguntarnos: ¿El Registrador puede inscribir esa cesión gratuita, aun habiendo sido aprobado el expediente? Entiendo que la «legalidad de las formas extrínsecas» de que nos habla el artículo 18 de la Ley Hipotecaria debe relacionarse con la última frase del artículo «por lo que resulte... de los asientos del Registro», y sobre esa base—sin tocar la validez o nulidad de acuerdo que aprueba el expediente—denegar la inscripción (38).

(37) Ver la fabulosa tesis mantenida por LAURENCE J. PETER y RAYMOND HULL en su ingenioso libro *El principio de PETER o tratado de la incompetencia, o por qué las cosas van siempre mal*, 1971.

(38) Estimo, y así lo intentaré exponer en un pequeño esquema que publicaré en breve, que en estos casos lo que de verdad existe por el juego del artículo 96 del Reglamento de Bienes y Entidades Locales es una *prohibición de disponer* a título oneroso, de carácter legal y supeditada al transcurso de una serie de años.

— *Influencia constructiva.*—Fue don JERÓNIMO GONZÁLEZ (39) quien supo destacar la gran importancia de la función calificadora y el carácter patriarcal con que se ejerce, advirtiéndole a los interesados de los defectos que a su petición se oponen y hasta aconsejándoles el modo de subsanarlos, desempeñando así una función noble.

El Registrador de la Propiedad—sigue diciendo don JERÓNIMO—, en quien el Estado ha delegado la función calificadora, es un órgano hipotecario de la llamada jurisdicción voluntaria, miembro del gran todo a quien corresponde la aplicación del derecho. Sus funciones implican deberes de censura y juicio, que van íntimamente unidos con los derechos de examinar los documentos y libros en que ha de apoyarse la calificación.

De esa función noble debe desprenderse inevitablemente una labor constructiva, pues al devolver el documento se aconseja la forma de subsanar el defecto. No se diga que esta función, ejercida después que el documento ha sido «construido» por el Notario, es fácil y lleva crítica destructiva, pues a la negativa de la inscripción le sigue casi siempre la solución viable para que el acto pueda ingresar en el Registro. En mi ya mediana experiencia de «funcionario encargado de la registración» puedo decir que los casos difíciles me han sido consultados antes y, después de ser estudiados conjuntamente, se han plasmado en el documento conforme a las soluciones dadas, haciendo así una especie de calificación «anticipada».

Nadie niega al cuerpo notarial esa labor que VALLET DE GOYTISOLO (40) denomina de interpretación, integración y fijación, añadiendo lo que CASTÁN, siguiendo a CORNIL, decía: «Los prácticos del Derecho, y especialmente los Notarios, recogiendo las pulsaciones del medio social, han adaptado las leyes a las necesidades y tendencias de cada momento histórico, con medios ingeniosos que han sido uno de los más interesantes factores de la evolución del Derecho», pero esa labor constructiva debe tener el gran freno, también constructivo, de la calificación registral para evitar auténticas fantasías sin base legal.

(39) *Op. cit.*, pág. 432.

(40) VALLET DE GOYTISOLO (J.): «La misión del Notario», *R. D. N.*, abril-junio 1957, págs. 393 y sigs.

Quizá VALLET acierte a tomar el pulso a la situación, cuando dice: «Hoy día la labor del Notario en la adaptación de la norma a la vida jurídica tiene ante sí el freno de la calificación de los Registradores de la Propiedad. Este freno puede ser saludable si consigue evitar subjetivismos o fantasías. Pero puede ser contrario a la vida jurídica si actúa meramente como cancerbero de la letra de la Ley, en contra de las verdaderas necesidades jurídicas vitales...». Termina con una alusión a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, que tendrían un grave inconveniente si supusiesen un dique insalvable para la progresiva elaboración notarial del Derecho o si fueran un coladero de todo criterio subjetivista.

Planteado el problema en estos últimos términos, y teniendo en cuenta que una de las aristas en las que funciona la función calificadora es en el de la selección—a la vista del título—de lo que es real y lo que es personal, según frase de GONZÁLEZ PALOMINO (41), para sólo dejar paso a lo que tenga trascendencia real y excluir todo lo que sea personal u obligacional, surge la inevitable interrogante de si este Registro de auténticas «purezas reales» va a servirnos en lo sucesivo para atender a las futuras exigencias y nuevas concepciones que la vertiginosa rapidez histórica traiga consigo. Entre el «dique» y el «coladero» tenemos que encontrar una fórmula intermedia que dé garantías registrales a fórmulas nuevas y sepa excluir aquellas cosas que sólo vinculan a las dos partes contratantes y no pueden nunca afectar al tercero. El problema es actual y lo estamos palpando con esa serie de inscripciones de estatutos, reglas, urbanizaciones, propiedades horizontales, reparcelaciones, comunidades, garantías, reservas, etc. Por encima de todo debe quedar a salvo el principio que justifica sobradamente la institución registral: me estoy refiriendo al Fuero de los Españoles, que en su artículo 17 sanciona que «los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica...».

- *Carácter personal.*—Se trata de un poder y una función personal. Es el Registrador quien debe calificar bajo su exclusiva responsabilidad, sin que pueda dudar ni suspen-

(41) GONZÁLEZ PALOMINO (J.): *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, edición separata, pág. 22.

der su juicio, ni siquiera consultar a la Dirección General (arts. 18, 99 y 273 de la L. H. y 481 del R. H.).

No puede decirse que es personalísima, salvo cuando se deniegue o suspenda el asiento solicitado, pues en los casos de ausencia y licencias oficiales puede el sustituto calificar, careciendo el mismo de la facultad denegatoria o suspensoria, ya que las notas en que así se haga constar deben estar firmadas por el Registrador (art. 554 del R. H.).

La calificación hecha por un Registrador no vincula a los demás. Quizá aquí resida la gran defensa de esta facultad, que si estuviera «uniformada» nos llevaría inevitablemente a la «máquina». En cuanto el Registro deje de llevarse como hasta ahora y la escritura manual se sustituya por la mecánica, cuando las hojas sean intercambiables, cuando en vez de un extracto del título utilicemos casilleros, cuando la velocidad venza al sistema, sólo nos quedará la calificación seriamente amenazada por eso que modernamente se llama cibernética (42). Aunque la preparación es igual, los criterios pueden variar; por eso el artículo 116 del Reglamento Hipotecario admite posibles discrepancias entre la calificación de dos o más Registradores. Quizá conviniera «unificar la práctica», pero eso ya se intentó en el campo notarial y los resultados negativos son de todos conocidos.

El carácter personal de la calificación no le quita la posibilidad del recurso que contra la misma establece la Ley Hipotecaria (art. 66 y concordantes). El carácter personal de la calificación le da autonomía frente a las Resoluciones de la Dirección General que vinculan en un caso concreto, pero que no sujetan para que la calificación se ajuste a la doctrina del Centro Directivo, aunque éste sea preci-

(42) Estimo que debe pensarse seriamente en este problema, y que la única forma de superarlo es mantener a todo trance este poder legal calificativo que la Ley nos concede y que, a mi entender, es difícil de sustituir por la máquina. No hace poco se decía en una publicación periódica que la introducción de los ordenadores en las empresas y en las oficinas públicas ha despertado esperanzas exageradas, pronto templadas por fiascos, a veces desastrosos. El autor del artículo "La informática desmitificada" (FRANCISCO CHENIQUE) decía que en materia de gestión la precisión matemática no tiene mucho interés; que el ordenador no sirve para la redacción de documentos jurídicos; que el ordenador no es una "máquina que piensa", pero, sin embargo, es una máquina lógica; el ordenador razona infinitamente más deprisa que un hombre, pero el campo de razonamiento cubierto por su eficacia es muy estrecho. No lo hagamos más amplio y evitemos a toda costa suplencias en nuestro poder jurídico.

samente el posible cauce «unificador» de criterios calificadoros.

- *Reflejo formal.*—Siguiendo a don JERÓNIMO GONZÁLEZ, habíamos dicho que la calificación es un oficio noble, donde no solamente se advierte al interesado del defecto, sino que se le aclaran los medios para su subsanación. Es noble, constructiva y señorial. No otra cosa vienen a significar esos artículos del Reglamento Hipotecario (106 y 434), que no obligan al Registrador a plasmar—salvo petición expresa—la calificación, el defecto o defectos, los motivos en que se basa y el alcance subsanable o insubsanable de la misma.

Contrariamente a esta normativa, la Orden de 9 de marzo de 1964, en las expropiaciones por razón de urbanismo, ordena que el Registrador exprese siempre al pie del título el defecto y señale en un oficio especial dirigido al organismo expropiante los defectos observados, su trascendencia, el precepto legal infringido y la forma de subsanación. Lo cual nos lleva de la mano a seguir considerando eficazmente constructiva la labor calificadora con proyección administrativa, aunque esa exigencia sobrepase los límites patriarcales antes apuntados.

Cuando de documentos judiciales se trate, el artículo 133 del Reglamento Hipotecario exige al Registrador que su calificación se refleje en la nota al pie del mandamiento explicando los fundamentos de su negativa o suspensión.

Conforme al artículo 434 del Reglamento Hipotecario, y relacionando la calificación con la selección que el Registrador debe hacer entre lo real y lo obligatorio, existe una especie de portillo abierto para que el Registrador seleccione lo real y rechace lo obligatorio, siempre que haga constar al pie del título que el presentante del documento accede a que se inscriba el título sin esos pactos que a juicio del Registrador son puramente obligacionales. Debemos citar a este respecto la Resolución de 17 de septiembre de 1968, en la que se dice que, cuando de acuerdo con el presentante del documento, no se inscribe uno de los pactos contenidos en la escritura calificada, basta hacer constar en la nota esta circunstancia sin que haya que expresar las causas o razones por las cuales no se inscribió. Considero que esta es una interpretación contraria a

ese oficio noble, señorial y constructivo de que antes habíamos, pero que en determinadas ocasiones es un recurso lícito y legal.

- b) *Sus dificultades en el momento actual.*—A mi entender, las tres grandes dificultades con las que tropieza la calificación registral pueden concretarse de la siguiente forma: 1) La profusión y prodigalidad legislativas. 2) Las grandes oscuridades para separar lo real de lo obligacional; y 3) La serie de formas nuevas que la evolución jurídica trae consigo y que son de difícil encaje en las técnicas antiguas o en las figuras tradicionales.

1. De la profusión y prodigalidad legislativas merece la pena destacar una serie de datos que con su elocuencia evitan todo posible comentario. Transcribo de diversos periódicos los siguientes datos y frases: «El presidente de las Cortes manifestó a los periodistas que durante el año que acaba de terminar (1956) habían sido aprobadas por las Cortes, desde su iniciación, dos mil ochenta y dos leyes...». «Hay materias y actividades que por incidir en ellas la competencia de diversos departamentos y organismos dan lugar a una serie de decretos, órdenes, circulares y disposiciones que sólo los profesionales del Derecho—y no cualquiera, sino los especialistas—pueden conocer y agrupar en torno a cualquier cuestión que surja, relacionada con aquellas materias y actividades...». «La Comisión de Hacienda de las Cortes dictaminó en treinta y cinco minutos tres proyectos de Ley...». «Según una curiosa estadística, la inflación ha continuado un ritmo ascendente en la actuación legislativa. Ochenta y cuatro leyes, diecisiete decretos-leyes, tres mil ciento sesenta y siete decretos y varios miles de órdenes, circulares, resoluciones, rectificaciones, enmiendas, etc..., es el resumen impresionante de esta actividad. El *Boletín Oficial del Estado*, cuyo conocimiento es preceptivo para todos los españoles, ya que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, ha superado la cota de las diecinueve mil páginas, excediendo en más de mil al año precedente...». «En menos de una semana, si se descuentan los días festivos; en menos de una semana, aunque haya habido días de sesiones mañana y tarde; en menos de una semana, decimos, se ha dictami-

nado, se ha discutido y aprobado, en el seno de la correspondiente Comisión, la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables...», así comenzaba no hace mucho un editorial de *ABC* bajo el título «Velocidad y Meditación Legislativa». Cierro esta serie de citas periodísticas con un comentario jocoso de EVARISTO ACEVEDO (43): «Nadie ignora que España constituye uno de los países europeos de mayor producción legislativa. Salimos—según las estadísticas—a unas 8,6 leyes diarias. Para facilitar la tarea de abogadito hispano—medio enloquecido con tanto texto legal—se publica *Aranzadi*, repertorio cronológico de legislación, que proporciona en cómodas entregas la legión de leyes de la semana...».

Magistralmente, GARCÍA DE ENTERRÍA (44) dijo hace poco en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: «Quizá el jurista de Derecho Civil, formación que es aún la predominante entre los juristas profesionales, no es plenamente consciente de este fenómeno de la invasión desbordante de las normas administrativas, aun cuando las mismas estén ya también penetrando decididamente en su viejo y tranquilo *hortus conclusus*. El jurista tradicional tiene, podríamos decir, una concepción *plana* de la Ley, concepto con el que identifica—y así interpreta sin más las referencias únicas a este término, que se contienen en el Título Preliminar del Código Civil—toda norma impuesta por el Estado, de cualquier origen y contenido. Suele ser el administrativista el que, por la misma fuerza de las cosas operantes en el ámbito en que ha de moverse, se acerca al orden normativo escrito con la inexcusable conciencia de una «tercera dimensión», de una perspectiva en profundidad, que viene de la acumulación sobre un mismo problema indivisible de normas escritas de muy distinta procedencia y valor.»

Ya no bastan para calificar los clásicos textos legales. En cuanto decide el funcionario dar descanso a su mente por una temporada, se le cuelan de rondón dos órdenes ministeriales que obligan a no enajenar o que exigen una especial notificación a una entidad bancaria, pongo por

(43) ACEVEDO (E.): *El despiste nacional*, tomo II, Madrid, 1971, pág. 41.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.): «Legislación delegada y control judicial». Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1970, pág. 7.

ejemplo. La seguridad jurídica debe supeditarse al desenvolvimiento del Derecho, todo ello mediatizado por los criterios de retroactividad o irretroactividad de la norma, pero una cosa es desenvolver el Derecho y otra crear una maraña legislativa de muy dificultosa aplicación. No creo que el ritmo de la vida moderna exija esta rapidez y profusión legislativa. Sigo creyendo que las leyes y esa «tercera dimensión» deben meditar-se serenamente. Si las leyes fuesen buenas, no habría necesidad de modificarlas constantemente. Legislador que se prodiga quiere decir que no tiene mucha confianza en sus disposiciones. GONZÁLEZ PALOMINO (45) lo decía empleando el anagrama del CAFE.

2. Sobre la calificación registral pesan fundamentalmente tres artículos de la Ley y del Reglamento que deciden la materia que debe ser objeto de la inscripción. Conforme a los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º y 9.º del Reglamento para su aplicación, sólo deben inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales constituidos sobre los bienes inmuebles, debiendo rechazarse la obligación de constituir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos anteriormente citados, y en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación preventiva cuando proceda. Igualmente cabe la inscripción—aparte de los supuestos especiales del art. 2.º de la Ley Hipotecaria—de cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifi-

(45) *Op. cit.*, tomo I, pág. 120 del *Apéndice navarro al prólogo*, en el que dice: «Los aficionados al buen café, entre los que (aunque indigno) me cuento, decimos que un café bien hecho debe reunir las cualidades que inician las cuatro letras de su nombre: caliente, amargo, fuerte y escaso. No sería nada malo para ningún sistema jurídico que sus leyes tuvieran aroma de café y fueran: cortas, antiguas, flexibles y escasas. En Roma se dio el caso inverso: el material legislativo era “impresionantemente escaso” porque, según dice SCHULZ, “el pueblo del derecho no fue el pueblo de la ley”. La eficacia creadora de la jurisprudencia romana lo explica. Y explica también el porqué los aprendices de juristas seguimos estudiando Derecho Romano: “no como un sistema perfecto de Derecho, sino como un proceder perfecto de los juristas”.»

que desde luego en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Conforme a esta normativa—reforzada en muchos otros artículos, citando ahora solamente el 98 de la L. H.—, es evidente que la calificación debe rechazar todo aquello que se encuadre en el campo obligacional, admitiendo todo lo que tenga trascendencia real, pues la doctrina del *numerus clausus* queda superada a través de la posibilidad última antes apuntada de la inscripción de cualquier acto o contrato con trascendencia real.

Puestas las cosas así, la dificultad de la calificación se hace ya histórica, pues ni la doctrina ni la legislación han sabido llegar a una plena pureza en el deslinde de lo que es derecho real y derecho obligacional. No es posible traer aquí todo el entramado de la discusión, y, por ello, nos remitimos a la magnífica exposición que del problema hace en la actualidad ROCA SASTRE con la inevitable aportación de la tesis de GIORGIANNI (46). Si históricamente el problema ha sido discutido, en la actualidad pesan sobre el mismo críticas constructivas que tratan de superarlo. Por no citar muchos trabajos, que hagan difícil centrar la problemática actual, me voy a limitar al que con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria expuso magistralmente VALLET DE GOYTISOLO (47), en el que se planteaban una serie de cuestiones de palpitante actualidad, como la de la determinación del número de figuras típicas susceptibles de trascendencia real (estudiando figuras discutidas como la del tanteo y el censo vitalicio), el problema de si todo derecho inscrito es real (con las consecuencias del precio aplazado, la adjudicación de un inmueble para pago de crédito y el derecho de los reservatorios), las adjudicaciones para destinar los bienes a un fin determinado y el problema de su abstracción de la causa; la delimitación en una relación jurídica compleja entre lo real y lo personal (estatutos de comunidades, reglamentos de comunidades de aguas, pacto anticrético de compensación de intereses,

(46) GIORGIANNI (M.): *L'obbligazioni*, 2.^a edición, Milán, 1951, págs. 86 y siguientes.

(47) VALLET DE GOYTISOLO (J.): "Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero", A. A. M. N., tomo XIV, págs. 19 y sigs.

cláusula penal para caso de violación de una servidumbre, etc.); terminando con el intento de una superación constructiva del problema de la eficacia respecto a terceros de los derechos y su relación con su inscribibilidad y su efectiva inscripción registral. Creemos que esta enunciación de materias sirve para dar una visión genérica del problema.

3. El tercer punto de la dificultad está en la aparición de nuevas figuras que reclaman protección registral al amparo del principio de la «seguridad jurídica».

Se hace necesario precisar que no nos estamos refiriendo a «nuevos derechos reales», pues la aparición de los mismos es dificultosa aún y a pesar del sistema de *numerus apertus*. ROCA SASTRE (48) dice que no es nada fácil que los particulares puedan adoptar nuevos tipos de derechos reales, ni puedan ser considerados como tales ciertos pactos que, a lo más, sólo alcanzan a tener trascendencia en perjuicio de terceros como carga o gravamen real, pero sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real. Esta opinión ya la había plasmado GONZÁLEZ PALOMINO (49) al decir que «con *numerus apertus* y todo, resulta que todo se reduce a dominio, a derechos reales limitativos del dominio, a derechos reales de adquisición y a derechos reales de garantía..., pues la función de la voluntad se reduce a la fijación y determinación del objeto, de las condiciones, de las garantías y de los límites. Y es que faltan poder e imaginación para inventar derechos reales».

No es a nuevas figuras de derechos reales a lo que nos referimos, sino a situaciones creadas por el desenvolvimiento de la vida moderna que exigen soluciones registrales, aunque provisionalmente se les haya dado alguna de emergencia. Es difícil ser exhaustivo en esa posible enumeración, pero si esta la califico como de enunciativa, salvo airosamente mis posibles olvidos.

Debemos pensar serenamente en esa multiplicación de figuras que el turismo ha provocado con los llamados complejos o conjuntos inmobiliarios, solucionados, como to-

(48) *Op. cit.*, pág. 636 (tomo II).

(49) GONZÁLEZ PALOMINO (J.): *Liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, edición separata, pág. 25.

dos sabéis, *tumbando* la propiedad horizontal (50); la figura jurídica, surgida por la tremenda dimensión adquirida por el automóvil, de la propiedad de los aparcamientos y sus posibles soluciones prácticas a través de la comunidad o propiedad horizontal; los apartoteles y eurooteles en sus diferentes y especiales modalidades; los apartamentos, *bungalows* y otra serie de alojamientos turísticos; las casas a caballo y casas empotradas; las ciudades en vacaciones; centros y zonas de interés turístico, etc.

A su lado se hace preciso destacar los numerosos supuestos en los que el legislador se vale del Registro para afectar los inmuebles por medio de notas marginales de dudosa posibilidad registral (51) o para considerar gravados los mismos con una «carga real» (ver el Reglamento de Reparcelaciones de Suelo Urbano o el Reglamento de Edificación Forzosa, que utilizan la añeja denominación de *carga real*).

También cabe aludir a esa serie de cláusulas que se incrustan en las hipotecas—a las que nos referimos seguidamente—, y en cuya virtud se impone un interés variable, un exceso de interés en concepto de comisión, una prohibición de arrendar por menos precio del fijado o una obligación de notificar en caso de arrendamiento, una prohibición de disponer como consecuencia de una orden ministerial, etc.

II

LO REAL Y LO PERSONAL EN LA HIPOTECA

La serie de formularios que sobre asientos registrales de hipoteca se han publicado—incluidos los «oficiales»—al llegar al problema crucial de la consignación de las estipulaciones del contrato obligacional, ponen puntos suspensivos y la advertencia de que se consignent únicamente «aquellas cláusulas que tengan trascendencia real». Confieso que con las hipotecas aún no estoy muy familiarizado, no las he apeado el trata-

(50) SAPENA TOMÁS (J.): "Problemática de las urbanizaciones privadas", *R. D. N.*, 1967, pág. 63.

(51) DELGADO ROLLÁN (I.): "Notas de afección por impuestos en las viviendas de protección oficial", *R. Cr. D. I.*, pág. 1605 (año 1969).

miento y las tengo cierto respeto; pero ello no me libera de tener que reflexionar sobre lo que debo consignar y lo que debo eliminar del asiento registral.

De algunos de los casos que se me han presentado, y partiendo —como es natural— de las cláusulas normales que suelen incluirse en toda hipoteca voluntaria, voy a intentar precisar lo que a mi entender es obligacional y lo que puede tener trascendencia frente a tercero, cuya aparición es la que realmente interesa a estos efectos.

Parece ocioso advertir que, al ser la hipoteca un derecho real de garantía, se hace imprescindible que en el Registro conste el crédito en garantía de cuyo cumplimiento se constituye la hipoteca, formándose así lo que se ha denominado crédito hipotecario, en el que la hipoteca tiene un carácter accesorio, aunque tal dogma sea discutido. Fuera de esta innegable necesidad de hacer constar la obligación, puede perfectamente distinguirse en las estipulaciones que la configuran cláusulas con carácter puramente vincutivo entre partes y otras que tienen trascendencia real o que la ley les otorga este carácter, así como aquellas otras que teniendo marcadamente un aspecto personal ingresan en el Registro a través de una condición. En principio puede decirse como norma general que deben figurar en la inscripción todas aquellas circunstancias que son consecuencia del principio de determinación. Para descender a detalles se hace preciso la distinción siguiente:

- a) *Cláusulas obligacionales.*—Claramente creo que pueden encuadrarse en el campo obligacional que vincula sólo a las partes estipulantes y sus herederos, conforme al artículo 1.257 del Código Civil, todos aquellos pactos que no se refieran al valor del crédito principal, plazo y posibles prórrogas de vencimiento, pacto de intereses, constitución de hipoteca, extensión objetiva de la garantía, los que exige el procedimiento de ejecución y los que delimitan la garantía. Por todo ello, la enumeración debe quedar concretada a los siguientes:
 1. La cláusula por la que se obliga al deudor a conservar como un diligente padre de familia la finca hipotecada, haciendo en ella los reparos necesarios para su conservación, a fin de que sus productos no se amengüen.
 2. La que impone al deudor el compromiso de tener asegurada de riesgo de incendio la cosa descrita en una compañía de «solvencia» y a pagar con absoluta puntualidad las primas o dividendos del seguro de incendios.

3. La obligación de satisfacer las contribuciones o impuestos de todas clases, ordinarios y extraordinarios, establecidos o que en lo sucesivo se establezcan por el Estado, la provincia, el municipio o cualquier otra corporación o entidad oficial, así como estar al corriente en el pago de la amortización del préstamo.
4. La de sufragar cuantos gastos se ocasionen con motivo del otorgamiento de esta escritura y de una primera copia de la misma *hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad*, los de cancelación en su día y los impuestos que por todo ello debe satisfacerse a la Hacienda (52).

Pueden citarse, además de las expuestas, otra serie de estipulaciones referentes a indemnizaciones por incumplimiento de obligaciones establecidas y las especiales derivadas de las diferentes clases de hipoteca. Existen, sin embargo, ciertas cláusulas que ofrecen problemas interpretativos en su encuadramiento jurídico, tales como:

- a) Las cláusulas de no arrendar y de no enajenar o hipotecar. Estas cláusulas realmente están fuera del objeto de la inscripción, pues las de no hipotecar quedan prohibidas por el número 3 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, las de no enajenar y no arrendar u otorgar otros actos inscribibles vienen prohibidas por los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria y por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros (30 de junio de 1913, 9 de junio de 1914, 9 de marzo de 1918, 6 de julio de 1917 y 26 de julio de 1928), insistiendo la misma Dirección en que ese tratamiento prohibitivo debe ser aplicado a aquellos casos en los que dichas cláusulas prohibitivas en caso de incum-

(52) En un conocido programa televisivo, los días 27 de julio y 5 de octubre de 1970, el profesor CRIADO DEL VAL comentaba gramaticalmente esa fórmula de estilo en cuya virtud "todos los gastos de la presente escritura *hasta* los que se produzcan en el Registro serán de cuenta...", diciendo que con ella se eliminaban de la misma los gastos registrales, ya que la preposición *hasta* expresa el término o la cantidad a que puede llegar una cosa. Esté o no mal expresado (caso que se podría subsanar diciendo que los gastos de la escritura *incluidos* los del Registro), lo cierto es que la costumbre interpreta la frase "llegar hasta Valladolid" y la de "los gastos de la escritura *hasta* los del Registro", considerando que no se queda uno a las puertas de Valladolid, ni el obligado al pago se libera de los gastos del Registro. Estimo que el profesor citado, me imagino que con sólo buenas intenciones gramaticales, desconoce que la cláusula de estilo tiene un sentido jurídico, aunque sea incorrecta gramaticalmente. No debemos olvidar que la inscripción cierra el ciclo de protección del derecho adquirido, y *hasta* que eso se verifique no queda plenamente garantizada la constitución o adquisición del mismo.

plimiento precipitan el vencimiento de la obligación (Resoluciones de 25 de noviembre de 1935 y 4 de noviembre de 1968).

Dentro de estas cláusulas existen ciertas variantes, como aquella en cuya virtud se prohíbe el arriendo en menos de una cantidad determinada, con prohibición de percibir el plazo del mismo arriendo en plazos superiores a una mensualidad. Prohibición que, al no ser absoluta y poderse encuadrar actualmente en el número 2 del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, puede poner un interrogante en su validez. Estimo que si con ella se trata de salvar la posible «disminución de valor del inmueble», su validez es evidente, aunque su inscripción sea discutible, pues no hay que olvidar que la protección frente a un posible arrendamiento lesivo está ya en la Ley a través de la norma citada. Otra modalidad del arriendo supone la imposición de la obligación de *notificar* cualquier proyecto de arrendamiento de la finca al acreedor, el cual, dentro del plazo de un mes, tendrá el derecho de tanteo en relación con el arrendamiento proyectado. Esta cláusula, creemos que así redactada es incompleta para configurar un verdadero derecho de tanteo con eficacia *erga omnes*, y solamente si el mismo reuniese los requisitos que marca la doctrina para su constatación registral podría ser admitido.

En materia de cláusulas de no enajenar se hace necesario precisar aquella que suele imponerse en los llamados préstamos para la adquisición de una vivienda sobre la base de cuentas individuales de ahorro-vivienda, regulado todo ello por la Orden de 17 de octubre de 1966, y en cuya virtud el préstamo se llevará a efecto bajo las condiciones que se enumeran, entre las cuales está la señalada con la letra g) del artículo 4.º de la citada Orden, en la cual se dice que «hasta la cancelación del préstamo no se podrá enajenar la vivienda, ni alterar su destino originario». Creo que esta condición que se impone al peticionario del préstamo es puramente obligacional y no puede tener el carácter de prohibición legal de disponer, sin perjuicio de que afecte a las relaciones entre la entidad concedente y el beneficiario del préstamo. Salvo que fuera una condición resolutoria, la prohibición no tendría nunca acceso, ya que, aunque la reputásemos legal, ésta tendría

la publicidad suficiente para afectar a tercero sin necesidad de su constatación.

- b) Tres cláusulas quedan en este peregrinaje por el campo de la hipoteca. Todas ellas se refieren a los intereses. El pacto de intereses es decisivo para la terminación de la garantía. El tercero hipotecario debe saber de qué debe responder y hasta dónde debe responder, admitiendo el pacto en contra del límite legal que señala en esta materia el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Lo que ya está en tela de juicio es la posibilidad de admisión del pacto en el que se fije un posible interés variable, un pacto adicional de cantidad en concepto de comisión y un interés superior desde que se inician los trámites de ejecución. Sin estar en posesión de verdades absolutas trato de estos puntos en otro lugar (53).
- b) *Cláusulas resolutorias y reales.*—Si el plazo a partir del cual debe entenderse cumplida la obligación y expedita la acción real o personal para la realización de la garantía es requisito imprescindible que debe constar en la inscripción (aunque sólo lo fuera a los efectos de la prescripción de la acción, conforme al art. 128 de la L. H., o de la caducidad, conforme a la Disposición Transitoria tercera de la L. H.), es evidente que toda circunstancia que pueda afectar a ese plazo o considerarlo como vencido bajo una condición resolutoria debe ser inscrita, sin perjuicio de que pueda serlo al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

En suma, todas aquellas obligaciones a que antes aludíamos, si se estipulan bajo la condición de que su incumplimiento determina la resolución de la obligación y el cumplimiento final del plazo, deben tener acceso al Registro, salvo aquellas referidas a la prohibición de hipotecar, arrendar o enajenar a las que les ha negado posibilidad la Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de noviembre de 1935, ratificada por la de 16 de junio de 1936.

Con ello, la inscripción extensa de la hipoteca puede transformarse en «extensísima», pues la «literalidad» de la copia de las condiciones a que obliga el artículo 51, regla 6.^a del Reglamento Hipotecario, lleva a una transcripción casi íntegra del documento que contiene el préstamo hipotecario, dada la

(53) CHICO ORTIZ (J. M.^a): "Hipoteca en garantía de interés variable", R. D. N., julio-diciembre 1970, pág. 263.

prodigalidad literaria con que las minutas «impuestas» se manifiestan. De las diversas soluciones «ideales» para resolver el problema (volver al antiguo sistema del libro especial de hipoteca, unificar la práctica notarial a este respecto, referirse a cláusulas contenidas invariablemente en escrituras con referencia a la disposición legal que las autorice o imponga, practicar una inscripción extensa y referirse por remisión a ella en las concisas, etc.), creo que lo más acertado es llegar a una interpretación de la palabra «literalidad» que emplea el Reglamento, complementando una disposición legal. No creo que la literalidad quiera decir «copiar al pie de la letra» la condición, sino sintetizar, extraer la esencia de la condición, para que ésta pueda ser conocida por el tercero en su dimensión resolutoria. Otra solución más dudosa sería la de expresar en la inscripción que el crédito hipotecario quedará resuelto al incumplirse cualquiera de las condiciones establecidas en la escritura en sus apartados correspondientes, lo cual significaría otorgar simultaneidad publicitaria o complementaria a la escritura junto al Registro.

Como pactos de trascendencia real debemos señalar los que la Ley admite como registrables y aquellos otros que se derivan de la ejecución hipotecaria:

- a) Dentro de los primeros están los que se refieren a la cantidad de la obligación (en «dinero efectivo» conforme a lo que disponen los arts. 12 y 131 de la L. H. y 1.435 de la L. E. C.), los referentes a los intereses, costas y gastos (arts. 12, 114 de la L. H. y Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1945), los referentes a la extensión de los bienes hipotecados (arts. 110 y 111 de la L. H.) y los que puedan provocar la asunción del débito por el nuevo acreedor (art. 118 de la L. H.).
- b) Dentro de los segundos es preciso comprender los que señalan la competencia del Juzgado para entender el procedimiento judicial sumario, al amparo de lo que dispone el artículo 131, regla 1.^a. No obstante, cabe señalar con GUASP (54) que las partes no pueden modificar el criterio de competencia objetivo o funcional, y sí sólo alterar la intervención del Juez de Primera Instancia que por razón del territorio debía conocer el asunto privativamente.

(54) GUASP (J.): *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, págs. 82 y sigs.

Otro pacto que debe reflejarse registralmente es el del procedimiento utilizable, el del domicilio para la práctica de requerimientos con su posibilidad de alteración conforme al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, y el de tasación de la finca, que con anterioridad a la Ley Hipotecaria vigente podía suplirse (conforme al art. 133) mediante la presentación de un documento público en que contara la conformidad de los interesados con un precio de tasación, pero que actualmente carece de viabilidad, conforme dice GUASP (55). (Ver Resoluciones de 11 de febrero de 1911, 4 de diciembre de 1929 y 15 de diciembre de 1925.)

Uno de los pactos que más problemática plantean es el de administración o «posesión interina» de la finca a que se refiere la regla 6.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Existe sobre la materia una Resolución de 13 de junio de 1935, en la que en uno de sus considerandos se decía que el pacto consignado en la inscripción de hipoteca de que el acreedor adquirirá la administración de la finca una vez instado el procedimiento judicial sumario, sólo puede tener el alcance de hacer pública la facultad que, llegado el caso, se ha reservado el acreedor, y la posibilidad de que dicha administración pueda afectar, al ser ejercitada, a los que con posterioridad a la inscripción de la hipoteca adquieran algún derecho real sobre la finca, pero no el efecto de conceder la administración, ni el de impedir actos dispositivos del dueño, ni el de provocar el cierre del Registro.

Considero que esta doctrina era válida para la legislación vigente en el momento de ser publicada la Resolución, pero no en la actual legislación hipotecaria, donde los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles (56), conforme dice el artículo 5.º de la Ley Hipotecaria, aparte que dicho pacto suele establecerse en razones de seguridad «conservativa» de la finca y por desconfianza de la persona del deudor, pero significaría que el tercer adquirente quedase subrogado en las mismas condiciones y «cualidades» del primitivo deudor.

(55) *Op. cit.*, pág. 109.

(56) De todos es conocido el artículo 5 de la Ley Hipotecaria ("Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles"), pero ya no será tan conocida la anécdota que se cuenta del mismo y conforme a la cual, basándose en su letra, se dice que es un artículo que permite la inscripción de todos los peces, menos la del "mero".

III

HIPOTECA DE UNA PORCION O CUOTA INDIVISA

El supuesto que puede provocar discusión presupone el hecho de que una determinada persona sea dueña de una mitad indivisa de una finca (siendo igual que se trate de rústica o urbana). Esa mitad indivisa le puede pertenecer por cualquier título, pero de todas formas figura inscrita en el Registro de la Propiedad a su nombre. La otra mitad indivisa de la finca pertenece a un hermano, que también la tiene inscrita. Estos eran los hechos reales, pero los supuestos pueden multiplicarse con alguna imaginación. Sobre estos hechos surge la posible anomalía jurídica: el dueño de una de las mitades indivisas de la finca pretende hipotecar la *cuarta parte de la finca*, esto es, la *mitad de la mitad* que le pertenece, y a estos efectos otorga la correspondiente escritura de préstamo hipotecario que sucesivamente se presenta a inscripción registral.

Examino el problema en forma esquemática, pero planteándolo en dos tiempos: posibilidad de hipotecar porciones indivisas de fincas e imposibilidad de hipotecar una parte indivisa indeterminada.

- a) *Posibilidad de hipotecar porciones indivisas.*—Creo que es perfectamente, aunque más bien diría rigurosamente, defendible la posibilidad de hipotecar partes indivisas de un bien inmueble. Sin embargo, nuestra doctrina hipotecaria reciente guarda silencio, en base, posiblemente, de la gran variedad que esto representa. He consultado a ROCA SASTRE (57), LA RICA (58),

(57) ROCA SASTRE (R. M.): *Derecho Hipotecario*, 6.^a edición, tomo IV, Barcelona, 1968, págs. 560 y sigs. No obstante, en la página 523 hace una alusión a la cuota al referirse a la distribución hipotecaria y su problema, diciendo que: "En este supuesto en que la hipoteca haya de afectar a dos o más fincas, o derechos reales sobre éstas, o cuotas indivisas de unas y otros, nuestra Ley Hipotecaria, ya desde el año 1861, exige, como requisito necesario, la previa distribución de la responsabilidad real hipotecaria entre las varias fincas, derechos o cuotas a hipotecar". También en la primera edición de su obra en el año 1942, en el tomo III y página 503, en una nota hacía referencia a un caso de extinción de hipoteca constituida sobre una participación o cuota hereditaria, pero este comentario, desterrado de las siguientes ediciones, ha de entenderse sin valor al transformarse el concepto hipotecario del derecho hereditario o, por lo menos, su trato. También se refiere a la hipoteca de cuota en la sexta edición, págs. 463 y 535 (tomo IV).

(58) LA RICA (R.): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Primera parte. Innovaciones. Colegio Notarial de Registradores. Madrid, 1948, pág. 212.

CAMPUZANO y HORMA (59), COSSÍO y CORRAL (60), HERNÁNDEZ GIL (61), LACRUZ BERDEJO (62), ESPÍN CÁNOVAS (63), PUIG BRUTAU (64), SANZ FERNÁNDEZ (65), etc. Solamente he encontrado unas referencias al problema en diversos autores como son MORELL y TERRY (66) y GALINDO y ESCOSURA (67), tratando el problema en una de sus variantes; FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ (68) y LUIS BLÁZQUEZ MARCOS (69).

Desde el punto de vista del crédito, según se trate de mancomunado o solidario, el problema está estudiado por LÓPEZ TORRES (70) y LANA SANCHÍS (71), pero fácilmente se com-

(59) CAMPUZANO Y HORMA (F.): *Principios generales de Derecho Inmobiliario y legislación hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, pág. 141.

(60) DE COSSÍO Y CORRAL (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 341.

(61) HERNÁNDEZ GIL (F.): *Introducción al Derecho Hipotecario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 169.

(62) LACRUZ BERDEJO (J. L.): *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a edición, Zaragoza, 1957, págs. 85 y sigs.

(63) ESPÍN CÁNOVAS (D.): *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 262.

(64) PUIG BRUTAU (J.): *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de cosas*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 556.

(65) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1935, págs. 207 y sigs. Claro está que esta obra, al no estar completa, deja abierta la duda de si se hubiese afrontado el problema al tratar de las hipotecas, lo cual es muy posible teniendo en cuenta la minuciosidad del autor.

(66) MORELL Y TERRY (J.): *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1928, pág. 655, quien dice: "El que una finca se posea por varios sin dividir, no es obstáculo para que cada condueño pueda hipotecar su porción pro indiviso. En este caso la hipoteca grava la parte perteneciente al hipotecante, pero en la misma forma en que éste la tiene, o sea, de un modo indeterminado, y flotando sobre todo el inmueble o derecho. Al dividirse después la cosa común, la hipoteca queda limitada a la parte determinada que corresponda al deudor en la división. El acreedor, para evitar el perjuicio que al dividir pudiera ocasionársele adjudicando al deudor, con intención o sin ella, la parte peor, tiene con arreglo al derecho civil la facultad de intervenir en el acto de la división y la de oponerse a la que se haya practicado sin su intervención y con fraude. Véanse los artículos 405, 450 y 399 del Código Civil y las Resoluciones de 23 de julio y 22 de agosto de 1863 y 8 de enero de 1878."

(67) GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo III, pág. 167, que se pronuncia en parecidos términos a los de MORELL Y TERRY.

(68) SALAS Y MARTÍNEZ (F.): "Efectividad registral de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 399 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1952, pág. 347, quien, sin embargo, al interpretar el precepto que invoca, no acierta plenamente en su interpretación, como luego veremos.

(69) BLÁZQUEZ MARCOS (L.): "Sobre efectividad registral de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 399 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1953, pág. 291.

(70) LÓPEZ TORRES: "Créditos hipotecarios del mismo rango", *R. C. D. I.*, año 1943, pág. 366.

(71) LANA SANCHÍS: "Ensayos sobre créditos de igual rango o simultáneos", *R. C. D. I.*, 1943, pág. 843.

prende que de lo que estamos hablando es de si la cuota que se ostenta sobre la propiedad de una finca o derecho puede ser considerada como cosa hipotecable.

En defensa de la posibilidad de hipotecar una cuota o participación proindiviso pueden darse las siguientes razones:

- 1.º El artículo 106 de la Ley Hipotecaria, tan criticado por la doctrina, admite que puedan ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables, con arreglo a las Leyes, impuestos sobre los mismos. Es lo mismo que dispone el artículo 1.874 del Código Civil español. Ninguno de los dos dice, como es lógico, si el bien inmueble puede ser hipotecado total o parcialmente, ni tampoco especifica si el derecho real enajenable debe ser hipotecado totalmente o lo puede ser por partes.

La propiedad que el comunero ostenta sobre la cuota o la cuota que sobre la propiedad ostenta el comunero, puede perfectamente ser encuadrada en cualquiera de las dos coyunturas que los artículos citados ofrecen en orden a las cosas hipotecables: puede hablarse de una cuota de un inmueble o de un derecho real enajenable. Todo va a depender de la configuración de la cuota y del ámbito de su aplicación.

Los fenómenos de cotitularidad, comunidad y copropiedad, sin perjuicio de sus precisiones dogmáticas, no suponen más que manifestaciones del derecho de propiedad o de la titularidad sobre ciertos derechos. La amplitud del campo de actuación es un problema marginal. Dice acertadamente BELTRÁN DE HEREDIA (72) que el ser común algo, significa la pertenencia de un objeto a una pluralidad de sujetos, sin división material que permita delimitar la extensión y la intensidad del poder; por eso se dice que a los titulares les pertenece el objeto «pro indiviso», y se habla de bienes «indivisos» o de «indivisión», cuando se alude a la comunidad.

La comunidad surge cuando el bien inmueble o los derechos reales de que hablan los artículos 106 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil pertenecen, en vez de a una sola persona, a varias. Claramente así lo da por

(72) BELTRÁN DE HEREDIA (J.): *La comunidad de bienes en el derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 28.

presupuestado el artículo 392 del Código Civil: «Hay comunidad cuando la propiedad de *una cosa o de un derecho* pertenece pro indiviso a varias personas.» Por tanto, como dice BELTRÁN DE HEREDIA (73), tener en común el derecho de propiedad significa, pues, tener en común la totalidad de las utilidades de una cosa. Tener en común un derecho real limitado (usufructo, servidumbre, etc.) significa, por el contrario, tener en común solamente unas determinadas utilidades de la cosa (goce, disfrute, etc.). En ningún caso significa tener en común la materialidad física de la cosa, porque esto no es un concepto jurídico. La comunidad de propiedad o, mejor dicho, del derecho de la propiedad, es la copropiedad, que se presenta como la tenencia en común del derecho de propiedad; su objeto no es este derecho, sino aquello que es objeto del mismo, es decir, las cosas en la totalidad de sus utilidades. La comunidad de otros derechos reales limitados tiene, como cotitularidad común, a estos derechos; su objeto será el de estos mismos, es decir, las cosas, pero no en la totalidad de sus utilidades, sino tan sólo en una parte concreta y determinada de las mismas.

Partiendo de la base de que la comunidad romana o por cuotas es la que regula nuestro derecho, se hace un poco superfluo averiguar cuál de las teorías explicativas de su naturaleza puede servir para encuadrar el supuesto que nos ocupa. Rechazando las teorías negativas que atribuyen a los comuneros solamente situaciones de utilidad y expectativa, las demás teorías (colectivistas, solidaristas o divisionistas, etc.) (74) pueden explicar perfectamente las

(73) *Op. cit.*, pág. 126.

(74) Aunque he agrupado la serie de teorías explicativas del fenómeno de la comunidad romana, es bien cierto que las colectivistas defendidas por LUZZATTI no encajan en el supuesto. Las demás pueden servir a los fines indicados: las solidaristas (SCIALOJA y SIMONCELLI) consideran que existen diversos derechos de propiedad sobre la misma cosa, que se limitan recíprocamente en su ejercicio: *concursum partes fiunt*. Cada comunero tiene un derecho y no una fracción ideal, siendo la cuota la proporción en que se reparten las utilidades y cargas. Las divisionistas pueden ser referidas a la cosa o al derecho. Las primeras consideran que cada copropietario tiene la plena propiedad de una cuota ideal de la cosa; hay una suma de dominios unidos por la unidad abstracta de las porciones sobre que recaen, pero a las que la división de la cosa otorgará declarativamente su independencia. Aquí la cuota equivale a una parte ideal de la cosa *pars rei* (LAURENT, PUCHTA, VITALEVI, SÁNCHEZ ROMÁN). Las divisionistas en relación con el derecho (FERRARA MESSINEO y MÜLLER) consideran que el copropietario ostenta un derecho sobre la totalidad de la cosa, pero su derecho es parte de un derecho entero, una propiedad parcial. Las facultades del dominio le

situaciones de comunidad o cotitularidad de cualquiera de los dos números del artículo 106 de la Ley Hipotecaria.

En efecto, en el primer caso, «Bienes inmuebles susceptibles de inscripción», debe entenderse que el inmueble en sí no es el hipotecable, sino el derecho de dominio que sobre el inmueble se tiene es el que facilita la hipoteca. Creo innecesario insistir en este punto, teniendo en cuenta que la primera inscripción es de dominio (art. 7.º de la L. H.), que no cabe una inmatriculación de cosa *nullius* y que para hipotecar es preciso, conforme al artículo 138 de la Ley Hipotecaria, ser dueño de los bienes con facultad dispositiva o tener esta libre facultad y, caso de no tenerla, estar autorizados para ello con arreglo a la Ley. Lo que cabe hipotecar es el dominio pleno del inmueble o la cuota parte que a un comunero le corresponde en ese dominio. Lo mismo sucede con el caso segundo, que al referirse a los «derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes», permite la hipoteca de la totalidad del derecho o de la cuota parte que un cotitular ostente sobre el mismo.

- 2.º Un artículo clave es el 399 del Código Civil, al decir que «todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo, en su consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla... Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca en relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar en la comunidad».

Este artículo, sin embargo, no es lo suficientemente específico para tener de acuerdo a toda la doctrina que se

corresponden *pro parte*. La cuota viene a ser una fracción ideal del derecho de propiedad *pars domini*.

Referidas estas teorías al Derecho español, la doctrina dominante considera que la que encaja en la dogmática del mismo es la divisionista referida a la cosa sobre la base de la llamada «transmisión posesoria» y «posesión exclusiva» de los artículos 450 y 440 del Código Civil que parece confirmar el artículo 399 del mismo cuerpo legal al hablar de la «plena propiedad de su parte» y de «porciones». BELTRÁN DE HEREDIA discrepa de esta postura y considera que la teoría aplicable a nuestro derecho es la mantenida por SCIALOJA y conocida bajo el nombre de *la propiedad plúrima total*. En toda copropiedad debe verse la concurrencia de varios derechos de propiedad sobre toda la cosa, pero está limitado por la coexistencia de otros tantos derechos iguales autónomos e independientes dentro del límite que la cuota indica (uso y disfrute, art. 394; realización de obras, art. 395; el pleno poder dispositivo del art. 399; el sistema de unanimidad del artículo 397 y el sistema divisional del artículo 400 del Código Civil).

ha ocupado de él. GALINDO y ESCOSURA, MORELL y TERRY, SALAS y MARTÍNEZ y ROCA SASTRE (75), califican esta hipoteca como sujeta a la restricción de la determinación ulterior del objeto sobre que recae, no dudando algunos en considerar que debió incluirse en los supuestos del artículo 107 de la Ley Hipotecaria.

De otra parte, BELTRÁN DE HEREDIA (76) estima que el copropietario puede constituir un derecho de hipoteca no sobre su derecho de copropiedad, que no es hipotecable, sino sólo sobre la cosa inmueble, constituyéndose sobre la cosa común, pero con la limitación del segundo inciso del artículo 309 del Código Civil, o sea limitadamente a la porción que se le asigne en la división. Frente a esta postura, el mismo autor cita a BORRELL Y SOLER (*El dominio según el Código Civil español*, pág. 211), quien dice que lo que se hipoteca es la parte ideal que cada copropietario tiene sobre la cosa común, como indican claramente las primeras palabras del artículo 399.

Nuestra postura ya la hemos adelantado antes. Creemos que lo que se hipoteca no es el bien inmueble, sino el dominio o los derechos reales que sobre el mismo se tengan. Es la tesis que mantuvo PLANIOL y que parece la más acertada en nuestro sistema hipotecario, pues si bien el artículo 106 de la Ley Hipotecaria habla de bienes inmuebles susceptibles de inscripción, es evidente que lo que se inscribe no es la finca, sino el dominio que sobre la misma se tiene, ya que la primera será siempre «de dominio» (artículo 7.º de la L. H.), y todos sabemos que, conforme al artículo 376 del Reglamento Hipotecario, no cabe una inmatriculación de finca hipotecándola simultáneamente en el mismo asiento.

Respecto de si se trata de una hipoteca con restricciones o de tipo condicional encajable en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, creemos que es rechazable la tesis. Si la cuota que se hipoteca no puede ser concretada o proyectada

(75) GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pág. 167; MORELL y TERRY, *op. cit.*, página 655; SALAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 347; ROCA SASTRE, *op. cit.*, en página 463, que dice que "las hipotecas constituidas sobre una cuota o participación indivisa están sujetas a los efectos retroactivos de la división de la cosa común, conforme establece el artículo 399 del Código Civil, de suerte que la hipoteca deberá concretarse a la porción que se adjudique al condueño hipotecante al cesar en la indivisión.

(76) *Op. cit.*, pág. 272.

sobre determinada parte de la finca sobre la cual se ejerce el condominio, es evidente que, cuando el momento de la determinación llegue, no puede hablarse, como lo hace SALAS MARTÍNEZ, de novación objetiva o cambio de objeto, ya que en la división o negocio de fijación jurídica lo único que se precisa es la parte sobre la cual ha de concretarse la porción correspondiente a la cuota. Mal puede hablarse de novación objetiva cuando en el primer estado, el de la hipoteca de la cuota, lo que se ha concretado específicamente es la cuota (derecho o parte del derecho) cuya precisión material, al no estar proyectada sobre partes concretas de la cosa, indetermina el objeto de la cuota, pero nunca el de la hipoteca. Lo que la hipoteca grava es la cuota indeterminada en su aspecto material no jurídico, pero no la parte que puede corresponder a esa cuota, pues si ella se precisase intelectualmente, y luego fuese distinta, sí podría hablarse de novación objetiva, pero no es así; la cuota sigue siendo la misma, lo que sucede es que se especifica en una parte de la finca sobre la que recae. No hay novación objetiva, lo que hay es concreción material de unos contornos. Especificación de unos límites o, si se quiere, deslinde material. No puede estimarse que exista condición resolutoria o suspensiva. La cuota es actual e inmodificable por el acto divisionario. Tampoco puede estimarse que exista una hipoteca con restricciones, pues la indeterminación material de la cuota sólo repercute de forma indirecta en la hipoteca para darle contenido palpable a la cuota. Es de sentido común que el artículo 399 del Código Civil diga que cuando se hipoteca la cuota de un partícipe la hipoteca se circunscribe a la parte que le corresponde, pues si dijese lo contrario cometería una injusticia notoria. Pero eso no quiere decir que la hipoteca esté restringida, sino circunscrita a la parte material que al dividir la cosa le corresponda a la cuota hipotecada.

En contra de MORELL Y TERRY, considero que la hipoteca no *flota sobre todo el inmueble o derecho*, sino que, como la cuota proindiviso que se ostente sobre la propiedad de un bien inmueble en el Registro, es difícil especificarla con independencia del bien inmueble a que afecta, es evidente que el folio registral que refleja la titularidad parcial de la finca se refiere en linderos y cabida a la totalidad de la finca, pero eso no quiere decir que la hipo-

teca afecte a la totalidad de la finca, sino a la cuota que el condominio tiene pendiente de concreción material, pues jurídicamente consta delimitada.

- 3.º El artículo 54 del Reglamento Hipotecario, que dice: «Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

»No se considerará cumplido este requisito si la determinación se hiciera solamente con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga.»

Este artículo, una exigencia jurídica más del principio de especialidad o determinación, plantea una serie de problemas como el de si la determinación de la parte indivisa exige la precisión del total valor y la parte que en él representa cada porción (RR. de 6 de junio de 1894 y 19 de diciembre de 1917), la del juego presuntivo de la igualdad de porciones que establece el Código Civil en el artículo 393 y otros típicamente hipotecarios (77), pero a nuestros efectos debe ser destacado, ya que el mismo no hace más que ratificar la idea de la registración ulterior de los actos de tráfico jurídico sobre las cuotas de los bienes inmuebles así determinadas.

(77) Entre ellos podemos hacer alusión a si es posible de que abra folio registral no la totalidad del dominio de una finca, sino una cuota de la misma, cuestión que hoy día parece superada en virtud del apoyo que presta el artículo 278 del Reglamento Hipotecario al decir que "cuando se pretenda inscribir participaciones o cuotas indivisas de fincas..." Lo que es imposible es la inscripción de la cuota sobre diversas fincas que harían personal el folio y no real: por ello, y por otras razones, no cabe la inscripción del derecho hereditario. No obstante, existe una práctica consuetudinaria en Extremadura que admitía la posibilidad de inscribir como fincas independientes los derechos de hierbas, agostadero y espigas, aunque afectasen a diversas fincas. Práctica consuetudinaria que pudo superarse a base del artículo 377 del R. H. y que la Resolución de 7 de octubre de 1963 ha tratado de cortar de raíz negando su inscripción.

La posibilidad de que en el historial de la finca figuren asientos sucesivos, referidos solamente a diversas cuotas pro indiviso pertenecientes a diversos titulares, puede plantear la duda de si cabe un solo asiento para reflejar la reunión de todas las cuotas en una sola mano o serán preciso tantos asientos como cuotas. Cuando la reunión se verifica por un solo título (heredero que adquiere de todos los demás las cuotas que les pertenecen), la cosa no es dudosa: lo procedente es una sola inscripción que refleje toda la titularidad adquirida. Cuando la titularidad total se produce por adquisiciones aisladas, lo procedente será ir haciendo inscripciones independientes de las cuotas si los títulos se van presentando sucesivamente, planteándose el problema en el caso de ser presentados todos los títulos simultáneamente. Me inclino a creer que en este caso no habría inconveniente en reunir en una sola inscripción las diferentes adquisiciones de las cuotas que por diversos títulos se reúnen en una sola mano. No obstante,

- 4.º Los artículos 216 y 217 del Reglamento Hipotecario, que presuponen en su letra la posibilidad de hipotecar «porciones ideales o participaciones pro indiviso de una finca o derecho», aunque su alusión lo sea con la idea o bajo la idea no de una hipoteca aislada de cuota, sino de «varias cuotas o porciones», los efectos de la distribución de responsabilidad hipotecaria.

Aunque el supuesto sea distinto, es evidente que si se admite la hipoteca sobre diversas partes indivisas no quiere decir que ellas agoten la totalidad del dominio, sino que es viable que solamente se hipotequen una, dos, tres o cuatro, o las que sean...

- 5.º El artículo 46 de la Ley Hipotecaria, que al admitir la anotación del derecho hereditario dice que el derecho hereditario anotado podrá «transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación».

Este artículo es utilizado como argumento *a contrario sensus*, ya que la doctrina, al examinar los actos de gravamen que puedan recaer sobre el derecho hereditario anotado, niega la posibilidad de que dentro de ellos se comprenda la hipoteca por falta de determinación de la cuota que, existiendo, no se precisa, pues recae sobre todo el patrimonio hereditario.

ROCA SASTRE (78) considera que es «fundado negar la posibilidad de que este gravamen consista en el derecho real de la hipoteca. No se considera argumento en favor de esta tesis el problema de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas integrantes

en contra de esta opinión se pronuncian las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 27 de enero y 11 de abril de 1928.

Otro de los problemas que suscita la inscripción de la cuota es el de si cuando se inmatricula una finca presentando el título que sólo acredite una cuota del total dominio, es preciso, cuando se traten de inscribir las demás cuotas, publicar los edictos que consoliden dichas titularidades. JOSÉ MENÉNDEZ opina que estas inscripciones de cuotas indivisas y, en su caso, las de dominio directo y útil (caso del art. 377 R. H.) son todas inmatriculadoras, a pesar de ser segundas o posteriores, y es preciso para practicarlas utilizar los medios propiamente inmatriculadores. Nosotros creemos todo lo contrario. Si la inmatriculación es de la finca, aunque sólo se acredite una titularidad parcial, no es preciso posteriormente la publicación del edicto correspondiente. De ser esto cierto, cualquier asiento practicado posteriormente al de inmatriculación seguiría exigiendo "perpetuamente" la publicación de edictos. En último caso, la solución del problema creo que reside en el concepto de inmatriculación.

(78) *Op. cit.*, pág. 24 del tomo III. No obstante, en pág. 463 del tomo IV mantiene opinión contraria.

del caudal relicto, pues éstas son tomadas tan sólo en consideración como parte de un todo y aquí el todo es la masa hereditaria. Aquí el obstáculo radica en el esfuerzo que significa el criterio de la Ley Hipotecaria acerca de los derechos reales hipotecables». Estimo que no es lo mismo hipotecar una cuota sobre un bien determinado que sobre un patrimonio genérico compuesto de diversas fincas, y también que, como el derecho hereditario sólo está anotado preventivamente, la hipoteca que sobre él se pueda constituir tendría también que anotarse y tendríamos una «figura intermedia» llamada de anotación de hipoteca de derecho hereditario «no constitutiva», pues sólo la inscripción tiene este peculiar efecto respecto de la hipoteca.

- 6.º El artículo 71 del Reglamento Hipotecario, que en sus últimos párrafos prevé la inscripción de cuotas y la inscripción sucesiva de transmisiones o constituciones de derechos reales sobre las mismas, al tratar de la forma en que se inscriben las heredades, los heredamientos, dulas, acequias u otras comunidades análogas. Dice dicho artículo en su párrafo sexto: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, cada copartícipe o comunero podrá inscribir a su nombre como finca independiente o, en su caso, en el folio de la finca que disfrute del riego, la cuota o cuotas que le correspondan en el agua y demás bienes afectos a la misma con referencia a la inscripción principal.» Remacha la idea apuntada el párrafo séptimo, que dice: «Sin embargo, deberá abrirse siempre folio especial cuando se inscriban las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre las mismas.» Es decir, que aquí la cuota de participación pasa a convertirse en finca independiente que soporta los posibles gravámenes que se le puedan imponer. Es un avance legislativo de mucha consideración.
- 7.º La idea matriz que preside la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria en torno a la facilitación del crédito hipotecario, aunque no se plasme en una frase, expresa la hipotecabilidad de la cuota, pudiendo, sin embargo, inducirse de alguna de las empleadas, como aquella que dice: «Con la adopción de este sistema, los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de

un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero y nacerán fuentes de riqueza y prosperidad.»

- 8.º No sería preciso una prohibición de hipotecar cuotas si la regla general fuese ésa, infiriéndose, por ello, que la norma del artículo 77 de los Estatutos del Banco Hipotecario de España, que no admiten hipotecas sobre propiedades que estuvieran pro indiviso, a menos que consientan la hipoteca todos los condueños, no hace más que confirmar la regla general.
- 9.º La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en reiteradas resoluciones así lo ha sancionado. Podemos destacar las siguientes: Resolución de 23 de noviembre de 1886, que, confirmando la nota registral, consideraba no inscribible una hipoteca por no figurar en la escritura el valor de lo que podía corresponder a la deudora; la Resolución de 17 de marzo de 1888, que declara inscribible una escritura de hipoteca sobre participación indivisa que estaba concretada por el valor total de la cosa y el que correspondía al deudor; las Resoluciones de 26 de junio y 27 de diciembre de 1909, exigiendo la primera que se fije con toda precisión la porción ideal o parte que haya que afectar al derecho inscribible, doctrina aún más aplicable al caso contemplado por virtud de lo prevenido en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, y precisando la segunda que no cabía la inscripción por no fijarse claramente el gravamen que recae sobre cada porción ideal; en el mismo sentido está la Resolución de 21 de mayo de 1910, que exige la fijación de la extensión del derecho correspondiente a cada comunero antes de hipotecarlo.

Otro grupo de Resoluciones (por ejemplo, las de 6 de julio de 1917 y 9 de marzo de 1918) resuelven los problemas que plantea la hipoteca constituida sobre varias fincas en proindivisión a favor de entidades bancarias. La Resolución de 17 de noviembre de 1928 roza marginalmente el problema que vamos a plantear en la segunda fase de este punto, esto es, la hipoteca de la mitad de la mitad, o la cuarta parte. Se trataba de una finca perteneciente en proindivisión a dos personas y el Registrador denegaba la petición de inscripción sobre la base de no saber si se hi-

potecaba la mitad o la cuarta parte de la finca. También contienen doctrina interesante las de 4 de diciembre de 1935 y 24 de junio de 1936, que tratan de una hipoteca sobre porciones indivisas afectantes a diversas fincas, aunque en la escritura se hacía referencia a un documento privado en el cual se había practicado la previa determinación o división material de las fincas, sentando la Dirección General la doctrina de que, reconocido como indudable el derecho de condominio para hipotecar su porción indivisa inscrita, no es posible admitir la hipoteca de parte fija y determinada del inmueble, si antes ésta no se hace constar en los libros registrales. La última Resolución que conocemos es la de 30 de septiembre de 1939, que trataba de una hipoteca otorgada por titulares pro indiviso del dominio de una finca, sin hacer la previa distribución de responsabilidad.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de diciembre de 1912, no hace más que reiterar esta línea marcada por la jurisprudencia registral, diciendo que no es inscribible una escritura de hipoteca por no estar precisados con claridad la parte del crédito correspondiente a cada uno de los acreedores y, sobre todo, la parte de la finca afectada por la hipoteca.

- b) *Imposibilidad de hipotecar una parte indivisa indeterminada.*—Habiendo apuntado antes que la cuota sobre la cual recae el derecho de hipoteca está perfectamente delimitada y lo único que queda pendiente es su concreción material, solamente cabe que hablemos de cuota o parte indivisa indeterminada cuando la misma no figure registralmente constatada.

El principio de especialidad que, en cuanto a hipotecas se refiere, recibe el nombre de «determinación», impide que una hipoteca recaiga sobre una finca o un derecho indeterminado. Podrán admitirse ciertos casos de «indeterminación transitoria de titularidad», pero no existen excepciones que permitan concebir una hipoteca sobre finca o derecho no especificado. Los derechos reales limitativos—bien de garantía o de uso y disfrute—exigen constatación específica, precisamente en el folio o inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan. Así lo establece el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, complementado por los 8.º, 9.º y 12 de la misma y concordantes reglamentarios.

El famoso adagio de que «quien puede lo más puede lo menos» hace crisis en esta ocasión. El propietario que puede hipotecar toda su finca no puede hacerlo respecto de su «mitad», de «un tercio», de «un quinto», etc., si estas partes que pretende hipotecar no se han concretado registralmente de alguna manera. A nuestro entender, las dos únicas formas registrales de esa especificación son la división material de la finca en tantas partes como se deseen, o la formación de un condominio con otra persona en la que cada uno de los nuevos titulares ostente una cuota parte proporcional en la totalidad de la finca. Creemos que no cabe la segregación, pues cuando de situación pro indiviso se trata, lo único que autoriza el código es la división.

La mitad indivisa de una finca, si está inscrita en el Registro a nombre de persona determinada y, con la descripción de la finca total sobre que recae, es un elemento jurídico apto para la garantía, como antes decíamos, y, sobre todo, queda registralmente identificada a efectos del crédito hipotecario. El incumplimiento del préstamo o crédito da lugar, en virtud de los mecanismos ejecutivos, a que salga a subasta no la totalidad de la finca, sino la mitad indivisa de ella y el rematante de la misma pasará a ocupar el lugar del antiguo condominio: el rematante adquirirá la categoría de comunero.

Si la mitad indivisa inscrita y delimitada conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario es finca o parte de ella apta para el crédito, no lo es la *cuarta parte*, esto es, la mitad de la mitad de esa parte, que no está matemáticamente determinada en el Registro como la mitad de la que procede o en la que está integrada. El caso es muy similar al del billete de 100 pesetas que se muestra al aldeano para que nos indique cuáles son sus 50 o sus 25 pesetas o las que tenga de su propiedad sobre el mismo. Registralmente el dueño de la mitad lo es también de la cuarta parte, pero mientras la mitad está delimitada, la cuarta no lo está. Aquí viene a suceder lo mismo que con la finca material: el dueño de la totalidad de ella puede hipotecar su mitad siempre y cuando la aísle o sitúe por segregación, provoque un condominio o divida materialmente la finca. La cuarta parte, para ser hipotecada especialmente, exige, en buena técnica hipotecaria, que se especifique o delimite registralmente.

Antes de apuntar las razones que abonan mi postura quiero reseñar una curiosa Resolución de la Dirección General

de los Registros y del Notariado que oscurece este principio fundamental de nuestro sistema denominado de la especialidad. Se trata de la que lleva por fecha 27 de mayo de 1968, y según la cual cabe que el titular del pleno dominio constituya una hipoteca sobre el usufructo, sin incluir las demás facultades que integran su derecho. Es decir, esta Resolución concibe el derecho de propiedad como una suma de facultades y permite que el dueño de ellas hipoteque las que son típicas del usufructo, esto es, la percepción de frutos. Dice la Resolución que si el dueño puede ceder a otra persona el disfrute de sus bienes mediante la constitución de un derecho de usufructo, no parece haya obstáculo para que pueda hipotecar ese disfrute como «parcela de valor» de su derecho de dominio, por tratarse de un acto de menor entidad en el que aparece gravada sólo una de las facultades del titular, y que en el caso de ejecución hipotecaria daría lugar al nacimiento de un derecho real de usufructo a favor del adjudicatario. Este argumento se completa con una cita histórica, una referencia a la hipoteca mobiliaria y una interpretación del párrafo segundo del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, a nuestro juicio equivocada (79).

El problema que plantea e intenta resolver la resolución citada ensombrece nuestra postura y hace viable el axioma de que «quien puede lo más puede lo menos». Pero el problema no es nuevo. Ya dice la Resolución que los precedentes romanos (Digesto XX-1, fragm. 11) eran favorables a la hipoteca del derecho de usufructo cuando la totalidad del dominio pertenece al que lo realiza. La clásica doctrina hipotecarista (GA-

(79) La cita que se hace de la Ley de Hipoteca Mobiliaria ha de entenderse referida a la figura de la *prenda sin desplazamiento* que admite la misma sobre frutos, pero no es lo mismo hipotecar el derecho de usufructo que hipotecar los frutos de una cosa, supuesto que no se admite por la legislación española. Tampoco es decisiva, a mi entender, la referencia al número 2 del artículo 107, pues la Resolución dice que «mediante pacto se prevé la posibilidad de que la hipoteca no se entienda al pleno dominio del inmueble perteneciente a un único dueño, sino sólo a la nuda propiedad, con total exclusión de disfrute que al mismo corresponde». Eso no dice el artículo 107,2 de la L. H., lo que dice es que, perteneciendo el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra, puede hipotecarse la nuda propiedad, y, cuando el nudo propietario se reúna por consolidación la totalidad del dominio, la hipoteca se extenderá al mismo, salvo que exista pacto en contra. La cosa es distinta: si llegado el caso de ejecución hipotecaria la nuda propiedad se adjudicase al acreedor, en el mismo, por razones de consolidación, se fundiría el usufructo, pues el pacto se refería solamente a la hipoteca, y en caso de comprenderse el supuesto habría que entender que el dueño se convertiría en usufructuario y el acreedor hipotecario en nudo propietario.

LINDO y ESCOSURA, MORELL y TERRY y GAYOSO ARIAS) aceptan este antecedente histórico y consideran posible que el titular de la plena propiedad pueda hipotecar el usufructo de la misma, diciendo, por ejemplo, MORELL y TERRY (80) que el propietario absoluto de una finca puede constituir la hipoteca *determinantemente* sólo sobre lo edificado con independencia del suelo, o sólo sobre el usufructo, ROCA SASTRE (81), siguiendo a GORLA, BIANCHI y CHIRONI, no acepta esta hipoteca sobre lo que doctrinalmente denomina usufructo «causal», ya que no puede hablarse de usufructo sobre cosa propia. En este mismo sentido negativo se pronuncia CÁNOVAS COUTIÑO (82), quien advierte el peligro de que la doctrina de la Resolución comentada encierra, ya que, siguiendo ese camino, puede llegarse a la creación de servidumbre sobre inmueble propio, hipoteca de propietario, usufructo de la nuda propiedad, condicionando el vencimiento de la deuda con la consolidación de aquél a ésta. Discrepa en esta tesis, uniéndose a la doctrina antigua hipotecarista y a la tesis que sustenta la Dirección General, ORTEGA PARDO (83), que utiliza el argumento mismo que posteriormente predica la Dirección: si al vencimiento no paga el deudor, lo que se vende no es la cosa, sino el usufructo de ella.

No debe olvidarse que el caso que motivó la Resolución era el insólito dentro del Derecho de una hipoteca dotal, y solamente la extrañeza que pueda significar el asilado supuesto puede justificar la doctrina de la Dirección General. Para que exista el usufructo son precisas dos personas distintas, y para que pueda hipotecarse el usufructo es necesario que esté éste constituido. Si el propietario total y pleno de una finca quiere hipotecar o la nuda propiedad o el usufructo de la misma, es preciso que lo constituya, pues de lo contrario habría que admitir una hipoteca sobre un derecho de constitución futura: un derecho sujeto a la condición suspensiva de que la hipoteca se ejecute. La propiedad ya no es una suma de facultades que puedan enumerarse, aislarse e identificarse; la propiedad es todo unitario identificable registralmente por los límites que

(80) *Op. cit.*, pág. 662, tomo III.

(81) *Op. cit.*, pág. 401, nota en tomo IV.

(82) CÁNOVAS COUTIÑO en el comentario doctrinal que hace de la Resolución citada, en la Resolución Crítica de Derecho Inmobiliario, año 1968, página 1335.

(83) ORTEGA PARDO: "La hipoteca de usufructo y su extinción", *Revista de Derecho Privado*, año 1946, pág. 826.

geográficamente la sitúan. Creo que la Dirección General se ha concretado en su solución y ha mezclado los derechos reales que pueden constituirse sobre la cosa con las facultades que constituyen el dominio en la forma tradicional romana. Por este supuesto camino debemos admitir la posibilidad de una hipoteca sobre el derecho a *abusar* (*abutendi*), *poseer* (*possidendi*), *disponer* (*disponendi*), *vindicar* (*vindicandi*), así como los de limitar, transformar, acrecer o de accesión y otros que se atribuyen al propietario, como el de deslinde (84).

El artículo 106 de la Ley Hipotecaria, que creo no se tuvo en cuenta en el recurso gubernativo ni por el Notario recurrente, ni por el Registrador que defendía su nota, ni, lo que es más curioso, por la Dirección impide esta constitución de hipoteca sobre un derecho real que, conforme al artículo citado, debe de ser enajenable y estar «impuesto» sobre los mismos bienes. La letra encuentra el eco suficiente para comprender el espíritu del precepto. Tampoco es seguro el argumento que se utiliza sobre la base del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, cosa ya rechazada en la nota 33. Pero lo más problemático es la limpieza con que la Dirección General hace caso omiso del principio de determinación y considera que una facultad dominical, la de uso y disfrute—que solamente puede reflejarse registralmente a través de la figura del usufructo en forma concreta—puede ser hipotecada sin ser precisada previamente.

El mismo MORELL Y TERRY (85), que defiende la posibilidad de la hipoteca del derecho de usufructo constituida por el que es dueño de la totalidad de la cosa, exige que la «porción hipotecada es indispensable que sea perfectamente conocido, ya deslindándola materialmente, ya determinando su cuantía en relación al valor total del inmueble, ya precisando la proporción en que la referida parte se encuentra con respecto a la total cabida de la finca». Cuando lo hipotecado es una cantidad comprendida en la en que se tasó tiempos atrás una parte de casa y no consta el valor total de ésta, es obvio que aquella cantidad, lo mismo puede representar la casi totalidad del inmueble que una pequeña parte de él, con lo cual queda *indeterminado* lo que es objeto de la hipoteca (RR. de 23 de noviembre de 1886 y 17 de marzo de 1888)».

(84) Al enumerar estas facultades hemos incluido la de poseer intencionalmente, pues no es lo mismo la posesión de que nos habla el artículo 5 de la L. H. para negarla acceso al Registro que esta facultad insista en el dominio.

(85) *Op. cit.*, tomo III, pág. 656.

En suma, MORELL, en sus comentarios, no hace más que aplicar el principio de especialidad que es sostenido con reiteración asidua por la Dirección General. Sólo queremos citar la Resolución que antes apuntamos de 4 de diciembre de 1935, en la cual se dice que mientras no se realiza la división de la finca atribuyendo una parte a cada uno de los copropietarios, deberá respetarse la situación registral del inmueble, impidiendo la constitución de hipoteca sobre cada parte concreta. Convendría plantearse la pregunta de si hasta que no se constituya el derecho de usufructo éste puede tener un contenido registral determinado y con ella la Dirección estaría poco precisa. El usufructo ha sido también una figura tradicional con ciertas rebeldías doctrinales, y por eso esta lanza rota en su favor por la Dirección debe extrañarnos tan poco como aquella machacona insistencia del Tribunal Supremo en igualar las figuras jurídicas de la sustitución fideicomisaria y del usufructo hasta que GONZÁLEZ PALOMINO vino a demostrar lo contrario (86).

Pese a toda la fuerza doctrinal de la Dirección, al no ser ésta vinculante para el órgano calificador, debemos resumir, aunque sólo sea en forma esquemática, la serie de razones que apoyan nuestro punto de vista en orden a la no hipotecabilidad de una cuota, parte de otra, no determinada específicamente en el Registro:

- a) El artículo 46 de la Ley Hipotecaria, anteriormente citado, que, como vimos, admite la posibilidad de gravar la cuota hereditaria, aunque la doctrina aclaratoria o interpretativa considera que en la frase «gravamen» no se puede comprender la hipoteca por la falta de la determinación de la cuota.

(86) Debe aducirse en favor de la tesis que mantenemos opiniones de cierto prestigio doctrinal, entre las que podemos citar la de Díez Picazo (José Luis), quien en sus *Lecciones de Derecho Civil*, III, *Derecho de Cosas*, Universidad de Valencia, 1967, dice que las condiciones que debe reunir el objeto de la relación jurídico-real son la de existencia, licitud y determinación. El objeto del derecho real ha de ser siempre una cosa existente, una realidad del mundo exterior. Sobre lo que *no existe* no pueden caber derechos ni deberes. Un derecho real requiere, pues, una cosa con existencia actual. No cabe duda que sobre las cosas futuras se puede contratar, pero hay que admitir que, aunque se admita como abstractamente atribuido a la persona un poder real típico, éste no podrá nunca ejercitarse, es decir, no será tal poder hasta tanto la cosa no gane existencia actual. Puede, por tanto, admitirse que es una relación jurídico-real en estado de pendencia o, lo que parece más exacto, una previa relación obligatoria que prepara el camino de la relación real definitiva. Y preguntamos: ¿esa expectativa puede ser hipotecable?

Hemos de hacer constar, sin embargo, que la autorizada opinión de ROCA SASTRE (87), antes citado, se ve oscurecida por lo que dice en la nota 4 de la página 463 del Tomo IV de su edición de 1968, ya que en la misma da por supuesto la hipoteca del derecho hereditario: «Lo mismo hay que afirmar—quedar afectas a los efectos retroactivos de la división—tratándose de la hipoteca del derecho hereditario, o sea de una cuota o participación indivisa de la herencia en comunidad, respecto de la cual el número 10 del artículo 206 del Reglamento consagra aquel efecto retroactivo.» Creo que esta nota es un arrastre que ROCA hace de otras ediciones cuando el derecho hereditario era inscribible, pues no se concibe que pueda mantener la tesis sustentada por SALAS MARTÍNEZ (88) de que pueda escamotearse al hipotecante la posible parte de bienes sobre la cual ha de concretarse la cuota hereditaria y la hipoteca, admitiendo una adjudicación en metálico que volatiliza la expectativa real del acreedor hipotecario. Creemos que está más en línea BLÁZQUEZ RAMOS (89), por esos posibles peligros y, sobre todo, porque, anotado el derecho hereditario, la hipoteca que se constituya sobre el mismo habría de hacerse por anotación y ésta no tiene la fuerza constitutiva de la inscripción.

- b) Los artículos 119 y siguientes de la Ley Hipotecaria sobre distribución de responsabilidad presuponen partes indivisas perfectamente identificadas. Claramente lo demuestran los artículos reglamentarios que complementan la ley y, sobre todo, el artículo 216, al decir que «no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o *porciones ideales de unas y otros*, afectos a una misma obligación...». Lo mismo sucede con el artículo 217, que dispone: «Si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho...».
- c) Puede ser también un buen argumento el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, en el cual, como sabemos, se regula la figura genérica de la posposición de hipoteca, aunque doctrinalmente algunos autores opinan que sólo se

(87) *Op. cit.*, tomo III, pág. 24.

(88) *Op. cit.*, pág. 347.

(89) *Op. cit.*, pág. 291.

trata de un supuesto de reserva de puesto (90). Pues bien, conforme a dicho artículo se exige que la hipoteca que ha de anteponerse quede plenamente determinada en su responsabilidad y duración, así como estar netamente perfilada la hipoteca que ha de retroceder o sobre la cual ha de ser antepuesta la hipoteca futura.

Hipotecar una cuarta parte de una mitad indivisa puede envolver—a espaldas del art. 341 del R. H.—una auténtica «reserva de puesto», ya que el deudor hipotecario, dueño también de la otra cuarta parte, podría especular con la misma hipotecándola, planteando así la duda o el grave problema de saber si la primera hipoteca es primera con relación a la segunda o la segunda es primera con relación a la otra. El orden de fechas determinaría una preferencia, pero no debemos olvidar que cada una debe reputarse primera con relación a la cuarta parte que se hipoteca. ¿Sobre qué cuota recaería la primera y sobre qué cuota recaería la segunda?

Creemos que estos callejones sin salida no pueden salvarse atribuyendo a los acreedores hipotecarios de ambas partes el derecho a pedir, antes de la ejecución, la división material de la cosa, ya que el artículo 403 del Código Civil sólo se refiere a la «conurrencia para la división» y a la «oposición» de la que se verifique sin su concurso.

- d) Admitir la hipoteca de la mitad indivisa puede significar el ofrecimiento al deudor hipotecario de que vivifique en nuestro Derecho la llamada «hipoteca de propietario». Es decir, pasar la frontera que nos separa del Derecho alemán y dejar que el propietario de la mitad indivisa de una finca se reserve su cuarta parte, esto es, una especie de «hueco», para sus futuras especulaciones.

La sola cita de la figura adscrita al sistema germánico, frente al romano que sigue el nuestro, evita una mayor extensión a este punto.

- e) Por último, y para no cansaros, vamos a enumerar otra serie de problemas que la admisión de la hipoteca de la cuarta parte de una mitad indivisa traería consigo. Haría

(90) Ver nuestra obra *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral* en su segunda edición, tomo II, pág. 713.

imposible la figura del tercer adquirente de finca hipotecada o, por lo menos, la haría difusa. ¿Qué parte adquiere el tercer adquirente? ¿La cuota parte hipotecada, o la libre?

El mecanismo del abandono de finca hipotecada en los procesos de ejecución que con tanto acierto estudió CÁNOVAS COUTIÑO (91) se escapa igualmente en su posible encuadre al supuesto, dejando sin respuesta la pregunta de cuál es la parte que se abandona. Lo mismo sucede con la administración interina de la finca, caso de que entre en juego tal medida. Si el acreedor hipotecario adquiere la mitad indivisa libre que no está hipotecada a su favor, provocaría serios problemas en orden a la extinción de hipoteca por confusión y la admisión de la figura de hipoteca sobre cosa propia...

IV

CONCEPTO DE CAUSAHABIENTE EN EL DERECHO REGISTRAL

La palabra causahabiente (*causam habet ab alio*) ha sido utilizada doctrinalmente en una doble proyección: como derechohabiente de una persona que subentra a través de un negocio jurídico en el derecho del transmitente o como sucesor de una persona que se subroga en su posición jurídica, permaneciendo la relación jurídica una y la misma. Esta amplitud interpretativa de la palabra es la que puede provocar ciertas inquietudes doctrinales cuando es utilizada por el legislador en ciertos casos en el que la misma parece requerir una interpretación restrictiva. El problema que presento se me cruzó en el camino registral, pero no es ya nuevo en el Centro de Estudios Hipotecarios, donde se planteó y se le dio una solución, creo que poco satisfactoria para todos o, por lo menos, no a gusto de todos. Tampoco el caso es nuevo, sino que del mismo se hace eco LACRUZ BERDEJO (92) y creo que lo apuntamos nosotros en alguno de los capítulos del libro (93).

Todos sabemos, o debemos saber, que, conforme al artículo 20, 2.º de la Ley Hipotecaria, el Registrador *denegará* la inscripción solicitada

(91) CÁNOVAS COUTIÑO (G.): "El abandono en la hipoteca", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV.

(92) *Op. cit.*, pág. 197.

(93) *Op. cit.*, pág. 347, tomo I.

en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen. Ello no es más que una consecuencia del principio del tracto sucesivo y un proceder respetuoso frente al que los libros registrales señalan como titular. Es también, y no podía menos, una manifestación del principio de legitimación: mientras se demuestre la veracidad o no de la manifestación registral, el único legitimado para realizar actos sobre la finca inscrita es el titular que publican los asineots registrales. Esta doctrina, sin embargo, tiene, como no podía menos, una excepción, pudiendo el Registrador, según dispone el artículo 103 del Reglamento Hipotecario, *suspender* simplemente la inscripción y tomar la anotación preventiva si se solicita, en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegue en el documento presentado ser «causahabiente» del titular inscrito.

La trascendencia del problema a que puede dar lugar una interpretación amplia del texto del artículo 103 del Reglamento Hipotecario puede concretarse en un ejemplo que roza los límites conceptuales de la doble venta y el principio de prioridad registral. Se trata de un caso de doble venta realizada por persona que figura registralmente legitimada para realizarla. En la realidad jurídica surgen dos compradores de una misma cosa que, sin embargo, registralmente no reflejan sus derechos en el Registro. Uno de estos compradores, a su vez, enajena la finca a un tercero que acude al Registro con la intención de que su título adquisitivo cobre la plenitud y efectividad que solamente la inscripción registral le puede proporcionar, pero se enfrenta con la negativa que la calificación registral le otorga: su derecho, se le dice, no puede ser registrado mientras no lo esté el de la persona que le vendió, esto es, uno de los dos compradores iniciales. Pide su anotación preventiva, pues en el título el comprador que ahora vende hizo constar que era «causahabiente» del titular inscrito y procede a exigir la titulación del mismo. Antes que esa titulación llegue a su poder y antes que la misma pueda ser presentada en el Registro, aparece el otro primer comprador de la finca que trae causa del legitimador registralmente para disponer y que presenta en el Registro su título de adquisición que enlaza perfectamente con el del titular registral.

La doctrina española toca el problema en forma directa o indirecta. LACRUZ BERDEJO (94) lo hace en el primer sentido. ROCA (95) y LA RICA (96) se reducen a tratarlo de la segunda forma. Sus tesis bien conocidas debo esquematizarlas aquí, en orden a la brevedad. LACRUZ hace residir la solución del problema en la calificación de la falta como

(94) *Op. cit.*, pág. 197.

(95) *Op. cit.*, tomo II, pág. 329.

(96) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Innovaciones*, pág. 88.

subsanaible o insubsanaible y en la alegación veraz o falsa de la condición de «causahabiente». ROCA SASTRE y LA RICA, el uno en letra pequeña y el otro en la normal, dicen que, aunque el precepto hable de «causahabiente», no debe ser entendido en el sentido estricto de heredero, sino en el de «sucesor o adquirente en general», en una palabra, como causahabiente en sentido amplio, no en el de heredero. Nosotros creo que hemos dicho (97) que «si bien la titulación que presenta el que adquirió de uno de los compradores puede ser calificada indulgentemente como subsanaible por hacer referencia en el título a la calidad de causahabiente del titular inscrito, deja de serlo por imperio del artículo 1.473 del Código Civil y 17 de la Ley Hipotecaria desde el momento en que en el Registro se presenta la escritura del otro comprador solucionadora del tracto entre el titular registral y él. Admitir lo contrario sería burlar definitivamente la solución civil e hipotecaria de la doble venta».

Creo que es la palabra «causahabiente» la que provoca todo el conflicto, y su solución depende de la extensión que podamos dar a su sentido amplio o estricto. Me inclino por el restringido, por lo menos en su ámbito registral y en el terrible juego del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y su concordante 103 del Reglamento. Para el intento demostrativo de mi postura debo acudir a las referencias de la palabra causahabiente en diversos preceptos legislativos. Voy a contemplar la palabra a través del Código Civil, de diversas legislaciones especiales y de la legislación hipotecaria, para ver si del sentido de todas ellas se puede inducir no el concepto de causahabiente, sino del sentido en que debe ser entendido.

- a) *En el Código Civil.*—Creemos que el Código Civil no es muy pródigo, aunque otra cosa pudiera parecer, en el uso de la palabra causahabiente. De los pocos artículos que incluyen la palabra causahabiente en su texto, debemos destacar éstos que pueden ser clave. Uno es el 1.238, referido a los efectos de la confesión prestada bajo juramento decisorio, que dice: «La confesión prestada bajo juramento decisorio, ya sea deferido o referido, sólo constituye prueba a favor o en contra de las partes que a él se sometieron y de sus heredros o causahabientes...». Gramaticalmente el artículo no puede ser más claro al equiparar la palabra heredero con la de causahabiente. Jurídicamente no permite tampoco otra interpretación esa palabra, ya que sería muy fuerte admitir que una confesión prestada bajo

(97) *Op. cit.*, tomo I, pág. 348.

juramento decisorio, ya sea referido o deferido, pueda constituir prueba no sólo en favor de las partes, sino en favor o en contra de aquel que por negocio jurídico trae causa de una de ellas.

Otro de los artículos que utilizan la palabra «causahabiente» es el 1.252, referente a la presunción de cosa juzgada, supeditando su efecto judicial a que existan una serie de condiciones entre las cuales cita la llamada identidad de personas, diciendo el artículo que «se entiende que hay identidad de personas siempre que las litigantes del segundo pleito sean *causahabientes* de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas». Aunque el Código aquí no utiliza más que la palabra *causahabiente* sin equipararla a la de heredero, no debemos olvidar que las otras dos citas del Código Civil, una de ellas equipara herederos a *causahabientes* (art. 655 del C. C.), y la otra, la del artículo 192 del mismo, es posterior a la confección del Código y, por todo ello, carece de valor interpretativo en relación con la idea que pudo tener el legislador al tiempo de confeccionar el mismo y utilizar la palabra *causahabiente*. Puede ser que la intención legislativa fuera la de dar amplitud interpretativa a la palabra *causahabiente* en el sentido que parece entenderla JAIME GUASP (98), al decir que «lo que explica la extensión de la cosa juzgada a quienes, sin haber litigado materialmente en el proceso anterior, estén vinculados a tales litigantes por una *participación*: solidaridad e indivisibilidad, o por una *transmisión*: *causahabientes* a título universal o singular, de las correspondientes situaciones jurídicas. No obstante, el mismo GUASP tiene que reconocer, porque así lo dice la ley, que la cosa juzgada opera sin límites subjetivos, esto es, goza de eficacia inmutable *erga omnes* o contra terceros en los casos que cita el artículo 1.252 del Código Civil, párrafo 2, y cabe preguntarse ¿quiénes son terceros? ¿Además de todos los extraños, los *causahabientes* a título oneroso? ¿Sólo los extraños? SÁENZ GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ DE GAMBOA (99) citan a SCHONKE en el Derecho alemán, quien considera que la eficacia de la cosa juz-

(98) JAIME GUASP: *Derecho Procesal Civil*, 2.^a edición, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 578.

(99) SÁENZ JIMÉNEZ (J.) y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA (E.): *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, tomo II, vol. I, pág. 121.

gada debe limitarse a las partes y herederos, ya que sólo estas partes tienen la oportunidad de influir con su actuación en el contenido de la sentencia, mientras que a los terceros que no han participado en el juicio no se les puede fundamentalmente obligar por lo establecido en la sentencia, ya que ninguna influencia han ejercido sobre la misma y en tal medida dicha limitación de la cosa juzgada en una manifestación del principio dispositivo.

El Tribunal Supremo considera que hay identidad de personas entre el heredero universal y el causante que fue parte en el anterior pleito (S. de 26 de mayo de 1933). En igual o parecido sentido se pronuncia la de 14 de junio de 1945. Creo, sin embargo, que la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo son poco favorables a nuestra tesis, ya que en las de 15 de junio de 1899, 18 de noviembre de 1903, 1 de mayo de 1906, 10 de diciembre de 1926, 19 de junio de 1928, 11 de marzo de 1949 y 9 de febrero de 1955, consideran, ampliando la dicción del Código Civil, que existe identidad de personas, aunque no sean físicamente las mismas que litigaron en los dos pleitos, si la que litiga en el segundo ejercita la misma acción, invoca iguales fundamentos y se apoya en los mismos títulos que el primero. Pero urge salir al paso de esta doctrina que amplía, como decimos, la presunción de identificación de persona que hace el Código, pero que no dice ni aclara, ni amplía el concepto de causahabiente, sobre todo cuando condiciona la presunción al apoyo en los mismos títulos que el primero. No creo que sirvan de base a nuestra postura las Sentencias de 25 de marzo de 1957, 26 de noviembre de 1957, 17 de marzo de 1958, 23 de diciembre de 1958, 8 de julio de 1960, 22 de septiembre de 1960 y 11 de diciembre de 1961, entre otras.

Ayudan poco los conceptos que doctrinalmente se formulan en torno a la palabra «causahabiente». CASTÁN, por ejemplo (100), dice que tanto los sucesores a título universal como los a título particular merecen en realidad la denominación de causahabientes o derechohabientes; pero en la práctica se aplican con preferencia esos términos a la sucesión particular, y así se emplea a veces la contraposición «herederos y causahabientes» para indicar las dos clases de sucesores. Tampoco es nada alentadora para nuestra postura la idea que formula

(100) CASTÁN TOBEÑAS (J.): *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I. Parte general. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949, pág. 327.

ROCA SASTRE sobre el tercer adquirente (101), ya que dice que es el sujeto que subentra en virtud de negocio jurídico en el derecho de su autor o transferente y, por tanto, en una relación jurídica de éste, singularmente considerada, y, por ello, es «causahabiente» del mismo (*causam habet ab alio*), pero entre vivos. No obstante, al comparar la redacción de los artículos 1.257, 1.252 y 1.238 del Código Civil, considera que este último es el que se produce con mejor redacción, aunque no se sabe si en ello elogia la asimilación que el mismo hace de herederos y causahabientes o, por el contrario, la idea de comprender a herederos y causahabientes como personas distintas, pero asimiladas en sus efectos. Mi opinión es que la palabra causahabiente debe asimilarse a la de heredero, salvo que al emplearla se haga la aclaración de que se trata de un causahabiente a título oneroso o particular. De las citas del Código creo que se desprende que la palabra lleva implícita la idea de subrogación subjetiva, esto es, aquello que SAVIGNY ya dijo muy bien calificándolo de cambio meramente subjetivo de una relación de Derecho que queda una y la misma antes y después de la transmisión. Es precisamente la palabra causahabiente, asimilada o restringida en su acepción al concepto de heredero, la que nos sirve para diferenciar la parte del tercero en el artículo 1.257 del Código Civil: son partes las que otorgan el contrato y las que les suceden a título de herencia, esto es, sus causahabientes; son terceros los que «traen causa» en virtud de un negocio jurídico realizado con una de las partes que no produce subrogación, sino cambio de titularidad (102).

Creo que este concepto restringido late en el Código Civil en una serie de artículos que solamente citaré. En primer lugar, el 192, relativo a los derechos que quedan a salvo del ausente,

(101) *Op. cit.*, vol. I, págs. 646 y 648.

(102) NÚÑEZ LAGOS (R.): "Registro de la Propiedad español". Separata de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, dice que "al margen de esta relación jurídica determinante quedan los extraños (*poenitus extraneus*). El extraño puede intervenir *a posteriori* en la relación jurídica determinante, bien al hilo, sumándose a una de las partes (adhesión de contrato, contrato de adhesión, intervención *litis* consorcial, coadyuvante, etc.), bien de través, cruzando perpendicular u oblicuamente la relación jurídica determinante. Al sujeto que se conecta colateralmente se le llama tercero. La parte está obligada. El extraño, desligado. El tercero mediatamente ligado, pero postergado por el *prior creditor*, pág. 32.

En nuestra obra de *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, en el tomo I, pág. 258, utilizamos este artículo 1.257 del Código Civil para la diferenciación entre *transmisiones y sucesiones*.

sus representantes o causahabientes, aunque, como ya hemos dicho, este artículo, por ser de legislador posterior, puede quedar marginado; el 442, al no imponer al heredero las consecuencias viciosas de la posesión del causante; el artículo 597, que al tratar de las servidumbres constituidas por un comunero en un fundo indivisible establece la vinculación de la que se constituya no sólo para el comunero, sino para sus sucesores, aunque lo sean a título particular; los artículos 1.035 y 1.038, referentes a la colación y deberes de colacionar; el artículo 1.531, relativo a la transmisión hereditaria de los derechos y obligaciones nacidos del comodato; el artículo 1.778, relativo a la venta de la cosa por el heredero del depositario y, por último, en todos aquellos artículos que a sucesiones destina el Código, en los que se perfila el concepto de causante, heredero y late el de *causahabiente*.

Otros artículos permiten también apoyar nuestra opinión. Por ejemplo, podemos citar el 546 del Código Civil, que establece la extinción de la servidumbre predial por reunirse en una sola mano las titularidades de los predios sirviente y dominante. Realmente no es preciso que el dueño del dominante *suceda* al sirviente o viceversa, sino que aunque adquiera por cualquier título vale a efectos de extinción, pero es que ésta se produce por la imposibilidad de una servidumbre sobre cosa propia. Otro artículo alentador para nuestra tesis es el 1.192 del Código Civil, en el que se destaca la idea de la confusión—o la confusión como modo de extinguir las obligaciones—refiriéndola únicamente al fenómeno sucesorio, pues en los otros casos si la reunión en una sola persona procede de una adquisición onerosa o gratuita, estaremos ante el pago o ante una donación que tiene más contactos conceptuales con la figura de la condonación. Pudiera, sin embargo, representar un obstáculo el artículo 1.209 del Código Civil con su doctrina sobre la subrogación, pero ésta sólo la presume el Código Civil en casos excepcionales.

- b) *En diversas legislaciones especiales.*—El panorama de otras normas es algo favorable a la postura que trato de sustentar, y puede servir como ejemplo de un cierto abuso legislativo de la palabra causahabiente. Me hubiera gustado recoger más citas para brindáros las, pero os debéis conformar, en aras de la brevedad, con estas tres: unas procedentes de la legislación fiscal; otra agraria y otra administrativa y, la última, urbanística.

- En términos generales, la legislación fiscal viene a utilizar la palabra en su sentido restrictivo, aunque incluyendo dentro de la acepción no sólo al heredero, sino al legatario. Así, el artículo 21 (texto refundido de 6 de abril de 1957 sobre legislación de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones), que dice: «Estarán obligados al pago como contribuyentes en las adquisiciones por herencia o legado los *causahabientes*...». No obstante, de dicho artículo se deduce que el único sustituto del contribuyente es el heredero del caudal hereditario. Puede citarse también el artículo 24 del mismo texto dispositivo, en el cual se dice que «en las adquisiciones *mortis causa* servirá de base el verdadero valor de la participación individual de cada *causahabiente*...», y el artículo 30, en el que se dispone que en «las transmisiones de bienes, acciones y derecho de todas clases que se verifiquen por herencia o legado tributarán con arreglo al parentesco entre el causante y el *causahabiente*...», así como el artículo 39, que, al regular las disposiciones a favor del alma no exentas, deben ser tenidas por no hechas, incrementándose su importe a «las participaciones hereditarias de los *causahabientes*».

En la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 se pueden citar dos artículos que parecen restringir el concepto de *causahabiente* al del heredero. Así, el artículo 135, al considerar que tanto los deudores como los *causahabientes* y los acreedores hipotecarios pueden liberar los bienes embargados pagando la deuda tributaria, y el artículo 155, que claramente equipara herederos a *causahabientes* al decir que «los sujetos pasivos o responsables y sus herederos o *causahabientes*...».

- En la llamada legislación agraria encontramos la de Concentración Parcelaria en su texto refundido de 8 de noviembre de 1962. En su artículo 25, al hablar del causante, se refiere exclusivamente a la sucesión, siendo esta idea luego confirmada por el empleo de la palabra «*causahabiente*» en su sentido más amplio en el artículo 68, al hablar del titular y «*causahabientes*» de los asientos relativos a una parcela de referencia y a las nuevas situaciones registrales, que sólo podrán ser atacadas por aquellos frente a los titulares nuevos o sus *causahabientes* que no gocen de la condición de terceros, lo cual elimina las adquisi-

ciones onerosas. Podríamos citar algún otro artículo, como el 41, que plantea ciertas dudas.

- La legislación de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, al regular el derecho de reversión, dispone en el artículo 54 que, «en caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciere la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes...», palabra que la doctrina ha interpretado en su sentido más amplio por razones de equidad. En este sentido podemos citar a PÉREZ MORENO, PERA VERDAGUER, RODRÍGUEZ MORO y VILLEGAS BASAVILBAO (103).
 - En la legislación urbanística, el Reglamento de reparcelaciones de suelo urbano afectado por planes de urbanismo, de 7 de abril de 1966, habla también de causahabiente en el artículo 28 y utiliza la palabra en sentido amplio, pero para que la efectividad de esta amplitud pueda surtir efecto, esto es, para que el causahabiente que demuestre serlo por título o documento fehaciente pueda lograr su inscripción, es preciso que comparezca en el expediente que se instruya el titular registral, o lo que es lo mismo, es preciso su consentimiento expreso o tácito (expresamente por comparecencia y no oposición y tácitamente por no comparecer).
- c) *En la legislación hipotecaria.*—Nuestra opinión es que la legislación hipotecaria utiliza la palabra causahabiente en sentido restringido, limitándola a las adquisiciones gratuitas que provocan subrogación, esto es, a las que se identifican con el fenómeno sucesorio. Veamos:
- El artículo clave de nuestro sistema—art. 34 de la L. H.—aporta ciertas claridades a este respecto, pues contrapone claramente las adquisiciones onerosas o a título oneroso que sirven para la protección del tercero y las adquisicio-

(103) PÉREZ MORENO (A.): *La reversión en materia de expropiación forzosa*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1967, pág. 310.

VILLEGAS BASAVILBAO (B.): *Derecho Administrativo*, tomo IV, Buenos Aires, 1956, pág. 460.

PERA VERDAGUER: *Expropiación forzosa*, Barcelona, 1963, pág. 284.

RODRÍGUEZ MORO: *La expropiación forzosa*, Madrid, 1962, pág. 386.

nes gratuitas que eliminan la protección registral, distinguiendo, además, dentro de estas últimas, las que se verifican por título sucesorio y las a título gratuito por donación. No puede ser otro el significado de las palabras *causante* y *transferente* que el artículo utiliza, aunque gramaticalmente no esté clara la diferencia.

- El artículo 36 de la misma Ley Hipotecaria, al afrontar el problema de la prescripción a favor y en contra del Registro, distancia en el párrafo 3 los conceptos de *terceros* y *sucesores*, esto es, a los sucesores que no tengan la condición de terceros. Claramente se demuestra que el causahabiente a título oneroso nunca puede ser parte ni sucesor y sí sólo tercero.
- El párrafo 3 del artículo 38 de la misma Ley, al impedir el sobreseimiento del procedimiento de apremio, cuando se justifique debidamente la cualidad de heredero del que aparece como dueño en el Registro y se haya dirigido la acción contra dicha persona en tal concepto.
- El artículo 82 de la tan repetida Ley, en el que la palabra causahabiente tiene un sentido limitadísimo en orden al consentimiento para la cancelación de inscripciones. Pensar que en dicho artículo «los causahabientes a título oneroso» pueden prestar dicho consentimiento sería falsear toda mecánica del Registro, pues, al solicitar dichas adquirentes la inscripción, no consienten en la cancelación de la inscripción anterior, sino que deben mantenerla vigente para que la suya pueda realizarse. A dichos adquirentes les basta con solicitar la nueva inscripción.
- En los tipos de hipotecas con restricciones regulados en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria se ve utilizada la palabra causahabiente en el párrafo séptimo, al hablar de la hipoteca de los bienes vendidos con pactos de retro o a carta de gracia, que pueden hipotecarse si el comprador o su «causahabiente» limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta. ROCA SASTRE (104), al comentar este artículo, restringe el concepto de causahabiente, aunque considera que la intención del legislador en este caso debió ser la de referirse a aquel

(104) *Op. cit.*, tomo IV, pág. 445, nota 2.

que, por cualquier clase de título, adquiere el dominio resoluble. Esto es: ROCA estima mal empleada la palabra causahabiente, que no coincide con la intención legislativa.

- La cita que hace el artículo 201 de la Ley al referirse a los causahabientes en la regla tercera, a los efectos de la citación que debe hacerse, es preciso entenderla limitada a los herederos de la persona de quien procedan los bienes, sobre todo si tenemos en cuenta la aclaración que a este respecto hace el artículo 279 del Reglamento Hipotecario. Lo mismo sucede, o entendemos que debe suceder, con el término de causahabiente que emplean los artículos 202 y 204 de la misma Ley, así como el artículo 213, 3.º de ella.
- En el Reglamento Hipotecario, aparte del artículo 279 ya citado, nos encontramos con otros en los que la palabra causahabiente no puede tener otro significado que el restrictivo que defendemos. Citamos el 179 en orden a las cancelaciones de crédito hipotecario que al referirse al artículo 82 de la Ley, circunscribe el concepto a lo ya dicho. El artículo 206, regla 11, en relación con las anotaciones preventivas, también utiliza la palabra causahabiente, pudiendo admitirse que el legislador pensó en aquellos limitados casos en que tanto los bienes como el derecho anotado son tramitados, pero al tratarse de una norma de tipo general la interpretación lógica aconseja restringir el concepto a las adquisiciones sucesorias. Igualmente puede predicarse del 213 en orden a las cancelaciones durante la proindivisión realizadas por los herederos y a los asientos contradictorios existentes de más o menos de treinta años de antigüedad.

No obstante, esta regla interpretativa de carácter restringido falla en el artículo 32, 2 del Reglamento, que a los efectos de la expropiación forzosa y las legitimaciones para ser notificado en el expediente, por la necesaria conexión que el mismo debe tener con el Registro, se considera que lo son o el titular inscrito o quien justifique ser su «causahabiente», debiendo ser entendida esta palabra en su dimensión amplia, ya que aquí de lo que se trata es de que el expediente sea tramitado con la persona que sea la verdadera titular de los bienes y la legitimación registral sólo se sostiene mientras no se pruebe lo contrario,

de ahí que la regla del artículo 32, 2 del Reglamento exija justificación para lograr esa legitimación.

El balance, como vemos, de esta «peregrinación articulada», si mis comentarios son acertados, resulta francamente favorable al sentido que mantengo. Pero esto no es una competición deportiva en la que juega cuantitativamente un resultado: tantos artículos a favor y tantos en contra y gana el mayor número. Aquí hay que buscar otra razón.

Esta razón pudiera estar muy bien en el antecedente histórico que decide la aparición del artículo 103 del Reglamento Hipotecario. Nos explica el mismo LA RICA (105), al decir que se introdujo para dar mayor flexibilidad al artículo 20 de la Ley Hipotecaria en su redacción, y ponerle así de acuerdo con la antigua redacción del año 1909, en la que se facultaba a los Registradores para suspender o denegar, según los casos. Realmente, y con todos los respetos que merece ese ilustre hipotecarista, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria del año 1909 sí decía eso en su párrafo segundo, pero añadía en el quinto que «en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores *dene-garán* la inscripción solicitada», es decir, lo mismo que viene a decir el artículo 20 actual en su párrafo segundo.

Lo que sucede es que la jurisprudencia que aplicaba esta norma dulcificó su inflexibilidad y enseñó que solamente debe «suspenderse» la inscripción del título presentado cuando resulta otorgado por cualquiera de los «derechohabientes» (RR. de 24 y 30 de junio de 1887). Lo mismo sucedió con las de 14 de febrero de 1863, que consideraron a la falta como subsanable, y a las de 8 de abril y 21 de mayo de 1863, que precisan los casos en los que el Registrador debe suspender y cuándo denegar. A las citadas pueden añadirse las de 28 de julio y 28 de agosto de 1863, la de 6 de abril de 1865 y las de 27 de julio y 1 de diciembre de 1871, en las que, cuando se emplea la palabra causahabiente, se la equipara a adquirente por herencia, contraponiéndose en alguna de ellas los conceptos de transferente y causahabiente. Esta jurisprudencia merecía una mayor atención de la que dedico, pues es en ella donde está la explicación de la intención que guió al legislador al redactar el artículo 103 del Reglamento. Voy a citar solamente la Resolución de 24 de junio de 1889, por tratarse de un caso ocurrido a unas leguas de Santiago, en Padrón, el pueblo de Rosalía. El Estado, fijaos bien, había vendido dos veces una misma cosa: el palacio de Lestrobe. Los apellidos Arbizu y Ozores eran los dos diferentes adqui-

(105) *Op. cit. Innovaciones*, pág. 88.

rentes. El Registrador se negó a inscribir una transmisión hereditaria a favor de uno de los herederos de aquéllos, y solamente se limitó a tomar anotación preventiva en razón de ser causahabiente del titular inscrito a título de herencia...

En suma, el artículo 103 del Reglamento Hipotecario no es más que un producto de una jurisprudencia aclaratoria que dulcifica la regla legal, pero a la que no debe dársele una amplia interpretación que desvirtúe la idea que la preside y derogue otra serie de principios hipotecarios que juegan en determinados supuestos. Todo ello, sin perjuicio de que, al dar a dicha norma esa amplitud, prácticamente queda derogada la ley por un precepto reglamentario.

Una norma reglamentaria que puede en una interpretación amplia dejar sin efecto una disposición legal, no creo pueda resistir una crítica a través de los principios o normas que rigen la interpretación o el principio derogatorio de las normas jurídicas. Una norma que, por el juego del supuesto que como ejemplo poníamos al comienzo, puede dejar sin efecto el fundamental principio de la prioridad base de nuestro sistema, y resolver de una forma contraria lo que dispone el artículo 1.473 del Código Civil, el caso de la doble venta, se me hace difícil de asimilar, y me atrevo a negar rotundamente que pueda tener ese alcance. El rango registral se ganó al ser presentada la escritura de uno de los últimos compradores y, suspendida la práctica del asiento y solicitada anotación preventiva, se procedió a buscar el título que enlazaba esta adquisición con el que registralmente figuraba como titular. Mientras esta busca se realizaba, se presentó el otro título, es decir, aquel que también podía solucionar el tracto del titular registral con otro comprador, y en este caso el Registrador ya no puede seguir calificando aquella falta como subsanable. Debe rectificar—y cabe la rectificación, no olvidemos el art. 116 del R. H.—el Registrador su calificación, y decidir que aquella falta que él consideró subsanable lo es insubsanable y denegar la inscripción que se pretende, no considerando documento complementario del asiento de presentación y de la anotación preventiva al otro título, ingresado posteriormente, que también soluciona el tracto, pero que llega posteriormente al que primero se presenta y también lo soluciona, pero sin enlazar jurídicamente con el que inicia los asientos de presentación. Este título posterior choca abiertamente con el segundo presentado, que, al amparo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil, tiene preferencia y derecho.

Creo que estos argumentos son un poco más consistentes que los del sentido dado a la palabra causahabiente por la Ley Hipotecaria,

sobre todo, cuando la Exposición de Motivos que precede a la última reforma dice esa frase de todos conocida: «A los efectos de la *fides pública*, no se entenderá por tercero al *poenitus extraneus*, sino únicamente al tercer adquirente; es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa...». La falta de precisión terminológica impide utilizar el argumento gramatical como decisivo, ya que podría llevar a una generalización excesiva, y ello hace que sea preciso examinar caso por caso para ver si dando a la palabra causahabiente un sentido amplio o estricto no se lesionan otros principios o se permite la ampliación de ellos.

V

AMPLIACION DEL TITULO INMATRICULABLE

El sistema de lista abierta que nos ofrece el artículo 299 del Reglamento Hipotecario en orden a los títulos inmatriculadores, ha dado lugar a que numerosas leyes especiales, muchas veces con respeto para los principios hipotecarios y otras muchas redactadas por esos «aficionados al Derecho» de que nos habló no hace mucho, con su gracejo habitual, FLORES MICHEO (106), y que alegremente consideran inmatriculable o inscribible determinado título. De agradecer es, sin embargo, que al reconocer valores indiscutibles a la inscripción incluyan en la redacción de sus normas la inscripción o la inmatriculación, pero creo que consultando previamente con un técnico en esta materia. Hacer un repaso de toda esa legislación especial sería interminable. Unicamente aquí voy a plantearos dos casos, uno de legislación especial y otro de práctica jurídica. El primero es de actas de deslinde y el segundo es el de venta con pacto de retro.

- a) *Actos de deslinde*.—Uno de los artículos que podemos calificar de «castigados» por la doctrina que comenta la legislación hipotecaria es el 12 del Reglamento. Se le cita y se le da por existente. Unicamente LA RICA (107), en sus fabulosos comentarios, le dedica un turno interesante. En dicho artículo se declaran «inscribibles e inmatriculables» las copias notariales de las actas judiciales protocolizadas de deslinde y amojonamiento

(106) FLORES MICHEO (R.): «El Derecho y sus aficionados». Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Nacional de Registradores el 14 de marzo de 1969 y gentilmente facilitada por su autor.

(107) LA RICA Y ARENAL (R.): *Modificaciones*, pág. 28.

de fincas, así como los deslindes administrativos debidamente aprobados. El artículo es bien cierto que no emplea la palabra o el concepto de «inmatriculable», pero así hay que deducirlo de la remisión que el mismo hace al artículo 205 de la Ley Hipotecaria («y al amparo, en su caso, del 205 de la Ley»). Quizá en esa referencia al artículo 205 es donde resida el *desliz* del legislador al considerar el acto de deslinde como título hábil a efectos inmatriculadores. SANZ FERNÁNDEZ (108) n oopina de esta forma.

Doctrinalmente existe unanimidad al considerar que el título al que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria debe ser un «título traslativo». Como el artículo 298 del Reglamento Hipotecario se refiere también a los títulos comprendidos en el artículo 3.º de la Ley, es preciso comprender en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria no sólo los notariales, sino también los judiciales y los administrativos, siempre que sean traslativos. El acto de deslinde plantea, pues, el problema de calificar su naturaleza jurídica a efectos de encuadrarla dentro de la categoría de los actos traslativos o los declarativos. Siguiendo la monografía reciente de MENDOZA OLIVÁN (109), podemos concretar las tres posturas que la doctrina y la jurisprudencia adoptan para perfilar dichos actos:

— *La concepción del deslinde como acto declarativo de estados posesorios.*—Ha sido la postura tradicional que la mayoría de la doctrina española ha mantenido: ALVAREZ GENDÍN (110), SERRANO GUIRADO (111), GARRIDO FALLA (112), MALLOL GARCÍA (113)..., apoyada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual, referida al deslinde de montes públicos, dice que «el deslinde de los mismos se contrae a constatar y señalar las situaciones posesorias pre-existentes» (Sentencia de 3 de octubre de 1958) o que «tiene el alcance legal de determinar una situación pose-

(108) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 268.

(109) MENDOZA OLIVÁN (V.): *El deslinde de los bienes de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, págs. 119 y sigs.

(110) ALVAREZ GENDÍN: *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, páginas 307 y 308.

(111) SERRANO GUIRADO: "El procedimiento administrativo en los deslindes de montes públicos", *Revista de Administra Pública*, 2 (1950), págs. 109, 130.

(112) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, 2.ª edición, II, págs. 423 y 476.

(113) MALLOL GARCÍA: "El deslinde de bienes de las Entidades locales", *Revista de Estudios de la Vida Local*, 83 (1955), págs. 744, 779.

soria» (Sentencia de 5 de octubre de 1963), debiendo de «practicarse por la Administración respetando las situaciones posesorias actuales e indubitables» (Sentencia de 22 de febrero de 1959).

- *Tesis del deslinde como acto declarativo, pero de la titularidad dominical de la Administración.*—Es la postura que defiende MENDOZA OLIVÁN en su monográfico trabajo que le sirve de tesis doctoral y que tiene antecedentes importantes en la doctrina extranjera: francesa, belga e italiana (MOREAU, JOURNE, BONNAR, BUTTGEBACH, ZANOBINI, SANTI ROMANO, DE LUCA, etc.). La tesis del autor se resume bajo estas palabras: «La fijación unilateral de los linderos por la Administración Pública representa la fabricación administrativa de un título jurídico de propiedad respecto de bienes determinados, al servicio de cuya exclusividad se realiza el deslinde. Esto no es, pues, en definitiva otra cosa que un acto administrativo de afirmación, sobre bienes concretos, de la condición de *dominus* que a la Administración corresponde genéricamente en relación con las categorías de bienes demaniales legalmente establecidas.»
- *Postura que atribuye al deslinde el valor constitutivo de la demanialidad.* Procede este criterio del Derecho francés y se basa en el llamado *plan d'alignement*, que normalmente presupone una transformación de la calidad de los terrenos que son transferidos a la Administración e incorporados al patrimonio público. El plan viene a ser una especie de «expropiación indirecta forzosa».

En el Derecho español juegan alternativamente las dos tesis primeramente expuestas, por lo que debemos llegar a la conclusión de que el deslinde, atributivo o no de la calidad de demanial de los bienes y calificado de acto de dominio o de posesión, no pasa de ser un fenómeno declarativo, pero nunca traslativo. Si esta conclusión es cierta habrá que negar al título administrativo en que conste la aprobación del mismo el carácter inmatriculable, aunque el artículo 12 del Reglamento diga todo lo contrario. ROCA SASTRE (114) confirma esta tesis diciendo que «los deslindes judiciales o administrativos, por no entrañar directa transferencia de propiedad, ya que son de esencia de-

(114) *Op. cit.*, tomo III, en la pág. 385.

clarativa, pues delimitan el lugar hasta donde confinan las fincas de propietarios colindantes», no pueden reputarse títulos de transferencia dominical de fincas. En igual sentido puede citarse a LA RICA (115), que circunscribe el deslinde a un acto de fijación de límites.

En el examen de la legislación especial veremos qué línea es la que prevalece. La Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, mal interpretada en este punto por MENDOZA OLIVÁN (*op. cit.*, pág. 153), acierta a resolver el problema con intuitiva sensibilidad registral, pues en su artículo 16 establece que si la finca objeto del deslinde se encontrara ya inscrita en el Registro de la Propiedad se procederá a inscribir el deslinde administrativo, debidamente aprobado; pero si la finca objeto del deslinde no está inscrita será preciso la previa inscripción de ella, mediante el título inmatriculador del dominio o la certificación librada conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, inscribiéndose a continuación el deslinde. Confirma esta idea el artículo 34, apartado 3 del Reglamento de dicha Ley, que exige en la memoria inicial de los expedientes de deslinde debe hacerse referencia al «título de propiedad y, en su caso, certificación de inscripción en el Registro de la Propiedad...», y el artículo 47, que exige la aportación del título de propiedad y, si se tratare de bienes patrimoniales, inscripción en el Registro... En suma, se exige o que la finca esté inscrita, o que se inmatricule previamente, pues el acto de deslinde, con su carácter declarativo, no se entiende viable a los efectos inmatriculadores. Nosotros ya habíamos apuntado que esta Ley sigue el criterio que marca el artículo 376 del Reglamento Hipotecario (116).

La legislación de Montes de 8 de junio de 1957 (complementada por el Reglamento de 22 de febrero de 1962) parte de una idea distinta y se acerca al artículo 12 del Reglamento

(115) *Op. cit.* en la pág. 28 de las *Modificaciones*, diciendo: “siempre ha sido considerado el deslinde como un título declarativo. Así lo entendieron ESCOSURA y MORELL, y así lo ratificó la Resolución de 20 de marzo de 1901, que declaró que las actas de deslinde judicial no son bastantes por sí solas para que se practique la inscripción a nombre de determinada persona, porque es necesario que se extienda previamente la inscripción de propiedad (o posesión) de los terrenos deslindados, puesto que dichas actas, aunque son documentos auténticos, sólo acreditan la determinación de los límites de la finca contra los dueños de los predios colindantes, pero no justifican la legítima adquisición del dominio de la misma.

(116) CHICO ORTIZ (J. M.^o) y BONILLA ENCINA (J. F.): *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1967, pág. 791 (tomo I).

Hipotecario, pues considera que la resolución definitiva del expediente de deslinde es título suficiente para la inmatriculación del monte (art. 11, 2 de la L. de M.). No obstante, se hace necesaria una cierta precisión en este punto, pues son cuatro los posibles asientos que con relación a los montes se pueden practicar legislativamente: 1) La inscripción obligatoria de los montes, estén o no deslindados. 2) Anotación preventiva que acredite la existencia del deslinde o la falta de previa inscripción del monte. 3) Inscripción del derecho real de vuelo; y 4) Nota marginal del acuerdo de deslinde.

Prescindiendo del supuesto del derecho real de vuelo, hemos de contemplar el supuesto de que el monte figure ya inscrito y se acuerde su deslinde; lo procedente es la extensión de una nota marginal que acredite la situación de deslinde, conforme al artículo 80 del Reglamento. Una vez recaída resolución firme del expediente de deslinde, la misma servirá para la inscripción definitiva del deslinde, que puede provocar la confirmación o rectificación de la inscripción. Para el caso de que el monte no estuviera inscrito, a pesar de que su inscripción sea obligatoria, la legislación de montes prevé el supuesto de una anotación preventiva, que debe ser tomada por dos conceptos: para acreditar la existencia del deslinde y la falta de previa inscripción. Aunque la Ley no se produzca con claridad en este punto, así debe entenderse.

Si el monte está inscrito, como hemos visto, no procederá más que un asiento de inscripción para acreditar la resolución definitiva de deslinde. Si el monte no está inscrito y solamente se ha practicado anotación preventiva del deslinde en marcha y de la falta de inscripción, tampoco puede decirse que la resolución definitiva del deslinde tenga virtualidad inmatriculadora, ya que al reconocer a la misma los mismos efectos que los de demanda, el ingreso del monte en el Registro se verificaría por el fenómeno de la conversión. GRAU (117) estudia solamente esta anotación en su proyección de la caducidad.

(117) GRAU (S.): *Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes con notas de jurisprudencia*, Madrid, 1966, pág. 165. Dicho autor dice que el plazo de la anotación preventiva por declaración de deslinde forestal es el de *cuatro años* señalado para las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, según cuyo precepto pueden prorrogarse por otro plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes que caduque el asiento.

Al no estar muy claro en la Ley de Montes si el plazo de vigencia que el mismo artículo 11 cita respecto de las anotaciones de deslinde sobre fincas que se consideren incluidas en el monte (y que tiene una vigencia de cuatro años,

Creemos que la solución doctrinal del deslinde está en la precisión de su verdadera naturaleza jurídica, que, a nuestro juicio, es encuadrable dentro de lo que la técnica jurídica italiana (COVIELLO, STOLFI, ASCARELLI, CARNELUTTI, etc.) denominó «negocios de fijación jurídica», y que vienen enmarcados en una clasificación superior llamada «negocios declarativos». Prácticamente es la idea que mantuvo en nuestra patria MARTÍN LÓPEZ al calificar a la partición como un acto determinativo o especificativo de derechos, aquí delimitativo de derechos. Si esto es así, el deslinde administrativo no debe ser acto jurídico hábil para verificar la inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, máxime cuando a la Administración ya se le concede la posibilidad de inmatricular al amparo del artículo 206 de la misma Ley. Una vez inmatriculado el monte, eso sí, procede una inscripción especial para hacer constar el deslinde que puede extrañar una de estas finalidades: dejar la finca en linderos y cabida tal y como está inscrita, hacer constar un exceso de cabida, una disminución de la misma, una rectificación de linderos o situar «enclavados» dentro de la superficie registrada.

El artículo 12 del Reglamento Hipotecario regula otra forma de deslinde llamada judicial y que puede ofrecer una triple manifestación:

pero contados a partir de la fecha de la resolución por la que se dé por finalizado el deslinde que las motivó, según el mismo artículo 11 de la Ley y 107 del Reglamento), la norma aplicable será la del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, aunque debe tenerse en cuenta que esa anotación preventiva se toma siempre por dos conceptos: por deslinde y por falta de previa inscripción de la finca (pues si estuviera inscrita, lo procedente es la nota marginal del deslinde), y conforme al artículo 199, 1.º, del Reglamento Hipotecario, esta anotación deberá caducar cuando venza el plazo de la de *menor duración*, a no ser que se hubiese subsanado el defecto o cumplido el requisito cuya falta motivó esta última.

Entendemos, y con ello queremos aclarar una interpelación que inteligentemente apuntó nuestra compañera MARÍA TERESA GUERREIRA, que la nota marginal de deslinde que a espaldas de la Ley ha introducido el Reglamento en el artículo 80, 2.º, solamente procede extenderla al margen de la *inscripción de dominio del monte*, conforme dice claramente el texto normativo. Por ello, si el monte sólo figura anotado, para proceder a la extensión de dicha nota es preciso convertir la anotación en inscripción mediante el documento adecuado que podría ser la certificación administrativa de dominio. Cuando el monte no está inscrito, será preciso inscribirlo previamente para poder extender esa nota. Claro está que el argumento de los Ingenieros, por la equivocada dicción de la Ley, es contundente ante nuestra postura: lo mejor será entonces esperar a que termine el deslinde, y entonces el monte será inmatriculable. No debe olvidarse que también la Ley dice que la inscripción de los montes es obligatoria, lo mismo que el deslinde posteriormente realizado.

- El deslinde por vía del expediente de jurisdicción voluntaria, en la que el Juez preside, dirige y concilia, procurando la avenencia de los interesados, y, si ésta se produjere, son los mismos interesados, como dice MANRESA, los que en el acto acuerdan el mismo (art. 2.070 de la L. E. C.).
- El proceso, también voluntario, cuando existe ausencia de uno de los interesados, y que viene a ser sustituida por el Juez, que vigila sus intereses (art. 2.064 de la L. E. C.). Se extiende en un acta que, al amparo del artículo 12 del Reglamento Hipotecario, es inscribible e inmatriculable.
- El proceso contencioso regulado por los artículos 2.064, 2.070 y 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que termina en sentencia declarativa y concreta los límites de la propiedad cuestionada.

Decía LA RICA (118) que la referencia que el artículo 12 del Reglamento Hipotecario hace al artículo 205 de la Ley debe entenderse referida al artículo 298 del Reglamento, que desenvuelve dicho precepto legal, y concretamente al número 1 del mismo, que permite inscribir sin el requisito de la previa inscripción, los documentos comprendidos en el artículo 3.º de la Ley, anteriores a 1 de enero de 1945, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento, y precisamente en ese precepto encajan las actas de deslinde anteriores a 1945, que son títulos declarativos contenidos en documento fehaciente de los contenidos en el artículo 3.º de la Ley. Concluye diciendo que las actas notariales serán inscribibles en el Registro cuando la finca deslindada aparezca previamente inscrita, produciendo solamente inmatriculación las que sean anteriores a 1945. SANZ FERNÁNDEZ da otra interpretación (119).

(118) *Op. cit.*, *Modificaciones*, pág. 28. Claro está que este argumento, que utiliza LA RICA pudo ser válido hasta que el Reglamento Hipotecario se reformó conforme al Decreto de 17 de marzo de 1959, en el cual el número 1 del artículo 298 del Reglamento pasó a declarar inscribibles los documentos a que se refiere el artículo 3, siempre que sean anteriores en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, lo cual hace que aplicando el razonamiento del autor debamos admitir la inmatriculación de las actas de deslinde anteriores en un año a la fecha en que se solicite la inscripción. Pero más que esta conclusión nos preocupa el comentario que este autor hace en sus *Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, en su página 175, en los cuales dice: "con lo cual no solamente las escrituras públicas transmisivas son inmatriculables, sino también toda clase de documentos".

(119) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, en su página 268, aclara un poco más el problema considerando que la referencia que el artículo 12 del Reglamento hace a los artículos 20 y 205 de la Ley Hipote-

El negocio jurídico de deslinde realizado entre el propietario del terreno y sus colindantes es la tercera manifestación del deslinde. Se trata del ejercicio de la facultad que se concede a todo propietario en los artículos 384 y siguientes del Código Civil, que si bien impone un orden en relación con las bases sobre las que ha de realizarse (títulos, posesión, otro medio de prueba o por partes iguales), nada impide que se realice de mutuo acuerdo entre el propietario y el colindante o colindantes afectados en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Así viene también a deducirse de la Resolución de 15 de diciembre de 1948, en la que se dice que la falta de avenencia puede ser siempre subsanada por «escritura pública». Igualmente tiene su apoyo en el juego del artículo 298, 5.º letra A) del Reglamento Hipotecario, que condiciona la inscripción de los excesos de cabida a que no existan terceros colindantes que pudieran ser perjudicados, pues si lo fueran sería preciso su consentimiento.

Una de las consecuencias del deslinde es precisamente el exceso de cabida o su disminución, pero ello no debe entenderse como un acto atributivo de propiedad, sino que es una consecuencia de una fijación de límites que al ser rectificadas con arreglo a una realidad provocan una ampliación o disminución superficial de la finca. En esta línea está PALÁ MEDIANO (120), que califica el deslinde como un acto declarativo, comportando la *adjudicatio*, no una atribución de derechos de propiedad, sino un valor «declarativo-dispositivo de derechos ya existentes, de derechos dominicales en una zona de terreno incierta, objetiva o subjetivamente.

Aceptando esta postura, es preciso concluir que la escritura pública en la que el propietario con los colindantes delimitan la propiedad de aquél, atribuyéndola otros linderos y una ma-

caria puede tener la siguiente explicación: la referencia al 20 de la Ley con el alcance de exigir la previa inscripción de la finca deslindada y la del 205 de la Ley con la finalidad de exigir en caso de finca no inscrita la previa inmatriculación mediante el título de dominio correspondiente, ya que no puede referirse a las actas de deslinde por no ser títulos de dominio. Se apoya en una razón histórica, trayendo a colación el antiguo artículo 17 del Reglamento Hipotecario de 1915, que hacía una referencia al 20 de la Ley, que trataba conjuntamente el problema de la previa inscripción y de la inmatriculación, pero al ser desdobladas ambas materias en los artículos 20 y 205 se hizo referencia a los dos que habían sustituido al primero, aunque dicha referencia sólo debió hacerse al artículo 20, ya que el Reglamento de 1915 sólo podía referirse a los párrafos primero y segundo del artículo 20 y no al tercero.

(120) PALÁ MEDIANO: "Deslinde y amojonamiento", *Revista Jurídica de Cataluña*, 6 (1954), pág. 518.

yor cabida, no sería más que un acto inscribible, pero no inmatriculable. En esto estoy con la doctrina más autorizada de ROCA (121), LACRUZ BERDEJO (122) y SANZ (123), etc., que consideran al exceso de cabida no como un supuesto de inmatriculación de superficie no inscrita, ya que la finca figura inscrita en el Registro, sino como un supuesto de inscripción en el que se «rectifica» una superficie mal expresada en el asiento. Se trata, pues, de un supuesto de rectificación, mediante inscripción nueva, de medida superficial o, como dice el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, de «hacer constar» la mayor cabida o de «rectificar la extensión» de que nos habla el artículo 201, 2 de la Ley Hipotecaria. Por eso esta escritura excede de los estrechos límites del artículo 298, 5 del Reglamento Hipotecario, en el cual, en su letra C), se exige que el exceso resulte de cualquiera de los títulos traslativos de los cuatro números anteriores que señala, aunque no creo que el exceso de cabida por estar incluido en un título traslativo se convierta en acto de esta clase (124).

- b) *Escritura con pacto de retro.*—La escritura pública con pacto de retro ha sido tradicionalmente el biombo que ampara un préstamo la mayor de las veces usurario, pero que actualmente puede tener otra serie de aplicaciones en orden al campo registral. Aunque la facilidad del acceso registral sea portentosa a través del criterio de lista abierta que señala el artículo 299 del Reglamento Hipotecario, se sigue tropezando con esa te-

(121) *Op. cit.*, tomo II, pág. 486.

(122) *Op. cit.*, pág. 97.

(123) SANZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, página 259.

(124) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 267. Este autor llega a parecidas conclusiones que las apuntadas, ya que estima inscribibles las escrituras públicas en que el titular de la finca, con la intervención y consentimiento de los titulares de los predios colindantes, determina los linderos y la medida superficial exacta de la finca. Apoya su tesis en las siguientes razones: a) La naturaleza misma del deslinde que tiene por finalidad precisar de un modo exacto los límites o linderos de las fincas, y bien sea título declarativo o traslativo, es inscribible al amparo del artículo 2 de la L. H. b) La finalidad que persigue el deslinde al tratar de evitar todo perjuicio a los propietarios colindantes que se logra por este otro medio. c) El carácter inscribible que el artículo 12 da a los deslindes. d) La interpretación que el autor da a los artículos 20 y 205 referidos por el 12 del Reglamento y ya vista antes. e) La Resolución de 20 de marzo de 1901 que negó la inscripción del deslinde por no justificarse la adquisición del exceso no es argumento suficiente, pues la superficie que figura dentro de los linderos ya está inscrita, siendo cosa distinta el supuesto de una agregación de terreno que no formaba parte de ella.

rrible falta de titulación y esa difícilísima reanudación de tracto interrumpida hace muchos años.

Ante la falta de previa inscripción, la práctica usual arbitró lo que un Letrado aficionado también al Derecho llama «fabricar un doscientos cinco», y que él aplica sin saber si la finca está inscrita, expropiada, enajenada, desaparecida, etc. El ha oído que hay un artículo llamado 205 y que cree que queda bien con su cita, algo ceremoniosa. En el caso que os refiero no fui yo el calificador, sino el calificado, y a imagen y semejanza—quizá por contagio—de mi amigo el Letrado, fabriqué un artículo 205, pero a base de una escritura pública de compraventa con pacto de retro. El mecanismo normal, como todos sabéis, es que el titular actual venda a un amigo y que el amigo al día siguiente o dentro de varios días le venda a él. Todo sobre la base de que el primitivo vendedor y ulterior comprador tenga la finca catastrada a su nombre o se encuentre tomada razón en el Registro Fiscal, Amillaramiento o Catastro. No obstante, este mecanismo tropieza con dos obstáculos: uno fiscal y otro registral. El fiscal es la doble tributación por las dos ventas. El registral se interpone por la exigencia legal de que para que el segundo título sea inscribible es preciso que la finca esté catastrada no a nombre del comprador, sino al del vendedor, aunque en todo caso, pasado un año, y por el juego del artículo 298, 1 del Reglamento Hipotecario, sería inscribible el documento.

Para salvar el obstáculo fiscal, podríamos acudir a la escritura con pacto de retro, pero ello lleva implícito otro tropiezo, y es el del concepto o acepción que debemos dar a la adquisición en virtud del retracto, así como el latente de la constatación catastral a favor del retraído y no del retrayente. Intentaremos resolver ambos problemas:

- El primer problema es el de dilucidar si la escritura pública en cuya virtud se ejercita el derecho de retracto por el vendedor que se reservó este derecho es un «título traslativo» que puede tener encaje en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Aunque creo que la cosa está clara en el caso que nos ocupa, tuve que defender mi postura. Sé, como todos vosotros, que títulos auténticamente traslativos no caben dentro del Derecho español. Lo dijo, muy bien

dicho, por cierto, NÚÑEZ LAGOS (125): el tráfico jurídico no es más que un trasiego de valores de un patrimonio a otro. Este tránsito desde la orilla de un patrimonio—el del transmitente—a la del otro—adquirente—se realiza para el tráfico normal por un puente: negocios jurídicos reales, contratos traslativos...; es decir, aquellos que tienen por causa la transmisión del dominio. No obstante, esta categoría de contratos traslativos de dominio no existe dentro del Derecho español, ya que por el juego de la teoría del título y el modo el contrato no es más que el título que posibilita la transmisión complementado por el modo o *traditio*.

Mientras en el retracto legal no existe más que una subrogación en el lugar del que adquiere el derecho, en el convencional sólo existe un derecho a *recuperar* la cosa vendida. Recuperar, readquirir o recobrar la cosa vendida son expresiones que aclaran el fenómeno de la retroventa. El problema reside en saber si existe o no fenómeno traslativo en esa consecuencia. La doctrina ha calificado unánimemente a la compraventa con pacto de retro como sujeta a una condición resolutoria (126). El vendedor ha transmitido—hay título traslativo—al comprador, quien adquirirá irrevocablemente caso de no ejercitarse el retracto, pero quien verá resuelta su venta, debiendo restituir la cosa, en el caso de ejercitarse. El vendedor recupera la cosa libre de toda carga, diciéndonos BADENES GASSET (127) que es como si «comprase de nuevo», ya que debe pagar el precio y los gastos del artículo 1.518 del Código Civil.

Entender otra cosa sería o supondría negar fenómenos traslativos al cumplimiento de condiciones resolutorias que provocan registralmente cancelaciones de la adquisición y

(125) NÚÑEZ LAGOS (R.): *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 3.

(126) CASTÁN TOBEÑAS (J.): *Op. cit.*, tomo III, pág. 61.

(127) BADENES GASSET (R.): *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 34: "no es retracto si hubo un tiempo durante el cual no obró su voluntad sobre aquélla, ya que si se realiza una nueva adquisición no es retroacción jurídicamente hablando, como no lo sería si en lugar de comprarla de nuevo le hubiera sido dejada en testamento o donada por el que fue su comprador". No obstante, dicho autor, en contra de PUIG BRUTAU, como luego veremos, no considera que se trate de un derecho de adquisición *preferente*, ya que la idea de preferencia hace relación a otros, concepto ajeno a esta figura.

vivencias de la inscripción anterior. Tampoco significa argumento en contra pensar que el retracto convencional es un *derecho real* ejercitable en contra de terceros, ya que si bien es cierto que lo es, nada tiene que ver a efectos de inscripción, pues únicamente debe ser considerado como el *título* causante de la nueva adquisición del titular del mismo. PUIG BRUTAU (128) lo explica diciendo que no se trata de un derecho de adquisición, sino de readquisición. Por tanto, cuando el vendedor se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida en las condiciones que señalan los artículos que regulan la materia, surge un derecho real de origen convencional que faculta al enajenante para la readquisición de la cosa transmitida. En este sentido puede ser considerado como un derecho real la adquisición de origen convencional.

Saliéndose un poco del tema debemos apuntar la finura jurídica con que SANZ (129) trata el problema del retracto en orden a la figura del tercero, considerando que la adquisición en virtud del retracto convencional no sirve para la creación de la misma.

- El hecho de que el Reglamento exija que la finca esté catastrada a nombre del «transmitente» puede ser un pequeño obstáculo a este juego inmatriculador, pues si bien esto se cumple en la primera transmisión, ya no puede esgrimirse en la segunda, aunque con ella se pongan de acuerdo Catastro y Registro. Esta pequeña dificultad creo que puede salvarse haciendo que se tome la nota de alta a favor del comprador y esperar los días precisos para otorgar la retroventa.

Debo confesar que las facilidades que se me dieron para esta inmatriculación evitaron que consultase jurisprudencia sobre el posible caso, que, como las películas del Oeste, terminó bien. No obstante, me gustaría añadir que este procedimiento pudiera ser una gran solución reanudatoria del tracto, sin ne-

(128) *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III, *Derecho de Cosas*. Bosch, Barcelona, 1953, pág. 597, sitúa el derecho de retracto convencional dentro de los derechos de adquisición preferente, encuadrando el retracto convencional dentro de lo que la técnica alemana llama recompra (Wiederkauf).

(129) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *El Registro y la realidad jurídica* (A. A. M. N.), tomo XIV.

cesidad de provocar la temible doble inmatriculación. Lo mismo que en las inmatriculaciones se publican edictos en los tabloneros de los Ayuntamientos para confirmar la inscripción practicada, aquí también podría hacerse lo mismo, dando a esta publicación un doble efecto: el de «confirmar» la inscripción realizada por la compra con pacto de retro y la de «cancelar» las inscripciones que tuvieran treinta o más años de antigüedad y que se opusieran a la que es objeto del asiento. Este medio u otro similar (diligencia notarial en el edicto de testigos que afirmen notoriedades...) podría ser la gran solución para esos difíciles casos de reanudación del tracto que tanto perjudican a la mecánica del Registro.

JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad