

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

**Número conmemorativo de los 50 años de la reforma
hipotecaria de 1944**

Año LXX ° Noviembre-Diciembre 1994 ° Núm. 625

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan Vallet de Goytisoló.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

JEFATURA DEL ESTADO

LEY DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944 sobre reforma de la Ley Hipotecaria.

En la exposición de motivos del Real Decreto de ocho de septiembre de mil ochocientos cincuenta y cinco se consignó que «por reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que las Leyes hipotecarias».

«Las actuales—se decía—se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni agientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales.»

Su reforma fué considerada urgente e indispensable «para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa», para poner límites a la mala fe y para liberar al propietario del yugo de «viciosos desplazados».

Coincidiendo con este criterio y reproduciendo precisamente tan expresivas palabras, añaden los expeditores de la Ley Hipotecaria de ocho de febrero de mil ochocientos sesenta y uno que se imponía una radical reforma de nuestro sistema inmobiliario, «para que pudiera satisfacer las condiciones que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestros días».

El referido texto legal significa un cambio profundo en nuestro ordenamiento hipotecario, pero, a pesar de sus indudables efectos, no ha logrado dar al sistema vigente toda la eficacia que de él se esperaba. De ahí que sus reformadores del año mil novecientos nueve pudieran alegar que, si bien continuaba «perfeccionando aquella Ley el elevado concepto con que universalmente fué acogida, no cabe, sin embargo, desconocer que sus resultados han sido relativamente escasos en lo que se refiere a la vida económica de la Nación».

A los dieciséis justros de la promulgación de la más fundamental de nuestras Leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del sesenta por ciento de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinstitucional y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vendido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra Patria una de las Leyes más científicas entre las nacionales.

La reforma que ahora se introduce, corolario de atento e imparcial estudio, obedece al propósito inquebrantable de acometer, con las mayores probabilidades de éxito, la ya inaplazable solución que reclaman los problemas referidos, constantemente experimentados, y, además, con reiteración advertidos desde distintos y hasta opuestos campos.

La repetida Ley de mil ochocientos sesenta y uno, al bien atendida la fecha no muy remota de su aparición, constituyó un positivo avance, no pudo desenvolver su propio sistema porque, como reconocieron sus ilustres exposidores, no se había pronunciado todavía la última palabra con aquella figura jurídica científica que hubiera sido de anhelar. Pero los principios unitariamente invocados o de modo fragmentario acogidos por los autores de aquel texto legislativo, sobre marcar una plausible dirección, abrieron holgado cauce para una progresiva orientación, de forma que sin quebranto del sistema imperante, pueden y deben ser desenvueltas con la necesaria amplitud y en forma más orgánica, en armonía con las enseñanzas de la doctrina y las exigencias de la realidad. Si bajo el influjo de principios completamente divorciados de los tradicionales no faltó quien propusiera en preteritos tiempos una radical modificación de nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, hoy día, la generalidad de los autores están persuadidos de que el sistema vigente, más que una profunda y total reforma, necesita desarrollar y aplicar sus principios escudada su integridad y extensión.

Nuestro Registro Inmobiliario, fundado esencialmente en los principios de publicidad y legalidad, ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro y liberar a éste de las innumerables cargas prescritas que abrumaban sus libros. Ello

SUMARIO

Págs.

«Presentación», por JOSÉ POVEDA DÍAZ 2183

ESTUDIOS

«Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales»,
por ANTONIO PAU PEDRÓN 2187

«Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación
hipotecaria de 1944», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ 2213

«La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», por JOSÉ
MANUEL GARCÍA GARCÍA 2239

«El principio registral de legitimación», por LUIS MARÍA CABELLO DE
LOS COBOS Y MANCHA 2311

«Principio de especialidad registral», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ
GÁLLIGO 2389

«La finca como base del sistema inmobiliario», por JOSÉ MANUEL
GARCÍA GARCÍA 2437

«El saneamiento del Registro en la Ley de Reforma Hipotecaria de 30
de diciembre de 1944», por ANTONIO MANZANO SOLANO 2495

«La hipoteca, el Registro de la Propiedad y la Ley de 30 de diciembre
de 1944: breves acotaciones históricas», por ANTONIO-MANUEL OLIVA
RODRÍGUEZ 2545

«Extensión de la “condición resolutoria explícita— en la contratación
inmobiliaria», por PEDRO AVILA NAVARRO 2581

DICTAMENES Y NOTAS

«La reforma hipotecaria de 1944 en la *Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario*», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 2621

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN 2655

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión», de EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG, por ELENA MÚGICA ALCORTA 2669

«La oficina liquidadora de distrito hipotecario y sus impuestos», de VICENTE JOSÉ GARCÍA LÓPEZ, por ELENA MÚGICA ALCORTA 2672

«Derecho Registral aplicado», de RAÚL R. GARCÍA CONI y ANGEL A. FRONTINI, por JOSÉ M.º CHICO Y ORTIZ 2675

«El procedimiento extrajudicial-notarial de ejecución hipotecaria», de J. LÓPEZ LIZ, por JOSÉ M.º CHICO Y ORTIZ 2678

«Comentarios a la Ley del Suelo», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ M.º CHICO Y ORTIZ 2680

«Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales», de MARÍA VICTORIA PETIT LAVALL, por RAFAEL ILLESCAS ORTIZ 2681

«Cooperación. Teoría general y régimen de las Sociedades Cooperativas. El nuevo Derecho Cooperativo», de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 2683

«Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», de LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, por JOSÉ CERDÁ GIMENO 2686

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN 2719

Presentación

El presente número trata de celebrar el 50.º aniversario de la reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, que es la Ley Hipotecaria actualmente vigente tras la refundición que supuso la Ley de 8 de febrero de 1946.

Los Registradores nos enorgullecemos —pienso que fundadamente— de la Ley del 44 pues dicha Ley supuso la culminación de un Sistema registral que, en nuestros días, puede decirse sin incurrir en exageraciones, que es uno de los sistemas registrales más perfectos que existen.

Es indudable que la Ley de 8 de febrero de 1861 supuso la introducción en España de un sistema registral moderno. No lo es menos que la reforma de 1909 supuso algo tan esencial como la adaptación de nuestra legislación registral a los imperativos del entonces reciente Código Civil, sin perjuicio de mejorar importantes instituciones hipotecarias como la extensión de la calificación a la validez del acto dispositivo, la profundización en la legitimación registral, etc. Pues bien: es sabido que la reforma de 1909 no solucionó algunos de los problemas pendientes, como la mezcla entre la inmatriculación y el principio de tracto sucesivo, la falta de especialidad en inscripción de derechos reales, el mantenimiento de las notificaciones en materia de fe pública, etc

La Ley de 1944 —y en esto seguimos a JOSÉ MARÍA CHICO— (1) reguló, en cuanto a su reflejo registral, una serie de instituciones o de figuras jurídicas de las que hasta entonces no se había ocupado nuestra legislación, como las prohibiciones de disponer y las relaciones entre usucapión y Registro; vigorizó la eficacia de la titularidad jurídico-real, creando en favor del titular inscrito un proceso rápido y sumario para su efectividad y dio al derecho real de hipoteca todo su alcance, mediante una nueva regulación del procedimiento judicial sumario y de algunas formas especiales de hipoteca.

(1) JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho hipotecario* Tomo I, págs. 78 y sigs

La Ley de 1944 perfeccionó los principios hipotecarios, reforzando el de rogación, suprimiendo muchas actuaciones de oficio, el de prioridad, incluyendo el plazo de calificación, el de especialidad, suprimiendo las cargas que gravan más de una finca, el de legitimación, incluyendo la presunción posesoria y, sobre todo, el de fe pública registral acabando con el engorroso sistema de las notificaciones.

La reforma de 1944 es, en definitiva, la que conforma nuestra legalidad hipotecaria actual y la que cierra nuestro sistema; no puede decirse que este sistema no sea perfectible, pero es indudable que, hoy día, es uno de los sistemas registrales más perfectos.

JOSÉ POVEDA DÍAZ
Decano del Colegio de Registradores

ESTUDIOS

Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales

SUMARIO. I. LA EFICACIA CONSTITUTIVA EN LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-1946.—II. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA, HOY: 1. LA NECESARIA COINCIDENCIA ENTRE EFICACIA Y PUBLICIDAD. 2. EL MODO COMO PUBLICIDAD: EVOLUCIÓN. 3. LA FUNCIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA: HISTORIA DE LOS PROPÓSITOS DEL LEGISLADOR. 4. LA FUNCIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN EL DERECHO VIGENTE. 5. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA ACTUAL DE PUBLICIDAD. 6. EL TÍTULO EN UN SISTEMA DE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA. 7. LOS OBSTÁCULOS PARA LA EFICACIA CONSTITUTIVA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: EL ESPIRITUALISTA Y EL SOCIOLÓGICO. 8. ÁMBITO DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.—III. PUNTUALIZACIONES: 1. LA PRETENDIDA «INVOLUCIÓN FORMALISTA» QUE IMPLICARÍA LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA. 2. INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y ACUERDO REAL ABSTRACTO. 3. EL REGISTRO, ¿APARIENCIA O VERDAD OFICIAL?

Las páginas que siguen se estructuran en tres apartados: En el primero se trata de precisar lo que el legislador hipotecario ha pensado, en un momento determinado —cuando se hizo la reforma de 1944-46—, sobre una cuestión concreta: la eficacia de la inscripción respecto de la constitución de los derechos reales inmobiliarios. A continuación —en el segundo apartado— se examina lo que sobre el tema ha pensado la doctrina posterior; también lo que piensa el autor de estas líneas (1). Por último —tercer apartado— se trata de dar respuesta a las críticas más recientes que ha recibido el sistema de inscripción constitutiva.

(1) Para desarrollar este punto transcribo algunas páginas de las que forman mi estudio *Eficacia y publicidad de las relaciones jurídicas inmobiliarias*, publicado en el BIMJ de 5 de julio de 1991.

I. LA EFICACIA CONSTITUTIVA EN LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-1946

El tema de la inscripción constitutiva suele plantearse en el ámbito de la política jurídica. Pero ahora se aborda la cuestión con la sola finalidad de ahondar en la *mens legislatoris*, para conocer con la mayor exactitud que pensaba el último legislador hipotecario sobre la inscripción constitutiva. Para conocer ese pensamiento sólo existen tres vías: los precedentes normativos inmediatos, las palabras del propio legislador y las ideas expresadas en la discusión parlamentaria.

1. El primer intento de reforma global de la Ley Hipotecaria de 1909 se realiza en 1934, siendo Ministro de Justicia el Registrador de la Propiedad Vicente Cantos Figuerola. Una Orden de 1934 encargó a la Comisión General de Codificación —llamada en aquellas fechas Comisión Jurídica Asesora— la redacción de un proyecto de ley. Entre los criterios básicos que había de tener en cuenta figura el de implantar la inscripción constitutiva; se dice veladamente en la base primera y directamente en la base tercera:

«*Primera* Se conservarán en lo posible el espíritu, estructura y texto de la Ley Hipotecaria vigente, aceptando las modificaciones técnicas de mayor e indiscutible interés que puedan ser recogidas de los Códigos Civiles alemán y suizo, o de las respectivas reglamentaciones inmobiliarias.»

«*Tercera*. La implantación total de la Ley se ajustará al principio de que sólo podrá constituirse, modificarse, transferirse o extinguirse un derecho real sobre bienes inmuebles, por acto o negocio jurídico, mediante la inscripción en los libros correspondientes».

Es cierto que esta disposición es un precedente —el más lejano— de la Ley Hipotecaria de 1944, porque los diversos proyectos de reforma no culminan hasta esa época, pero es cierto también que en los diez años que median entre 1934 y 1944 *el legislador* cambió de fisonomía, y no hay lazo de continuidad entre los textos redactados entre ambas fechas. Sí puede considerarse, en cambio, precedente directo de la Ley de reforma de 1944 el proyecto de PORCIOLES, aunque no tuviera carácter oficial —lo redactó PORCIOLES siendo Director General de los Registros y del Notariado, pero lo hizo más como técnico que como político, porque no consta que participara en la redacción la Junta Consultiva de Letrados de la Dirección ni ninguno de los servicios de ese Centro—; se trató por tanto de un proyecto personal y privado.

En el proyecto de PORCIOLES no se atribuye a la inscripción carácter constitutivo. El único precepto de ese texto que contempla con carácter

general la eficacia de la inscripción es el 605 proyectado: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la exteriorización, legitimación y prueba de los derechos reales inmobiliarios que se hallen en el comercio de los hombres y el de aquellos otros que tiendan a variar relaciones reales sobre inmuebles». No debe pasar, sin embargo, inadvertido, el alcance de la afirmación de que «el Registro tiene como objeto... la prueba de los derechos». No implica esta afirmación que se atribuya a la inscripción carácter constitutivo, pero en la práctica produce un efecto semejante: para probar *derechos* sólo cabe trasladar los asientos registrales. Esta idea no es exótica en nuestro sistema, ni lejana tampoco de nuestro sistema civil: está presente en los artículos 1.218, 1.227 Código Civil y 313 LH; el documento no prueba derechos reales inmobiliarios; sólo los asientos registrales prueban derechos reales inmobiliarios.

2. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 se manifiesta explícitamente sobre el tema de la inscripción constitutiva; antes de citar los párrafos que se refieren a él, podrían sintetizarse así:

1.º La posición del legislador obedece a *razones de oportunidad*: sería una empresa difícil explicar —especialmente a la población rural— el cambio de sistema; hay una gran parte de propiedad que permanece al margen del Registro.

2.º Por obedecer a razones de oportunidad, la atribución de carácter constitutivo a la inscripción es una cuestión que *se aplaza*, mientras sea grande el volumen de la propiedad no inscrita no se pueden dictar las disposiciones adecuadas con esperanza de éxito.

3.º El legislador reconoce la *superioridad* del sistema de inscripción constitutiva: valora las importantes razones que aduce la doctrina en su defensa, y afirma que las relaciones inmobiliarias, por su naturaleza, exigen publicidad.

4.º El legislador, que está obligado a tutelar los derechos inmobiliarios, al no poder llevar esa tutela hasta el extremo —inscripción constitutiva—, ha reforzado la eficacia de la inscripción en los planos civil y procesal.

Las palabras del legislador son las siguientes:

«Tampoco se ha considerado oportuno (se refiere al rechazo que acaba de expresar a la figura del contrato real) elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico.

No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero, a pesar de reconocerse plenamente que las relacio-

nes jurídicas inmobiliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si —conforme se ha dicho— más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría, de hecho, inoperante, con el natural desprestigio de la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias.

Dadas las características de nuestra riqueza territorial, tan dividida entre modestos propietarios, sería empresa difícil hacer comprender a la extensa población rural las diferencias esenciales que median entre un vínculo meramente personal y una relación real.

Cierto es que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos. Pero ínterin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar, con esperanzas de éxito, las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo.

Como resultado de todo ello, y en consideración a que no le es dable al estado inhibirse de la tutela de los derechos inmobiliarios, se ha concedido a la inscripción una mayor sustantividad y reformado los artículos 355 y 356, de suerte que constituyan el primer paso coercitivo para la desaparición de la discrepancia antes aludida.

La inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, será, en cambio, premisa ineludible, con las limitaciones que se establecen, para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles. De este modo quedarán debidamente tuteladas las relaciones jurídicas inmobiliarias, de acuerdo con su naturaleza y trascendencia social. Se corregirá en gran parte la divergencia que todavía subsiste, en proporción no desdeñable, entre el Registro y la realidad extrarregistral. Y se obtendrá la seguridad de que las declaraciones judiciales o administrativas descansan sobre la base sólida y segura del Registro de la Propiedad. Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal».

3. El proceso formativo de la ley ha dejado nuevos e importantes rastros del pensamiento del legislador sobre la inscripción constitutiva. Como no aparece en ningún precepto del proyecto de Ley, y no se formularon enmiendas a la totalidad, no se suscita debate sobre la cuestión. La Exposición de Motivos sólo fue objeto de una enmienda, relativa a la protección de los legitimarios.

En la defensa del dictamen de la Comisión, hecha ante el Pleno de las Cortes por uno de sus miembros, se hace una clara —aunque implícita—

referencia a la inscripción constitutiva, para rechazarla: «Se ha partido, al redactar este proyecto, de la idea de que un profundo respeto a lo histórico y nacional debe orientar la evolución legislativa y que esta evolución tan sólo ha de afectar a aquéllos puntos que estén impuestos por las exigencias de la realidad o por la comunidad de la doctrina, pero sin hacer demasiadas concesiones a rigorismos científicos ni a aquellas instituciones aceptadas en legislaciones extranjeras y que quizá en la nuestra viniesen a chocar con nuestra tradición jurídica».

Más adelante se hace una exposición, casi escolar, de los sistemas jurídicos, atendiendo a la eficacia que atribuyen a la inscripción. «En la inscripción constitutiva, el derecho no nace, ni se modifica, ni se extingue mientras no se inscriba en el Registro. En cambio, la inscripción declarativa no hace más que declarar el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho real que ha nacido, se ha modificado o extinguido fuera del Registro». Y a continuación se añade: «Nuestra Ley Hipotecaria sigue este segundo sistema, y en la reforma también se continúa por el mismo camino, lo cual no es inconveniente para que se dé una mayor protección al principio de inscripción en virtud de una serie de ventajas de tipo sustantivo y de tipo procesal, que se atribuye al titular inscrito, que, en definitiva, no son sino otros tantos estímulos para atraer la propiedad al Registro».

Las consecuencias de estas palabras son claras y congruentes con la Exposición de Motivos del proyecto —que coincide literalmente, en el tema que se trata, con la que preside el texto articulado de la Ley—: si la Exposición ponía de manifiesto el pensamiento *no plasmado en la Ley* —las razones que no aconsejan consagrar la inscripción constitutiva; el aplazamiento de esa consagración normativa—, la presentación del dictamen de la ponencia pone de manifiesto el *pensamiento del legislador plasmado en la Ley* —no se ha introducido cambio alguno en el sistema de inscripción declarativa vigente en la legislación hipotecaria anterior—.

No hay más alusiones a la inscripción constitutiva a lo largo del proceso formativo de la Ley. Esta se aprobó por las Cortes con un único voto en contra —el del señor don ADOLFO RODRÍGUEZ JURADO—, y no por una razón sustantiva de importancia —como hubiera sido precisamente la eficacia declarativa o constitutiva de la inscripción—, sino por no haberse aceptado su enmienda de elevar la edad de jubilación de setenta a setenta y dos años (y no era Registrador).

II. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA, HOY

1. LA NECESARIA COINCIDENCIA ENTRE EFICACIA Y PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

La eficacia y la publicidad de los derechos reales inmobiliarios deben coincidir con absoluta exactitud. Si la eficacia de los derechos reales se produce frente a todos, es un corolario de estricta lógica que todos deban conocer —o, al menos, puedan conocer— la existencia de los derechos reales. Derechos reales «ocultos», derechos reales «clandestinos» son figuras tan contradictorias, que no debe admitirse su existencia.

Sin embargo, en este momento de nuestra evolución jurídica, y por una degeneración de ideas originariamente acertadas, los derechos reales ocultos existen: un acreedor que obtiene una anotación de embargo puede perder su garantía por una propiedad que ignora; un prestamista que ha realizado un préstamo personal basado en el patrimonio que publica el Registro puede haber incurrido en el error más absoluto, porque el prestatario puede carecer totalmente de bienes, que pertenecen desde hace tiempo a otro propietario; si las fincas no están inmatriculadas, la eficacia de los derechos «ocultos» es aún mayor: cualquier adquirente —que, desde luego, no va a tener tiempo ni medios de hacer la averiguación pertinente— está sometido al riesgo de que alguien invoque una propiedad o un gravamen anterior.

2. EL MODO COMO PUBLICIDAD: EVOLUCIÓN

El sistema que exige cumulativamente título y modo para la adquisición de derechos reales responde a una atenta apreciación de la naturaleza de los derechos: a través del título se constituye el derecho obligacional —que se limita a vincular a las partes—; a través del modo se constituye el derecho real —que afecta a la generalidad de las personas—.

Pero este sistema es razonable si el modo sirve efectivamente para dar a conocer el derecho real. Si el modo es algo que sigue —como el título— en la esfera íntima de las partes contratantes, carece en absoluto de sentido que valga para constituir el derecho real.

La evolución histórica del modo se ha producido al compás de la evolución de la sociedad. El modo eran simples formalidades negociales externas —fórmulas públicas— en comunidades reducidas. Fue luego traslado posesorio en comunidades más evolucionadas, pero en todo caso con contacto personal entre sus miembros, con vida social compartida. Cuando surgen las ciudades, y con ellas el anonimato de sus habitantes —siglo xvii—, ni las fórmulas públicas ni la posesión sirven ya para dar a

conocer a la sociedad los derechos reales que se constituyen. «Con el nacimiento de la gran ciudad, capital política del Estado barroco —ha escrito CHUECA GOITIA—, la estructura del mundo medieval se altera profundamente y muchas de sus instituciones antiguas son axfisiadas por las nuevas del Estado y la ciudad burocrática». Pues bien, precisamente con el nacimiento de la gran ciudad surge en Europa una institución marcadamente burocrática —sin que el adjetivo quiera ser peyorativo—: el Registro de la Propiedad. Y surge para que el rasgo básico de los derechos reales —la absolutividad, la eficacia frente a todos— pueda seguir desplegándose por un nuevo cauce, adecuado a las características del nuevo ámbito social.

Como el modo en su forma tradicional de traslado posesorio, empezaba a carecer de virtualidad, comenzó al tiempo su desintegración. Se generalizan las formas ficticias de entrega. En el Derecho romano postclásico aparecen ya casos de tradición en los que, como advierte ARIAS RAMOS, «realmente no hay ni sombra de entrega». Pero los ordenamientos europeos no rompen, hasta el siglo XIX, con esta evolución degenerativa. La ruptura se produce por dos vías, no tan divergentes como a primera vista pudiera parecer: La supresión del modo (Derecho francés, imitado luego por el italiano y el portugués) y la atribución a la inscripción registral de la función de modo (Derecho prusiano, seguido por otros ordenamientos germánicos). La divergencia no es absoluta, porque en el Derecho francés el problema de la doble venta se resuelve por la vía de la inscripción registral —inscripción constitutiva— (art. 1.141 CC), y porque, junto a la transmisión consensual, se establece la inscripción obligatoria —especialmente eficaz porque la obligatoriedad no se impone a las partes sino al funcionario autorizante del documento—.

El único ordenamiento europeo que mantiene la tradición como forma exclusiva de cumplimiento del modo, y que establece a la vez la inscripción registral voluntaria, es el español. De estas particularidades de nuestro sistema derivan dos consecuencias fundamentales:

1. Que se exija el cumplimiento de un tipo de publicidad inoperante —la tradición— antes de llevarse a cabo el tipo de publicidad eficaz —la inscripción registral—.
2. Que el tipo eficaz de publicidad —la inscripción registral— despliegue una utilidad social reducida, al verse afectada por dos graves perturbaciones derivadas de la voluntariedad —o, más exactamente, de que no se le atribuya a la inscripción la función que le corresponde—: la falta de inmatriculación y la interrupción del tracto.

3. LA FUNCIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA: HISTORIA DE LOS PROPÓSITOS DEL LEGISLADOR

Una peculiar historia que podría hacerse de la función de la publicidad registral podría consistir en recopilar los propósitos que los legisladores hipotecarios han ido manifestando sobre ella en las exposiciones de motivos de las leyes. A esos propósitos, manifestados con convicción, y en algunos casos con rotundidad, nunca les ha llegado el momento de pasar al texto articulado —y se han repetido a lo largo de casi un siglo—.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 pone de manifiesto que el sistema inmobiliario vigente hasta el momento está condenado «por la ciencia y por la razón». Más adelante traza una rápida evolución de ese sistema, que le ha llevado a ser condenable. «Los romanos —dice la Exposición de Motivos— creyeron siempre que un acto externo, público, y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de una cosa inmueble.» Con el tiempo, este criterio de publicidad sufrió la excepción de que «basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública, para que el dominio o el derecho real quede en el adquirente». La evolución culmina con la transmisión consensual del dominio en el Derecho francés. A este sistema de transmisión contractual opone la Exposición de Motivos muy duras razones de crítica: «no se aviene a la lealtad y el orden de las transacciones», «da lugar a que los acreedores sean defraudados» y «produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento».

Quizá si la Comisión redactora de la Ley del 61 no hubiera tenido ese «religioso respeto al derecho nacional» que confiesa, los razonamientos anteriores le hubieran llevado a adoptar lo que llama el «sistema absoluto de publicidad». Es más, si leyéramos la Exposición de Motivos sin conocer el contenido de la Ley, pensaríamos que había adoptado ese sistema de publicidad en el articulado, porque la Exposición de Motivos advierte que «según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente, el derecho antiguo». Sin embargo, este propósito de la Exposición de Motivos no coincide con las normas, porque al no imponerse la inscripción constitutiva ni obligatoria, respecto de las fincas no inmatriculadas siguen afectando a terceros derechos no inscritos. También induce a error otra afirmación de la Exposición de Motivos, en que se pone de manifiesto el propósito de sustituir la tradición por la inscripción: «una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa

al comprador el dominio en ningún caso, si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

Por tanto, aunque la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 pone de manifiesto, por un lado, que es necesaria inscripción para que los derechos reales inmobiliarios afecten a tercero, y por otro, que la inscripción completa por sí sola al título para producir los cambios reales, lo cierto es que ni una cosa ni otra se introducen en nuestro sistema jurídico: caben derechos reales ocultos con eficacia frente a terceros, y es necesaria la tradición para poder inscribir en el Registro.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1909 es más contundente, y distingue con mayor claridad los propósitos de las realizaciones. Entre las que llama «otras aspiraciones que es preciso ir satisfaciendo» menciona «la de hacer indispensables, ya que no forzosas, las inscripciones». O, dicho con terminología actual, establecer la inscripción constitutiva, y no simplemente la inscripción obligatoria.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 sigue presentando la inscripción constitutiva como el ideal al que debe aspirarse, aunque encuentra el obstáculo de la dificultad de arraigo práctico con que podría tropezar la reforma si se adoptase. Después de rechazar «porque no reportaría al sistema beneficio alguno» la idea del contrato real, añade —como se ha recordado páginas atrás—: «Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico».

El legislador es plenamente consciente del acierto que supondría atribuir esa eficacia a la inscripción: «no se desconocen ni de subvalorar son las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero, a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias... exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio (de inscripción constitutiva)».

Más adelante insiste en ese único obstáculo estadístico: «Cierto que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita... Pero ínterin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar, con esperanzas de éxito, las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo».

4. LA FUNCIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN EL DERECHO VIGENTE

La función de la publicidad registral en el Derecho vigente es por tanto —y con las excepciones por todos conocidas— no constitutiva, sino declarativa. Declarativa no quiere decir sólo —como muchas veces se afirma— que la publicidad registral se limita a dar a conocer a la comunidad, o a la generalidad de las personas, un derecho real ya constituido por el sistema tradicional del título seguido de tradición, sino que determina también la existencia misma del derecho real respecto de terceros. Dos hipotecaristas han entendido sin embargo de manera distinta las normas vigentes: LA RICA y HERMIDA LINARES.

La interpretación de LA RICA no es uniforme, como puede comprobarse si se compara su conferencia «Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario», del año 1950, y su discurso académico «Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario», del año 1962. En la primera sostiene que la teoría del título y el modo no rige para los derechos reales inscritos; y que en el Registro de la Propiedad se inscriben títulos (actos causales), y no derechos. En su discurso académico, la interpretación de las normas vigentes tiene más presente la exigencia general de tradición que establece el artículo 609 del Código Civil. La inscripción tiene que añadirse al título y el modo para que se produzca la plena eficacia del derecho real, o, como dice LA RICA, para lograr la «constitución eficiente» de los derechos reales. «Para constituir un derecho real cualquiera, incluso el dominio (sobre bienes inscritos) —escribe LA RICA— hay que recorrer un ciclo de tres elementos: título, tradición de inscripción». En estas breves páginas de LA RICA está esbozada la doctrina de la «inscripción conformadora o cuasiconstitutiva» que muchos años más tarde expondría con extensión y precisión J. M. GARCÍA GARCÍA.

La posición de HERMIDA LINARES es semejante a la primera de LA RICA: la inscripción es «modo» determinante de la constitución de derechos reales, por lo que hace innecesaria la tradición; si concurren tradición e inscripción, los efectos de la adquisición no son los que derivarían de la tradición, sino los que derivan de la inscripción: estos efectos son, por un lado, más ventajosos para el adquirente, y por otro, radicalmente distintos, pues la adquisición se hace en las condiciones jurídicas que consten en el Registro, cualquiera que sea la realidad jurídica existente en ese momento.

Pero lo cierto es que, pese a estas opiniones aisladas, la generalidad de los autores tiene bien presente que el Código Civil exige en todo caso la tradición —aunque sea en forma ficticia— para el nacimiento de los derechos reales, y que la inscripción tiene por objeto derechos y no títulos, estando expresamente excluidos del Registro por el artículo 9 del Regla-

mento Hipotecario los títulos no seguidos de tradición —«la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble»—.

No puede olvidarse, sin embargo, que nuestro Derecho contempla un supuesto muy amplio en que se atribuye a la publicidad registral no una función meramente declarativa, sino constitutiva. Y no se trata de un supuesto de derecho real limitado —como es el caso de la hipoteca o la superficie—, sino que se trata de dominio, adquirido por cualquier título oneroso. Me refiero al caso de la doble venta, debiendo tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha extendido la regla del artículo 1.473 Código Civil a «todo contrato de finalidad traslativa a título oneroso» (S. de 17 de diciembre de 1984). En el caso de la doble venta, la propiedad corresponde al primer comprador que inscribe en el Registro (primer criterio preferencial del artículo 1.473). Esta regla del Código Civil tiene, a mi juicio, una importancia muy singular para la tesis —que aquí trata de defenderse— de la conveniencia de adoptar el sistema de inscripción constitutiva; y la tiene por dos razones principales: porque el artículo 1.473 Código Civil antepone los medios de publicidad —Registro y posesión— a los vehículos de forma —títulos, documentos— para fijar el momento en que surge la propiedad; y porque recurre al Registro para determinar la adquisición de la propiedad en un supuesto de incertidumbre social del adquirente.

Antes de examinar estas razones he de hacer la puntualización —que no puedo desarrollar ahora debidamente— de que esa eficacia constitutiva en el caso de la doble venta se produce también tratándose de inmatriculación; no porque el comprador sea «tercero latino» del 32 de la Ley Hipotecaria (este tercero tendría que reunir, en mi opinión, los mismos cuatro requisitos del tercero del 34 —me confieso radicalmente monista—), sino porque el comprador, en el caso de doble venta no es tercero hipotecario, sino que es segundo, es parte que contrata con un *verus dominus* —no se ha producido una transmisión de dominio anterior, sino sólo un contrato de compraventa anterior—.

El comprador no realiza una adquisición *a non domino* —para cuya protección será necesaria una previa situación registral concorde—, sino que realiza una adquisición *a vero domino*, para cuya consolidación sólo exige la Ley —razonablemente— que se publique frente a todos, sea mediante inscripción primera o mediante inscripción posterior.

La primera razón que determina la especial importancia del artículo 1.473 Código Civil en relación con la inscripción constitutiva, consiste en la anteposición que realiza de los medios de publicidad —Registro y posesión— respecto del documento —título de fecha más antigua, que se establece como tercer criterio preferencial— para atribuir la propiedad a uno de los compradores que han contratado con el mismo vendedor.

Si no existiera una norma específica para regular el problema de la doble venta, la solución que derivaría del sistema jurídico en su conjunto sería atribuir preferencia, entre los varios compradores que han celebrado con el mismo vendedor sucesivos contratos de compraventa no consumados, al comprador que primero reuniese los requisitos necesarios para adquirir la propiedad, y estos requisitos son el contrato más la tradición. Por tanto, quedaría protegido el comprador que primero adquiriese la posesión real o reuniese el requisito de la tradición instrumental.

Sin embargo, esta no es la solución que da el artículo 1.473. Este artículo da preferencia al comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad; si no hay inscripción, al primero que adquiere la posesión real; y si no hay posesión real, al primero que documenta en un título su adquisición —aunque hay autores que engloban en la expresión «título de fecha más antigua» tanto el título formal como el material—. Por tanto, la diferencia entre la solución general del sistema y la solución específica del problema de la doble venta supone, en síntesis, una relegación de la tradición instrumental. Me refiero, naturalmente, a la escritura del segundo o posterior comprador, porque si el primero hubiese adquirido mediante escritura, se habría convertido con ello en propietario: entonces no estaríamos en el caso de la doble venta —que es el que estamos examinando—, sino en el caso de la doble disposición de cosa originariamente propia. En el caso de la doble venta, no es que se niegue a la escritura pública su eficacia traditoria —el artículo 1.473 Código Civil no deroga, siquiera circunstancialmente, el artículo 1.462—, sino que se niega su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad en el caso de doble venta.

Y esto está en relación con la segunda razón a que antes me refería, y que determina la especial importancia del artículo 1.473 en relación con el tema de la inscripción constitutiva. ¿Por qué se reduce la eficacia de la tradición instrumental, de manera que no puede resolver el conflicto de la doble venta? ¿Por qué se produce este alejamiento de la que sería la solución general, sistemática, del problema?

La respuesta a estas preguntas entronca con la finalidad misma de la tradición. La tradición, que es hoy un residuo histórico, un elemento del proceso traslativo que ha perdido todo su significado, tuvo en su origen —como hemos visto— una finalidad publicitaria. Con el tiempo se va produciendo una evolución que va desmaterializando el acto de la *traditio*, eliminando con ello su eficacia publicitaria. Pues bien, en el caso de la doble venta, se genera una grave incertidumbre social sobre la propiedad. Las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, el Registro; en segundo lugar, la posesión material.

No es necesario aducir grandes argumentos para sostener que estas particularidades del artículo 1.473 Código Civil pueden —y deben— extenderse a toda transmisión del dominio y también a la constitución y transmisión de derechos reales limitados. El primer criterio preferencial del artículo 1.473 acierta al atribuir a la publicidad registral su función determinante de la adquisición del dominio. Por otro lado, la razón que mueve al legislador a atribuir a la inscripción esa eficacia constitutiva es perfectamente generalizable. Si hay incertidumbre sobre la identidad del adquirente en el caso de la doble venta, también hay incertidumbre en una sociedad de masas tan despersonalizada como la actual en todos los casos ordinarios de transmisión de dominio.

5. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA ACTUAL DE PUBLICIDAD

El sistema actual de publicidad sigue siendo el de la tesis intermedia de GÓMEZ DE LA SERNA frente al germanismo y al afrancesamiento de los otros miembros redactores de la Ley del 61: ni inscripción constitutiva ni transmisión consensual del dominio; publicidad declarativa para la eficacia de los derechos frente a tercero. Pese a la prudencia de esta tesis intermedia, la Ley Hipotecaria estuvo a punto de sucumbir. Varios diputados a Cortes —recuerda BIENVENIDO OLIVER— llegaron a pedir la derogación de la Ley. El mismo autor indica que la antipatía con que fue acogida la Ley Hipotecaria de 1861 «llegó a convertirse en verdadero odio a la misma». El primer Director General de los Registros, aterrado por el previsible fracaso de la Ley, presentó su dimisión. Todo ello ocurría con un sistema de inscripción meramente declarativa. Si se hubiera impuesto la inscripción constitutiva la crisis inicial de la Ley del 61 no se hubiera superado.

Pero esta fórmula, que refleja el realismo de los legisladores y que determinó la viabilidad de la Ley, tiene sin duda una grave deficiencia. La concordancia entre los pronunciamientos registrales y la situación sustantiva o civil, se deja al libre arbitrio de los particulares. A pesar de que la eficacia de la «verdad oficial» se lleva hasta el extremo —principio de fe pública—, el legislador no impone su concordancia con el tráfico inmobiliario, se desentiende de esa concordancia. Para el caso de que no se produzca, se limita a establecer la prevalencia del Registro.

Creo que aquí está el defecto básico del sistema. No se debe primar el Registro sin imponer a la vez su concordancia con la realidad. O dicho en términos positivos, más adecuados: se debe primar el Registro, pero se debe exigir a la vez que coincida con la realidad —y no dejar esta coincidencia a la libre decisión de los particulares—.

Me permito repetir algo que he escrito en otro lugar, provocando algún escándalo: que lo que se presenta como culminación de la protección registral, como el mayor logro de nuestro sistema —la protección del tercero en los casos de títulos no inscritos o de causas de resolución o de nulidad no inscritas— tiene siempre un «efecto perverso», es algo, por tanto, que no es deseable que ocurra en la práctica.

Los casos de prevalencia del Registro sobre la realidad jurídica que vive al margen de él, han de ser evitados a toda costa. Y han de ser evitados haciendo coincidir la realidad y el Registro. Y esto sólo se consigue por la vía de la inscripción constitutiva. Es decir, interesándose el Estado por que el Registro coincida con la realidad. Como ha escrito LA RICA, «la libertad para poder prescindir del Registro es inconcebible y funesta... Equivale a entregar los intereses sociales y los del Estado, e incluso el buen orden jurídico, a la irresponsable voluntad de los particulares. Es una concesión indefendible, anárquica, que sólo pudo basarse en la creencia de que todo lo relativo a la propiedad inmobiliaria era de exclusivo interés de los propietarios». ROCA SASTRE ha escrito, más tajantemente, que «el Estado no puede desentenderse de adoptar, en los modos de adquirir la propiedad, de medio más adecuado a su naturaleza y a las exigencias actuales».

De la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral derivan diversas consecuencias negativas:

1. Queda mermada la utilidad social del Registro. Su función de dar a conocer el estado jurídico de los inmuebles quiebra en muy numerosos supuestos: *a)* en los casos de falta de inmatriculación y de interrupción del tracto sucesivo; *b)* en los casos que, sin suponer auténtica interrupción del tracto, queda sin inscribir una transmisión, con el doble efecto de que se mantiene una titularidad aparente y se omite una titularidad real:

Por otro lado, los beneficiarios de la publicidad registral —en su efecto de seguridad del tráfico— están hoy circunscritos a quienes reúnen la condición de tercero hipotecario. Los terceros adquirentes de derechos reales que no reúnen todos los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria y los terceros no adquirentes de derechos reales —como es el caso de los acreedores de un titular registral— no obtienen seguridad jurídica alguna del Registro. Los datos que figuran en él pueden no coincidir con la realidad.

Esta ausencia de seguridad registral de los terceros no hipotecarios ha de ser resaltada, porque esos terceros son usuarios habituales del Registro. Junto al adquirente de un inmueble, hay que tener presente al que presta, o, en general, contrata con una persona física o una sociedad mer-

cantil, y lo hace sobre la base de un determinado patrimonio que refleja el Registro.

2. Queda indeterminado, respecto de terceros, el momento en que se producen los cambios de propiedad. Esta consecuencia negativa tiene una proyección práctica especialmente grave en los casos de anotación de embargo sobre finca que sólo registralmente —y no civilmente— pertenece al embargado. El acreedor promueve inútilmente la anotación, y el verdadero propietario se ve obligado a ejercitar una tercería de dominio. Podría objetarse que en manos del adquirente estaba el haber inscrito con diligencia su adquisición, pero lo cierto es que el número de juicios de tercería son numerosos, y la inscripción constitutiva los eliminaría de raíz. Late detrás de esta discusión el problema de si el Derecho preventivo debe ser voluntario o necesario: no tengo duda de que la seguridad del tráfico inmobiliario no es sólo cuestión de intereses individuales, sino también de interés público.

3. Mantiene irresoluble el problema de la base física de los asientos registrales. Los datos físicos de los inmuebles, si se quiere que consten con precisión en el Registro —superando la situación actual de descripción literaria hecha por los propios interesados—, han de proceder de un organismo topográfico oficial. Es cierto que detrás de la identificación física ha de estar una operación jurídica —como el deslinde— y que sólo con ella queda plenamente legitimada la medición técnica. Pero, presuponiendo la exactitud jurídica de los datos físicos obtenidos por ese organismo topográfico oficial, es necesario su traslado al Registro, para que esos datos físicos constituyan el soporte material de los derechos. Por su parte, ese organismo topográfico oficial tiene también una función fiscal, y el cumplimiento de esta función requiere una permanente actualización jurídica: necesita obtener los datos jurídicos de las titularidades inmobiliarias.

No siendo la inscripción registral constitutiva, no puede producirse el intercambio inmediato de datos físicos y jurídicos. LA RICA observó con acierto: «en nuestro sistema —escribió— es hoy la inscripción registral voluntaria, en tanto que la toma de razón en el Catastro, por su finalidad contributiva fiscal, ha de ser obligatoria. Para que la coordinación se mantuviera, habría de hacerse la inscripción constitutiva u obligatoria». El Decreto Foral de Navarra de 7 de febrero de 1991, como antes el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, han demostrado que cabe una cierta coordinación sin inscripción registral constitutiva, pero no cabe un intercambio completo de datos: el Registro no puede facilitar al Catastro, o en su caso al Censo de la Riqueza Territorial de Navarra, todas las variaciones jurídico-inmobiliarias, por lo que esas instituciones han de buscarlas por otras vías.

6. EL TÍTULO EN UN SISTEMA DE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Es revelador que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1909 cite en un mismo párrafo la conveniencia de adoptar la inscripción constitutiva y lo que llama «el robustecimiento del Notariado». Son dos finalidades que deben perseguirse conjuntamente, puesto que conducen a una misma meta de lograr la mayor seguridad jurídica. Toda inscripción constitutiva debe ir precedida de una escritura pública, pues sólo así queda perfectamente garantizado que el derecho real que se constituye mediante la inscripción tenga su base en un contrato celebrado por personas jurídicamente capaces y redactado conforme a Derecho.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que nuestro sistema traslativo de derechos reales tiene carácter causal: el título es la causa del modo; el negocio es la causa de la constitución del derecho real. La tradición, y en su momento la inscripción, producen el cambio real porque se ha producido un negocio con finalidad traslativa. Paralelamente, la nulidad del título hace inoperante la tradición y, en su caso, la inscripción.

El negocio causal reúne, en el Derecho español, la doble función de acuerdo obligacional y acuerdo real, que aparece conceptual y formalmente diferenciada en algún Derecho europeo. No tiene base, en nuestro Derecho, una diferenciación entre la voluntad del transmitente de obligarse a transmitir y la voluntad de transmisión efectiva. Como no cabe esa diferenciación, no cabe reconocer existencia separada al acuerdo real, ni atribuir valor de acuerdo real a la tradición o a la inscripción constitutiva. La declaración de voluntad del transmitente se agota en el negocio causal, que comprende, como decíamos, la voluntad de transmisión efectiva. Por tanto, ni la tradición ahora, ni en su momento la inscripción constitutiva, requieren nuevo consentimiento, sino que constituyen una consecuencia necesaria del negocio causal. (Criterio distinto mantiene R. NÚÑEZ LAGOS: «... no es posible... asiento del Registro de naturaleza constitutiva sin consentimiento en el instante final». Pero la inscripción constitutiva no tiene una finalidad distinta a la de la actual tradición, y respecto de ésta escribe el mismo autor que «no es un negocio jurídico», sino que es simplemente «el cumplimiento directo de la compraventa»; «no afecta para nada a la perfección de la compraventa transmisiva sino a su consumación». La hipoteca es hoy de inscripción constitutiva; ¿comprueba el Registrador la capacidad y el consentimiento de los otorgantes en el momento de practicar esa inscripción?).

Ahora, bien, la escritura pública, que refuerza, es un sistema de inscripción constitutiva, su valor como título, pierde su valor como modo. La razón de esta pérdida radica en la ausencia de eficacia publicitaria del documento. El protocolo es secreto, y por tanto los documentos que lo integran. El que legítimamente obtiene copia puede exhibirla, pero esta

exhibición no puede llamarse técnicamente publicidad; sólo puede hablarse de oponibilidad. La publicidad supone posibilidad de conocimiento general. La oponibilidad supone conocimiento restringido, derivado de la iniciativa de quien quiere dar a conocer el documento, no de quien lo quiere conocer.

Además, si, como hemos dicho antes, la tradición como entrega posesoria ha perdido valor publicitario en la sociedad actual, más aún lo ha perdido la tradición instrumental que, como advierte el notarialista GIMÉNEZ ARNAU, «es cualquier cosa menos tradición».

7. LOS OBSTÁCULOS PARA LA EFICACIA CONSTITUTIVA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: EL ESPIRITUALISTA Y EL SOCIOLÓGICO

Los obstáculos que suelen aducirse frente al establecimiento de un sistema de inscripción constitutiva son de dos tipos: uno técnico-jurídico, y otro práctico. El argumento técnico-jurídico es el espiritualismo de nuestro Derecho histórico. Pero este espiritualismo puede invocarse respecto de las relaciones obligacionales, no respecto de los derechos reales. El espiritualismo de nuestro Derecho histórico, desde el Ordenamiento de Alcalá hasta el Código Civil viene referido al ámbito contractual. Y este espiritualismo contractual no se ve en absoluto afectado por una publicidad registral de tipo constitutivo. El artículo 1.278 Código Civil —«los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez»— y el artículo 1.258 Código Civil —«los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento»— han de subsistir íntegramente pese a la atribución a la inscripción de eficacia constitutiva.

Lo que se ha producido respecto del modo traslativo no debe confundirse con la liberación de trabas formales a la contratación, que ha supuesto un progreso en la evolución jurídica al ensanchar el ámbito de la libertad humana, sino que se trata de un fenómeno distinto: la «desmaterialización» del modo o tradición, que ha supuesto —inversamente— un proceso degenerativo; algo que, en cierto momento histórico, dotaba de seguridad jurídica a la sociedad —la publicidad posesoria—, ha evolucionado negativamente: no hacia formas más adecuadas de publicidad, sino hacia la supresión de la publicidad.

El argumento práctico es el más invocado, y también el más temido. Como vimos, es el único que aduce la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria vigente. Consiste fundamentalmente en que, al no encontrarse inmatriculada hoy aún una buena parte de la propiedad rústica —al menos en ciertas regiones—, el tránsito a la inscripción constitutiva podría ser excesivamente brusco. Frente a este argumento práctico cabría hacer dos

observaciones: en primer lugar, que la implotación de la inscripción constitutiva no habría de hacerse con carácter general, sino con carácter gradual y sectorial; en un primer momento respecto de la propiedad ya inmatriculada, y en un segundo momento respecto de lo que se ha llamado la propiedad dinámica —las transmisiones que se efectúen a partir de cierta fecha—; no habría de exigirse una «revalidación» de la propiedad estática —la que se conserva, la que no se transmite— a través de la inscripción constitutiva. En segundo lugar, que la propia inscripción constitutiva es en sí misma un estímulo suficiente para la utilización del Registro. Como advertía ROCA, «si gran parte de propiedad no ha llegado al Registro, la medida más adecuada y menos perturbadora para que acuda es la inscripción constitutiva». La práctica ha demostrado que no hay otra vía para lograr que el Registro sea completo; la actual inscripción «estimulada» no lo ha logrado; los supuestos de inscripción constitutiva han sido incumplidos con carácter general: ni la propiedad objeto de concentración parcelaria, ni las explotaciones familiares, ni las fincas mejorables, ni la propiedad objeto de reparcelación urbanística se han mantenido jurídicamente actualizadas en el Registro. La más típica inscripción constitutiva —la de hipoteca— ha sido, sin embargo, objeto de cumplimiento riguroso: no se ha pretendido la efectividad del derecho sin inscripción, y ha desenvuelto ejemplarmente la finalidad del Registro —dar a conocer a la sociedad los derechos que pesan sobre los inmuebles, evitando que se invoquen derechos no conocidos—.

8. AMBITO DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

El ámbito de la inscripción constitutiva ha de coincidir con el ámbito actual de la tradición respecto de los inmuebles. Si no fuera de una técnica legislativa muy deficiente, se podría introducir la inscripción constitutiva con una fórmula como la del artículo 686 del Código Civil chileno: «Se efectuarán la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro». Pero la inscripción constitutiva no es una variedad de tradición, sino un sustitutivo de la tradición. Lo que pretende la inscripción constitutiva es precisamente eliminar la tradición por su ineficacia publicitaria.

Por tanto, de lo que se trata es de mantener la tradición respecto de los bienes muebles y de sustituirla por la inscripción respecto de los inmuebles. De ahí que sólo esos «ciertos contratos» a que se refiere el artículo 609 Código Civil deban completarse con la inscripción para producir efectos jurídico-reales.

Han de quedar por ello al margen de la inscripción, y desplegando por tanto eficacia real directa los títulos traslativos de carácter administrativo

y judicial. Como escribió ROCA, «la inscripción debe ser constitutiva tratándose de adquisiciones o gravámenes derivados de negocio jurídico intervivos, o sea en los actos de tráfico jurídico, que son los que normalmente necesitan del complemento de la *traditio*. En los otros casos, es decir, en las adquisiciones hereditarias, o en virtud de la Ley (accesión y ocupación) o por decisión judicial o administrativa (sentencia, ejecución, expropiación forzosa), la inscripción del título correspondiente debe tener carácter meramente declarativo o exteriorizador».

III. PUNTUALIZACIONES

Juzgue el lector de las páginas precedentes si puede extraerse de ellas esta consecuencia: «Es muy fácil resumir en breves palabras la posición de ANTONIO PAU: dada la conveniencia de que toda la realidad esté en el Registro, invirtamos los términos, y hagamos que sólo sea real (en todos los sentidos) lo que esté en el Registro; es decir, que el Registro sea la realidad, la verdad oficial. Fuera de los libros del Registro no hay salvación» (2). No creo que esta conclusión, de tinte fundamentalista, se desprenda de unas páginas que son conciliadoras: con la inscripción constitutiva se refuerzan —en beneficio de la sociedad— la escritura pública —con la inscripción constitutiva, el negocio no deja de ser el fundamento del cambio real— y la inscripción —que da a ese cambio una publicidad, que su propia naturaleza exige—; con la inscripción constitutiva se protegen los intereses de las partes y de los terceros. Pero quizá sean oportunas algunas puntualizaciones, no a la opinión personal de quien esto escribe, sino a observaciones formuladas en torno a la inscripción constitutiva.

1. LA PRETENDIDA «INVOLUCIÓN FORMALISTA» QUE IMPLICARÍA LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Alude el autor citado (3) a la «tremenda involución formalista en que consiste la atribución de efectos constitutivos a la inscripción». Pero hay que recordar que la inscripción registral no es nunca forma; bien se cuida el Código Civil de regular el Registro muy lejos de los preceptos que disciplinan la forma (arts. 1.278 y ss CC) y la prueba (arts. 1.214 y ss). En ellos se regula el documento público, y si en algún momento aparece el Registro, es para aludir —con sobrado fundamento— a su limitado valor

(2) J. J. LÓPEZ BURNIOL: *Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias*, AAMN, T. XXXII., pág. 210.

(3) *Ibidem*, pág. 242.

probatorio del negocio (art. 1.221) —paralelo al limitado efecto de oponibilidad del documento público (art. 1.218)—, y a su drástico efecto de oponibilidad del derecho (art. 1.219). No es inhabitual la confusión entre forma y publicidad, cuando la función de una y otra es claramente distinta: la forma sirve, básicamente, para probar; la publicidad sirve, básicamente, para oponer (4).

La pretendida «involución formalista» resulta especialmente grave, a juicio de ese autor, porque el negocio, y, en general, la libertad civil, no deben someterse a ninguna «consagración administrativa», realizada por un funcionario —el Registrador— que no desarrolla una actuación de «naturaleza jurisdiccional». Quizá fuera suficiente con oponer a estas afirmaciones las que ha formulado el reciente RD 1879/1994: que la calificación registral no es un acto administrativo, sino que tiene carácter de jurisdicción voluntaria. Pero hay que resaltar que estas ideas tienen su origen en la doctrina y en la jurisprudencia que con más precisión han analizado la naturaleza de la función registral (5).

2. INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y ACUERDO ABSTRACTO TRASLATIVO

Se añade que, «con el sistema de inscripción constitutiva [...], la voluntad negocial habrá de renovarse en el instante final», «ya que es impensable, en la práctica, un control de legalidad posterior a la entrega de la cosa

(4) V. A. PAU PEDRÓN: «Legislación notarial, función notarial, instrumento público», en *Legislación notarial*, Madrid 1993.

(5). La función registral es una potestad cuasi jurisdiccional, según M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid 1986, pág. 532): «la publicidad registral inmobiliaria, en un Estado moderno, constituye una actividad de naturaleza semejante a la jurisdicción voluntaria», a juicio de LACRUZ (*Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 1984, pág. 12). Según la R. de 26 de junio de 1986, «la actividad pública registral, se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque los Registradores de la Propiedad —aunque, como los Jueces, no están sujetos en sus funciones al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en su calificación—, están fuera de la organización judicial. En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa». La proximidad a la jurisdicción estaba presente en el pensamiento del legislador de 1861; dice la Exposición de Motivos que «la manera que tiene la Comisión de considerar la Ley de Hipotecas necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del proyecto que los Registradores deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, sino esta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo: a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa».

y al pago del precio, que pueda enervar la eficacia transmisiva del negocio, dejando «colgado» al adquirente que ha pagado [...]» (6).

Es necesario examinar separadamente el principio teórico que en esas frases se sostiene —no cabe inscripción constitutiva sin reiteración del consentimiento— y la pretendida consecuencia práctica. Empezando por esta última, resulta evidente que se han imbricado los efectos: si es el negocio el que despliega la eficacia traslativa, no lo hará la inscripción. Lo que se dice de la entrega y el pago corresponde, igualmente, a un sistema de inscripción declarativa. Es indudable que un cambio de sistema implicaría un cambio de prácticas y de costumbres.

La necesidad de renovación del consentimiento aparece contradicha en los casos en que la inscripción tiene —hoy— carácter constitutivo. ¿Se renueva el consentimiento en los casos de constitución de hipoteca, de constitución de derecho de superficie y en determinadas adquisiciones dominicales por extranjeros? Es evidente que no, y sin embargo el efecto constitutivo o traslativo se produce en el momento de la inscripción.

La exigencia del acuerdo real —añadida al negocio causal, propia de los sistemas germánicos, no procede en ellos del carácter constitutivo de la inscripción, sino del «principio de abstracción» (*Abstraktionsprinzip*, que implica la desconexión de aquéllos: «die Rechtsgeshäfte sind in ihrer Wirk-samkeit unabhängig voreinander») (7). De ahí que en los casos en que el negocio jurídico no consiste en transmisión de dominio, o constitución, modificación y transmisión de derecho de superficie (que son los contemplados en el parágrafo 20 de la *Grundbuchordnung*), la inscripción sea constitutiva, y sin embargo no se exija acuerdo real, siendo suficiente para la inscripción con que exista un previo negocio causal. Como puede verse, la inscripción constitutiva no va necesariamente unida al acuerdo real abstracto.

Por tanto, la inscripción constitutiva no tiene un *inevitable carácter abstracto*, como se pretende (8). Tampoco implica la eliminación del control de legalidad («tan sólo si se eliminara el control de legalidad del negocio causal —escribe LÓPEZ BURNIOL—, estructurando el sistema traslativo del dominio sobre la base del acuerdo abstracto de transmisión de la propiedad y la inscripción constitutiva, podrá admitirse que el acuerdo abstracto precediese en el tiempo a la inscripción que, por no implicar un control previo de legalidad del negocio causal, tendría un carácter prácticamente automático, que eliminaría toda incertidumbre acerca de la efectiva transmisión del dominio») (9). El Derecho alemán vuelve, en este punto

(6) LÓPEZ BURNIOL, *ibidem*, pág. 219.

(7) P. GANZER, *Grundbuchordnung*, Berlín 1992, pág. 57.

(8) LÓPEZ BURNIOL, *ibidem*, pág. 217.

(9) *Ibidem*, pág. 219

también, a demostrar lo contrario: en esos casos de inscripción constitutiva sin previo acuerdo real abstracto (los no contemplados en el art. 20 GBO), la calificación del Registrador alemán abarca la validez del negocio (*Inhaltskontrolle*), es decir, las posibles irregularidades del negocio causal (*Verpflichtungsgeschäft*) (10). Y más aún: también en los casos en que ha de preceder el contrato real abstracto, el Registrador alemán está facultado —aunque no obligado— para controlar la legalidad del negocio causal (11). Determinados extremos del negocio causal —como la representación— está obligado a comprobarlos, aun existiendo acuerdo real abstracto (12).

En cuanto a que la inscripción constitutiva exigiría «un Juez que (recibiera) la prestación o ratificación del consentimiento negocial» (13), traigo una vez más a colación el Derecho alemán —porque creo que es la experiencia más aleccionadora de inscripción constitutiva—, y en concreto la evolución del artículo 925 BGB. En su redacción originaria, ese precepto exigía —para el acuerdo real— «declaración ante la Oficina del Registro con asistencia simultánea de ambas partes». Tras su modificación por la Ley de documentación o *Beurkundungsgesetz* de 1969, se sustituyó «Oficina del Registro» por «Organismo competente» (*vor einer zuständigen Stelle*). El parágrafo 57, apartado 3, número 3 de la Ley de documentación llega al extremo de prohibir hoy que el acuerdo real se manifieste ante el Registro. La doctrina interpreta el BGB en el sentido de que sólo cabe prestar el consentimiento para el acuerdo real ante Notario (14). Consecuencia: que en la práctica, uno y otro aparecen en el mismo documento (15). La expre-

(10) Como han escrito recientemente J. HOLZER y A. KRAMER (*Grundbuchrecht*, Munich 1994, pág. 80), «Liegt jedoch ein Mangel des schuldrechtlichen Grundgeschäfts vor, der auf das dingliche Geschäft «durchschlangt», hat das Grundbuchamt das Verpflichtungsgeschäft zu prüfen und bei dessen Unwirksamkeit den Antrag zurückzuweisen».

(11) Así lo advierte, entre otros, GANZER (*Grundbuchordnung*, pág. 55): «Ist danach das Grundbuchamt nicht zur Prüfung der materiellen Rechtsgesthaft verpflichtet, so ist doch dazu berechtigt. Kommt das Grundbuchamt aufgrund der ihm vorliegenden Urkunden oder aufgrund anderer Umstände zu der Überzeugung, dass die materiellen Rechtsgeschäfte unwirksam sind, so muss es den Eintragungsantrag zurückweisen. Denn das Grundbuchamt darf nicht bewusst mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen».

(12) V., entre otros, K. H. SCHAWAB y H. PRUTTING: *Sachenrecht*, Munich 1991, pág. 107. Ofrece una larga lista de cuestiones relacionadas con el negocio causal que el Registrador ha de calificar, a pesar de que rija el principio de abstracción, D. EICKMANN, *Grundbuchverfahrensrecht*, Bielefeld 1994.

(13) LÓPEZ BURNIOL, *ibidem*, pág. 219.

(14) V., por todos, E. HORBER: *Grundbuchordnung, mit der Ausführungsverordnung, der Grundbuchverfügung und den wichtigsten Nebenbestimmungen*, Munich 1980, pág. 189. V., entre otros, a WACKE, «Comentario al art. 873 BGB», en el *Munchener Kommentar*, Munich 1986, pág. 126.

(15) La evolución futura apunta hacia la eliminación del acuerdo real. La doctrina ya ha empezado a sugerirlo (v. BEYERLE y BRANDT; LENT y SCHWAB la califican de «antinatural»).

sión «asistencia simultánea» (*gleichzeitige Anwesenheit*) ha perdido también su rigor originario: hoy nadie discute que el acuerdo real pueda adoptarse a través de representante (16).

Se llega así a una experiencia muy semejante a la de nuestras inscripciones constitutivas: negocio en escritura pública, y, tras un lapso intermedio, inscripción registral. La ratificación en el instante final ha desaparecido, y ni en la teoría ni en la práctica se la echa de menos.

Que puede coexistir la inscripción constitutiva con un sistema causal, y por tanto sin acuerdo real abstracto formulado inmediatamente antes de la inscripción lo prueban los Derechos austríaco y suizo (17).

3. EL REGISTRO, ¿APARIENCIA O VERDAD OFICIAL?

«A guisa de resumen», LÓPEZ BURNIOL intenta «un ensayo acerca del valor de la publicidad registral: ¿Simple apariencia o semblanza, o verdad oficial?», se pregunta. Su conclusión es la siguiente: «Hablar, por lo tanto, de verdad oficial es una manifestación de arrogancia similar a la del que pretendiese poner límites al campo. No hay tal verdad oficial, ni puede haberla, por mucho que sea el cuidado que se ponga en lograrla: la realidad de los hechos siempre la excederá» (18).

Pues en esa «arrogancia» de considerar que el Registro es la verdad oficial incurren nada menos que el legislador hipotecario y el más respetado de nuestros civilistas: el profesor DE CASTRO. Este último, aludiendo al Registro Civil, pero en base a razones que concurren también en el Registro de la Propiedad y en otros Registros *de seguridad jurídica*, ha afirmado que el Registro proclama la «verdad oficial» (19).

(16) V., entre otros, K. STÖBER: *GBO-Verfahren und Grundstücksachenrecht*, Munich 1991, pág. 3: «Gleichzeitige Anwesenheit erfordert nicht persönliche Anwesenheit; verfügender Berechtigter und Erwerber Können auch durch einen Bevollmächtigten vertreten sein».

(17) La *Grundbuchgesetz* austríaca consagra la inscripción constitutiva (parágrafo 4) y el principio de causalidad (parágrafos 424 y 425 GBG en relación con los párrafos 421, 451 y 481 ABGB —*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*—): la inscripción descansa sobre un contrato generador de obligaciones.

El Código Civil suizo consagra igualmente la inscripción constitutiva (arts. 656 y 666); y aunque el principio de causalidad no es objeto de formulación expresa, la doctrina no duda de su vigencia; un apoyo se encuentra en la interpretación, *a sensu contrario*, del artículo 975 Código Civil (v. H. DESCHENAUX, *Le Registre Foncier*, Friburgo 1983, pág. 591).

(18) *Ibidem*, pág. 221.

(19) F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. I., Madrid 1952, pág. 561. Y nada tiene que ver con esa «verdad oficial» que quienes estén al frente de los Registros civiles sean jueces, pues en su condición de Encargados no actúan como jueces, sino como

La expresión «verdad oficial» no es arbitraria: la *veracidad* del Registro de la Propiedad equivale a la exactitud e integridad de su contenido. «El Registro se presumirá exacto e íntegro», dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944. El carácter *oficial* del Registro de la Propiedad es evidente, y ese rasgo suele aparecer en las definiciones formuladas por los autores (20).

En algunas ocasiones se contraponen los pronunciamientos registrales —la llamada «realidad registral»— con la realidad sin más, es decir, con los hechos. Y se afirma que éstos «exceden», superan siempre a aquélla (21). Pero afirmar que todos los hechos —que pueden estar o no ajustados a la legalidad— han de ser preferidos a los hechos inscritos —que son hechos controlados en su legalidad— no puede hacerse con ligereza. La realidad extrarregistral sólo cuando está ajustada a Derecho ha de prevalecer sobre la registral; para ello se arbitran medios adecuados en la legislación hipotecaria.

Esa infravaloración de la realidad registral está estrechamente ligada con la idea del Registro como apariencia. «Los libros del Registro proclaman una apariencia, similar a la que anuncia la posesión», se dice (22). Pero hay que reiterar aquí el mismo razonamiento que se hace en el párrafo anterior: la posesión es un hecho que puede estar ajustado o no a la legalidad, mientras que el Registro está, por exigencia de la Ley, ajustado a la legalidad. La apariencia es un término, por un lado inadecuado, y por otro insuficiente, aplicado al Registro (23).

funcionarios dependientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. art 9, 2 LRC).

(20) En el Registro de la Propiedad «se proclaman oficialmente las situaciones jurídicas actuales de los bienes inmuebles», escribe PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid 1986, pág. 525); «para fijar en libros oficiales quién es el dueño de cada finca, qué gravámenes pesan sobre ella, etc., la ley ha creado un organismo, llamado en España Registro de la Propiedad» (LACRUZ, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 1984, pág. 14); el Registro de la Propiedad «tiene por objeto la publicidad oficial de las situaciones jurídicas de los bienes inmuebles» (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, t. II, Madrid 1978, pág. 249). Las citas en que se alude al carácter oficial del Registro podrían multiplicarse.

De «declaraciones oficialmente tamizadas, que no se pueden poner en entredicho ni tratar con injustificado recelo» habla la Exposición de Motivos de la LH de 1944. ¿Hay mucha distancia entre esta frase y la expresión «verdad oficial»?

(21) LÓPEZ BURNIOL, *Ibidem*, pág. 222.

(22) *Ibidem*, pág. 221.

(23) «La apariencia es un término, por un lado inadecuado, y por otro insuficiente, aplicado al Registro. Es inadecuado porque puede hablarse de apariencia de un hecho social —como la posesión—: es un hecho visible, y sólo cuando se ha visto produce su eficacia protectora la apariencia (piénsese en la adquisición de bienes muebles de buena fe); no existe propiamente apariencia cuando no se trata de un hecho social, sino de un mecanismo técnico-jurídico que no se exterioriza socialmente (no se divulga, no se publica, no se proclama), y la eficacia protectora de ese mecanismo se produce con independencia de su conocimiento, de su consulta —aun desconocido, el Registro pro-

De ahí que fundamentar la eficacia del Registro en la idea de apariencia pueda resultar confuso. Si de lo que se trata es de encuadrar posesión y Registro en un género común —como han hecho, entre otros, DE ANGEL (24) y, recientemente, GORDILLO (25)—, la idea, aunque a mi juicio agota su interés en lo puramente taxonómico, no es errónea: posesión y Registro tienen poco en común, pero efectivamente, en ambos casos hay unos «datos» visibles en que el tercero deposita su confianza. El régimen de la protección que dispensan una y otra institución es tan distinto, que del encuadramiento de ambas en un remoto género común no resulta utilidad alguna.

Ahora bien, cuando lo que se pretende afirmar es que el Registro es *sólo* apariencia, la asimilación no es aceptable. Lo importante, en el caso del Registro, no es crear una apariencia —una apariencia cualquiera— sino ofrecer unos datos depurados, contrastados. La apariencia de la posesión es una *verosimilitud* que, con facilidad, puede deshacerse o confirmarse por otras vías. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta. EHRENBERG, que tan sutilmente analizó el fenómeno de la apariencia, lo afirmó con rotundidad: «El Registro adquiere todavía más fuerza, porque pone de manifiesto la existencia de un derecho por encima de cualquier duda». Y escribe más adelante: «No puede ser considerado beneficioso un Registro que solamente tiene por efecto originar la buena fe de los terceros» (26). La posesión puede inspirar confianza, pero su mensaje puede ser verdadero o falso, legal o ilegal. Si es falso o ilegal, la apariencia provocará una víctima. El Registro de la Propiedad, afortunadamente para la sociedad, es una institución más evolucionada. El riesgo de inexactitud —reducido, en realidad, por la concurren-

duce todos sus efectos—. Estos efectos se producen, en definitiva, no por la apariencia, sino por la veracidad de los hechos publicados.

Pero es también un término insuficiente, porque la apariencia es un fenómeno fáctico. Apariencia, según el Diccionario de la Academia, es aspecto exterior de una cosa, y también verosimilitud, probabilidad. El contenido del Registro lo forman datos contrastados, lo que es más que una simple apariencia externa de verdad, que una simple probabilidad de verdad» (A PAU PEDRÓN, «La institución registral y la seguridad jurídica», en *Seminario sobre seguridad jurídica*, Madrid 1987, pág. 199). Sobre las diferencias estructurales y funcionales entre apariencia y publicidad, v. las luminosas páginas de R. NICOLÒ, en *La trascrizione*, Milán 1973, págs. 52 y ss

(24) *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao 1975.

(25) «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC*, abril-junio 1994.

(26) V. EHRENBERG, «Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister», *Ihering Jahrbucher*, núm. 47, 1903, pág. 275: «Indessen die Wirkung der Eintragung kann eine noch viel stärkere sein, es kann auch die Existenz des Rechts dadurch dargetan und sogar über jede Zweifel erhoben werden». [...] «Nicht als heilend wirkt die Eintragung da, wo sie lediglich die Wirkung hat, dem gutgläubigen Dritten zu gute zu kommen».

cia de título público y calificación—, se conjura, como advirtió EHRENBERG, a través del equilibrio entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico (27). Y ese equilibrio es el que falta —entre otras muchas cosas— en las demás «apariencias».

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad de Madrid.
Vocal permanente de la Comisión
General de Codificación

(27) Después decir que de poco serviría organizar un Registro que fuese simple depósito de confianza —como sucede con los fenómenos espontáneos de apariencia—, añade «Heilkraft und öffentlicher Glaube der Registertragungen ist zweierlei, letzterer ist ausschliesslich der Verkehrssicherheit wegen da (darüber nachher), während erstere zwar auch der Verkehrssicherheit zu gute kommen kann, prinzipiell aber der Rechtsicherheit wegen da ist; in der Tat werden auch miteinander verwechselt» (pág. 276).

Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la Legislación Hipotecaria de 1944

SUMARIO: I. PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL: A) SU FORMULACIÓN HISTÓRICA. B) RETROCESO LEGISLATIVO. C) LEGISLACIÓN DE 1944-1946: a) *Entendimiento correcto del principio*. b) *Fallos de esa legislación*. c) *Consecuencias doctrinales en la interpretación del principio y desviaciones producidas*.—II. PRINCIPIO DE BUENA FE: A) SU ACEPTACIÓN TÁCITA EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y EN LA PRIMITIVA LEY. B) LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. C) LA FORMULACIÓN EXPRESA EN LA LEY DE 1944. D) CONCEPTUACIÓN DEL MISMO.

I. PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

La esencia de este principio —eje de nuestro sistema hipotecario— se debe a la configuración que del mismo ofrece la Ley Hipotecaria de 1944 con su proyección en el texto refundido de 1946. La pureza del principio ya transcendía de la Ley Hipotecaria primitiva, pero inexplicablemente la reforma llevada a cabo pocos años después de ella, esto es en el año 1869, alteró sustancialmente el concepto y lo sustituyó por un sistema de notificaciones que lo degradaron. Hasta el año 1944 subsistió ese erróneo sistema y entiendo que es fundamental afrontar el estudio del mismo teniendo en cuenta que el legislador actual parece estar de nuevo encaprichado por el sistema de notificaciones. Veremos igualmente las desviaciones doctrinales y legales que el mismo va teniendo en comentarios y legislaciones complementarias. Por todo ello, dividimos este trabajo en las tres partes históricas que son decisivas para el mismo.

A) SU FORMULACIÓN HISTÓRICA

Convendría precisar —antes de seguir adelante— que partimos de la base de que los dos grandes principios que mantienen el edificio registral son el de publicidad y el de la seguridad del tráfico inmobiliario. La publicidad —siguiendo a DON JERÓNIMO GONZÁLEZ (1)— tiene una doble proyección a través de los principios de «fe pública registral» y legitimación, aunque tampoco cabe olvidar el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Si la publicidad la calificamos como *efecto* los principios citados no son más que una emanación del mismo. Son los efectos tangibles en los que cristaliza el principio general de publicidad.

De ahí que cabe hablar de todo ello en la Exposición de Motivos y en el propio texto de la Ley de 1861. La Exposición de Motivos está llena —por así decirlo— de publicidad, referida al tema que le preocupaba al legislador en aquel momento: las hipotecas. Así proliferan en la misma frase que se están refiriendo a la publicidad: «el deseo de que la nueva Ley partiera del principio de publicidad...», «la preferencia que se da al acreedor hipotecario más antiguo sobre el más moderno, es una consecuencia lógica del sistema de publicidad...», «pero al menos por lo que a ella toca, aplicó los principios de publicidad y especialidad que la Comisión proclama en este proyecto-ley como únicos para lo sucesivo...» etc. Es más, ya califica al Registro de la propiedad como un registro «jurídico» y no «como un censo de la riqueza inmueble» y —a mayor abundamiento— nos habla de los «terceros interesados» y —posteriormente— al referirse a la venta dice que el dominio se le traspasa al comprador si inscribe «se lo traspasa respecto a todos; y si no inscribe, aunque obtenga la posesión será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

Leyendo detenidamente esta Exposición de Motivos encuentra uno —con gran sorpresa— soluciones para muchos de los problemas que se han ido planteando a través de más de un siglo por la doctrina y jurisprudencia. Nada tiene de extraño que el texto de la Ley reflejase estas ideas en diversos artículos. El fundamental fue el artículo 34 cuya numeración persiste en el vigente texto, que decía:

«No obstante lo declarado en el artículo anterior (referente a los actos o contratos nulos que no se convalidan por la inscripción), los actos o contratos que se ejecuten por persona con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito.

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después de que empiece, a regir la presente Ley, y no será aplicable en ningún tiempo el título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título».

Escoltan a dicho precepto otra serie de ellos (36, 37, 38) y el que ha de provocar luego la gran discusión doctrinal sobre si contiene o no el principio de inoponibilidad, es decir el artículo 23 (hoy 32). Había más referencias, pero creemos que con estas notas ya queda cubierta la finalidad pretendida.

B) RETROCESO LEGISLATIVO

Llevaba poco tiempo en vigor la Legislación de 1861 cuando se siente la necesidad de reformarla con la finalidad de alcanzar mayores perfecciones, pero lo que la Legislación de 1869 consigue es un auténtico «retroceso legislativo» y un serio atentado al principio de publicidad. Todo el gran esfuerzo llevado a cabo por el legislador de 1861 para proteger al que confiado en los pronunciamientos registrales se acoge a los beneficios que ello supone se viene abajo, pues ya la posibilidad de que la nulidad del acto o derecho que sustenta la titularidad del adquirente pueda ser declarada y afecte al mismo, salvo que se emplee el sistema de las «notificaciones», rompe en pedazos la esencia de la «publicidad efecto», pues la fuerza de la protección se traslada del asiento registral al sistema de la «notificación».

Conforme al nuevo artículo 34 de la LH se acepta en principio que la invalidación de los actos y contratos que consten en el registro a favor de personas determinadas, no afectarán a los terceros adquirentes de dichas personas, bien la anulación se haga como consecuencia de un título no inscrito o de causas que no consten en el mismo Registro, añadiéndose que tampoco les afectarán las nulidades si *«la inscripción se hubiese notificado o hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieran reclamado contra ella en el término de treinta días»*

El artículo desenvolvía la «forma» de la notificación (verbalmente, por escrito o por edictos), las personas a las que se debería notificar, la manera de hacerlo y los plazos en que se debería contestar, así como el resultado de la notificación que habría de hacerse constar por medio de una nota marginal.

Se hace preciso retroceder a los comentaristas de la reforma para determinar el alcance que a la misma se le dio, pues solucionado el tema en la legislación de 1944-46, la doctrina ya se preocupó muy poco de ese «bache» legislativo que va desde 1869 hasta la legislación vigente, lo cual bordea una etapa de «*setenta y cinco años*». Y la cosa puede ser grave si se sigue permitiendo el sistema de «*notificaciones*» en menor escala que el legislador actual ha introducido en contra del principio de publicidad. Vamos a intentar descifrar la razón de la reforma, para luego señalar los atentados actuales que hacen retroceder a la legislación hipotecaria.

No queda nada claro el motivo o la razón por la que se introdujo ese sistema, pues de los comentarios que he manejado y de la Exposición de Motivos de la Ley de 1869 no afloran razones suficientes para la reforma y la adopción de esa medida tan lamentable. El Ministro de Justicia que firma la Exposición de Motivos (ANTONIO ROMERO ORTIZ) justifica la reforma para favorecer el crédito territorial, porque de otro modo, esto es, con los preceptos de la Ley del 61, los terceros quedaban expuestos a perder su derecho, si el título del hipotecante fuese falso o nulo, y reclamasen los bienes otros que con anterioridad al mismo hubieran inscrito su título, peligro que no podía evitarse ni aun con el examen de todos los títulos inscritos referentes a los mismos bienes, si su contenido no revelaba la falsedad o nulidad. Añade MORELL Y TERRY (2), de quien tomamos estas notas, que el Ministro suponía que el título falso o nulo podía ser el del hipotecante, que antes de hipotecar pedía la «*notificación*» para encubrir su falsedad, y podía también solicitar el llamamiento por edictos a los propietarios con derecho inscrito con anterioridad, por ignorar su domicilio o fingir ignorarlo.

La opinión del autor citado es contraria al sentido adoptado por la reforma, pues dice que «*exponer el sistema es condenarlo*». Y añade opiniones como la de ESCOSURA que calificó la reforma de «*antimoral, antilegal y antieconómica*». CÁRDENAS la consideró opuesta al sistema de publicidad y la mayor parte de los jurisconsultos la rechazaron por igual motivo. Únicamente cabe destacar la opinión contraria de BARRACHINA que literalmente dice: «*A pesar de las censuras esa modificación subsiste; se la cree justa y necesaria, aunque otras cosa sostenga el insigne ESCOSURA, cuyo ilustre comentarista, presentando el caso del dueño de una masía, a quien durante su viaje de dos meses de veraneo por el extranjero, regresa a su finca y se le sorprende con la nueva de haber sido enajenada por un falso vendedor, habiendo apelado el tercer adquirente al medio de liberalización para tener asegurado su derecho, exclama con estas elocuentes palabras: Si esto es posible ¿hay legislación que lo sancione, país que lo sufra, Gobierno que lo tolere, hombre de ciencia que lo aplauda?*».

Entiendo que estas referencias aclaran poco la razón de la reforma y

tampoco aportan gran cosa la discusión parlamentaria cruzada entre el señor MORALEZ DÍAZ y el señor CURIEL y CASTRO sobre la frase de lo «adquirido anteriormente». Sin embargo, DÍAZ MORENO (3) precisa que la notificación que se establece es «una ficción de derecho» que no descansa en principio alguno que la justifique, un engendro legal extravagante ni civil ni hipotecario. Por ello aboga para que desaparezca el procedimiento de notificaciones y el fundamento que las origina, ya que si la nulidad que tiene su base en títulos anteriormente inscritos simplemente por estarlo, y sin que en la inscripción conste la causa productora del ejercicio de la acción, es una excepción que se opone al artículo 36 y especialmente al artículo 77 según el cual: «la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito en favor de otra persona, cancela la inscripción del dueño anterior, o sea del que puede ejercitar dicha acciones por el solo motivo de haber tenido registrados sus títulos, bien que ya, cuando las usa a dicho título para los demás efectos, no se le reconoce validez alguna»

MORELL Y TERRY, en la obra citada, considera obligado precisar que la ley no se está refiriendo a la nulidad de títulos muertos, y resucitados después, sino a títulos anteriores registrados y vivos, a inscripciones contradictorias de otras posteriores. Y ello es posible no sólo por el trasiego de las inscripciones de las Antiguas Contadurías de Hipotecas, sino de los títulos anteriores a 1863 cuya inscripción se consiente sin una inscripción previa y la convalidación de las inscripciones de posesión por prescripción, así como los casos de doble inmatriculación.

Sea cualquiera la justificación doctrinal para avalar lo que disponía el precepto —que por razones transitorias pudo tener causa jurídica— lo cierto es que su prolongación en el tiempo —con una Ley intermedia de 1909— siembran de incertidumbre el cambio operado en lo que parecía claro en la Exposición de Motivos de 1861.

Por ello creo que las posibles razones que el legislador de 1944-46 expone para la reforma del precepto aclaran la justificación de tan anormal procedimiento de enervación de acciones a base de «notificaciones».

Y antes de pasar ya a la Legislación vigente entiendo que debo precisar lo que es la «notificación» y lo que es la «publicidad», por lo menos en la forma que lo entiendo. Utilizar la notificación es retroceder al campo de la forma y desconocer la plena eficacia que la Ley concede a la publicidad registral. Quizá «notificación» y «publicidad» persigan una misma finalidad: «puesta en conocimiento de determinadas personas de la existencia de un acto», pero mientras la «notificación» es un requisito añadido al acto para que éste al ser conocido produzca efectos, la publicidad «por sí sola», sin necesidad de notificación, produce el efecto perseguido, pues el contenido registral se presume conocido de todos y sus pronunciamientos favorecen o perjudican al que confía en los mismos. La «notificación» no pasa

de ser un medio para que en el ámbito judicial y administrativo las decisiones de uno y otro campo tengan la eficacia que no puede proporcionarles la publicidad. Son complementos para que el acto tenga la consistencia necesaria y al ser requisitos legales, provocan la nulidad del acto y permiten su impugnación. No pasan de ser requisitos del procedimiento judicial o administrativo y de ahí que todos aquellos tratadistas hipotecarios que dan relieve y significación al *procedimiento de inscripción*, no hacen más que apoyar todas aquellas tesis doctrinales que tratan de desprestigiar el principio de publicidad. Favorecen, por así decirlo, el regreso al mundo de la forma, cuando la realidad predica el imperio de la publicidad. Esta idea no debe arrinconarse, pues es la gran defensa frente a futuros ataques.

C) LEGISLACIÓN DE 1944-1946

La reforma hipotecaria de la Ley de 1946 se hizo en dos etapas: la ley que precisaba en sus diversos artículos las bases, principios o puntos de partida para su desarrollo en un texto refundido y articulado que como ley definitiva tuviera vigencia y eficacia.

La Ley de reforma de la legislación hipotecaria llevaba por fecha 30 de diciembre de 1944 y el texto refundido lleva por fecha la de 8 de febrero de 1946. En las bases se precisaba con exactitud los límites dentro de los cuales había de moverse la actividad del Gobierno en la elaboración del texto refundido y los fines que se habían de cumplir con éste.

Una de las modificaciones introducidas por el legislador de 1944-46 es la nueva redacción del artículo que contenía el principio de fe pública registral, pues tal y como estaba formulado el principio provocaba en la doctrina un rechazo total. SANZ FERNÁNDEZ (4) que formó parte de la Comisión redactora de la nueva Ley y que publicó uno de los mejores comentarios a la reforma y otro al texto ya articulado, decía que la doctrina rechazó y combatió durísimamente la reforma llevada a cabo por la Ley de 1869, pero lo curioso del caso es que entre que intentaron justificar dicha modificación cita a Don JERÓNIMO quien, sin embargo, reconoció su poca virtualidad práctica, citando también a ROCA SASTRE que propuso algunas reformas no muy aceptables, y PELAYO HORE que defendió el sistema de notificaciones (5). La realidad reflejada en la práctica jurídica hizo caso omiso según SANZ del sistema de notificaciones y parece ser que el sistema nunca fue utilizado, sosteniéndose por VILLARES PICO que había quedado derogado por el desuso.

Ni el Anteproyecto formulado por JOSÉ MARÍA PORCIOLES (6) ni la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 dan o explican la supresión del sistema de notificaciones y así en la Exposición de Motivos

leemos: «Objeto de particular estudio ha sido el principio de fe pública registral, elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones fueran incontrovertibles».

Entiendo que ya se hace necesario reproducir el texto que la Ley de 1944 acepta para describir la esencia del principio de fe pública registral:

«La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante, por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del titular inscrito se presume siempre, mientras no se pruebe lo contrario.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

El juicio crítico que la redacción de este precepto mereció a la opinión doctrinal tuvo un sentido positivo y favorable, ya que en el mismo se estaba aceptando la fuerza publicitaria de la inscripción. No es hora de hacer acopio de citas doctrinales, pero sí resulta importante destacar las opiniones de SANZ FERNÁNDEZ y de LA RICA, que forman parte de la Comisión que redacta el texto refundido de la Ley de 1946 y, el primero, de las dos comisiones: la de reforma y la de redacción del texto refundido.

SANZ FERNÁNDEZ en la obra citada y en otra posterior (7) singulariza la novedad de la redacción de la Ley de 1944 considerando que hasta esa fecha el principio de fe pública registral se ofreció en forma predominantemente *negativa*, mientras que en la nueva ley se destaca el aspecto positivo del mismo («ser mantenido en la adquisición»). Se incorporó al mismo, como párrafo primero, la regla del valor de la inscripción frente a los actos nulos, se suprimió el carácter excepcional de la protección registral, se eliminó el procedimiento de notificaciones, refundiendo las hipótesis de títulos no inscritos y causa de nulidad que no consten en el Registro, se dio entrada a la buena fe como requisito de protección, se aclaró la situación de los adquirentes a título gratuito y se sumprimieron las aplicaciones a la posesión y a las adquisiciones a favor del Estado.

LA RICA, en un artículo muy ponderado sobre la reforma (8), dijo que se modifica esencialmente el artículo 34 de la Ley, robusteciendo de modo categórico el principio de la fe pública registral rechazando nulidades o re-

soluciones de derecho inscrito a favor de tercero de buena fe por causas que no consten del mismo Registro. Al alterar las normas fundamentales, suprime, como es lógico, las accesorias de la notificación que ya serían inoperantes. No obstante, este autor me provoca una desorientación ya que dice que «el procedimiento de notificación, dado el anterior mecanismo del artículo 34, era plausible en principio, pues tendía a robustecer situaciones jurídicas registrales, inmunizándolas contra acciones derivadas de títulos anteriores inscritos». La reforma al suprimir este trámite de las notificaciones —sigue diciendo el autor— no hace sino seguir la corriente y recoger las experiencias. Se echa, sin embargo, de menos un sistema de seguro inmobiliario o indemnización por el Estado para los insólitos casos de propietarios despojados como consecuencia de la virtualidad de asientos registrales no notificados. Termina diciendo que «la actual reforma que no modifica las esencias de nuestro sistema, ni se lo propuso, tenía que respetar principio tan cardinal.

A mi entender la Ley de 1944-46 da un paso gigantesco en orden al principio de publicidad, eliminando el mecanismo de las notificaciones y centrando toda la eficacia protectora del adquirente que confía en los pronunciamientos registrales, en lo que dice el Registro y si en el mismo no constan las causas que pueden anular el acto y la inscripción del titular disponente, es evidente que en base del principio de seguridad del tráfico jurídico, el adquirente debe «ser mantenido» en su adquisición.

a) *Entendimiento correcto del principio*

El texto transcrito del artículo 34 tal y cómo quedó por la reforma de 1944 no era lo suficientemente correcto para precisar la esencia del principio que se quería establecer en toda su pureza. Nunca el principio de fe pública podía ser una «excepción» al fenómeno o efecto que la inscripción producía sobre el acto nulo, que, a pesar de ser inscrito, no se convalidaba, no se hacía válido y seguía siendo nulo, lo que sucedía es que la nulidad que se declaraba no perjudicaba al tercero que había adquirido de un acto que aparentemente era válido. Había caído en la trampa, en expresión popular, pero esa trampa no le afectaba.

Por eso, quizá, en el texto refundido se desglosó el primer párrafo del artículo 34, para formar el artículo 33 y la redacción actual dice:

«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente».

El desglose que se hizo del párrafo primero del artículo 34 de la Ley de 1944 lo explica con claridad meridiana SANZ FERNÁNDEZ en la obra citada, diciendo que en dicho artículo se englobaban erróneamente dos cuestiones: 1) El problema de la causa de la transmisión en sí mismo considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, único al que se aplica el párrafo primero y que queda limitado a las relaciones entre partes y 2) El problema de la transmisión misma o de preexistencia del derecho en el enajenante, regido exclusivamente por la Ley Hipotecaria y el principio de fe pública, para el que no tiene aplicación el párrafo 1.º y sí únicamente el 2.º

Hay que estar plenamente de acuerdo con este criterio y considerar que al no haber sido aceptada por la Comisión redactora de la Ley de reforma el carácter «constitutivo» de la inscripción había que ofrecer a la misma una eficacia en la que pudiera basarse el ciudadano que confiaba en lo que proclamaba el Registro: lograr la seguridad del tráfico jurídico.

Entiendo que resulta muy difícil intentar cualquier alarde en estos puntos admitidos dogmáticamente por la doctrina y, sin perjuicio, de que puedan discutirse aspectos que traten de justificar la adquisición del tercero, la de terminación de la figura del tercero, la colindancia con el principio de oponibilidad, la amplitud de la presunción de exactitud e integridad del Registro y la eficacia de los pronunciamientos registrales en ciertos casos, lo que si es evidente es que la publicidad resplandece en el precepto —me refiero a la publicidad efecto— y que la misma está escoltada por la protección de los asientos por la autoridad judicial, por la presunción de legitimación para disponer del titular registral, por la presunción de extinción del derecho a través de la cancelación y por otra serie de preceptos que hacen corro en torno al artículo 34 de la LH. Quizá por ello sea importante destacar los grandes fallos que tuvo la legislación de 1944-1946 en varios aspectos, los ataques doctrinales al principio y a la esencia del Registro, las interpretaciones jurisprudenciales de la Dirección General de los Registros y la «indiferencia» que ofrecen al principio determinadas leyes especiales en contra de la «unidad» del ordenamiento jurídico español de que habla la Constitución.

Por todo ello, entiendo, que debemos destacar los puntos «negros» que hemos citado, para luego concluir con lo que la doctrina más moderna mantiene en orden al principio de publicidad.

b) *Fallos de la legislación hipotecaria*

Existe una especie de contraste entre esa «pureza» de formulación del principio de fe pública registral y los posibles *fallos* que él mismo recibe no en forma de excepciones al principio, que ello podría tener su justificación, sino en contradicciones que se ofrecen frente al principio de publicidad. Vamos a intentar resumir los más serios para luego ir exponiendo ese conjunto de normativas especiales que atacan solapadamente al mismo.

A tres voy a reducir los grandes fallos que tuvo la legislación de 1944-46 frente a los grandes avances que logró en el campo de la expansión del sistema registral. Estos podemos concretarlos en la falta de una fórmula general del principio, en la adopción del sistema de notificaciones por edictos y en la problemática que ofrece la cesión de créditos hipotecarios, supuestos todos que van en contra del principio de publicidad en la forma pura de su entendimiento y suponen un retroceso a ese sistema que parece que la Ley Hipotecaria de 1944-46 desterró: las notificaciones.

Merece la pena detenerse en cada uno de los supuestos, pues todos y cada uno han planteado problemas en orden a la protección registral. El examen debemos hacerlo breve, aunque abre cauces impresionantes para acoger discusiones doctrinales. Veamos:

La formulación. Dice ROCA SASTRE (9) y en eso, como en muchas otras cosas hay que estar con él, que en un sistema que otorga tantas garantías a los adquirentes que confían en sus pronunciamientos registrales exigía un precepto que consagrara de un modo expreso la «*cognoscibilidad legal*» del contenido registral, a la manera como lo hizo el anterior Reglamento del Registro Mercantil artículo 2.2.º (14 de diciembre de 1956) al decir: «se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia». Hoy día la expresión es diferente, ya que el artículo 7 (RD 29 de diciembre de 1989) solamente dice que «el contenido del Registro se presume exacto y válido» y que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Verdaderamente hay que entender la existencia de esa «*cognoscibilidad legal*» si a la inscripción la vitalizamos con la presunción de que lo inscrito «existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo» y se otorga al adquirente que confía en los pronunciamientos registrales la seguridad de «ser mantenido en su adquisición» y que todo ello queda protegido por estar los asientos bajo la «salvaguardia de los Tribunales». Pero con todo no hubiera estado de más su formulación, pues ello hubiera evitado torcidas interpretaciones y ciertas disposiciones legales que atentan al principio.

Aunque Don JERÓNIMO (10) nos habla de una publicidad equivalente a un «*mero anuncio o noticia*» y otras veces a «*notificaciones oficiales*» ello no desvirtúa la esencia del principio. En el primer caso podemos poner como ejemplo el de las «notas marginales» de que habla la legislación urbanística en su artículo 309.3 (RDL, 26 de junio de 1992) cuyo efecto es el de dar a conocer «la situación urbanística», pues ello supone eliminar la presunción de buena fe en el posible tercero. En el segundo caso cita Roca los supuestos de retractos legales y de notas de expedición de certificaciones registrales, que sirven o hacen las veces de notificaciones. Ya veremos cómo el legislador se distancia de esta idea en la reforma de la LEC y Reglamento Hipotecario.

Los edictos. No tiene justificación jurídica la necesidad de la publicación de edictos en los casos de inmatriculación de fincas conforme al artículo 207 LH, pues ello supone negar fuerza publicitaria al Registro de la Propiedad partiendo de la idea de que su contenido es conocido de todos.

Es bien cierto que la Ley de 1944-46 lo único que hizo es recoger lo que disponía el Reglamento Hipotecario de 1915 y la Ley posterior de 21 de junio de 1934. Sea cual fuere el origen, lo que sí se critica es el mantenimiento del requisito que los edictos que vienen a «*complementar*» la publicidad que emana del Registro y hace de la inscripción un asiento provisional sujeto a caducidad, que provoca determinadas inseguridades:

1. No acaba de comprenderse la razón de que para las certificaciones de dominio del Estado y las personas que cita el artículo 206 LH no se precisen edictos. Existe una desconfianza hacia el documento público.

2. Si no es suficiente la publicidad que emana del Registro y se tiene que acudir a los edictos, es evidente que el que adquiere registralmente no debe quedar sujeto a la posible cancelación de su inscripción por la caducidad de la de inmatriculación. Estas inscripciones carecen de publicidad y su efectividad depende de la que le concede el requisito del edicto que no pasa de ser una «notificación», cosa que no se acepta por la nueva legislación en el mecanismo adquisitivo del tercero.

3. Entendemos que solamente con la vacación de los dos años que establece el artículo 207 LH para los dos casos —el del título público y la certificación administrativa— era suficiente garantía, ya que el que pueda enterarse por el edicto y se sienta perjudicado solamente les queda acudir en juicio declarativo ante el Juez o Tribunal que ordenará una anotación de demanda (art. 298 RH).

Cesión de créditos hipotecarios. Conforme al artículo 149 de la LH la cesión de créditos hipotecarios debe hacerse en escritura pública y de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro.

Estos requisitos —deslindados por la doctrina debidamente— son diferentes entre partes y terceros. Frente a terceros sólo es preciso la inscripción en el Registro de la cesión (art. 1.526 del CC). Para que quede vinculado el deudor por la cesión debe notificársele, no la inscripción (que sería lo acertado, ya que ello supone una novación por cambio de acreedor), sino el documento que la contiene. Ello puede producir que si la cesión no se inscribe el antiguo acreedor sigue siéndolo con todas las consecuencias.

Solamente la inscripción —aún suponiendo que fuera declarativa— tiene la fuerza publicitaria para que a través de la misma tenga conocimiento el deudor. Pero todo lo viene a estropear el artículo 176 del RH que involucrando la «notificación» permite la cancelación de la cesión si en el Registro no consta la «notificación», lo cual si bien es lógico, pues el pago extingue el crédito, no hay que olvidar que existe un acreedor hipotecario protegido por la fe pública registral.

c) *Consecuencias doctrinales en la interpretación del principio y desviaciones producidas*

Al ser uno de los principios más extensamente estudiados por la doctrina, apenas quedan resquicios para poder decir algo nuevo sobre el mismo. Por ello no haremos más que apuntar las diferentes posiciones doctrinales sobre los problemas sustanciales del mismo y en forma resumida destacar las desviaciones producidas al «no considerar» al mismo como uno de los grandes componentes del genérico principio de publicidad.

1. *Viejos problemas.* La aparición del texto de la LH de 1944-46 aún vigente en la actualidad provocó un sin número de comentarios y la aplicación de los principios suscitó posturas diferentes según fuera la manera de ser entendidos. Creo que fundamentalmente los más importantes los podemos reducir a los siguientes:

La naturaleza y justificación de la adquisición El primer punto puso a la doctrina en movimiento para decidir si la adquisición operada en base de los pronunciamientos registrales y por un tercero que reúna los requisitos del artículo 34 era originaria, derivativa u obedecía a un concepto intermedio. El tema que provocaba la existencia de opiniones contrarias residía en la admisión legislativa de la «inexactitud» registral frente a la realidad jurídica y ello podía producir o una adquisición «originaria» o una «derivativa»: originaria en caso de inexactitud y derivativa en caso de concordancia. Mi opinión —que raramente ha sido tenida en cuenta— es que el

mecanismo adquisitivo estaba basado en una «prescripción instantánea» y ello nos conduce a un nuevo encuadramiento, como sucede con la «expropiación forzosa». Visto todo ello a «toro pasado» no creo que tenga tanta importancia la precisión de esa «naturaleza».

Entiendo que tiene mayor transcendencia el lograr una justificación a ese efecto por el cual puede resultar despojado un titular en favor de otros que por razones de confianza en los pronunciamientos registrales «son mantenidos en su adquisición. La justificación que creo es unánime —aunque se matice en su rigor por medidas indemnizatorias al verdadero propietario— reside en el principio de «seguridad» jurídica que, a partir de EHREMBERG (11) se divide o escinde entre la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Sólo ese superior principio puede justificar un despojo y, no aceptarlo, es negar un mecanismo para la solución de colisiones de derechos y retroceder al campo de la forma o a la admisión de Registros administrativos con publicidad «noticia» que sólo sirven de medios de prueba en el campo judicial. La Constitución española —creo que sin proponérselo— admite en su artículo 9.3 el principio general de la seguridad jurídica que debe entenderse a la manera del jurista alemán, pues de lo contrario quedaría en una interpretación «parcial» de su dimensión.

La exactitud y la integridad. Uno de los grandes inspiradores de la Legislación Hipotecaria, ya que formó parte de la Comisión redactora del texto refundido de 1946 fue NÚÑEZ LAGOS (12) el cual se planteó posteriormente a la publicación del texto un conjunto de problemas para precisar debidamente las diferentes clases de Registros, el objeto de la inscripción y los efectos que producían.

Uno de los ataques —en base de esas precisiones— que se hizo al Registro de la Propiedad española era que él mismo podía presumirse «exacto», pero no *íntegro*, pues eso sólo podía predicarse del sistema alemán con inscripción «constitutiva» donde la fe pública convertía la inscripción en un documento exacto e íntegro, en beneficio del tercer adquirente.

La doctrina reaccionó contra este punto de vista y al precisar el alcance del artículo 32 LH ofreció argumentos suficientes para afirmar la «integridad» registral (13). Mi postura fue defender no sólo la exactitud, sino la integridad, pues si la presunción de contenido registral lo reducimos a la primera y excluimos la segunda, mal puede presumirse la «buena fe» del adquirente. (14)

La relación entre el artículo 32 y 34 LH. El artículo 34 de la LH en sus diversas formulaciones en las diferentes leyes hipotecarias ofrece —según apunta parte de la doctrina— un supuesto de *excepción* al principio de que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos (art.33) y de contemplar en forma «negativa» el principio de fe pública o de protección

registrar contra los títulos no inscritos, la nulidad o falsedad, acciones rescisorias y resolutorias, derechos cancelados, nulidad formal y errores en los asientos.

Aunque hubo una cierta diferencia entre la redacción que dio al artículo 34 la Ley de 1944 y la vigente de 1946, lo que sí parece cierto es que —como apunta SANZ— se liberó el precepto de ser «excepción» y su formulación fue netamente positiva, precisándose el efecto de las adquisiciones gratuitas y exigiéndose el principio de buena fe.

Pero el tema que estaba latente es la relación que pueda tener el artículo 32 con el 34 y es ahí donde la evolución de la doctrina ha ensanchado campos y ha precisado puntos, agregando claridades. Para la tesis tradicional o llamada «monista» el fenómeno de la publicidad que emana de los asientos del Registro reside en los artículos 32 y 34 que representan formulaciones complementarias del principio de fe pública registral, siendo el primero un desarrollo negativo del principio y positivo el segundo. Es la tesis que mantuvieron don JERÓNIMO, ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, COSSÍO, HERMIDA LINARES, etc.

En otro lugar he explicado lo que podría llamarse tesis «dualista» (15) cuya raíz reside en la precisión dogmática de NÚÑEZ LAGOS al señalar en su conocido trabajo ya citado, las diferencias existentes entre el Registro de la Propiedad español y el alemán. Es, sin embargo, LACRUZ BERDEJO (16) el que al tratar de los efectos ofensivos de la inscripción distingue dentro de la normativa española dos grandes sistemas: el latino de la inoponibilidad que cristaliza en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el sistema germánico de protección integrado por los artículos 34, 37, 31, 40 y 220 LH. El artículo 32 limita su acción al conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito, pero no protege contra la nulidad del propio título, ni contra la de los anteriores previamente inscritos. Para lograr esa segunda protección nacen los artículos 34 y concordantes.

Poderosamente contribuyó a esta idea la aportación que hace TIRSO CARRETERO al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral al llamar la atención de la necesidad de volver al sistema latino y abandonar el germánico. Los artículos 32 y 34 responden a finalidades distintas y se hace preciso la vuelta al primitivo artículo 606 del Código Civil para aclarar la eficacia de nuestro sistema de publicidad. GÓMEZ GÓMEZ y AMORÓS GUARDIOLA siguen esta misma línea y entienden que el artículo 32 contiene una norma general de inoponibilidad o falta de eficacia de lo no inscrito frente a los inscritos. Es evidente, además, la conexión entre el artículo 32 y el 1.573-2 del Código Civil ya que el primero sienta la norma general de la inoponibilidad o ineficacia de lo no inscrito frente a lo inscrito y el segundo hace una aplicación en el singular caso de la doble venta (17).

Por mi parte también mantuve desde la primera edición de mi libro y

en cuantos artículos he dedicado a materias colindantes, la necesaria diferenciación del principio de inoponibilidad y el de fe pública registral (18). GARCÍA GARCÍA (19) en su última subyugante publicación hace un estudio concienzudo del problema y sigue la dirección apuntada. Para dicho autor son claramente diferenciables las situaciones de los artículos 32 y 34. El fundamento de los artículos 32 y 606 del Código Civil no es la «confianza en la apariencia», sino la eficacia general ordinaria de la inscripción frente a la clandestinidad. Para dicho autor el artículo 32 resuelve un problema o «conflicto de títulos», dando preferencia a inscrito frente a no inscrito, y el artículo 34 lo que trata de resolver es un problema de «inexactitud» registral manteniendo en la adquisición a la persona que confía en los pronunciamientos del Registro aun siendo inexacto.

Es de esperar que éste frente doctrinal que abre cauce en una importante distinción tenga en sucesivos comentarios la aportación que necesitan estas opiniones.

La figura del tercero hipotecario. El tema apuntado anteriormente lleva consigo otro derivado —por no decir superior— de si en todos los casos en los que la legislación de 1944-46 se habla del «tercero» puede admitirse la unidad de su concepto.

SANZ FERNÁNDEZ en las publicaciones citadas consideraba que se había simplificado notablemente la cuestión de la noción del tercero, ya que conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 se disponía: «Ni la noción de tercero es privativa de las leyes inmobiliarias ni puede desconocerse que todos los regímenes de tipo intermedio se han visto precisados a regular esta figura jurídica precisamente al fijar el ámbito del principio de publicidad. Se trata de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas que el legislador no pudo preferir. Las dudas que motivadas en parte por una exagerada exégesis, con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual del tercero, han sido allanados al precisar su concepto en el artículo 34...»

Para el citado autor —por lo dicho— está claro que se unifica el concepto de tercero y la realidad de los comentaristas demuestra todo lo contrario: *la pluralidad de terceros*. Lo cual es preocupante. Según la legislación de 1944 el tercero puede ser definido en esta forma: «a los efectos de la *fides pública*, no se entenderá por tercero al *poenitus extraneus*, sino únicamente al tercer adquirente, es decir, al causahabiente del titular registral por vía onerosa».

Prescindiendo del concepto civil del tercero inducido del artículo 1.257 del Código Civil y de otros, como el 1.219, 1.227 y 1.280, es evidente que el tercero es el que ha entrado en contacto jurídico con el objeto de la relación jurídica establecida, vinculándose con una de las primitivas partes contractuales. El tercero hipotecario ofrece la peculiaridad de la existencia

del Registro de la Propiedad y estaremos ante un tercero cuando el adquirente se ampare en un determinado contenido registral.

La doctrina fue complicando el concepto y así comenzó a distinguirse entre el concepto y la protección registral, llegando a decir GONZÁLEZ PALOMINO que tercero no es un modo de ser, sino un modo de estar: nadie es tercero, se está en tercero. SANZ FERNÁNDEZ identificó concepto con posición, mientras que ROCA SASTRE los separa: Es tercero el adquirente considerado frente de su consideración de parte, ante un determinado contenido registral».

Las tesis monistas y dualistas que antes apuntamos forzosamente llevaban consigo la afirmación de que sólo existía un tercero (DON JERÓNIMO, ROCA SASTRE, ANGEL SANZ, HERMIDA LINARES, etc.) o de que existían otros terceros (ALONSO FERNÁNDEZ Y DEL HOYO, NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ BERDEJO, LA RICA, TIRSO CARRETERO, AMORÓS GUARDIOLA, etc.). Parece haber triunfado la tesis dualista, ya que en la doctrina actual —representada por GARCÍA GARCÍA— es claro que el artículo 32 y 34 son diferentes y uno y otro resuelven, como antes apuntamos, dos problemas diferentes.

Apurando conceptos y aquilatando situaciones la doctrina especuló con las diversas referencias que la LH hace a la figura del tercero y así se ha hablado del tercero del artículo 28 (adquirente del heredero inscrito o heredero legal y titular de la *actio petitio hereditatis*), el tercero del artículo 36 (tercero «pluscuamperfecto» exigiéndole una diligencia), el tercero del artículo 37 (que se complica por la frase «segunda enajenación» que el artículo utiliza y que divide a la doctrina), el del artículo 114 LH (discutiéndose si debe o no reunir los requisitos del artículo 34 LH), el del 313 LH (con su criterio de inadmisión de documentos y que GARCÍA GARCÍA lo relaciona estrechamente con el artículo 32 LH), etc. Al lado de estos temas se ha especulado con los conceptos de «tercer poseedor» de finca hipotecada, «hipotecante no deudor», el tercero en la «readquisición», el tercer adquirente de la nuda propiedad, la posibilidad de admitir un tercero en un acto nulo, etc.

Excepciones y no aplicaciones del principio. Nos vamos a limitar al señalamiento o enumeración de las misma y ciertos avances conseguidos en algunos casos en que la excepción no tenía plena justificación.

Excepciones. Se citan las del artículo 29 referentes a las «menciones» que prácticamente han ido desapareciendo de la documentación notarial, pero no de las otras dos.

Igualmente pueden ser consideradas como excepciones *las limitaciones legales* o estatutarias de la propiedad en su referencia del artículo 26.1.º LH. Ya veremos luego en forma un poco más amplia el tema de la esfera urbanística y su repercusión.

La *retroacción de la quiebra* es otro de los supuestos en que no actúa la fe pública, pues conforme al artículo 878 del Código de Comercio son

«nulos» todos los actos que estén dentro del período a que el Juez retrotraiga la quiebra. La verdad que esta doctrina de durísima aplicación ha sido hoy superada por la Resolución de 28 de julio de 1988 que exige para que puedan ser cancelados dichos actos o el consentimiento de los titulares registrales o la declaración firme de carácter judicial en procedimiento debidamente entablado contra los titulares registrales. Interesante en este punto es la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 1993 que invoca el principio de la seguridad del tráfico jurídico y la necesidad de que se pruebe el perjuicio al acreedor y el *consilium fraudis* para proceder a la cancelación de los actos anteriores a la quiebra (SS. 10 de julio de 1928, 12 de julio de 1940, 10 de octubre de 1957 y 28 de enero de 1966). Igualmente cita el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, sobre el Mercado Hipotecario que impele a la adecuación normativa imperada en el artículo 3 del Código Civil y el artículo 9 de la Constitución Española.

Igualmente se cita —porque lo dice expresamente un precepto— el caso de «reversión en la expropiación forzosa». Pero su formulación reside en el artículo 69 del Reglamento de la Ley de Expropiaciones y ello va en contra del principio del rango legal de las disposiciones, conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española.

Los otros supuestos de usucapión, anotaciones de embargo y cesión de créditos, entendemos que, aun afectando al principio, pueden estudiarse y tener su encaje en otros puntos de los que abordamos.

Supuestos de no aplicación. Es evidente —por pura enunciación del principio— que toda causa que conste en el Registro referente a la rescisión, resolución, revocación de donaciones etc., afectan al tercero (art. 37 LH).

Plantean problema los *retractos legales*, pues según la teoría de TIRSO CARRETERO (20) todo ello se debe a la desafortunada reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 y obliga en estos momentos a replantearse el tema de su inclusión en los libros registrales cosa que se está ya admitiendo en alguna Comunidad Autónoma respecto a las inscripciones de viviendas de protección oficial. Al hilo de ello se sitúan las *servidumbres aparentes*, aunque la tendencia en la actualidad es inscribirlas.

Quedan, por supuesto, excluidos los datos de *mero hecho* y entre ellos, la finca, su extensión y linderos, aunque pueden alegarse Sentencias del Tribunal Supremo en que se mantiene un criterio distinto (21 de marzo de 1953, 20 de mayo de 1974, 7 de abril de 1981 y 2 de febrero de 1984). Sin embargo, la Sentencia de 20 de diciembre de 1993 —siguiendo el criterio general del TS— considera que el Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente y no responde ni de las descripciones de las fincas, ni de su existencia, ni de su superficie. Urge la debida coordinación entre Catastro y Registro para que una vez lograda pueda entrar en el campo de

la seguridad la base física del Registro, ya que éste no es que sea de fincas sino que se lleva por fincas. Un gran avance ha significado el RD de 3 de mayo de 1980 con fines de coordinación y ciertos resultados positivos en su puesta en función en diversos Registros.

Prescindimos de los casos de vacación que diversos artículos señalan y en los que no juega el principio de fe pública registral.

2. *Nuevos problemas y desviaciones.* Es evidente que los tiempos al ir cambiando muchas cosas ofrecen un conjunto de situaciones que inciden en el ordenamiento de los diferentes países y provocan reformas de disposiciones, todas ellas bien intencionadas, aunque no todas pueden considerarse acertadas, pues suponen un desconocimiento de parte del derecho vigente y suponen serios obstáculos para su aplicación, lo cual en el fondo viene a provocar una «inseguridad jurídica» y un serio atentado a un derecho vigente. Por supuesto que, sin intención de agotar materia, pueden señalarse los siguientes casos:

La pretendida unificación de Registros. Fue un ataque solapado a la institución porveniente de un trabajo de MONTORO PUERTO (21) que provocó serias adhesiones incluidas las de algunos Registradores, sin tener en cuenta que, con ello, nos llevaban a convertir el Registro de la Propiedad en un Registro «administrativo» o en un Registro con publicidad «noticia». Todo ello bajo la institución registral. Bien fuera por los ataques que hice a dicha tesis (22) o porque la Constitución me vino a dar la razón, lo cierto es que parece que la calma en ese sentido está siendo el criterio dominante. El artículo 105 de la Constitución Española considera a los Registros administrativos como meros archivos, en comparación con el artículo 1.491 de la misma que a los Registros jurídicos se refiere, ponen límites a osadas interpretaciones. En otros lugares recojo la idea matriz de la Exposición de Motivos y diversas leyes recientes que separan unos y otros Registros (23).

Legislación urbanística y Registro de la Propiedad. La Legislación urbanística que nace en el año 1956, se desarrolla en el 1976 y parece que toca techo en 1990-92 es uno de los obstáculos serios que el legislador español ha puesto para evitar la coordinación de todas las normas constitutivas del ordenamiento jurídico. No puede detenerme mucho en el poco acierto «anticonstitucional» de concebir la propiedad como «vacía» de contenido, tampoco puedo destacar —como se merecía— la torpe forma —a través de una corrección de erratas— de suprimir una de sus disposiciones de «aplicación preferente» y tampoco quiero destacar como el legislador más que coordinar —como expresó la Ley de 1976— los preceptos legales con la Legislación Hipotecaria, lo único que ha hecho ha sido

servirse (y eso significa un conocimiento de la técnica hipotecaria) del Registro para mantener la exigencia de las licencias municipales, al igual que el legislador fiscal.

A mi entender esa regulación que el artículo 307 de la misma con ser amplia, sólo es aparente, pues la «caja negra» que va a dar soluciones a toda la negociación urbanística no es la publicidad registral (aún habiendo logrado cotas importantes) sino un precepto diabólico —artículo 22 del texto vigente— donde se mantiene el principio de «subrogación» del adquirente en derechos, obligaciones, cargas, etc. del anterior titular sin necesidad de que las mismas consten en el Registro.

Ese atentado al principio de publicidad y, sobre todo al de seguridad jurídica, culmina en uno de los casos del artículo 307-4 y 5 de la Ley donde a la nota marginal que refleja las condiciones especiales de la concesión de licencia y los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, no producen otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en «el momento» a que se refiere el título que lo origina.

Las urgentes reformas procesales y sus secuelas. La Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal 10/1992 de 30 de abril que reforma la LEC y vincula en esta reforma a los Reglamentos Hipotecarios y Notarial es, quizá, uno de los testimonios legislativos que más atentan al principio de publicidad, contradicen el espíritu de la Exposición de Motivos de 1861 (que sigue vivo en sus líneas generales) y da efecto retroactivo a un sistema que la Ley de 1944-46 consideró desterrado: las notificaciones.

Lo que me admira es que la doctrina no haya reaccionado violentamente, aunque sólo fuera comparando situaciones en las que sin necesidad de notificación afectan a tercero y otras en las que es preciso la notificación. Vamos a ir examinando situaciones y, sobre todo, descubrir en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley las funciones de colaboración del Registrador con la Administración.

Es curioso observar cómo la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 llamaba la atención sobre la «necesidad» de colaboración del Registro con la Administración, pero todo ello sin detrimento de los principios fundamentales. Decía una de ellas: «sin negar que los Registros de la Propiedad y de las Hipotecas *puedan y deban* venir en auxilio de la Administración en las arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas... ello debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y *sin desnaturalizar* los Registros distrayéndolos de su verdadero objeto...». Nadie ha negado esa colaboración que se ha prestado con una *prodigalidad digna de mejor causa* y que ha llegado a esos extremos de los que hablaba DON JERÓNIMO GONZÁLEZ la función patriarcal, no sólo detectando los defectos, sino aconsejando la forma de subsanarlos. Pero una cosa es el auxilio y otra la desvirtuación de un principio de publicidad.

Resulta lamentable leer el artículo 1.453 de la LEC que impone al Registrador la «obligación» de «comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado». Si la publicidad registral supone que el contenido del mismo es conocido de todos —incluso de los jueces— sobra la notificación normatizada. Quizá hubiera sido más lógico construirla como excepción al principio de fe pública. Más penoso es enterarse por el artículo 143 del RH (RD 1368/1992, de 23 de noviembre) que aclara que los asientos que deben notificarse serán los que «produzcan la cancelación de la anotación o disminuyan el derecho embargado». Norma que tiene una repetición en artículo 252.2 de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990.

Cualquiera que fuera la finalidad que persigue el precepto y la razón habida para su reforma, lo que sí es cierto es que el legislador está negando la fuerza publicitaria al Registro de la Propiedad, al que ahora parece negársele que su contenido es conocido de todos.

A los interesados se les «involucra» también en esta ceremonia, pues conforme a los artículos 1.489 LEC y 143-3 del RH la expedición de certificación de cargas y dominio hasta ahora se hacía en el procedimiento ejecutivo y se hacía constar al margen de la finca la expedición de la misma certificación, pues ello servía de advertencia a los adquirentes posteriores de la existencia de un procedimiento en curso que les podía afectar. Pero es que ahora, esta certificación y otra de expedición que cumple frente a los adquirentes esa función publicitaria, carece de efectos frente a titulares de derechos posteriores al gravamen que se ejecuta, pues el Registrador debe comunicarles «el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes» (art. 1.490 LEC y 353 del RH). En todo caso el cumplimiento de estas notificaciones debe hacerse constar en la certificación misma, conforme al artículo 353 RH ya citado.

Esta función «típicamente procesal» se traslada al Registrador sin competencias en este punto y sin conocimientos suficientes para poder determinar «el momento de la ejecución» que pertenece a la esfera decisoria del Juez. A parte de la complicidad que todo ello supone y de la «delegación» de funciones que entraña, es un serio atentado al principio de publicidad.

Colaboración entre Notarios y Registradores. El RD 1558/1992, de 18 de diciembre, completado por una O. ministerial de 2 de agosto de 1993, con el propósito de lograr una plena seguridad en el tráfico jurídico, modificaron el Reglamento Notarial y el Hipotecario, arbitrando un sistema de petición de informes que llevaba consigo la determinación que el Registrador debería hacer de las solicitudes de información sobre la finca, los títulos presentados después de expedir la nota simple informativa, si la finca está o no inmatriculada y los documentos pendientes relativos a la misma finca, etc.

El sistema es complejo, no tan necesario como el legislador considera

y, sobre todo, el sistema propuesto podría tener su base en una «certificación», pero nunca en una nota simple, sin valor. Aparte de eso ya existen medios como el de la información continuada, informe no vinculante, etc.

La condición resolutoria. La Legislación de 1944-46 trata el problema de la condición resolutoria y establece que no basta que en la inscripción conste el «aplazamiento del pago del precio», sino que se hace preciso que a la falta del pago del mismo se le de por las partes el carácter de condición resolutoria «explícita» (art. 11 de la LH y 59 RH). Con ello queda de acuerdo la Legislación Hipotecaria con el artículo 1.504 del Código Civil y supone un tratamiento de la condición resolutoria como derecho real, pues así parece deducirse de lo que establecen los artículos 37-1 LH, artículo 51-6.ª del RH y el artículo 107 de la LH al referirse a su hipoteca. La resolución de la venta por falta de pago notificada expresamente al comprador, provoca la cancelación de la venta. Esta doctrina que emana de las Resoluciones 13 y 18 de junio y 23 de septiembre de 1962, 16, 19 y 29 de diciembre de 1963 y 11 de enero de 1964, va a quedar sin efecto sobre la base del artículo 151-6 del Reglamento de 1915 y 175-6.ª del actual que son interpretados indebidamente, a nuestro entender, por la Dirección General de los Registros y Notariado.

Los artículos citados (151-1.º del RH de 1915 y 175-6.ª del RH vigente) se refieren a un supuesto distinto del examinado, pues una cosa es la venta con condición resolutoria a que se refiere el artículo 11 LH y 59 del RH y otra «*la venta a un tercero de una finca sujeta a condición resolutoria*». La primera es una situación de posible resolución entre partes y la segunda es un problema de repercusión del pacto resolutorio frente a tercero. La Dirección General aplica a ambos supuestos —por razones de analogía— la norma del artículo 175-6.º del RH: depósito del valor de los bienes o el importe de los plazos que hayan de ser devueltos. Ello debe ser complementado por lo que dispone el artículo 180 RH que exige *mandamiento judicial* de cancelación.

La Dirección General en RR 17 y 28 de noviembre de 1979, 29 de diciembre de 1982, 16 de diciembre de 1987, 19 de enero de 1988, 5, 6 y 7 de febrero de 1990, las de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 y en cascada todas las del 1992 insisten en la aplicación a ambos supuestos de la norma del artículo 175-6 del RH un tanto influida esta doctrina por el TS y su conocida teoría de que impide la resolución de un contrato bilateral la declaración del deudor que no «implique voluntad rebelde de no cumplir».

Con estos criterios —en uno y otro caso— se ataca el principio de publicidad involucrando en el mismo un problema de intenciones, de actuaciones judiciales y de moderaciones de penas ajeno al efecto fundamental de la publicidad. El artículo 175-6.º es contrario a lo que dispone los artículos 1.504 del Código Civil, 1.124 Código Civil con su remisión a la legislación hipotecaria y 1.154 Código Civil en la intervención judicial.

Derecho de opción. En este caso del derecho de opción —lo mismo que en el de las prohibiciones de disponer— convendría precisar el efecto de la inscripción de dicho derecho a favor de una determinada persona, pues si lo que se pretende es aplicar lo que viene disponiendo el artículo 175-6.º del RH y el correspondiente depósito, así como el consentimiento de los titulares posteriores, de nada o de muy poco sirve su inscripción y ello prescindiendo de su naturaleza. Si el derecho consta inscrito debe respetarse y en base del principio de publicidad quedar afectado el posterior adquirente que, conociendo la existencia del mismo, carece de buena fe. Tampoco creo que cabe saltarse la eficacia de la inscripción en base de un doble venta.

No es muy clara la jurisprudencia de la Dirección, pues mientras la R. de 28 de septiembre de 1982 niega eficacia a la opción inscrita, la de 10 de abril de 1987 admite la cancelación automática, citando, por último, la R. de 4 de septiembre de 1992 donde el ejercicio de la opción genera una primera venta que se inscribe y un embargo posterior que desemboca en venta no puede tener acceso por figurar ya inscrita la finca a favor de otra persona. Pero esto es una solución que adviene en base del principio de prioridad y del tracto sucesivo.

Invocando estos principios y relacionándolos con el de fe pública registral —cosa que pasó desapercibida a PELAYO HORE en su versión infantil del principio de prioridad desligado de los demás— podríamos argumentar cómo en el artículo 175-2 RH se dicta una norma que no tiene apoyo legal y es *contra legem*, ya que ordena en todo procedimiento de apremio la cancelación de todos los asientos posteriores al derecho que se ejecuta, incluso aquellos que se hayan practicado en base de documentos anteriores. Ello no tiene base jurídica, pues el artículo 44 de la LH dice otra cosa y el 1.518 de la LEC —en el que pretende apoyarse— habla sólo de la «cancelación» de asientos posteriores de «gravamen» y no de «dominio».

II. PRINCIPIO DE BUENA FE

A) SU ACEPTACIÓN TÁCITA EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y EN LA PRIMITIVA LEY HIPOTECARIA

La doctrina suele enfocar el estudio del principio de buena fe destacando cómo su exigencia se debe a la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero, sin tratar de negar esa indudable y valiosa aportación del TS, es lo cierto que la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria —tan poco leída por algunos— da pie a que en la mente del legislador estaba latente la exigencia de ese requisito para que pueda ser protegido el que confía en los datos registrales.

Uno de los pasajes de esa asombrosa muestra del ingenio jurídico, dice así: «La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba de ser de condición mejor el que burlando, su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilidad, debe procurar el legislador fortalecerla, en cuanto alcance...».

ROCA SASTRE ya nos alerta de que el primitivo artículo 23 de la Ley Hipotecaria estaba concebido dentro del clima de la buena fe del tercer adquirente. Por eso cita la Exposición de Motivos en otro párrafo que dice: «Quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él le es imputable, al que, sin haberla cometido ni poderla conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe». No se habla de sanción —dice ROCA— alguna a la negligencia de inscribir, sino más bien se respira la idea de la buena fe o de protección a la confianza. Cita a GÓMEZ DE LA SERNA, quien al explicar el fenómeno de la doble venta en donde el primer comprador que no inscribe su título da lugar a que el segundo comprador *engañado por el silencio del Registro* acerca de la primera venta, comprara la finca *«creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió»*. Era, en definitiva, el requisito de la buena fe.

B) LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Singularmente el Tribunal Supremo vino imponiendo desde el año 1895 el requisito de la «buena fe», sobre todo en aquellos casos de doble venta que es donde podía surgir el acto fraudulento que afectase al segundo comprador.

Pueden citarse a este respecto Sentencias del TS de 5 de junio de 1953, 10 de abril de 1957, 23 de mayo de 1970, 1 de abril de 1982, 17 de diciembre de 1984, 16 de septiembre de 1985, etc. Recientemente el Tribunal Supremo ha precisado que la buena o mala fe a pesar de ser cuestiones de hecho, pueden ser consideradas como conceptos jurídicos de libre apreciación por los Tribunales (SS. 22 de octubre de 1991, 12 de marzo de 1992 y 11 de febrero de 1993).

El Tribunal Supremo no sólo impuso este requisito de la buena fe, sino que construyó el concepto, precisó el momento en que había de sopesarse su existencia, demostró cuándo se tenía mala fe y cómo había de probarse de modo pleno cumplido y manifiesto que no tenga lugar a dudas por medio

de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos o bien por actos que haya realizado el posible tercero. La buena fe ha de apreciarse no por la fecha de la inscripción, sino en el momento de celebración del contrato. Todo ello en Sentencias de los años 1975, 1972, 1970, etc.

C) FORMULACIÓN EXPRESA EN LA LEGISLACIÓN DE 1944-1946

De todos es conocido cómo el artículo 34 de la vigente Ley Hipotecaria señala como uno de los cuatro requisitos que debe reunir el adquirente es la «buena fe», que su párrafo segundo presume «siempre» mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Por ello, no sólo este artículo formula esta presunción, sino que nos ofrece el lado negativo de la buena fe: no hay buena fe cuando se conoce la inexactitud del Registro.

D) CONCEPTUACIÓN DE LA BUENA FE

Entiendo que sobre este punto está todo dicho a través del prólogo que pone DIEZ PICAZO a la obra de FRANZ WIEACKER (24) y donde distingue entre la idea escueta de la buena fe (el poseedor de buena fe a efectos de los frutos, art. 451 CC) y el principio de buena fe (que supone un comportamiento leal en la fase previa de constitución de relaciones y en los derechos y deberes que surgen de las mismas: ejercitarse y cumplirse de buena fe).

Las dos concepciones de la buena fe se basan en una situación psicológica o en una concepción ética. Según la primera la buena fe es una creencia o una ignorancia. En la segunda la ignorancia o la creencia deben ir acompañadas de un comportamiento conforme a la diligencia socialmente exigida. En la primera cualquier tipo de error o ignorancia genera buena fe. En la segunda es preciso contemplar la no culpabilidad en el error o la ignorancia.

Las notas características de la buena fe dentro del Derecho Hipotecario actual son:

- Al tercero no se le exige ninguna diligencia para considerarle de buena fe. Solamente en un caso —el del artículo 36 LH— al tercero se le convierte en «pluscuamperfecto».
- En los casos de representación la buena fe debe tenerla el representado si ésta es voluntaria y el representante si es legal. En la persona jurídica debe ostentarla el órgano de representación.
- La doctrina del Tribunal Supremo exige la buena fe en el momento de celebración del acto inscribible, mientras que parte de la doctrina

hipotecaria —SANZ y LA RICA— la sitúan en el momento de la inscripción.

- Parece mayoritaria la doctrina que opina que el artículo 32 de la LH la exigencia de la buena fe es decisiva precisamente porque la esencia del principio se basa en una «confianza» de los pronunciamientos del Registro. Aparte de que la buena fe es un principio general del Derecho aplicable a este caso concreto.

En todo trabajo quedan una serie de flecos que se hubiesen podido abordar si el tiempo concedido para elaborar estas notas hubiese sido mayor y los espacios de que se disponen fueran más amplios. Pero al autor de estas notas le hubiera gustado abordar tres o cuatro temas en relación con estos dos principios tan seriamente amenazados: el problema de la incidencia del fraude y los posibles medios para evitarlo, la necesidad de que se de una entrada prudencial a la Ley de Defensa del Consumidor y puedan rechazarse determinadas cláusulas abusivas y de si es o no momento para propiciar un cambio en los principios estudiados, esto es, si debemos seguir con la inscripción declarativa, transformarla en constitutiva u obligatoria o volver la vista al origen latino del principio de inoponibilidad. Tiempo habrá de abordar estos temas en esa serie de días que para mi ya son festivos, aunque no de precepto.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, D. J.: *Principios Hipotecarios*. Asociación de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1931.
2. MORELL Y TERRY, J.: *Legislación Hipotecaria* Tomo II, Editorial Reus, 1927, pág. 690 y ss.
3. DÍAZ MORENO, E.: *Legislación Hipotecaria*. Madrid, 1907-1911.
4. SANZ FERNÁNDEZ, A.: «Comentarios a la nueva Legislación Hipotecaria», *AAMN*
5. PELAYO HORE, S.: La Reforma Hipotecaria, *RDP*, 1945, pág. 145.
6. PORCIOLES, J. M.: «Anteproyecto de reforma». Lo recoge íntegramente la obra citada de SANZ FERNÁNDEZ y también en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España* (Tomo III, Colegio N. Registradores, Quinto Centenario, 1990).
7. SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Derecho Hipotecario*. Tomos I y II, 1947-1953.
8. LA RICA Y ARENAL, R.: «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», *RCDI*, 1945.
9. ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS: *Derecho Hipotecario*. Bosch, 1979.

10. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: Obra citada en la nota 1.
11. EHREMBERG: *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit* Ihering, Jahrb, 1904, pág. 293.
12. NÚÑEZ LAGOS, R.: «Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949.
13. Pueden citarse entre los autores que defienden esa postura a LA RICA, ALONSO FERNÁNDEZ, CARRETERO GARCÍA, LACRUZ BERDEJO, AMORÓS GUARDIOLA, etc. Debe consignarse que en el anteproyecto de PORCIOLES al proponer la reforma del artículo 606 del Código Civil lo redactaba diciendo que «Los asientos del Registro se presumirán *exactos o íntegros* a favor de sus respectivos titulares, mientras no medie declaración judicial de inexactitud». Recoge la doble presunción la Exposición de Motivos de la Ley de 1944.
14. CHICO Y ORTIZ, J. M.ª: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Pons, 1989.
15. Obra citada en la nota anterior.
16. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Zaragoza, 1957.
17. AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Tomo VII, EDERSA, 1978), y GÓMEZ GÓMEZ, M.: «Ambito de aplicación del principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952.
18. CHICO ORTIZ, J. M.ª: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Pons, 1981.
19. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral e hipotecario* Civitas, Madrid, 1992.
20. CARRETERO GARCÍA, T.: «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1957-58.
21. MONTORO PUERTO, M.: «Apuntes para la estructura de una Administración registral». *Libro homenaje López Rodó*, Madrid, 1972.
22. CHICO ORTIZ, J. M.ª: «Administración pública de derecho privado». Jornadas del Ministerio de Justicia, mayo 1986.
23. CHICO ORTIZ, J. M.ª: «Jurisdicción, administración y función». *RGLJ*, octubre 1987.
24. FRANZ WIEACKER: *El principio general de buena fe*. Prólogo de Díez PICAZO. Civitas, 1977.

La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA CALIFICACION REGISTRAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD DEL CIUDADANO.—II. LA FUNCION REGISTRAL Y SU INSERCIÓN CONSTITUCIONAL.—III. LA FUNCION REGISTRAL, LA SEGURIDAD DEL TRAFICO Y EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO.—IV. FUNDAMENTO DE LA CALIFICACION REGISTRAL.—V. LA FUNCION REGISTRAL Y EL NOTARIADO.—VI. EL TOPICO DE LA DOBLE CALIFICACION.—VII. LAS DISTINTAS FUNCIONES DE LA FORMA Y LA PUBLICIDAD.—VIII. INCIDENCIAS RECIPROCAS DE LA PUBLICIDAD Y DE LA FORMA: LA LEGISLACION REGISTRAL DA PLENOS EFECTOS, A TRAVES DE SUS PRINCIPIOS, AL DOCUMENTO NOTARIAL.—IX. REFERENCIA A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.—X. LA FUNCION DE LA CALIFICACION REGISTRAL EN LA PRACTICA COMO COLABORADORA DEL PARLAMENTO: PRINCIPALES MANIFESTACIONES.

I. INTRODUCCION: LA CALIFICACION REGISTRAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD DEL CIUDADANO

La calificación registral y sus consecuencias legales que son al mismo tiempo fundamento de ella, como son las presunciones de exactitud de la legitimación y de la fe pública registral y el cierre registral, el tracto sucesivo y la especialidad, no son meros conceptos abstractos de Derecho Inmobiliario, sino que responden a una realidad que se vive en la práctica y que se refleja en la seguridad jurídica que precisan los ciudadanos, aunque parezca que no se nota porque es el aire en que jurídicamente se vive.

Todas las personas realizan inversiones, sea de bienes en propiedad o derechos reales o personales limitados, en ocasiones, la única inversión

(*) Se recoge en este estudio el texto de dos conferencias pronunciadas, una en Madrid, en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y otra en Barcelona, en la Delegación de los Registradores de Cataluña, en el mes de mayo de 1994.

o la más importante de su vida. Por ello, necesitan la plena seguridad de que la adquisición del inmueble —de tanto valor hoy día—, está adornada de legalidad y no va a ser impugnada fácilmente ante los Tribunales.

Eso es seguridad jurídica. Si carecen de ella, las personas vivirán inquietas y no podrían dormir tranquilas. Tan importante como la seguridad ciudadana es la seguridad jurídica inmobiliaria.

Pues bien, en aquellos tiempos remotos de escasa circulación de bienes en que todavía no se había inventado el Registro, los ciudadanos contaban con una institución, que les permitía obtener cierta seguridad. Era la llamada *in iure cessio*, en virtud de la cual, el comprador de una finca fingía tener un pleito con el vendedor, acudiendo ambos al Juez para que dictara una sentencia ante la falta de oposición del vendedor. El comprador obtenía sentencia favorable y de ese modo obtenía también seguridad jurídica (1).

Los pueblos germánicos primitivos idearon una institución más próxima a la moderna publicidad registral, a través de la *Gewere* y de la *Aufflassung*, es decir, con la «Investidura» que producía confianza en la apariencia, con importantes efectos ofensivos, defensivos y traslativos, base del principio contrario al *Nemo dat quod non habet* del Derecho Romano, que se trataba de superar, y que constituyen la base del moderno Registro de la Propiedad en el sistema alemán y en los que le siguen, como el español. Esa *Gewere* se producía antiguamente por actos simbólicos, numerosos testigos y abundantes y variadas muestras de publicidad.

En los tiempos modernos, de ininterrumpido tráfico de bienes, no es posible que todos y cada uno de los ciudadanos acudan al Juez en vía no contenciosa para obtener una *in iure cessio*, ni que puedan realizar todos los actos simbólicos de la antigua investidura germánica, pues no es posible acudir en cada momento al Juez para que dicte una sentencia sobre legalidad de adquisición no controvertida de momento, para que así permitiera dormir tranquilos a los compradores en previsión de futuros conflictos.

Ni eso es posible hoy día es función propia del Juez resolver todos esos problemas diarios de los ciudadanos en que no hay controversia ni contención entre los particulares. Aparte de que no sería posible que el Juez realizase una *in iure cessio* por habitante, tampoco se resolvería el problema, pues la multitud de *in iure cessio* producidos podrían entrar a su vez en conflicto unas con otras y necesitarían el órgano de control de otro funcionario. Es lo que ocurre actualmente incluso con las sentencias judiciales en la vía contenciosa, en que a pesar de haber obtenido la máxima seguridad jurídica desde el punto de vista de la intensidad con una sentencia favorable, si ésta no se publica en el Registro no puede afectar a tercero,

(1) En este sentido, MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, en su libro *El Registro de la Propiedad en el Sistema de Seguridad Jurídica en España*, pág. 21.

pues los pleitos sólo tienen efecto entre las partes que contienden y sus herederos.

Se necesitaba, por tanto, una Institución, cuyos efectos, si bien no fueran tan intensos como la sentencia judicial (cosa juzgada), tuviera efectos más extensos que la misma (*erga omnes*), para conseguir plena seguridad jurídica inmobiliaria.

Por ello, el legislador ha creado desde hace mucho tiempo la Institución del Registro de la Propiedad y la figura del Registrador de la Propiedad, para que a través de la calificación realice un control de legalidad de los documentos que permita aplicar las presunciones de exactitud que den tranquilidad a los ciudadanos, sin perjuicio de que en vía contenciosa se pueda acudir a los Tribunales de Justicia, pero entre tanto, los propios asientos registrales quedan bajo la salvaguardia de los propios Tribunales, según establece el artículo 1 párrafo tercero de la Ley Hipotecaria, que es uno de los preceptos fundamentales del sistema.

En tal sentido, la calificación registral es un instrumento fundamental del legislador para ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos y como Institución colaboradora del Parlamento y de los propios Jueces y Tribunales.

II. LA FUNCION REGISTRAL Y SU INSERCIÓN CONSTITUCIONAL

La función registral, que es una de las piezas fundamentales del sistema de seguridad jurídica, cobra especial relieve a partir de la Constitución, y se inserta en ella a través de varios preceptos constitucionales.

A) *En primer lugar, a través del principio fundamental de la seguridad jurídica reconocido en el artículo 9 de la Constitución.* Este artículo establece: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

La lectura de este artículo puede producir a primera vista cierta perplejidad, pues se citan toda una serie de valores o principios que en realidad son todos ellos manifestaciones de la seguridad jurídica y luego, entre medias, se habla de seguridad jurídica, cuando como razona MEZQUITA DEL CACHO (2), existe una seguridad jurídica general, de la que son manifestaciones de legalidad, la jerarquía normativa, etc., y no a la inversa, por lo que más bien debería haber terminado diciendo: «Y demás aspectos de la seguridad jurídica».

(2) En su libro sobre *Seguridad Jurídica Preventiva y Derecho Cautelar*

Ahora bien, esta forma de expresarse el texto constitucional puede ser significativa de que se quiere recalcar específicamente algo más que toda esa serie de valores fundamentales derivados de la seguridad jurídica, y así RAMÓN TAMAMES (3) ha destacado que la noción de seguridad jurídica en el artículo 9 sería la de la esfera privada en asuntos tales como los registros públicos y los documentos notariales.

En todo caso, aún entendiendo como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencias 15/81, de 7 de mayo, y 27/81, de 20 de julio, que la seguridad jurídica aún siendo suma de los restantes principios enunciados en el artículo 9.3 no se agota en esa adición, pues si se agotará en la adición de estos principios, no hubiera precisado ser formulada expresamente, en todo caso, de aquí se deriva que dentro de su contenido se comprende la seguridad jurídica inmobiliaria del tráfico jurídico.

A este propósito, es fundamental traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, que después de señalar la prevalencia en el plano de los derechos reales del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sobre el artículo 878.2.º del Código de Comercio, relativo a la de la quiebra, refiriendo este último al aspecto obligacional, concluye diciendo: «Ante esta perspectiva la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece incólume protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (art. 9 de la Constitución)».

Por tanto, dicha sentencia considera que la seguridad jurídica inmobiliaria del artículo 34 LH responde a lo dispuesto sobre seguridad jurídica en el artículo 9 de la Constitución.

Otra sentencia interesante en materia de seguridad jurídica inmobiliaria es la de 11 de noviembre de 1985, también en relación con la retroacción de la quiebra, pero esta vez aplicándolo al torturado artículo 38.2.º de la Ley Hipotecaria, que exige que en toda demanda sobre acciones reales se demande la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, lo que no ocurría en el caso planteado, en que a pesar de estar vigente una inscripción de hipoteca, se pretendía un efecto automático de los efectos de la retroacción de la quiebra. Dicha sentencia alude a «un mínimo de seguridad jurídica», haciendo prevalecer la inscripción mientras no se demande su nulidad o cancelación conforme al citado artículo 38.2.º LH.

Por tanto, el artículo 38.2.º, tan discutido en la propia jurisprudencia responde al «mínimo de seguridad jurídica» que resulta del artículo 9 de la Constitución.

Otra cuestión que hay que analizar a propósito de la seguridad jurídica

(3) En su libro *Introducción a la Constitución Española*, Alianza Editorial, 1980, pág. 27.

inmobiliaria es la inserción de sus características propias dentro de las notas de la seguridad jurídica en general.

Las notas de la seguridad jurídica, como ha destacado MEZQUITA DEL CACHO, son dos:

1.^a *La certeza o certidumbre o ausencia de duda*, que permita una predictibilidad del interesado sobre las reglas de juego existentes. Certeza sobre las fuentes, publicidad normativa, tipicidad penal, Derecho Transitorio, derechos adquiridos. Aplicada esta certeza a la seguridad jurídica inmobiliaria, es necesario que quienes adquieran derechos lo hagan sobre bases de certidumbre y esto se manifiesta en los diferentes principios hipotecarios, fundamenta los que señalan requisitos de la inscripción, y entre ellos, de forma más directa en los siguientes: en el tracto sucesivo, pues da la certeza que supone el apoyo en un titular anterior que ofrece preexistencia del derecho; en la especialidad, que da claridad sobre el historial de la finca y de los derechos; en el de calificación o legalidad, que da certeza sobre el cumplimiento de los requisitos legales de la adquisición; en el principio de negocio causal, pues con la expresión de la causa, se manifiesta la función controladora y clarificadora de la misma, para la validez de los negocios.

2.^a *La confianza o ausencia de temor*, se señala como segunda nota de la seguridad jurídica en general. Aplicada al Derecho Inmobiliario, se manifiesta en la ausencia de temor y en la confianza en los asientos registrales. A esa confianza van encaminados fundamentalmente los principios que señalan los efectos de las inscripciones, especialmente las presunciones de exactitud de la legitimación y fe pública registral, pues el legislador da protección, sea provisional (legitimación) o definitiva (fe pública registral) a quien confía y se apoya en los asientos registrales.

Después insistiremos en las dos manifestaciones que ofrece la seguridad jurídica inmobiliaria al tratar de la seguridad jurídica del tráfico y de la seguridad de los derechos, enfocándola como «hipótesis de atracción» y o de conflicto, a través de la teoría del Análisis económico del Derecho.

B) *En segundo lugar, la función registral se inserta en la Constitución a través de su artículo 24*, que se refiere a la tutela judicial efectiva, y ello en tanto en cuanto los asientos del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales, según establece el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, y por tanto, reciben tutela judicial por parte de los Tribunales, y los titulares que figuran en los mismos no pueden quedar en indefensión. Y de ahí que hayan de ser citados, notificados o demandados en los procedimientos dichos titulares registrales y de que numerosas sentencias y resoluciones se refieran a este artículo 24 para evitar la indefensión.

Numerosas resoluciones DGRN aluden en los últimos tiempos al artícu-

lo 24 de la Constitución, bien en los «Vistos» o en los «Fundamentos de Derecho».

Así, podemos citar, entre otras, las siguientes:

A propósito de la retroacción de la quiebra —otra vez la quiebra, porque es la institución que hace ver la naturaleza jurídica de las instituciones, dados los conflictos que se producen con motivo de la misma— entienden que no cabe cancelar inscripciones registrales a favor de terceros en base al auto de retroacción de la quiebra, sin haber sido demandados específicamente en juicio ordinario, las Resoluciones de 20 de enero de 1986, 28 de julio de 1988 y 7 de noviembre de 1990, tal como había señalado la calificación registral. En cambio, la Resolución de 8 de noviembre de 1991 permite una anotación de demanda incidental, rectificando la fecha de retroacción de la quiebra porque figuraba como demandado no sólo el quebrado sino también el adquirente del mismo.

En relación con el recurso gubernativo, reiteradamente se viene señalando que no es el cauce adecuado para la cancelación de asientos registrales, porque están bajo la salvaguardia de los Tribunales, pero constituye una novedad la Resolución de 18 de enero de 1988, al aludir en este mismo aspecto al artículo 24 de la Constitución, pues se requiere acción en juicio declarativo ordinario conforme el artículo 40 LH.

A propósito de los créditos privilegiados y frente a una pretensión de cancelación incluso de hipotecas anteriores cuyos titulares no habían sido notificados, la Resolución de 29 de abril de 1988 alude al artículo 24 de la Constitución, para evitar que pueda llegarse a tal resolución, confirmando así la nota calificadora del Registrador. De todos modos, aquí la DGRN se muestra demasiado tímida, pues dice que «al menos han de ser notificados», cuando en realidad, para una verdadera defensa de sus derechos, tendrían que ser demandados en el correspondiente procedimiento laboral, pues si el objeto de la demanda es la declaración del carácter privilegiado del crédito en perjuicio de hipotecas y anotaciones anteriores, lo lógico es que sean demandados quienes más interés pueden tener en el asunto para contradecir las alegaciones del demandante, pues el empresario demandado suele estar en estos casos en situación de rebeldía o desinterés y el Juez de lo Social se ha de mover conforme al principio de rogación procesal teniendo en cuenta las alegaciones de las partes demandante y demandada.

Curioso es el caso de la Resolución de 21 de junio de 1991, en que quizá exageradamente, a propósito de un expediente de dominio de reanudación de tracto sucesivo interrumpido, la Dirección General se ampara en el artículo 24 de la Constitución para rechazar tal expediente cuando no hay ruptura de tracto, sino una sucesión de titularidades, pues en tal caso lo que procede es obtener el consentimiento del titular registral o demandarlo en

juicio ordinario. Creemos que el expediente de dominio no se debe limitar a supuestos de plena ruptura de tracto, sino también a aquellos otros en que se carece de título inscribible y no hay contención entre partes, por lo que no vemos necesario acudir al juicio ordinario, sobre todo teniendo en cuenta que dentro del expediente de dominio se regulan las garantías de defensa para los titulares registrales a través de las notificaciones y comparecencias, lo que ha de tener en cuenta el Juez del expediente y también el Registrador al calificar los autos de dichos expedientes.

En fin, la Resolución de 17 de febrero de 1993 en un caso de embargo contra un titular registral que no había sido demandado y que era el Administrador de la sociedad demandada, la Dirección General entiende acertadamente, que no cabe la anotación de embargo al no constar demandado el titular registral en juicio ordinario, sin que puedan debatirse problemas de levantamiento del velo de una sociedad en este recurso.

Hay otros supuestos, aparte de los de las resoluciones de la DGRN, en que interviene la Ley Hipotecaria y el Registro de la Propiedad en relación con el artículo 24 de la Constitución.

Un caso muy señalado es el de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 1988. Se trata de un caso en que aparecían 76 titulares de un solar, y en una demanda dirigida contra ellos fueron demandados con nombres y apellidos individualizadamente 37 titulares registrales, pero los demás fueron incluidos bajo la expresión genérica «y cuantas personas o entidades se consideren afectadas o puedan sentirse interesadas con las pretensiones de la presente demanda». Se acompaña, eso sí, la certificación registral en la que figuraban todos los titulares registrales. El Juzgado de Primera Instancia procedió a los oportunos emplazamientos y, por lo que se refiere a los demandados no identificados individualizadamente en la demanda, lo hizo por edicto publicado en el *Boletín Oficial* de la provincia en que, junto a la referencia a dos herencias yacentes, se emplazaba a «cuantas personas o entidades se consideren afectadas o puedan sentirse interesadas con las pretensiones de la demanda», sin hacerse otra precisión respecto a la identidad de los emplazados, ni sobre el contenido y objeto de la demanda.

El Tribunal Constitucional dice que de lo expuesto se deriva ciertamente que el recurrente que era uno de los titulares registrales— no ha sido objeto de notificación personal en su domicilio —que figuraba en la certificación registral—, notificación que, de acuerdo con los artículos 264, 266 y 268 LEC y la doctrina de este Tribunal, debería ser el medio usual para el conocimiento, por parte del afectado, de la pretensión frente a él deducida. Consta no obstante, en las actuaciones, que se efectuó un emplazamiento, en forma genérica, mediante edicto; y ello, según lo dispuesto en el artículo 269 LEC, que prevé que, de no constar el domicilio de la persona que haya de ser

notificada, el emplazamiento se haga por cédula que se insertará en el *Boletín Oficial* de la provincia, como se hizo en el caso que ahora se contempla. Pero los términos en que el emplazamiento se realizó no permiten apreciar que, incluso dentro de la reducida posibilidad de conocimiento que ofrece un edicto judicial de este tipo, se ofreciera una oportunidad al hoy recurrente para que tuviera noticia del procedimiento, al omitirse tanto su nombre como el mismo objeto del litigio incoado. Por tanto, hay que concluir que, de aplicarse al recurrente en amparo las resoluciones que se impugnan, se vendría a causar un perjuicio a sus derechos e intereses sin que haya tenido la oportunidad de personarse en el procedimiento que a esas resoluciones dio lugar, ni de efectuar las alegaciones que estimara convenientes, pues efectivamente el fallo de la Sentencia dictada en apelación, y confirmada en casación, contiene una condena «a los demandados», sin excluir en forma alguna a quienes no fueron expresamente identificados en la demanda.

En cuanto al Tribunal Supremo podemos citar a estos efectos dos sentencias interesantes de contenido diverso entre sí.

En primer lugar, *la Sentencia TS de 6 de junio de 1988* (ponente don GUMERSINDO BURGOS PÉREZ), en la que el actor había dirigido demanda de mayor cuantía contra un demandado para que le entregara el piso y le otorgara escritura pública, dirigiendo la demanda también «contra cualquier persona física o jurídica desconocida e incierta, que pueda estar interesada en la litis» y solicitando las cancelaciones de inscripciones registrales que fueran precisas. No se demandó a un titular registral del piso.

Estimada la demanda por sentencia ya firme, se solicita la ejecución de la misma, y es requerido el condenado que había sido demandado de forma individualizada, sin que contestara, el Juez acuerda el lanzamiento del demandado por providencia, procediéndose al descerrajamiento del piso que estaba desocupado y a la posterior colocación de un candado. Dos días después de tal diligencia, comparece en autos una persona que alega ser el propietario del piso aportando certificación de la inscripción, por lo que el Juez, en virtud de auto, deja sin efecto la diligencia de lanzamiento, auto que es recurrido en reposición, luego ante la Audiencia y luego ante el Tribunal Supremo en casación. Y la citada sentencia del TS entiende que «no es posible pretender despojar de la propiedad y de la posesión de un inmueble derechos presuntamente atribuidos “a todos los efectos legales” al titular registral por el artículo 38 LH, cuando este titular no ha sido parte en la litis, no ha sido condenado en el fallo, ni la inscripción registral practicada a su favor ha sido anulada ni rectificadora; lo contrario, pretendido por el recurrente, supondría extender la eficacia de la sentencia a puntos no controvertidos ni decididos en el pleito, violar el principio de cosa juzgada, y en definitiva el artículo 24 de la Constitución; motivos todos ellos más que suficientes para justificar la rectificación de la incorrecta diligencia de

lanzamiento llevaba a cabo antes de conocerse por el Juzgado la titularidad registral del inmueble, cuya inscripción atribuye *ex lege* al señor C la presunción dominical que tanto se cuestiona en el recurso».

La otra sentencia interesante es la de 23 de octubre de 1992, que entiende que no es inconstitucional ni parcialmente la regla 5.ª del artículo 131 LH al prever la notificación en el domicilio pactado que consta en el Registro en la inscripción de hipoteca, sin que tenga que efectuarse en el domicilio real del tercer poseedor que consta en una escritura de compraventa posteriormente inscrita, pues no hay indefensión, dado lo dispuesto en el artículo 130 LH, que permite hacer constar el cambio de domicilio cumpliendo sus requisitos. No hay, pues, vulneración del artículo 24 de la Constitución ni indefensión cuando la propia Ley Hipotecaria tiene suficientes medios para poder evitar que cualquier persona interesada pueda hacer constar el nuevo domicilio conforme al citado artículo 130 LH.

Consideramos de gran interés decir, como hace esta sentencia, que la Ley Hipotecaria tiene suficientes medios para evitar la inconstitucionalidad, pues esto puede ser aplicado a los distintos procedimientos, en que siempre se prevén los correspondientes medios de defensa, además del supuesto que contempla dicha sentencia relativo a la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

C) *Otros aspectos importantes de la función registral en relación con la Constitución resultan de los artículos 117.4 y 148.1.8.º de la misma, que tratamos conjuntamente, pues de ambos resultan notas importantes de la función calificadora registral.*

El artículo 117.4 de la Constitución se refiere, una vez tratada en los anteriores apartados del precepto la función jurisdiccional de los Jueces y Tribunales, a la función de garantía de cualquier derecho encomendada por la Ley. Esto interesa a varios efectos:

- a) *En cuanto alude a «funciones de garantía» por parte de Jueces y Tribunales, encomendadas por la Ley, que no son propiamente «jurisdiccionales». Así se justifican toda esa serie de funciones que realizan los Jueces en relación con materias registrales e hipotecarias, que van desde el procedimiento para acreditar la identidad de la finca (art. 306 RH) hasta el procedimiento para conocer de la minuta de un asiento (art. 258 LH), pasando por las atribuciones de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia en los recursos contra la calificación, y las demás atribuciones de los Jueces de Primera Instancia en los distintos procedimientos (expedientes de dominio, expedientes de liberación de gravámenes, procedimiento judicial sumario y del artículo 41 LH, en que*

partiendo de una inscripción, el Juez procede a la ejecución de la misma, etc.).

Por tanto, la función registral calificadora es una función de garantía de derechos.

- b) *Por otra parte, si existen toda esa serie de funciones de garantía de carácter hipotecario encomendadas por la Ley a Jueces y Tribunales, se justifica también que exista otra función de garantía encomendada también por la Ley, que es la que realizan los Registradores de la Propiedad, de modo imparcial e independiente en forma similar a la de los Jueces en vía de jurisdicción voluntaria y fuera de la jerarquía administrativa, pues están en juego derechos civiles que quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales. En este sentido, si la Ley (véase disposición adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial) encomienda a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia la resolución de recursos gubernativos, esa misma función de garantía de derechos todavía no juzgados se encomienda por la Ley a los Registradores de la Propiedad, al calificar los documentos.*
- c) *Que estas funciones de garantía sólo pueden ser encomendadas por «Ley» y no por vía de Decreto a órganos que no la tienen actualmente encomendada. De ahí, que no puede modificarse el ámbito de una función de garantía como es la calificación registral, sino en virtud de Ley, porque en otro caso, se modificarían todos los elementos que intervienen en la calificación, que son actualmente, el Registrador de la Propiedad, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, el Juez de Primera Instancia en lo relativo a minutas de asientos, la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

Por su parte, el artículo 148.1.8.º de la Constitución sirve para complementar esa «función de garantía de derechos» que es la calificación registral, pues ayuda a configurarla como «función de carácter fundamentalmente civil», sin perjuicio de las relaciones que desde el Derecho Civil e Inmobiliario tienen lugar con otras ramas del Derecho. Dicho precepto alude a la «ordenación de los Registros», pero ahora no nos interesa recalcar la competencia del Estado a la que el precepto se refiere, pues esto es claro, sino que además, es materia de Derecho Civil, y esto es concluyente, pues así lo dice la propia Constitución. Obsérvese que, como ya hemos dicho, la ordenación de los Registros, comprende la regulación de los requisitos que presuponen los principios hipotecarios, entre ellos, la calificación registral y sus recursos. Por tanto, no es de Derecho Administrativo, y esto nos lleva a que la función calificadora tampoco es función administrativa, ni cabe el recurso contencioso-administrativo.

La función registral calificadora tiene una naturaleza especial o *sui generis*, según han reconocido importantes tratadistas como JOSÉ LUIS LA-CRUZ BERDEJO, que precisamente se apoya en el citado artículo 117.4 de la Constitución, siendo típica y específica del Registrador, y no se puede reconducir ni a la función jurisdiccional ni a la administrativa.

Pero ha de encontrarse el género de esa institución especial, que no es otro que el de los actos de jurisdicción voluntaria.

Algunos autores, en posiciones muy aisladas, partiendo de un planteamiento actualmente erróneo cual es el concepto residual de Administración, o por no tener en cuenta la verdadera naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, o por no advertir todos los matices y características de la función registral en el sistema hipotecario español, o por pretender limitar el ámbito de su actuación, han tratado de llevar la función registral calificadora a la función administrativa.

Pero la función registral calificadora no es función administrativa, entre otras cosas porque a la Administración, como tal, le son indiferentes las relaciones jurídicas privadas entre particulares en que la Administración no es parte; porque está en juego cuestiones y efectos de Derecho Civil o Mercantil y no de Derecho Administrativo; porque cuando la Administración es titular de bienes patrimoniales o interviene en actos jurídicos lo hace como cualquier particular que ha de someterse al control de la legalidad de un órgano imparcial y distinto de la propia Administración, bajo responsabilidad del mismo y ajeno a la Administración, porque no hay ninguna jerarquía administrativa en las decisiones registrales, sino independencia similar a la judicial; porque los asientos del Registro tienen la peculiaridad de que producen presunción de validez y exactitud y están bajo la salvaguardia de los Tribunales ordinarios de Justicia; porque el artículo 148 de la Constitución considera la ordenación de los Registros como cuestión de Derecho Civil y no administrativa; porque el artículo 117.4 de la Constitución habla de esas «funciones de garantía de derechos» que pueden encomendar las leyes a los Jueces y que no son ni jurisdiccionales ni administrativas, y las leyes a las que se remite dicho precepto constitucional también encomiendan a los Registros su función en relación con la «garantía de los derechos»; porque la doctrina, en su mayor parte, viene asignando a la función calificadora la naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria (JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ, Resoluciones DGRN de 12 de junio de 1925, 13 de septiembre de 1926, 14 de octubre de 1932 y 26 de junio de 1986); porque el recurso contra la calificación registral tiene una tramitación peculiar en todos los países europeos ante órganos judiciales y no administrativos, y porque en España tiene también una tramitación peculiar ante los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, reconociéndose su competencia en los Estatutos de Autonomía y en

la Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial; porque contra las resoluciones de la DGRN, según resulta de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a de 6 de noviembre de 1954; porque la legislación hipotecaria atribuye a los órganos judiciales civiles importantes competencias en materia registral, que no se explicarían si estuviéramos ante una instancia administrativa; porque el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial concede competencia a la jurisdicción civil para conocer sobre la validez o nulidad de inscripciones; porque la reciente reforma procesal de la LEC atribuye a los Registradores funciones de notificación en procedimientos civiles ordinarios, lo que no se explicaría si fuera un mero órgano administrativo, pues sería una intromisión absurda en el procedimiento, etc.

Las notas más relevantes de la llamada «jurisdicción voluntaria», extraídas de los estudios hechos por la doctrina de los autores en relación con los casos existentes en las legislaciones son las siguientes:

1.^a Es una función de «garantía de derechos privados». Ello excluye que se trate de una función de Derecho administrativo, pues el Derecho privado es ajeno al Derecho administrativo.

2.^a Es una función cautelar o preventiva. El ámbito propio de la jurisdicción voluntaria es el de ausencia de contención entre partes, que es lo propio de la jurisdicción propiamente dicha o jurisdicción contenciosa. Se trata de que los particulares puedan acudir a un procedimiento o a unas actuaciones en supuestos carentes de contención o conflicto, pero que previenen y evitan ulteriores situaciones contenciosas.

3.^a Eficacia *erga omnes* del acto; pero, en cambio, su eficacia es mucho menos intensa que la jurisdicción contenciosa, pues no existe cosa juzgada en ella, y precisamente por eso una de las posibilidades es convertir en contencioso el expediente o bien acudir a la jurisdicción ordinaria para obtener una sentencia sobre la validez del acto. Por tanto, la carencia de cosa juzgada y la neutralización del acto de jurisdicción voluntaria en la vía contenciosa, sin sujeción a plazos, hace que no haya ninguna indefensión para los interesados, pues junto a los recursos propios de la jurisdicción voluntaria, cabe acudir directamente al juicio declarativo ordinario.

4.^a Hace referencia a situaciones jurídicas de Derecho privado, sean de carácter civil, mercantil o registral.

5.^a Atribución de competencias a un órgano independiente de la jerarquía administrativa. Esto es consecuencia de tratarse de situaciones jurídicas de Derecho privado ajenas al mecanismo propio del Derecho Administrativo.

Pues bien, la función calificadora participa de estas notas de función de garantía o de jurisdicción voluntaria, según resulta de los citados artícu-

los 117.4 (función de garantía de derechos no juzgados) y 148.1.8.º (función de carácter civil) de la Constitución: del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser competentes para la validez o nulidad de asientos los Jueces de la jurisdicción civil ordinaria; de la E. de M. de la Ley de 1861, tan importante por ser la primera E. de M., muy extensa y razonada y explicativa de la implantación del sistema inmobiliario registral en España, manteniéndose vigente sus pilares fundamentales, al ser las leyes posteriores, de reforma de la misma; y en esa E. de M. se alude a la idea de «jurisdicción voluntaria» y a la relación de los Registros con los Jueces; de la intervención de los órganos judiciales en materia registral, que son muy numerosas en la Ley y Reglamento Hipotecario (recurso gubernativo, art. 258 LH, 100 a 100 LH, 217 LH; de la intervención de los Registradores en procedimientos judiciales (las ya citadas notificaciones); de los Estatutos de Autonomía, que regulan el recurso gubernativo dentro de la rúbrica de la Administración de Justicia, y concediendo la resolución del mismo a la organización judicial de la Comunidad Autónoma respectiva; de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya citada, etc.

Entroncada con esta cuestión de la naturaleza jurídica de la función registral, como «función de garantía» de jurisdicción voluntaria está la cuestión de la regulación del recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores de la Propiedad.

Desde tiempos muy remotos, este recurso se resuelve en primera instancia por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, y en apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, salvo cuando se trata de materia de regulación propia del Derecho privativo de la Comunidad Autónoma, en cuyo caso corresponde exclusivamente la decisión al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, sin apelación a la Dirección. Esta regulación resulta de los Estatutos de Autonomía, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del artículo 66 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 112 y ss. del Reglamento Hipotecario.

Existen varios problemas a propósito de la regulación de este recurso.

Uno de ellos es el de cómo es posible que por encima de un Presidente de Tribunal Superior de Justicia pueda resolver la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Hay que advertir que originariamente en la Ley Hipotecaria de 1861 resolvían el recurso gubernativo exclusivamente los Regentes de las Audiencias, después de una primera fase ante los Jueces de Primera Instancia. Fue una Orden ministerial de 1864 la que dio lo que se ha llamado por CELESTINO PARDO, «golpe de mano», y con la disculpa de unificar la doctrina, encomendó la instancia superior a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La cuestión se ha planteado recientemente y el Consejo del Poder Judicial ha entendido en resolución o acuerdo de 24 de enero de 1990 que,

conforme a la disposición adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial es adecuado que los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia sigan conociendo del recurso en primera instancia y luego en apelación ante la Dirección General, pues resulta de la Ley Orgánica, y en otro caso, se produciría una diferenciación entre Comunidades Autónomas con derecho privativo y las restantes Comunidades Autónomas.

A pesar de esta consolidación de la Dirección General de los Registros y del Notariado por parte del Consejo del Poder Judicial, por nuestra parte, consideramos extraño que la Dirección General, que es órgano administrativo, pueda resolver por encima de un Presidente de Tribunal Superior de Justicia, anomalía que actualmente carece de justificación, a pesar del prestigio que centenariamente ha alcanzado la Dirección General en las resoluciones de recursos gubernativos. Se impone, desde esta primera perspectiva, una reforma legislativa.

Un segundo problema, planteado a veces en la práctica, es el del órgano judicial que ha de conocer por encima de una resolución de Dirección General de los Registros y del Notariado, pues si no hubiera tal posibilidad de recurso judicial, se produciría indefensión que exigiría una reforma también sobre esta cuestión.

Sobre este tema, que no es ciertamente sencillo, conviene hacer toda una serie de puntualizaciones.

Por una parte, ha de excluirse el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones DGRN, no sólo por la materia, que no es administrativa, sino por la naturaleza del recurso, que no deja de ser un examen provisional en vía de jurisdicción voluntaria en el que no se examinan todos los aspectos del asunto, por lo que se refiere a los intervinientes y a las alegaciones. Es un recurso provisional que garantiza el acceso de los documentos a la publicidad registral.

Si se incorporase la jurisdicción contencioso-administrativa a este recurso, seguiría siendo provisional, pues en el recurso no se cuenta con todos los elementos, e igualmente seguiría siendo provisional la decisión en vía contencioso-administrativa, lo que daría lugar luego al examen definitivo por los Tribunales de la Jurisdicción Civil con el consiguiente absurdo y posible duplicidad de decisiones en vías distintas, como ya argumentó la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a de 6 de noviembre de 1954.

Por otra parte, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, veda cualquier intervención de la Jurisdicción contencioso-administrativa, pues encomienda la cuestión de validez o nulidad de inscripciones a los Tribunales del orden civil.

El carácter no administrativo de la función registral y la intervención del Presidente del Tribunal Superior de Justicia en materia civil, vedan también la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y en fin, el artículo 148.1.8.º de la Constitución, al calificar la ordenación de los Registros como materia civil, excluye la actuación meramente administrativa en estas cuestiones.

Por tanto, queda excluida la vía contencioso-administrativa.

Pero seguimos planteando el problema, pues alguna salida ha de quedar a los interesados para plantear los problemas ante los órganos judiciales, para que no quede la cuestión a la discrecionalidad de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Y nuevamente aquí se manifiesta lo que señaló aquella Sentencia TS de 23 de octubre de 1992, que citábamos al principio, o sea, que en la propia Ley Hipotecaria existen medios legales suficientes para resolver el problema, de tal modo que no se produzca indefensión.

Y la solución del problema en la vigente Ley Hipotecaria pasa necesariamente por el recurso regulado por el artículo 66 de la misma, que es llamado por la doctrina «recurso judicial».

Ahora bien, este «recurso judicial» sirve para resolver el problema en el momento actual, pero también para destacar que se impone una reforma en esta materia, lo que unido a lo antes indicado a propósito de la conveniencia de que no revise la decisión del Presidente del Tribunal Superior una Dirección General, se comprenderá la urgencia de esta reforma.

Ante todo, veamos cómo está regulado este recurso judicial del artículo 66 LH.

Dicho precepto, después de aludir al recurso gubernativo contra la calificación, dice que es «sin perjuicio de acudir, si quieren (los interesados) a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos». Y preve que se extienda anotación preventiva de la demanda, que puede enlazar con el asiento de presentación primitivo del título que se discute.

La interpretación amplia del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, y la necesidad de dar constitucionalidad al recurso gubernativo, permiten considerar dos supuestos diferentes:

El primero de ellos es el contemplado directamente en la norma, es decir, aquel caso en que los interesados pueden contender entre sí porque hay un conflicto de intereses entre los mismos, resultante además de la resolución derivada de la calificación registral y de los órganos del recurso gubernativo.

Es el caso de una calificación registral o de una resolución DGRN que se inclina aplicando la Ley, por la interpretación de un testamento en un sentido que beneficia a uno de los interesados, sintiéndose el otro perjudicado por tal interpretación.

En tal caso, ante una determinada calificación registral, auto del Presidente o resolución DGRN, el interesado que se considere perjudicado puede

contender contra el otro interesado beneficiado para que se decida por los Tribunales civiles ordinarios cuál es el interés prevalente entre ellos.

Pero hay también otro supuesto, y es el de que no haya posibilidad de contender entre sí, como preve el artículo 66 LH, porque no hay un conflicto directo entre dos interesados, sino que únicamente hay un titular que pretende obtener la inscripción de su título a pesar de que le ha sido negado el acceso en el trámite registral, sea por el Registrador, por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia o por la DGRN.

Esta situación ha producido perplejidad, y aunque no es exactamente el caso contemplado por el artículo 66 LH, la necesidad de dar constitucionalidad a las resoluciones DGRN, mientras el recurso no se regule de otra manera, inclinan a considerar que cabe que un interesado al que se ha negado el acceso registral por la vía gubernativa lo intente por la vía judicial del artículo 66 LH, aunque no tenga frente a él a un particular oponente determinado.

Las soluciones que se ofrecen en la práctica para resolver el problema de quién ha de ser la parte demandada en este caso son varias:

O bien entender que el demandado ha de ser el Registrador. Pero esto es absurdo y lo prohíbe el artículo 132 RH, que establece: «En los litigios que los interesados promovieran ante los Tribunales con arreglo al artículo 66 de la Ley, para ventilar y contender “entre sí” acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del Registrador, no será parte éste, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento, en el caso de que en tales pleitos fuese demandado, así como deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario, el cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona, se haga notar que, contraviniendo la expresada prohibición, se ha entendido el procedimiento con el Registrador».

La naturaleza de la función registral como función de garantía de jurisdicción voluntaria similar a la judicial, impiden considerar como parte demandada al Registrador.

No obstante, conozco dos casos en que se planteó una demanda contra el Registrador. Pero el absurdo en ambos casos fue manifiesto. En uno de esos casos, se pretendía que el Registrador cancelase una inscripción de adjudicación del artículo 131 LH ordenada por auto judicial, por entender el interesado que la finca le correspondía a él en propiedad y no al adjudicatario del remate. Es evidente que en este caso, no sólo el Registrador no tiene por qué ser demandado, sino que el demandado ha de ser el titular registral. El caso es insólito, pero hubo que esperar a la sentencia, no ya sólo del Juzgado, sino de la Audiencia en apelación, para que terminara esa situación tortuosa para el Registrador, que tuvo que soportar una serie de gastos procesales y pérdidas de tiempo improcedentes, siendo tan claro el

artículo 132 del Reglamento Hipotecario, que no es en esto una mera norma reglamentaria, sino que responde a concepciones de fondo sobre la naturaleza de la función registral.

En otro caso es todavía más extraño pero el Juez, a través de auto, resolvió al final adecuadamente el problema. En un supuesto en que el Registrador, ante un conflicto de intereses derivado de si procedía mantener el testamento en cuanto a unos legados o abrir la sucesión intestada, se pronunció por la legalidad en favor de los legatarios y no del heredero abintestato, y cuya calificación fue confirmada por auto firme del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pues al ser materia privativa de Derecho Catalán no cabía apelación ante la Dirección General, ha sido demandado en juicio ordinario el Registrador de la Propiedad para que inscriba los bienes a nombre del heredero abintestato. El absurdo de esta situación sube de punto, si se tiene en cuenta que el Registrador ha actuado por orden del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, por lo que mal puede ser demandado el Registrador cuando cumple órdenes superiores. Y a nadie se le ocurrirá demandar al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, pero lo cierto es que, en este punto, cumple la misma función que el Registrador. Otra vez el artículo 132 del RH como argumento fundamental para excluir estas demandas contra el Registrador, que constituye una excepción perentoria (3 bis).

El Registrador sólo ha de ser demandado si se le pide indemnización de

(3 bis) El Juez de 1.^a Instancia de dicho caso ha dictado ya auto de 15 de julio de 1994, en el que dice: «Delimitado de esta manera el objeto de este litigio, debe ser estimada la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el demandado, excepción que tiene su fundamento en el artículo 132 del Reglamento Hipotecario: en el juicio que se siga conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria (cual ocurre en este caso, según la interpretación que se ha dado a la demanda) no será parte el Registrador de la Propiedad, no pudiendo ser citado o emplazado, y si no obstante se ha entendido el procedimiento contra él deberá sobreseerse en cuanto a dicho funcionario en cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona que haga notar que se ha contravenido la expresada prohibición. Sobre esta excepción debe añadirse: A) Contra la calificación registral, con independencia de la vía gubernativa, los interesados sólo pueden promover, tratándose de cuestiones civiles, el correspondiente procedimiento judicial ordinario para ventilar y contender entre sí sobre la validez o nulidad de los documentos calificados por el Registrador pero sin que ésta sea parte en el juicio. B) Si se aceptara la legitimación pasiva del Registrador en esta clase de procedimientos la demanda tendría que ir dirigida también contra el Presidente del Tribunal Superior y contra el Director General de los Registros, en su caso, conclusión que carece de apoyo legal, jurisprudencial y doctrinal. C) No es cierto, como afirman los actores en el escrito presentado en la comparecencia celebrada el 2 del presente mes, que el auto Presidencial de 26 de julio de 1993 les haya colocado en situación de indefensión, por cuanto les queda expedita la vía judicial tan reiteradamente aludida en esta resolución para discutir los extremos de la nota calificadora, y, además, porque la consintieron, pues si estimaban que había «posibilidad de apelación» como afirman en el escrito mencionado, podían interponer el recurso de queja previsto en el artículo 122 del Reglamento Hipotecario».

perjuicios por razón de su actuación, pero no para que realice una inscripción en el Registro.

Entonces, ¿quién ha de ser demandado a efectos del artículo 66 LH?

El Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo don JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO (4) dice a propósito de este artículo 66 LH: «La lectura de este precepto llena de asombro a cualquiera que venga del campo del Derecho procesal. Y precepto de carácter procesal aspira a ser el citado artículo». «Obliga a ventilar y contender “entre sí”, es decir, sólo puede existir la contienda entre el transmitente del derecho y el adquirente que pretende inscribirlo. ¿Acaso no puede haber unidad de criterio, unidad de propósito y comunidad de intereses jurídicos a proteger frente a quien se opone a la inscripción?» «¿Cómo van a ventilar entre sí la cuestión de la validez de un título quienes están en la creencia de que el título es perfecto?» «¿Qué clase de intervención del tercero en el proceso es aquella que surge de la más amplia «acción pública» que el Derecho español conoce cuando legitima a cualquier persona (sic) para hacer notar al Juez que contraviene un precepto reglamentario, al admitir una demanda un Registrador?» (5).

Y más bien con referencia al Derecho constituyente, opina que el control judicial debe producirse a través de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, que cuenten entre sus miembros con especialistas en Derecho Hipotecario. Pero lo más llamativo es que entiende que «la legitimación pasiva corresponderá a la Administración del Estado, sin intervención de coadyuvantes y su representación y defensa al Cuerpo de Abogados del Estado, que tendrán así un nuevo cliente» (6).

Entendemos que no cabe esta fórmula, pues si se reconoce, como hace don JESÚS MARINA, que no cabe aquí la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, hacer intervenir a la Administración del Estado y concretamente al Abogado del Estado es reconocer que sería una materia contencioso-administrativa, lo que dicho autor niega acertadamente.

En nuestra opinión, procede distinguir en el Derecho constituido y en el Derecho constituyente.

En el Derecho constituido, puede suceder que se dé un conflicto de

A pesar de la fuerza de convicción de esta resolución judicial, se ha interpuesto, al parecer, apelación ante la Audiencia Provincial (!).

Desde luego que si los Registradores pudieran ser demandados con ocasión de las notas calificadoras, iban a llover las demandas al solo objeto de disuadirlos de su calificación registral, pues tales demandas llevan consigo numerosos gastos, molestias y muchísimo tiempo, sobre todo si se interpusieran a la vez sobre varios asuntos pendientes cada semana. Pero no es sólo esto, sino razones de fondo las que explican, según hemos visto, que no quepa demanda en ese aspecto.

(4) En su conferencia en el Colegio Notarial de Madrid, titulada «Calificación registral Reflexiones sobre las vías de impugnación».

(5) Ob. cit., págs. 502 y 503.

(6) Págs. 512 y 513.

intereses entre dos personas como consecuencia de una calificación registral a favor de una de ellas, y entonces está perfectamente articulada la fórmula del artículo 66 LH que habla de «contender entre sí». Pero puede suceder que, efectivamente, no haya ninguna persona particular que se oponga a la inscripción, sino sólo los órganos de jurisdicción voluntaria en cuyo supuesto no procede demandar ni al Registrador, ni al Presidente, ni a la Dirección General, ni a la Administración del Estado, sino plantear una acción declarativa sobre la validez e inscribibilidad del título planteando la demanda a modo de acción de jactancia contra las personas indeterminadas que pudieran oponerse a esa pretensión. Aunque la acción de jactancia es admisible entre personas que están también en discusión, no puede descartarse una acción de jactancia de reconocimiento de derechos con carácter general frente a todos. Al menos esa es la posición de LEONARDO PRIETO CASTRO. Y en tal caso, lo procedente es que sea oído el Ministerio Fiscal, al tratarse de demandados desconocidos, y también el Registrador de la Propiedad, por analogía con el procedimiento especial de conocimiento de minutas de asientos a que se refiere el artículo 258 de la Ley Hipotecaria. Pero una cosa es ser oído y otra distinta ser demandado.

En todo caso, aunque esta interpretación y las otras anteriores sirvan para salir del paso respecto a la protección judicial de los interesados a una resolución de la DGRN, se pone de relieve que el artículo 66 LH no está pensado directamente para estos casos, sino para la contienda entre particulares, y si bien podría aplicarse para resolver el problema mientras no haya una nueva norma que lo solucione, es mejor fomentar la reforma de la legislación vigente, en el sentido de excluir del conocimiento de los recursos gubernativos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, a pesar de reconocer sus centenarios servicios en este tema, e inclinarse decididamente por el conocimiento del recurso por los órganos judiciales, cabiendo a su vez varias alternativas, o bien, el conocimiento en única y definitiva instancia por los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, lo que tiene el inconveniente de la falta de uniformidad de doctrina, o bien que conozcan en primera instancia dichos Tribunales, y haya una apelación ante una Sección especial de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

Y es que la Dirección General de los Registros y del Notariado, tal como está organizada actualmente, tiene una serie de inconvenientes para la resolución de un recurso contra la calificación registral, que son:

1.º Que es órgano integrado en una jerarquía administrativa, que no cumple, hablando en hipótesis abstracta, las exigencias de imparcialidad e independencia que caracterizan a la función registral y a la función de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Que es órgano de carácter político integrado en un Ministerio con-

creto, máxime si, como ocurre actualmente, ya no es exclusivamente el Ministerio de Justicia, sino el Ministerio del Interior y de Justicia. Y la función registral de ha de quedar excluida de intervenciones políticas, pues se asimila por la materia y naturaleza, a la función de los Jueces y Tribunales.

3.º Que entre las materias que debe decir en un recurso gubernativo la Dirección General de los Registros, están las materias de carácter judicial a que se refiere el artículo 100 RH, que están dentro del ámbito de la calificación registral, y esas materias parece más adecuado que sean resueltas por los propios órganos judiciales.

4.º Que el sistema de acudir al artículo 66 LH, aparte de forzar la letra del mismo a casos que directamente no contemplaba, puede llevar a situaciones poco recomendables, pues después de haber resuelto el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y la Dirección General en apelación, pasa el asunto a ser conocido por un órgano inferior al Presidente, como sería el Juez de Primera Instancia, lo que si bien es explicable cuando hay conflicto contencioso entre partes, no lo es cuando se trata de regular un recurso sin contención entre partes y habiendo sido ya resuelto por órganos de competencia territorial más amplia.

Mientras no se hace una reforma en este o similar sentido, habrá que seguir acudiendo a la interpretación del artículo 66 LH, para permitir una salida frente a las resoluciones de la DGRN fuera de la vía contencioso-administrativa, que es totalmente improcedente.

D) *En cuarto lugar, otro aspecto constitucional de la función calificadora es la referencia del artículo 48 de la Constitución de la protección y defensa de los consumidores como principio constitucional.* Esto ha llevado a la publicación de la Ley de 19 de julio de 1984. Todo el Registro de la Propiedad y la Ley Hipotecaria, en sus diferentes procedimientos, está inmerso en esta función de protección de los consumidores, no sólo por vía de la claridad de sus asientos, y de la información que les pueden proporcionar a través de la publicidad formal, sino también por las garantías del procedimiento registral, y por la protección que se da a los consumidores a través de la calificación registral, ya que, como el artículo 10 de la LDC aplica la sanción de nulidad parcial para aquellas cláusulas que vayan contra lo establecido en dicho precepto, es aplicable el artículo 18 LH y concretamente, procederá la denegación de la inscripción de las mismas. Esto ya resulta de la aplicación de otros principios generales resultantes del Código Civil, a través de la inexistencia de la causa o causas contrarias a las leyes o al orden público, y otra serie de principios resultantes del Código Civil.

De un examen completo de la doctrina de la DGRN puede deducirse que la calificación registral ha de tener en cuenta el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

En términos de competición deportiva podríamos decir que existe un 3 a 1 a favor de esa solución.

Efectivamente, de las Resoluciones de 7 de septiembre de 1988, 26 de noviembre de 1990 y de 4 de marzo de 1993, se inclinan por la aplicación del artículo 10 de la Ley a una serie de supuestos de práctica registral que contemplan. Ahora veremos esas importantes resoluciones.

Frente a ellas, ciertamente, existen a lo largo de los años 1991 y 1992 varias resoluciones que niegan esa aplicación del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Pero sobre este grupo de resoluciones hay que hacer dos observaciones. La primera de ellas es que, aunque son varias resoluciones, en realidad constituyen una única resolución en efectos doctrinales, pues son todas idénticas y sobre el mismo tema. Y la multiplicidad extraña desde el momento en que en trámite de recurso ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, se produjo un auto de acumulación de los diferentes recursos, auto que no fue revocado por la Dirección, pues tampoco fue impugnado, por lo cual, sólo por inadvertencia pueden haberse producido esa multiplicidad de resoluciones sobre el mismo tema. La segunda observación es que la doctrina de esas resoluciones exige atender al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, pues frente a la pretensión de los que defendían los intereses de la entidad vendedora, la Dirección entiende que en la resolución de la compraventa por la vía extrajudicial del artículo 1.504 del Código Civil, la parte vendedora no puede reinscribir a su nombre la finca y quedarse con las cantidades que entregó el comprador, sino que ha de consignar la totalidad de dichas cantidades hasta que los Tribunales resuelvan lo procedente. Esto es protección del consumidor conforme al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Veamos ahora esas resoluciones de la DGRN partidarias de aplicar el artículo 10 de la citada Ley a través de la calificación registral.

La Resolución DGRN de 7 de septiembre de 1988 es la más importante, y será transcrita especialmente al final del presente estudio, bastando ahora resaltar que aplicó el artículo 10 de dicha Ley para excluir como índice de referencia en los préstamos a interés variable el preferencial de la propia entidad acreedora. Esta doctrina fue aceptada por el Banco de España en Circular de 5 de diciembre de 1988 y por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989.

La Resolución DGRN de 26 de noviembre de 1990, después de aludir en los Vistos, al artículo 10.8 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que prohíbe pactos sobre «inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario», en sus Fundamentos de Derecho rechaza la atribución concedida en la escritura de hipoteca unilateral a una pluralidad de acreedores para que éstos determinen la deuda a cambio de una espera: «La indeterminación de las obligaciones (existentes, vencidas o no y futuras) y la

atribución de su determinación a una sola de las partes, con efectos hipotecarios y, por tanto, procedimentales, infringe, en el contrato modificativo de las obligaciones que la escritura supone, las normas que substraen, como principio, la materia de la prueba y, en particular, la carga de la prueba a la autonomía de la voluntad, sobre todo para asegurar que la necesaria determinación del objeto del contrato (cfr. art. 1.273), no quede al arbitrio de uno de los contratantes y para dar firmeza al contenido de un derecho, el de hipoteca, que por su carácter real tiene eficacia frente a todos (incluidos los demás acreedores del deudor). No tratándose de aquellas operaciones bancarias respecto de las que el artículo 153 de la LH atribuye la posibilidad de pactar sobre los efectos bastantes de la certificación bancaria...».

La Resolución DGRN de 4 de marzo de 1993 alude también en los Vistos al artículo 10 de la citada Ley en un caso de multipropiedad, materia esta muy sensible en toda Europa para los consumidores, y luego en los Fundamentos dice: «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392-11 del CC). Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales. Estos límites alcanzan especial significación con relación a la llamada multipropiedad o propiedad por períodos, pues con ella se pretende crear nuevas unidades económicas susceptibles de ser objeto de derechos reales, lo cual sólo será posible si se cumplen los requisitos de determinación jurídica y de viabilidad económica. Sin que consten cumplidos uno y otro requisito no podrá acceder al Registro la constitución de una multipropiedad, pues el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndole cobijo de fantasías y fraudes».

En favor de la calificación de las cláusulas contrarias a consumidores, Autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 y 8 de junio de 1989, 10 de enero y 15 de octubre de 1990, 13 de abril y 30 de septiembre de 1991, y el estudio que hice en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en relación con dichos autos, así como las conclusiones del IX Congreso Internacional de Derecho Registral de mayo de 1992, y unos interesantes trabajos de ANTONIO MANZANO SOLANO y de LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS MANCHA. Hay que tener en cuenta la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los celebrados con consumidores, que exige su aplicación por todos los organismos públicos, y mucho más por los que tienen encomendada la función de velar por la legalidad y la validez de los actos dispositivos a efectos registrales de tráfico.

III. LA FUNCION REGISTRAL, LA SEGURIDAD DEL TRAFICO Y EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

Desde que en el año 1903 en el Anuario de Ihering, Ehremberg distinguió entre *seguridad del tráfico* y *seguridad de los derechos*, causó un gran impacto y a partir de entonces es raro el libro o trabajo sobre seguridad jurídica, que no se ocupe de esa distinción. Se trata, en definitiva, de la seguridad estática o seguridad del derecho subjetivo y de la seguridad dinámica o seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Pero Ehremberg contempla una y otra desde lo que CÁNDDIDO PAZ ARES ha denominado acertadamente «*hipótesis de repelencia*», o dicho de otra manera como «*hipótesis de contradicción o conflicto*».

Así, la seguridad estática o del derecho subjetivo es una noción romana y exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho pueda admitirse sin consentimiento de su titular. Sería la idea del *nemo dat quod non habet*. Por tanto, cualquier privación o puesta del derecho en manos de distinta persona sin consentimiento del titular, producirían el restablecimiento judicial de su derecho.

En cambio, la seguridad dinámica o seguridad del tráfico, es una noción germánica, exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer.

Planteada como conflicto de seguridades, es decir, en hipótesis de repelencia, se podría decir como señala LACRUZ, que es un conflicto que no tiene fácil solución. Por una parte, se dice que puede minar la noción misma del derecho subjetivo, si no se le protege contra la invasión de los terceros. Y por otra parte, se añade que si no se soluciona la seguridad del tráfico, ello constituye un grave entorpecimiento en la vida de la relación, la impugnabilidad absoluta, cuando hay defectos de titularidad en el enajenante o en el *accipiens*.

LACRUZ dice que hay que buscar soluciones intermedias: evitar que el comercio encuentre un grave obstáculo para su libre desarrollo en la necesidad de practicar menudas indagaciones sobre la titularidad de los derechos y atender a que la defensa del tráfico no llegue a disolver la noción misma del derecho subjetivo.

Pero este eclecticismo no resuelve el problema porque deja en total inseguridad jurídica la cuestión, a resultas de interpretaciones según los supuestos, y sin solucionar, en definitiva, la seguridad del tráfico.

Un enfoque adecuado del problema consiste en situarse en el *Análisis Económico del Derecho*, para concluir que, estando implicadas consecuencias económicas que afectan a la sociedad en su conjunto, es mucho más adecuada la protección de la seguridad del tráfico, que la mera protección del derecho subjetivo individual, pues si se protege aquélla se protege este último.

Ello se observa si se tiene en cuenta que el derecho subjetivo no está cerrado entre cuatro paredes, sino que comprende una serie de facultades de relación con las demás personas, como la facultad de disponer, gravar, invertir, mejorar, etc., todas las cuales se hacen más valiosas si se protege prioritariamente la seguridad jurídica del tráfico.

En esto consiste en lo que CÁNDDIDO PAZ ARES ha denominado «hipótesis de atracción» y no de repelencia entre la seguridad del tráfico y la seguridad del derecho subjetivo.

Así, dice que hay que buscar la «hipótesis de atracción» entre las dos seguridades, y desde esta perspectiva dar entonces juego a la seguridad del tráfico porque ello beneficia a la seguridad del derecho.

Para estas hipótesis de atracción hemos dicho que es interesante contemplar las perspectivas del análisis económico del Derecho, desde las cuales se observa perfectamente la importancia que para la seguridad del derecho en general tiene la seguridad del tráfico. Y curiosamente, las conclusiones que podamos obtener de un análisis económico del Derecho vienen a coincidir en este punto con las conclusiones de nuestros grandes juristas del siglo XIX, que implantaron el sistema inmobiliario atendiendo a similares consideraciones.

El citado CÁNDDIDO PAZ ARES, en *RDM*, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», y en *ADC*, «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)», apoyado en la teoría americana de Chicago y en los juristas economicistas de Estados Unidos sobre el análisis económico del Derecho, parte de que al ser los recursos escasos es necesaria una maximización de beneficios y una minimización de costes de transacción, y en tanto en cuanto la normativa de la seguridad del tráfico produce esa minimización de costes de transacción, está perfectamente justificada para hacer más valioso el derecho subjetivo.

Lo que ocurre es que CÁNDDIDO PAZ ARES contempla la cuestión exclusivamente desde el ámbito de las mercaderías y del comercio, sin tener en cuenta que en el tráfico inmobiliario se han de llegar a conclusiones semejantes sobre la prevalencia de la seguridad del tráfico, por lo que no se puede despreciar la importancia de la libre circulación de los bienes.

Y es que, como dice acertadamente CELESTINO PARDO NÚÑEZ, que ha profundizado enormemente en esta cuestión, y tiene un estudio pendiente de publicación, en ese conflicto entre seguridad del derecho y seguridad del tráfico no puede dejarse de valorar la seguridad del crédito, que es parte fundamental de la seguridad del tráfico, entendiéndose por crédito la afluencia de capitales, tanto desde el punto de vista de los créditos y préstamos que se ofrecen con garantía de inmuebles, como desde el punto de vista de la posibilidad de obtener capitales por la transmisión y constitución de derechos sobre tales inmuebles. Es la única forma de que llegue dinero e

inversión a la propiedad inmobiliaria. En definitiva, como dice CELESTINO PARDO, la publicidad inmobiliaria nació fundamentalmente para la seguridad del crédito y de ese modo, se consiguió que la propiedad desvalorizada del régimen feudal se capitalizara y aumentara su valor, cosa que no se consigue con la mera defensa de la seguridad del derecho, o seguridad estática.

Hay que tener en cuenta también *la circulación de los bienes*, que da mayor riqueza no sólo al propietario sino al país en general.

Mientras los bienes no circulaban, sólo tenían un valor de uso o afectivo-familiar. En cuanto se quitan trabas, se da claridad y se fomenta la circulación, aumenta la riqueza.

Por eso, no estamos de acuerdo con PAZ ARES cuando en la hipótesis de repelencia que él acertadamente no comparte, niega el argumento de la necesaria circulación de los bienes como razón para preferir al adquirente para el titular (pág. 17). Ya hemos visto la réplica de CELESTINO PARDO a CÁNDIDO PAZ ARES. Pero hay que añadir que la circulación de los bienes es también un elemento importante para producir riqueza y no se puede menospreciar.

Sin seguridad del crédito, efectivamente, ningún país crea riqueza, aunque puedan existir campesinos aislados que obtengan producciones para andar por casa y para su consumo familiar por las patatas que su campo produce. Pero eso no es crear riqueza en un sistema económico moderno, que precisa de la financiación a través del crédito y de la modernización de explotaciones.

Por otra parte, como dice MEZQUITA, «La idea-nervio del sistema era, en efecto, la del movimiento o circulación de la riqueza como causa generadora de nueva riqueza» (pág. 286). Y esto es todavía más claro desde la perspectiva de la nota de transferibilidad que ha de tener todo *property right* en la concepción del *análisis económico del Derecho* que CÁNDIDO PAZ ARES defiende, porque la transferibilidad tiende precisamente a que el bien, por propia inercia de la situación social y del mercado, genere normalmente mayores beneficios, pues uno se desprende de lo que no le produce y otro está dispuesto a adquirir lo que le produzca más. Si alguien hereda unas tierras y no puede cultivarlas, lo lógico es fomentar la circulación para que los adquiera quien pueda ponerlas en explotación. Es decir, no hay que poner trabas a la circulación, sino fomentarla. Las iniciativas empresariales y profesionales necesitan fincas en el mercado para tener mayores opciones. O sea, la circulación de los bienes también puede fomentar la inversión y la riqueza.

Para confirmar todas estas conclusiones sobre la prevalencia de la seguridad del tráfico sobre la mera seguridad estática del derecho, nada mejor

que acudir al libro de SCHAFER y OTT, titulado *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil* (7), pues ofrece la particularidad de que es un estudio de Análisis Económico del Derecho realizado por autores continentales, alemanes en este caso, cuando lo normal es que los estudios sean de autores americanos o ingleses. Estos nos puede acercar mejor al problema, pues sabido es que el sistema inmobiliario español tiene su mayor influencia en los sistemas germánicos.

El *análisis económico del Derecho* parte de una serie de principios elementales ya aludidos antes: los recursos humanos son limitados, por lo que debe partirse del principio de *optimización o maximización de la riqueza* y de *minimización de los costes de transacción*, para llegar a la máxima eficiencia de PARETTO.

Por una parte, puede ser interesante aludir al llamado *criterio o método de Kaldor-Hicks*. HICKS, en 1939, profesor de Oxford, llega a la conclusión de que entre dos situaciones A y B, debe ser preferida la situación A siempre que el *beneficio* que se obtenga con ella sea *mayor* que el *perjuicio* que se produzca a la otra situación, hasta el punto de que pueda ser indemnizado y aun así, existir beneficio para tal situación A.

De aquí dedujo POSNER, otro analista económico del Derecho, éste americano, *el principio de la subasta*, es decir, que en la discusión de si por ejemplo se ha de construir o no un aeropuerto, prevalecerá el criterio de la construcción cuando los que la pretendan representen una mayor cantidad o ventaja económica que los que pretendan impedir.

Como paréntesis, recordemos que estamos hablando de *la prevalencia del criterio de la seguridad del tráfico sobre la seguridad del derecho*, porque ello produce una mayor riqueza para un país y potencia, en definitiva, la facultad de disponer y de utilizar el propio derecho subjetivo. En este sentido, *la seguridad del tráfico es una situación que produce mayor beneficio económico en general que el perjuicio individual para un concreto derecho* que encima lo pierde por su propia negligencia al no acogerse a las reglas del sistema inmobiliario, según veremos más adelante.

Hay que reconocer que para la aplicación del teorema de KALDOR-HICKS a esta cuestión, necesitaríamos unas cuantificaciones de las que carecemos, pero al menos no se negará que *intuitivamente* puede apreciarse favorablemente la cuestión a través de este teorema, máxime cuando hay autores que entienden que el teorema es aplicable cuando a pesar de la falta de cuantificación, existen justificaciones evidentes en tal sentido.

Otro hito importante en esta defensa de la seguridad del tráfico desde el punto de vista del análisis económico del Derecho lo constituye *la teoría de Ronald Coase* en 1960.

(7) Con traducción al castellano en edición de Tecnos, 1986.

Partiendo de que los *property rights* o derechos de actuación o relaciones de uso de los bienes (a modo de derechos subjetivos en nuestra terminología) están atribuidos originariamente por el ordenamiento jurídico, para responder a la cuestión de si el sistema jurídico promueve la eficiencia de PARETTO o el despilfarro, no es determinante la asignación originaria, sino la distribución fáctica de los *property rights* como consecuencia de la celebración de transacciones o contratos.

Y COASE llega al siguiente teorema, con estos dos postulados:

1.º En una sociedad en que los *property rights* están claramente especificados y hay libertad de transmisión.

2.º Y en que los costes de transacción, es decir, los costes de información, de coordinación en la transmisión de los derechos y de ejercicio de éstos, es igual a cero.

La asignación de los recursos tiene que ser máximamente eficiente, sea cual fuere la asignación originaria de los «property rights».

De aquí se derivan varias conclusiones:

Por una parte, COASE pone el acento en *la transferibilidad de los «property rights» y en los costes de transacción*. En definitiva, lo importante son los costes de transacción. *Un sistema que minimice los costes de transacción y que nos lleve a la distribución de «property rights» por las transacciones produce una gran eficiencia económica.*

Y por otra parte, *si el mercado es imperfecto* —y la realidad, ciertamente, no es otra— tal eficiencia se logrará a través del *mecanismo decisorio del Derecho*.

Obsérvese que es la misma idea de los legisladores de 1861, que pretendieron movilizar la riqueza con los mínimos costes de información y de transacción. O sea, con seguridad del tráfico a través de una institución creada por el Estado que evite o disminuya los costes por inseguridades de la transacción.

En definitiva, como apuntan SCHAFER y OTT, como en un mercado de bienes es inalcanzable el sistema perfecto del que parte COASE, porque existen efectos externos, inestabilidades micro y macroeconómicas, y sobre todo «costes de información asimétricos (los de los compradores indefensos que no pueden investigar todo), es necesario realizar modificaciones normativas con el «planteamiento de instituciones comparativas». «Deben crearse aquellas instituciones de las que pueda esperarse un número relativamente bajo de anomalías». Las normas jurídicas hay que ir las modificando con el tiempo en ese sentido. Un ejemplo podría ser en mi opinión la evolución de las modificaciones de normas hipotecarias tendentes a llegar a una mayor perfección. *El Registro, en definitiva, da información a mínimos costes,*

evitando que se produzcan los verdaderos costes de transacción, que son los costes de averiguación, seguro, litigiosidad, incertidumbre.

Por eso, según SCHAFER y OTT, el teorema de COASE es la base para analizar, con apoyo económico, las consecuencias de disposiciones jurídicas alternativas y para justificar las propuestas de modificación de normas jurídicas.

Desde esta perspectiva, SCHAFER y OTT justifican la existencia de «*normativas protectoras de la confianza*», entre las que incluyen precisamente *la seguridad del tráfico proporcionada por el Registro de la Propiedad.*

El dilema «control o confianza» plantea problemas, pues no se puede confiar en todo el mundo, ni tampoco se puede controlar todo, porque ello produce «*enormes costes de información*», que dificultan las transacciones.

Es importante tener «*informaciones productivas*» que producen un beneficio para la sociedad en general. Pero existe una gran inseguridad de los compradores no sólo en los precios sino en la calidad de los bienes. Esto exige información sobre ambos extremos, interesándonos especialmente la información sobre la calidad, pues es el problema que se plantea precisamente en un mercado no diáfano o clandestino de transmisión inmobiliaria.

Aquí es esencial la teoría de STIGLER (1961), que pone unos ejemplos sobre la búsqueda de información a que tiene que llegar un comprador de un bien para saber cuál es la oferta mejor que le puede interesar. Pero esto tiene un límite, pues con una multiplicidad de llamadas telefónicas se va produciendo un gasto y llega un momento que no le merece la pena buscar más información porque se aumentan los gastos. *Imagínese en un mercado clandestino o no desarrollado registralmente, los enormes costes de información* que produce enterarse de la calidad del bien inmueble, de sus verdaderas titularidades y cargas.

Y NELSON (1970), partiendo de STIGLER, llega a la conclusión de que existen determinados tipos de bienes cuya calidad se compone de un gran número de características, en que resulta imposible determinar la calidad de las mercancías en el momento de la compra. Y entonces dice NELSON «*o te dan gato por liebre o no compras nada*». Por eso, entiende que todos los productos se pueden clasificar en dos categorías, que son: «*bienes de búsqueda (search goods)*» y los «*bienes experimentados (experience goods)*». En los *bienes de búsqueda*, el comprador puede reducir la inseguridad respecto a la calidad ante la decisión de la compra, mediante el empleo de informaciones sobre el producto. Esto no es posible en los bienes experimentados. En este caso, resulta obligado a confiar en el suministrador.

Pues bien, puede considerarse que entre estos *bienes experimentados* está el mercado de inmuebles, pero evidentemente no basta aquí la confian-

za en el suministrador o transmitente, pues es un mercado que puede ser de los llamados de «limones», según ahora veremos, si no hay institución jurídica que dé claridad e información al mercado. Y en este tipo de mercados no cabe ni siquiera acudir a la confianza en el transmitente, pues aparte de las *primas de oportunismos* que se pueden fomentar a favor de los transmitentes, es que ni siquiera ellos pueden llegar a saber qué tipo de cargas ocultas y titularidades existen en un mercado totalmente clandestino y sin publicidad registral.

Es lo que ocurría antes de 1861, que el mercado inmobiliario era un mercado de limones o productos inútiles, de bajísima calidad, y había que arreglar la situación a través de la institución del Registro de la Propiedad.

En este aspecto, otro analista económico importante es AKERLOFF (1970), en un artículo ya clásico con el expresivo título «The Market for Lemons». Bajo el concepto de «lemon» (limón) se entiende en americano un producto inutilizable, apenas adecuado para el consumo. Este mercado de limones se puede producir en los bienes en que no hay correcta información y en donde, ante la falta de instituciones clarificadoras puede haber primas para el oportunismo, es decir, para situaciones abusivas en perjuicio de los consumidores. Por eso, toda la clarificación de la legislación inmobiliaria es una defensa de los consumidores, al evitar que se dé mercado de limones.

El mercado de limones parte del supuesto de un mercado falto de información y como son personas esporádicas las que acuden a él una vez, el empresario tiende a bajar la calidad del producto mateniendo el mismo precio. Lo del «gato por liebre» de NELSON. El ejemplo es el de un pueblo en el que hay varios restaurantes, pero es una zona en la que sólo se acude una vez en la vida y no hay suficiente información ni comunicación entre los consumidores. Uno de los restaurantes decide bajar la calidad manteniendo el mismo precio. Los demás restaurantes no tendrán más remedio que hacer lo mismo, pues en otro caso pierden dinero respecto al restaurante avisado. Al no existir información ni crítica para el futuro, todo se habrá convertido en un mercado de limones. En cambio, si es una ciudad concurrida a la que se acude todos los años, se produce información y comunicación, y queda arrinconado el restaurante de mala calidad y precios altos.

Para que pueda darse y prevalecer un mercado de limones, dice SCHAFER y OTT que «se trata de casos en que no se puede conocer la calidad de los productos al comprador, bien por motivos técnicos, o porque los costes de información son demasiado altos, o porque no se crea un intercambio de experiencias entre los clientes». Esto es lo que ocurre en un mercado inmobiliario clandestino o no suficientemente transparente.

Dichos autores aluden después al llamado «dilema del prisionero» y a los juegos de suma cero (en que uno gana y otro pierde) y a los juegos productivos o de cooperación, de NEUMANN y MORGENSTERN, en que coope-

ran todos los jugadores y todos ganan, pero debe haber instituciones que eviten el oportunismo de quien quiere salirse de las reglas del juego para obtener él una ganancia en perjuicio del otro. Los contratos inmobiliarios realizados en un mercado de clandestinidad, que podrían ser unos juegos productivos, con ganancias para ambas partes, pueden producir el efecto inverso de juegos de suma cero, en que uno gane todo y el otro pierda, por falta de información y por falta de instituciones que permitan mantener las reglas del juego.

Los citados SCHAFER y OTT llegan, en definitiva, a la superación de las deficiencias de información sobre los bienes mediante determinadas instituciones, con la idea de primar la confianza y de «mantener el gasto en costes de información al nivel más bajo posible».

En este sentido, señalan que «la protección de la confianza se refiere a la tarea general del ordenamiento jurídico de garantizar la seguridad y la agilidad del tráfico jurídico y especialmente el intercambio de bienes y servicios».

«A tal fin —continúan— el Derecho ha desarrollado un gran número de institutos jurídicos». «Como ejemplo de disposiciones legales de protección de la confianza, hay que mencionar, sobre todo, el Registro de la Propiedad, citando también el Registro Mercantil, el de Asociaciones, el de bienes matrimoniales y el de buques». «Todos ellos ofrecen seguridad y agilidad al tráfico negocial, y en último lugar, protección a la confianza, siendo la configuración muy diferente en cada caso concreto, pues depende de que la inscripción sea constitutiva, conduciendo entonces a una protección absoluta del tráfico, o sólo sea válida para los que actúan de buena fe, de que su publicación sea decisiva como es la del Registro de la Propiedad» (pág. 332). Estas instituciones —añaden— «conducen a una exoneración de costes de información para el tráfico jurídico».

Otro autor en el que también hay que profundizar a estos efectos del análisis económico del Derecho, es DOUGLAS NORTH, premio Nobel de Economía, pues considera decisivas para el progreso y la historia económica aquellas instituciones que definen adecuadamente y concretan los derechos de propiedad (8), y viene a confirmar la idea de STIGLER y de NELSON sobre la diferencia entre bienes de búsqueda y bienes experimentados, pues pone el ejemplo de las naranjas que compra en el mercado del señor Morris. Precisamente las naranjas de calidad que él busca al comprar son las de jugo, citando las de Valencia, es decir, un producto español, como también es un producto español muy desarrollado —apostillamos nosotros— la institución del Registro de la Propiedad.

(8) Nos limitamos aquí a la cita de un texto de su libro *Estructura y cambio en la historia económica*, Alianza Editorial, 1984.

Dice NORTH: «Empiezo describiendo simplemente una transacción que llevo a cabo todas las semanas, en el mercado público de mi localidad. Es la compra de cierta cantidad de naranjas (catorce naranjas por un dólar, en 1980). Las compro por hacer zumo de naranja, y por ello quiero que contengan gran cantidad de jugo (más que de pulpa) y tengan un sabor ácido. Lo que realmente me gustaría especificar en el intercambio es una cierta cantidad de zumo de naranja con una combinación de ingredientes orgánicos que produzca el sabor que quiero. ¿Por qué no se venden las naranjas de manera que pueda obtener precisamente lo que quiero? En parte así es. Las naranjas de Valencia son naranjas de zumo y se venden separadas de las Navel u otras naranjas de mesa. Pero la cantidad de jugo y el sabor que voy a obtener de las naranjas no puede ser especificado a bajo coste. Si la medición de estos ingredientes fuera posible a coste bajo o cero, entonces podría obtener la combinación precisa. Además, las compras se hacen por número, peso, volumen, longitud; y se dedican recursos para hacer ver que estas características objetivas de medición se consiguen.

«El vendedor de las naranjas las compró a un mayorista; en los cajones que recibió había algunas naranjas en malas condiciones. Para él supone una pérdida de dinero, ya que si intentara darme esas naranjas a cambio de mi dólar, iría a otro puesto del mercado público a comprar mis naranjas. En resumen, la competencia entre un gran número de vendedores restringe su conducta. ¿Introduciría furtivamente en el fondo de la bolsa unas pocas naranjas podridas, donde yo no las viera hasta llegar a casa? Debería hacerlo si nunca esperase volver a verme, ya que es la única forma en que puede quitarse de en medio las naranjas, que de otra manera supondría una pérdida para él. Pero por eso es por lo que voy siempre al mismo comerciante, Morris, todas las semanas. Sabe que no volveré si mete furtivamente esas naranjas en mi bolsa. Soy valioso por ser un comprador asiduo; el oportunismo, entonces, se ve restringido por la repetición de las mismas transacciones. Morris, por su parte, acepta mi cheque de un dólar sin preguntar si tengo suficientes fondos en el banco para hacer frente al cheque, o si el dólar que obtiene cuando hace efectivo mi cheque será aceptado incuestionablemente por su mayorista o por cualquier otro al que quiera comprar bienes o servicios».

En definitiva, es la lucha contra el mercado de los limones y respecto a bienes no experimentados, a través de la confianza en el proveedor o transmitente. Pero en los bienes inmuebles no existe esa posibilidad de confianza, pues no se produce esa repetición de adquisiciones, y no es un mercado de naranjas del señor Morris, sino un mercado de limones.

Y termina NORTH: «El traspaso de los derechos de propiedad entre los propietarios mediante contratos en el mercado, requiere que los derechos sean exclusivos. Los derechos de propiedad no sólo deben ser mensurables,

sino también deben ser susceptibles de reconocimiento legal. Observen que hay dos etapas en el proceso de traspaso. La primera incluye los costes de definir y controlar la exclusividad en ausencia de intercambio; la segunda, los costes asociados a la negociación y al cumplimiento de los contratos en el intercambio y traspaso de los derechos».

«Una tercera parte, el Estado, puede disminuir los costes de transacción mediante el desarrollo de un cuerpo impersonal de leyes y de sus mecanismos de cumplimiento. Debido a que el desarrollo de la ley es un bien público, existen importantes economías de escala asociadas a él. Si existe un cuerpo legal, los costes de negociación y cumplimiento del contrato se reducen sustancialmente porque las reglas básicas del intercambio están ya definidas» (9).

Pasemos ahora a comprobar como nuestros legisladores de 1861 siguieron en realidad estas mismas ideas muchos años antes que los analistas económicos del Derecho para hacer prevalecer la seguridad del tráfico sobre la seguridad del derecho subjetivo.

Ante todo, ya en el siglo xvi, en el primer precedente moderno del Registro de la Propiedad en la Pragmática de los Reyes Carlos y Juana, se nos dice que «por cuanto nos es hecha relación que *se excusarían muchos pleitos* (se evitan costes de litigiosidad y de incertidumbre), sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores (prima de oportunidad, mercado de limones); y por quitar los *inconvenientes que de esto se siguen*» (intervención estatal según el teorema de COASE), mandamos que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, *haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos* de las cualidades susodichas... (la institución registral para quitar los inconvenientes de la clandestinidad, del mercado de limones, y del problema de los bienes experimentados y costes de transacción o litigiosidad).

En cuanto a la Ley de 1861, he aquí las «causas que motivaron la implantación del nuevo sistema registral», que aparecen claramente recogidas en el preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que creó la Comisión para la reforma de la legislación hipotecaria en los siguientes términos, todos los cuales traslucen análisis económicos del Derecho, en el que nuestros juristas decimonónicos son unos adelantados respecto a HICKS, COASE, STIGLER, NELSON, AKERLOFF, SCHAFER y OTT, NORTH, etc.:

«Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por

(9) *Ob. cit.*, págs. 50 a 53.

la ciencia y por la opinión, porque *ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales*. Hubieran, sin duda, estas consideraciones, provocado hace ya tiempo la reforma a no haberse creído que el Código Civil era el lugar más oportuno para verificarla, y nada habría que oponer a este aserto si la complicación inevitable de la obra y las difícilísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía permitieran llevar en breve término a las Cortes el proyecto de Código Civil». «Pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio, y que es indispensable *para la creación de los Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en las cosas, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados*».

Por otra parte, en las discusiones parlamentarias mismas de la Ley de 1861 ya se planteó el problema del conflicto de la seguridad del tráfico y de la seguridad de los derechos. Así, la discusión entre ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER, extrañándose aquél de que el *verus dominus* pudiera verse privado de su propiedad como consecuencia de la legislación hipotecaria, a lo que contestó PERMANYER dos cosas:

1.^a Que no se trata de una novedad de la Ley que se está discutiendo, sino que es consecuencia genuina e indeclinable del sistema de publicidad, tal como se hallaba ya establecido a tenor de la Pragmática de Carlos III. Anotemos lo de consecuencia «genuina e indeclinable del sistema de publicidad», porque es precisamente la clave del sistema inmobiliario.

2.^a Que un título aunque realmente traslativo de dominio, no produzca su efecto en perjuicio de tercero por la circunstancia de no estar registrado, por la falta de la condición legal extrínseca, que es la garantía de la publicidad y que lo es también del crédito público territorial. Pero la falta de este requisito, ¿podría imputarla a nadie más que a sí mismo, aquel que debiese sufrir sus consecuencias, porque ya en adelante a nadie será lícito excusarse de semejantes omisiones? (10).

Aquí hay un argumento interesante que no han manejado los autores, y es la negligencia del titular del derecho subjetivo frente al sistema de la seguridad del tráfico. Esto se confirma por lo siguiente:

(10) Págs 306 y 307 del libro del Colegio, *Leyes Hipotecarias*, tomo I, vol II.

1.º Porque cuando se implanta el nuevo sistema, después de muchos intentos y advertencias en siglos anteriores, se dan unos plazos al titular del derecho subjetivo para que se acomode a las normas de seguridad del tráfico. Estos plazos fueron muy largos, pues realmente hasta 1875 no empezó a regir la Ley Hipotecaria.

2.º Porque en el propio sistema inmobiliario de seguridad del tráfico se tiende a la protección del derecho subjetivo «diligente» a través del importantísimo requisito del tracto sucesivo, que es la garantía precisamente para que un titular del derecho subjetivo conserve su derecho frente a cualquier maquinación o expropiación sin su conocimiento.

Por último, queremos aludir también a lo que decía CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, cuando exponía en esas mismas discusiones parlamentarias la situación en que se encontraba el mercado inmobiliario de aquellos años anteriores a 1861, pues es la manifestación más clara del mercado de limones: «Registro que tiene por objeto evitar el peligro que resulta de tener ocultos esos gravámenes, porque naturalmente todo el mundo se retrae de adquirir bienes territoriales por el peligro que lleva consigo la transmisión; y digo más: es hasta temerario, en el estado actual de nuestra legislación, comprar bienes territoriales. En mi carrera de abogado, nada me ha costado tanto trabajo como decir a una persona que buscara mi dictamen, que con seguridad adquiriese una finca; y digo más: nadie puede darlo con seguridad de no equivocarse, porque es imposible averiguar si ha habido un tutor, una mujer casada, un empeño contra el Estado, y otra porción de cosas: imposible» (11).

En resumen, *la prevalencia de la seguridad del tráfico sobre la seguridad del derecho subjetivo aislado no publicado, es consecuencia de la necesidad de que se produzca el mercado inmobiliario, y de que lleguen los capitales al mundo inmobiliario, sea en forma de dinero para las enajenaciones, sea en forma de créditos para mejorar explotaciones o realizar inversiones.*

El mercado inmobiliario no puede ser un mercado de bienes experimentados, pues al experimentarlos pueden tener vicios, cargas, gravámenes ocultos, y puede dar lugar a un verdadero «Mercado de Limones», pues no hay penalización a efectos de mercado del oportunista que vende bienes gravados o que no son suyos, porque a diferencia del tráfico mobiliario o de otro tipo de mercados, en que hay clientela, los inmuebles se venden o gravan prácticamente por una sola vez, y si se falla no hay oportunidad de volver a acudir a la misma empresa. En el mercado inmobiliario debe existir una institución que defina derechos, dé claridad a los mismos y evite costes de transacción.

(11) Págs. 7 y 8, libro del Colegio, tomo I, vol. II.

El supermercado de naranjas del señor Morris también puede ser otro ejemplo para comparar la distinta clase de mercado que es el inmobiliario. DOUGLAS NORTH nos dice que acude al supermercado del señor Morris porque le gusta el zumo de naranjas y necesita naranjas muy buenas —las de Valencia—, que den suficiente zumo. Como es cliente del señor Morris, éste le va a dar naranjas de Valencia y no le va a meter en la bolsa por debajo ninguna naranja podrida. Y ello porque al día siguiente volverá a comprar y existe una confianza.

Pero es que el mercado inmobiliario es un «mercado de limones», y entonces no hay más remedio que buscar instituciones que definan y den información y confianza y eviten costes de transacción.

Pues bien, el sistema de Registro de base germánica es el que menos costes de transacción produce desde el momento en que contiene toda la información, y evita costes de litigiosidad. Y está demostrado, desde el momento en que en Estados Unidos los costes de transacción son aparte de impuestos un 5 por 100 mucho más que los que aquí se producen que son 0,50 por 100.

Por otra parte, el sistema de demarcaciones territoriales del Registro de la Propiedad por la situación de las fincas es el más adecuado, pues si estableciera un sistema privado de libre llevanza de libros de registro por profesionales se produciría una ineficiencia y costes enormes hacerlos en competencia. De la misma manera que sería costoso que hubiera varias líneas telefónicas, sería absurdo que hubiera varios libros que habrían de contener todos la misma información, que costosamente ha tenido que irse acumulando a lo largo de decenios. Con el sistema de tracto y de cierre, se permite economizar esfuerzos respecto a todo el eslabón de adquisiciones anteriores, porque ya está calificado con anterioridad. En otro caso, siempre tendría que calificarse todo lo anterior con ocasión de cualquier movimiento traslativo o de gravamen.

Si a eso se une que lo que se plantea en los Registros de la Propiedad son problemas de «Derechos de propiedad», en que domina la nota de orden público, y en donde se exige el cumplimiento absoluto de la legalidad para evitar pleitos y producir tutela judicial, se comprende esa organización por parte del Estado de los Registros de la Propiedad, pero a través de un sistema que al mismo tiempo es de función pública y profesionalizado (sistema mixto), que es el más adecuado, porque es el que reduce de modo efectivo los costes de transacción y mantiene una plena eficacia.

IV. FUNDAMENTO DE LA CALIFICACION REGISTRAL

La calificación registral no puede ser comprendida si se examina aisladamente fuera del contexto de un sistema inmobiliario registral.

Si se la aísla del sistema, se discutirá su procedencia y sobre todo su ámbito, es decir, si se extiende o no a esta materia.

Pero cuando se mira el conjunto del sistema inmobiliario registral, con todos sus principios y efectos, se comprueba que la calificación registral, que integra el llamado principio hipotecario de legalidad, es un principio fundamental del sistema, imprescindible para que funcionen los demás, hasta tal punto que si se reduce el ámbito de la calificación, padece el sistema inmobiliario registral en su conjunto, que se vendría totalmente abajo, y volveríamos al sistema de clandestinidad o a sistemas imperfectos de transcripción, por cuyo perfeccionamiento luchan ahora los países en vías de desarrollo. Toda la obra de nuestros legisladores de 1861 y de los sucesivos reformadores se vendría abajo.

Es decir, aquí tiene aplicación ese *carácter orgánico de la relación jurídica* a que se referían SAVIGNY y FEDERICO DE CASTRO, pudiéndose configurar la calificación registral como uno de los órganos vitales del Cuerpo Inmobiliario, es decir, del sistema inmobiliario de tráfico, de tal manera que si no funcionara, dejarían de funcionar los demás órganos que dan vida a ese sistema inmobiliario altamente perfeccionado, base de la seguridad jurídica del tráfico de inmuebles.

La Ley Hipotecaria de 1861 explica en su Exposición de Motivos que «el registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva». Y en otro lugar: «Como son tan extensos los deberes que el proyecto impone a los registradores y tan grave la responsabilidad que hace pensar sobre ellos, natural es que exija que los que han de serlo, reúnan circunstancias que prometan el buen desempeño de su cargo, precaviendo así los males que no siempre se remedian fácilmente por completo cuando suceden, por más que la ley, en su previsión, con medidas preventivas y reparadoras procure la completa indemnización de los perjudicados».

Y en el texto legal, la calificación registral se reguló en los artículos 18 y 65 LH, del conjunto de los cuales se deduce un criterio amplio de calificación registral, concordante con las citadas frases de la Exposición de Motivos.

Y en la reforma hipotecaria de 1869 se reguló el sistema de oposición al Cuerpo de Registradores, y en la Exposición de Motivos se decía: «Si la aplicación de la Ley Hipotecaria estuviese confiada a personas de escasa inteligencia o que no la hubiesen estudiado detenidamente, podría ocasionar graves males. Un error del Registrador al extractar o inscribir un título, cuyo error no se haya rectificado por no haberse conocido, puede dar lugar, acaso después de transcurrir muchos años, a dudas y litigios que pongan en peligro el derecho de los propietarios. Aunque en la Ley de 1861 y en la nueva que se presenta se imponen a los Registradores graves responsabili-

dades y se procura asegurar su efectividad con la fianza que deben prestar, lo conveniente es precaver un daño que por su importancia o por haberse conocido después de devuelta la fianza, no fuera ya indemnizable. Con tal objeto se establece en la nueva Ley que los registros que en lo sucesivo queden vacantes y puedan obtener los que no sean Registradores, se provean mediante oposición, con lo cual se tendrá la seguridad de que los nombrados han adquirido los conocimientos necesarios al efecto.

El artículo 18 LH es, como se sabe, el texto fundamental en que se recoge el principio hipotecario de legalidad a través de la función calificadora del Registrador, que luego veremos que es exclusiva de él, y que dice lo siguiente: «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». Los artículos 65 y 66 de la propia Ley, así como los artículos 98 y ss. del RH desarrollan ampliamente toda esta materia.

De este texto fundamental en el sistema inmobiliario, en relación con los demás principios hipotecarios, se puede deducir respecto al famoso dilema planteado por NÚÑEZ LAGOS de si el título se inscribe porque es válido o es válido porque se inscribe, que en principio «el título se publica o inscribe porque es válido», pero precisamente teniendo en cuenta esto, puede llegar a presumir la legislación inmobiliaria atendiendo a la seguridad del tráfico jurídico, que «un título nulo se considera válido respecto a tercero si está inscrito o publicado».

En realidad, el sistema inmobiliario español, sin perjuicio de determinadas influencias latinas a propósito del tercero del artículo 32 LH, se configuró desde el principio y se reafirmó en sucesivas reformas, como un sistema germánico, que recogía todas las bases de dicho sistema, que no son otras que las siguientes: En primer lugar, un principio de cierre registral, de tal manera que inscrito en el Registro un título no cabe ya el acceso al Registro del título contradictorio o incompatible con él. Este principio, integrado en el de prioridad y también en el de tracto sucesivo, aparece desde el principio en la legislación hipotecaria en artículos que ni siquiera han cambiado de número, como son los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria.

Desde el momento en que el legislador se inclina por un principio de cierre registral, a diferencia del sistema francés, en que cabe el acceso al Registro de todos los títulos en forma amontonada, la consecuencia de legalidad viene sola. Si un título que va a acceder al Registro produce ese efecto impeditivo de las ventajas de un sistema de publicidad para otros títulos rezagados, lo lógico es que ese título acceda con todos los requisitos legales y bajo un control de legalidad, pues en otro caso, produciría un

drástico efecto en el vacío, no explicándose de ninguna manera ese efecto excluyente de cierre registral.

En cambio, el sistema francés, muy a pesar de sus autores o comentaristas actuales, tomó partido por un sistema de acceso indiscriminado de títulos, con amontonamiento de ellos en el Registro, con lo cual el principio de legalidad sigue otros derroteros totalmente diferentes.

Unido al principio de cierre registral está el principio de especialidad, de base claramente germánica, uno de cuyos pilares es la llevanza del Registro por fincas, es decir, que toma a la finca como base del sistema, de tal manera que para cada finca, como dice CELESTINO PARDO, «sólo oferta un propietario», es decir, sólo publica una titularidad de dominio y todas las demás titularidades limitadas que existan sobre dicha finca partiendo de un determinado titular. En cambio, el sistema francés no ofrece un solo propietario, sino un cúmulo de títulos sin garantía alguna de legalidad.

Pero si sólo oferta un propietario, en base al principio de tracto sucesivo y del de especialidad, lo lógico es que esa oferta tenga unas garantías de legalidad, pues en otro caso no se explicaría esa oferta única y mucho menos la exclusión de las ventajas de un sistema a los demás posibles titulares.

Todo esto es invento de los sistemas germánicos a diferencia del sistema de transcripción francés, con lo que estamos ante una diferencia de fondo altamente significativa para la explicación del principio de legalidad y de calificación registral.

Los legisladores franceses se han dado cuenta de la imperfección de su sistema, pero no podían partir ya de otro sistema diferente de un plumazo, pues la implantación de un sistema inmobiliario exige muchos años, como se demuestra con el que implantaron nuestros legisladores en 1861, en que el problema principal fue el llamado de «planteamiento de la Ley Hipotecaria», que llevó a que ésta no pudiera regir plenamente hasta pasados quince años, por la dificultad de pasar del sistema antiguo de clandestinidad al sistema moderno de publicidad.

Por eso, en 1955 han hecho una reforma importante que es un paso hacia los sistemas germánicos, que por otro lado lo tienen dentro de sus fronteras en Alsacia y Lorena, como sistemas que funcionan perfectamente, según los propios autores franceses, y en ese año 1955 han tratado de llegar a ese acercamiento a través del llamado «efecto relativo de la publicidad» y del «fichero inmobiliario», de tal manera que se exige para que se pueda producir el acceso registral que previamente haya tenido acceso al Registro el título anterior. Pero el sistema sigue sin ser perfecto porque pueden existir y de hecho existen varias «cadenas de títulos transmisivos», con lo cual un título accede al Registro con base en otro anterior, pero sigue sin ofertarse un solo propietario para cada finca, pues por el antiguo amontonamiento de

títulos puede existir la cadena de titulares que arrancan de otro propietario diferente. Así, PAUL FREMONT, Presidente del Comité y de lo Contencioso de los Registradores de Hipotecas de París, en relación con ese efecto relativo de la publicidad, que él denomina «serie ininterrumpida de transmisiones sucesivas», dice en primer lugar que es muy importante, porque «permite al beneficiario de una transacción tener la certeza de que el bien o el derecho que son objeto del acto jurídico pertenecen realmente a quien los cede». Pero añade que «el artículo 34 del Decreto de 14 de octubre de 1955, se señala, no obstante, que deben considerarse correctas las referencias cuando se refieren a un título que dejó de surtir efecto a causa de haberse hecho público otro documento». «En otras palabras, el documento presentado se publicará no solamente si el cedente o último titular es el propietario en el momento de la transmisión, sino también si hubiera sido propietario con anterioridad, ya que en este último caso no nos hallamos ante una situación en que no se haya hecho público un documento anterior, sino ante una persona que cede varias veces su propiedad, lo que va a dar lugar a varias cadenas de transmisión paralelas».

Seguidamente, en relación con esto, recuerda que «aparte de los departamentos del Bajo Rin, Alto Rin y Mosela, el sistema francés de poner en conocimiento público los actos jurídicos relativos a la propiedad inmobiliaria, adaptado al principio del otorgamiento de contratos entre las partes por el mero consentimiento de éstas, no es constitutivo de derechos en lo que a ellas atañe, sino que simplemente les confiere derechos con respecto a aquellos que, teniendo derechos que oponer a su vez, aún no los hayan hecho públicos y que, por lo tanto se deduce que los documentos se hacen públicos aunque carezcan de validez en cuanto al fondo, refiriéndose las comprobaciones efectuadas al depositarse los documentos meramente a la observancia de la reglamentación sobre la publicación de los actos jurídicos inmobiliarios».

Y reconoce a continuación que «esta posible multiplicidad de cadenas de transmisión, que puede apreciarse en muchos países, resulta, evidentemente, muy molesta» (12).

Tenemos que añadir que esa molesta multiplicidad de cadenas que existe en los países que siguieron el sistema francés no existe en los sistemas germánicos, entre los que se encuentra el español, ni en esos departamentos citados del sistema francés, lo que hace a todos estos altamente perfeccionados, y al mismo tiempo revela que el principio de especialidad y cierre registral están íntimamente relacionados con la necesidad de la calificación registral, implicándose mutua y recíprocamente.

(12) Págs. 220 y 221 del libro *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, Colegio de Registradores, 1993

Pero no se trata sólo del cierre registral y del principio de especialidad, sino que hay otros principios fundamentales dentro del sistema, que exigen la calificación registral de los títulos para el acceso al Registro.

Esto nos lleva al examen de los principios de legitimación y de fe pública registral en relación con el de calificación registral.

El principio de legitimación registral es una de las exigencias fundamentales de los modernos sistemas inmobiliarios por razones de seguridad jurídica, y deriva de la institución germánica de la *Gewere*, que daba lugar para quien obtenía la investidura que implicaba la misma, efectos ofensivos, defensivos y traslativos. Es decir, ya no se está ante el típico principio romano del *nemo dat...*, sino que el que tiene la apariencia del derecho, se presume que tiene el derecho a efectos traslativos.

Este principio, procedente del Derecho Alemán, introducido en la legislación de 1909 y reforzado y depurado en la reforma de 1944 con tintes germánicos y suizos, está actualmente reconocido en los artículos 38, 97 y I.3.º LH, y se resume diciendo que el dominio y los derechos reales inscritos se presume que existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

Esta presunción legitimadora que impone la seguridad jurídica, carecería de fundamento si no existiera la calificación registral, pues si el asiento se extiende sin un examen o comprobación de la legalidad o validez del título, no se explica que luego la ley le conceda esa presunción de legalidad y validez. La única explicación que no conduzca al absurdo es por la indicada razón de que el Registrador hace una completa calificación de la legalidad del documento en todos sus aspectos posibles.

Numerosos efectos o consecuencias se producen a partir del principio de legitimación registral. Unos son sustantivos y otros procesales.

En el aspecto sustantivo, se presume que el titular registral es el verdadero titular en el tráfico jurídico y ha de ser tenido como tal mientras no se pruebe lo contrario. A efectos, por ejemplo, de una adquisición, nadie actualmente se apoya exclusivamente en una escritura pública, lo que significa que la realidad sociológica, tan importante en la valoración de las normas, aprecia esta presunción legitimadora en grado sumo. El que se apoye en los datos del Registro tiene la confianza y la certeza por la presunción que el asiento registral produce, de que el derecho existe, que el título de adquisición es legal y válido, que el titular es verdadero y las cargas que resulten del Registro, todo ello en la forma determinada por el asiento respectivo. Al propio tiempo, estos asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Todo esto lleva consigo la necesidad de la calificación registral del modo más amplio, pues en otro caso, decae y queda sin fundamento el principio de legitimación registral.

No es sólo esto: el asiento registral supone *las presunciones posesorias*

de buena fe, que dan lugar a múltiples manifestaciones, lo cual requiere que el asiento recoja títulos válidos y eficaces y no con posible tacha de nulidad.

Es más, partiendo de aquí, el titular registral goza de un arma muy importante contra el mero detentador *a través del procedimiento del artículo 41 LH* que, sin necesidad de sentencia previa, y sólo a partir de una inscripción, le permite obtener el lanzamiento del perturbador. El juez en ese procedimiento tiene en cuenta los datos de la inscripción, actuando a modo de proceso de ejecución, pues sólo se conocen determinadas causas de contradicción muy limitadas, y siempre teniendo en cuenta el enlace con el asiento registral, como ocurre con la posesión derivada de titular registral.

Mal se podría justificar el procedimiento del artículo 41 LH si no existiera la calificación registral. Pero el procedimiento del artículo 41 LH tiene, en primer lugar, base constitucional en el citado artículo 117 número 4 de la Constitución, ya que el Juez actúa aquí ejecutando una inscripción, es decir, realizando una función de garantía de un derecho no juzgado todavía, en base a la presunción legitimadora del Registro. Y dicho artículo 41 LH tiene como base precisamente el principio de legitimación registral y las presunciones posesorias a favor del titular registral.

Pero lo que se quiere resaltar ahora es que el proceso del artículo 41 LH carecería de fundamento, si la inscripción que le sirve de base fuera practicada sin ningún control de legalidad.

Por otra parte, *el procedimiento judicial sumario y el extrajudicial de ejecución hipotecaria* derivan también del principio de legitimación registral y del control de legalidad realizado por el Registrador al practicar el asiento. Se trata de una ejecución sumaria sin posibilidad de contención, lo que únicamente puede justificarse a través de la presunción de validez de la hipoteca inscrita en virtud del control de legalidad y del subsiguiente principio de legitimación registral. El Juez no puede entrar en este procedimiento a conocer problemas de fondo, sino únicamente si la inscripción de hipoteca está subsistente y sin cancelar, porque dicha inscripción es la base única y exclusiva del procedimiento.

Más importante es todavía a estos efectos *el principio de fe pública registral tomado también del sistema germánico y recogido por el artículo 34 LH*, en virtud del cual se produce la inatacabilidad del derecho inscrito siempre que el titular registral reúna los requisitos de dicho artículo 34 LH. Aquí ya la fuerza de la inscripción es definitiva y no cabe desvirtuarla ni siquiera por parte de los Tribunales, pues reuniendo el tercero los requisitos legalmente previstos se atiende a la seguridad del tráfico. En este punto, es fundamental la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, que precisamente alude a que es exponente el artículo 34 del principio constitucional de seguridad jurídica, a propósito del

conflicto entre dicho precepto y el artículo 878.2.º del Código de Comercio en relación con la retroacción de la quiebra, haciendo prevalecer aquél.

Pues bien, *este artículo 34 LH carecería de justificación si su inatacabilidad no se apoyara en el control de legalidad de la inscripción en virtud de la calificación registral.*

La doctrina destaca ampliamente este fundamento de la calificación registral, partiendo de los principios de legitimación y de fe pública registral.

Al comentar el antiguo artículo 18 LH de 1861, GALINDO y ESCOSURA ya dijeron que de los varios sistemas que podían haberse seguido, la ley siguió el sistema de «someter a su juicio (de los Registradores), no sólo la legalidad de las formas extrínsecas y la capacidad de los otorgantes, sino también la validez o nulidad de la obligación» (13).

Veamos lo que nos decía hace ya mucho tiempo el gran hipotecarista DÍAZ MORENO:

«La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes; pero, sin embargo, contra el tercero que inscribe no prosperan las acciones de nulidad, falsedad, rescisión, ni resolución procedentes de títulos anteriores no inscritos, ni las originadas por títulos inscritos cuando se hace la notificación que autoriza el artículo 34, o se obtiene sentencia en juicio de liberación; ni estos títulos no inscritos se pueden ya inscribir cuando lo esté el que sea traslativo de dominio en favor de tercero, ni perjudican a éste los derechos que contengan, ni en general, es dueño sino el tercero que inscribe, y en el estado de derecho en que, según el Registro, se hallen los bienes al tiempo de la presentación de su título. Un acto público, la inscripción, que aun no siendo nuestro sistema hipotecario como el alemán, sustantivo y absoluto, tiene trascendencia semejante, ni podría ser encomendado a funcionarios desconocedores de las leyes, ni éstos lo habrían de verificar sin que se les reconocieran facultades para juzgar de la validez de los títulos y para rechazar, en consecuencia, los que carecieran de ella. ¿Qué importa, en efecto, el principio fundamental del artículo 33 de la Ley cuando la sentencia de nulidad de la inscripción haya de realizarse sobre bienes que se hallen en poder de tercero con título inscrito? Era preciso, pues, para evitar en cuanto sea posible los casos de discordia entre el Derecho Civil y el hipotecario, conferir a los Registradores, bajo estrecha responsabilidad, el encargo de no inscribir sino títulos válidos y válidos íntegramente, esto es, en cuanto al acto o al contrato que contenga el mismo título y respecto de las formas exigidas a éste, porque la carencia de ellas puede sobrevenir una inscripción nula, conforme al artículo 30, y el perjuicio consiguiente, o el trastorno al menos, de tenerla

(13) Tomo 2, pág. 9 de su *Legislación Hipotecaria*.

que rectificar». «El Registro —dice la Exposición de Motivos de la Ley— debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales, cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva» (14).

Y JERÓNIMO GONZÁLEZ decía lo siguiente al hablar del principio de legalidad: «La excepcional importancia que en los sistemas germánicos se concede a la inscripción y las ventajas indiscutibles que otorga a los terceros adquirentes, llevan a una rigurosa censura de los actos indiscutibles, a una especie de juicio hipotecario, basado en los documentos presentados y en los datos registrales, que asegure el paralelismo entre los asientos y la realidad jurídica».

«Ya la Ordenanza germánica de 20 de diciembre de 1783 prescribía que, si bien los Colegios (Tribunales) no responden ordinariamente de la validez y autenticidad de los actos otorgados por las partes, están obligados a cuidar de que no se inscriban negocios ilegales o notoriamente ineficaces, a fin de que no se abuse de la confianza del público en la legalidad de los actos registrados por un Juez, ni se susciten pleitos o reclamaciones por la inexactitud, oscuridad u otras faltas de los documentos presentados. En su virtud, los encargados del Registro debían no sólo velar porque la petición no contuviera nada contrario a las leyes, sino también examinar si en el perfeccionamiento del acto inscribible se habían observado las solemnidades prescritas para su validez y autenticidad, si los instrumentos otorgados se hallaban clara, precisa y exactamente redactados, y estaban extendidos con las formalidades y requisitos indispensables, según la diversa clase de negocios» (15).

Y un poco más adelante, después de citar a AZCÁRATE, que consideraba al Registrador como «un juez que resuelve el derecho a favor de una persona determinada», decía:

«En efecto, si la inscripción en nuestra patria no reviste el carácter de sentencia definitiva y firme, ni goza de la fuerza atribuida a la cosa juzgada, crea una situación privilegiada, superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica, y el Registrador, órgano encargado de esta metamorfosis, debe resolver sobre la existencia y extensión del derecho inscribible, en un procedimiento hipotecario que asegure la concordancia del Registro y de la realidad jurídica. De otro modo los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios» (pág. 434) (16).

(14) Págs. 358 y 359 de su *Legislación Hipotecaria*

(15) *Estudios de Derecho Hipotecario*, pág. 432.

(16) *Ob. cit.*, pág. 434.

Más modernamente, SANZ FERNÁNDEZ, al hablar de la importancia de la función calificadoradora, dice lo siguiente:

«De todo lo dicho hasta ahora deriva claramente la gran importancia y trascendencia de la función calificadoradora, en cuanto es el medio fundamental de actuación del principio de legalidad. A través de la función calificadoradora se consigue que normalmente ingresen en el Registro títulos válidos y perfectos y que, por tanto, el régimen hipotecario actúe en su forma más adecuada. La función del Registro es dotar de seguridad a los derechos reales, y no quedaría debidamente cumplida si no hubiera un medio de conseguir que los derechos reales protegidos por él sean válidos y perfectos. La enérgica protección de los principios de legitimación y fe pública debe aplicarse normalmente, confirmando o asegurando derechos perfectos, pero no en beneficio de los que no lo sean. Como este fin sólo se consigue a través del principio de legalidad, el cual, a su vez, actúa por medio de la función calificadoradora, la importancia de ésta es incuestionable» (17).

Y ROCA SASTRE:

«La importancia de la función calificadoradora del Registrador está en consonancia con la importancia de los efectos mismos que la inscripción en el Registro de la Propiedad implica. Basta pensar, entre otros efectos que produce la inscripción en cuanto integra el contenido de los Registros de la propiedad, con los efectos derivados del principio de legitimación y, sobre todo, los del principio de fe pública registral, para comprobar la trascendencia que ofrece el hecho de que un título pueda o no inscribirse según sea la decisión calificadoradora del Registrador de la Propiedad, confirmada por las resoluciones que recaigan en los recursos interpuestos contra la misma. Cuantos más enérgicos sean los efectos que un sistema inmobiliario registral atribuya a la inscripción, tanto más será importante la función calificadoradora del Registrador» (18).

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ dice:

«La gran fuerza publicitaria que la ley otorga a los asientos registrales y los inevitables efectos que de la misma se derivan, están basados en un requisito previo y decisivo que a modo de condición debe cumplirse para que el acto o contrato tenga reflejo en el Registro y quede protegido por todos sus principios. Este requisito previo es la calificación registral. Sin que el título o documento que contenga el acto inscribible sea sometido a esa especie de «control jurídico» no puede practicarse ningún

(17) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 153.

(18) *Derecho Hipotecario*, tomo II, 6.ª ed., pág. 250.

asiento —salvo el del libro Diario— en los correspondientes libros del Registro» (19).

Y luego añade una idea interesante: «La Ley se promulga, se sanciona, se publica, con el inmediato objeto de que se cumpla» (20).

Otro principio fundamental que ha de ser tenido en cuenta respecto al fundamento de la calificación registral es el de *usucapión secundum tabulas*. También con bases germánicas, el artículo 35 LH considera a la inscripción como «justo título» a efectos de la usucapión ordinaria. El artículo 35 constituye una excepción al artículo 33, es decir, a aquello de que la inscripción no convalida el acto nulo, pues tratándose de usucapión, permite considerar justo título para la usucapión ordinaria a la inscripción, acortándose así los largos plazos de la usucapión extraordinaria para cuando no hay título. Pero no se justificaría este precepto si no se partiera de que los títulos que acceden al Registro tienen el filtro de legalidad que proporciona la calificación registral.

V. LA FUNCION REGISTRAL Y EL NOTARIADO

A diferencia de algunos sistemas inmobiliarios, que prescinden del Notario en la elaboración del documento inscribible, que es lo que ocurre en el sistema australiano, de amplio alcance, pues no sólo se aplica en Australia, sino que ha influido en multiplicidad de países, entre ellos veinte Estados de Estados Unidos, países coloniales de nueva creación en Asia y Africa y con alguna influencia también en Inglaterra, y a diferencia de aquellos sistemas inmobiliarios en que cabe indistintamente la inscripción de la escritura notarial y del documento privado, siempre que tenga las firmas reconocidas, del que es un ejemplo próximo la legislación italiana, el sistema inmobiliario español, creado en 1861, se asienta sobre dos pilares fundamentales: el Registro de la Propiedad y el Notariado.

Y a diferencia también de aquellos sistemas en que por tratarse de sistemas de transcripción están todavía en fase rudimentaria de formación y no dan el alcance necesario para la seguridad jurídica a los principios hipotecarios, el sistema inmobiliario español se nos presenta como un sistema equilibrado de esos dos pilares fundamentales para la seguridad jurídica extrajudicial, que son el Registro de la Propiedad y el Notariado.

Para un examen equilibrado de ambas funciones, hay que partir de unas consideraciones fundamentales que ha hecho MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, Registradora de la Propiedad y gran jurista, en unas notas

(19) *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, pág. 17

(20) *Ob cit.*, pág. 18.

inéditas, todavía no publicadas, a la que hago desde aquí un tributo de reconocimiento por su inteligencia y su valía, no siempre reconocidas en todos los ámbitos.

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS parte de que el Derecho tiene, como cualquier otro ámbito, sus propias reglas. Y estas son *reglas de validez*, como por ejemplo, cuando el ordenamiento exige consentimiento, objeto y causa de los contratos y que no se opongan a las leyes imperativas.

Para velar por esas reglas de validez existen en el ámbito extrajudicial del tráfico jurídico esas *dos Instituciones fundamentales: el Notariado y el Registro de la Propiedad*, cada una con un cometido diferente, aunque mutuamente relacionadas.

El Notario se mueve bajo dos principios fundamentales: la veracidad, que es tanto como decir fehaciencia y autenticación; y la legalidad, acomodando el negocio a la legalidad y realizando un juicio previo y provisional de legalidad.

El Registrador de la Propiedad se mueve bajo una serie de principios, que son los llamados principios hipotecarios, entre los cuales destacamos la calificación registral, que es un juicio de valor de la legalidad de los documentos definitivos en el ámbito extrajudicial, sin perjuicio, naturalmente, de lo que decidan los órganos de recurso y sin perjuicio también de lo que decidan los Tribunales en el juicio correspondiente. Ese juicio de legalidad es fundamental para que opere la publicidad registral, a partir de la cual operan todos los principios hipotecarios que constituyen los efectos del sistema.

Para mejor examinar las relaciones entre ambas Instituciones en este aspecto, MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS distingue la existencia de dos cadenas en el tráfico jurídico extrajudicial de los negocios jurídicos inmobiliarios.

Por una parte está *la cadena de la usucapión*, es decir, la cadena del tiempo, que todo lo convalida, por el transcurso de treinta años, en la que convive documentación pública con documentación privada, sin necesario tracto sucesivo y totalmente sometidas a los vaivenes de la inseguridad jurídica. Aquí, como digo, cabe la documentación privada, pero también aquella documentación notarial que se ha realizado sin adaptarse a las reglas del sistema inmobiliario, bien porque se han autorizado documentos incompletos, imperfectos o incluso irregulares o prescindiendo de los principios del sistema inmobiliario y concretamente, tracto sucesivo y cierre registral.

Y por otra parte está esa otra cadena de mayor calidad que es la que dicha autora denomina «*cadena verificada de legalidad*», en la que el Registrador, ateniéndose a los principios y al sistema inmobiliario como órgano específico encargado por la ley de la pureza del mismo, controla la

legalidad y da acceso a aquellos documentos que por reunir los requisitos legales de validez y regularidad han de acceder a dicha cadena con plena aplicación de los principios hipotecarios. Accederán aquellos documentos notariales que se adapten a los principios del sistema, aparte de los demás documentos inscribibles previstos en la Ley Hipotecaria.

Para mejor comprender esta función registral que da acceso a la «cadena verificada de legalidad», observaremos que no es nada más que una aplicación de las ideas del gran filósofo KANT, que tanto influyó en el mundo jurídico, al mismo tiempo que él también tomó ideas de la Ciencia del Derecho.

KANT dice que para emitir un juicio del entendimiento o un pensamiento, y la calificación registral como juicio de valor lo es, es necesario que *previamente exista una «realidad»* que viene de fuera. Pues bien, esa realidad está preparada por el Notario, que es el que hace el acopio de datos de esa realidad y con su juicio de veracidad y legalidad enmarca previamente esa realidad bajo los parámetros del espacio y del tiempo, esos dos aspectos que tanto interesaban a KANT.

Una vez recibida esa realidad, el Registrador que ha de emitir un juicio, pone de su parte una serie de elementos que no están en esa realidad, porque son las categorías o principios que le sirven para emitir un juicio que dará orden, valor y una nueva realidad a esa realidad que ha recibido. Las categorías de KANT salvando las distancias, son aquí los principios hipotecarios y la legalidad que sirve de base al Registrador para emitir su juicio de calificación.

En definitiva, la «*materia*» de KANT, enmarcada en el espacio y en el tiempo, es la actuación notarial que confecciona el título con el acopio de datos de la realidad bajo las ideas de veracidad y juicio previo de legalidad; y la «*forma*», a efectos del sistema inmobiliario, a efectos de la «cadena verificada de legalidad», la proporciona el Registrador con su calificación y con todos los instrumentos registrales para dar publicidad al negocio y al derecho resultante. Contraposición entre materia y forma en sentido filosófico, pues luego veremos que en sentido jurídico, la forma está encomendada al Notario, y la publicidad, que es institución diferente, al Registro de la Propiedad.

VI. EL TOPICO DE LA DOBLE CALIFICACION

La adecuada comprensión de las funciones notarial y registral viene empañada desde ciertas posiciones maximalistas que introducen tópicos de gran confusión para la delimitación de ambas funciones.

Un tópico no muy difundido desde una perspectiva registral minoritaria

e inadecuada consiste en ver en el Notario órgano meramente autenticador o dador de fe que excluye toda idea de control de legalidad.

En principio esta posición podría parecer que encuentra fundamento en la propia legislación notarial, ya que la Ley del Notariado no atribuye al Notario ninguna función de control de legalidad, sino que sólo alude a su función de dar fe y de autenticación y autorización del acto. Así, en los artículos 1, 23 y 25, dicha Ley se refiere a la función del Notario de «dar fe». Y en el artículo 17 se alude a su función de «autorizar el documento».

Pero a pesar de todo, nos parece evidente que el Notario, al dar fe y autorizar el documento, debe realizar un juicio de legalidad para determinar si el acto o negocio se acomoda o no a la legalidad, pues como todo funcionario público tiene la obligación de «cumplir la legalidad».

Desde la perspectiva notarial, y no ya tan minoritaria, se viene extendiendo en los últimos años *otro tópico antirregistral, que es el de la llamada «doble calificación»*, queriendo aludir a la calificación registral sí, pero al lado de ella existe otra calificación, la llamada «calificación notarial».

Al igual que la posición de negar al Notario la función de realizar un juicio de legalidad es inadmisibile, también lo es atribuirle una función similar a la registral, invadiendo términos, conceptos y funciones propias de la función registral.

Por ninguno de esos caminos se conduce a ninguna solución clarificadora, sino a una mezcla de funciones que producirá graves confusionismos.

Frente a esta última posición, hay que señalar que ningún precepto ni de la Ley del Notariado, ni del Reglamento Notarial, ni del Código Civil, ni de la Legislación hipotecaria atribuye al Notario la función de «calificar». Este es un concepto específico y acuñado en su esencia y terminología (calificación registral de un documento inscribible) en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que parece se olvida y dice con toda claridad: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad...» Y esta función de calificación es exclusiva de ellos, sin que puedan realizarla otros órganos.

Lo que realiza el Notario es un juicio previo y provisional de legalidad, consecuencia de su responsabilidad y de su obligación de «cumplir las leyes», y corresponde al Notariado encontrar un término adecuado para tal función, sin invadir ni arrogarse términos y funciones que la Ley encomienda con exclusividad al Registrador. Pensamos que sería clarificador denominar a ese aspecto de la función notarial, función «conformadora» del negocio a la Ley, o de «adecuación a la Ley», pero no calificación cuando este concepto está ya reservado en la legislación vigente a otro funcionario, el Registrador.

El tópico de la doble calificación, al mezclar y confundir dos funciones diferentes y apropiándose para el Notariado de un concepto acuñado durante decenios para la función registral, lo que en definitiva produce, y quizá sea

ese un propósito, es que si hay una doble calificación, sobra una de las dos calificaciones. Pero los creadores del tópico no se percatan de que, si la cuestión se plantea desde la perspectiva de la guerra, el resultado podría no ser el que pretenden, sino el contrario, la supresión del Notario como órgano de legalidad y como suministrador cuasi exclusivo de documentación inscribible. En cualquier caso, es evidente, desde distintas perspectivas, que la función de legalidad del Notario no deja de ser un juicio previo y provisional de legalidad, que no satisface por sí sola, si no se la complementa con la calificación registral, las exigencias del tráfico jurídico inmobiliario.

Y ello por los siguientes argumentos:

1.º *Porque el Notario realiza su función bajo la idea de «cliente», que es de esencia al Notariado y nada tiene que ver con el Registrador de la Propiedad.* El Notario cumple una importante función respecto al cliente, que es de asesoramiento y defensa de sus intereses, al estilo de lo que podría hacer un Abogado defensor del mismo. El Notario mantiene una íntima relación con el cliente, tratando de encontrar la fórmula idónea para sus intereses, y en estas condiciones faltan las condiciones de objetividad necesaria para que el juicio de legalidad del Notario sea definitivo y decisivo en el ámbito del tráfico jurídico inmobiliario y de los principios y efectos de dicho tráfico.

Téngase en cuenta que, como consecuencia de la inscripción, los asientos quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales, y no parece que esto se pueda producir si no existe un órgano imparcial e independiente encargado por la ley de la calificación registral.

En este sentido, JOSÉ LUIS MEZQUITA ha aludido a la «inevitable relación subjetiva del Notario con el cliente», frente a lo que él llama la «objetividad calificadora registral».

Y CÁNDIDO PAZ ARES, en una conferencia pronunciada en febrero de 1994 en Barcelona, en defensa de la función notarial, no tiene más remedio que reconocer este límite que impone la situación con el cliente. Cuando dicho autor alude a la «producción de ordenación pública» del Notariado, creadora de legalidad, advierte que la posición de los clientes puede ser muy variada. Unas veces, al propio cliente le interesa que se cumpla estrictamente la legalidad, caso del testamento. Pero otras veces, los clientes sólo ven el producto de calidad para ellos mismos, no pensando en la legalidad y en el beneficio de toda la sociedad y de los terceros. Y el propio autor ve en este último caso, el problema que se le puede plantear al Notario, como abogado defensor de sus clientes. Y añade que el problema se puede agravar por la competencia entre Notarios, a la que ahora aludiremos.

La solución está en la calificación registral, como juicio de legalidad

ulterior y definitivo en el ámbito extrajudicial, a efectos de la publicidad inmobiliaria.

La calificación registral se muestra así como objetivamente imparcial al no estar conectada con ningún cliente.

El sistema inmobiliario extrajudicial de tráfico, por razones de seguridad jurídica y por los efectos derivados de la misma (presunciones legitimadoras e inatacabilidad), necesita, además del Notario, otro órgano que controle la legalidad de las operaciones no contenciosas, con total imparcialidad, que el Registrador de la Propiedad, que por su distanciamiento de todo cliente y por su profesionalidad y especialización en la calificación, tiene encomendada tal actuación.

A veces se ha dicho que el Notario es Abogado defensor de ambas partes (CÁNDIDO PAZ ARES). Pues bien, el Registrador de la Propiedad, además de Abogado defensor de «ambas partes», nunca de una sola, es también «defensor de los terceros», y en esto se diferencia fundamentalmente del Notario.

En este aspecto, más que Abogado, el Registrador se nos aparece como Ministerio Fiscal y como Juez, si bien en un ámbito específico diferente del de esos funcionarios: el ámbito de las operaciones inmobiliarias extrajudiciales del tráfico jurídico normal o corriente.

Así, el Registrador de la Propiedad, a través de su control de legalidad, protege los derechos de menores, incapaces, ausentes, herederos desconocidos y terceros en general, de modo diferente, pero con algún paralelismo en este punto, con el Ministerio Fiscal. Pero como este último no puede actuar en el ámbito inmobiliario de las operaciones de la vida corriente o mundo extrajudicial, la Ley encarga esta parcela a un órgano especializado en ese ámbito, que es el Registrador.

Por otra parte, el Registrador, al decidir si procede o no la inscripción del documento, a través del control de legalidad que implica la calificación registral, actúa también a modo de Juez territorial, como ha destacado la mejor doctrina, si bien en un procedimiento no contencioso, de garantía de derechos, afectante a personas que no se encuentran en situación de conflicto contencioso. Y como no es cometido del Juez inmiscuirse en el amplio campo de las operaciones inmobiliarias del tráfico jurídico no contencioso, la Ley ha encargado esta función de calificación al Registrador de la Propiedad, como base fundamental de los demás efectos que la legislación hipotecaria atribuye a la inscripción registral.

2.º *La libertad de elección de Notario por parte del público.* Esta característica del sistema notarial, que da indudable carácter profesional al Notario, determinar que el juicio de legalidad no pueda ser definitivo o pleno, sino provisional, ya que al no existir un sistema obligatorio de competencia territorial, un particular que ha recibido un determinado juicio de legalidad por parte de un Notario, puede acudir a otro que emita un

juicio de legalidad quizá diferente, pues las personas son distintas y en Derecho también son diferentes los criterios jurídicos.

Pero por esta vía es imposible hablar de juicio de legalidad definitivo, pues en cualquier momento puede ser desvirtuado dentro del propio Notariado.

En cambio, el Registrador de la Propiedad actúa en su calificación bajo el sistema de competencia territorial, según el lugar de situación de la finca, sin que pueda acudir a un sistema de libre elección porque está en juego la organización de los principios registrales del historial de una finca, y si hubiera Registradores que pudieran actuar por libre cada uno reuniendo el historial de la finca, se duplicarían tales historiales y sería un sistema antieconómico, lo que unido a que están en juego problemas del derecho de propiedad y de los derechos reales, que son de orden público, justifica el sistema obligatorio de competencia territorial y la intervención del Estado en este punto, sin perjuicio de delegar en el Registrador la organización del servicio profesionalmente.

Esta característica de «libertad de elección del Notario por parte del público» frente al sistema de competencia territorial, ha sido también puesta de relieve por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO.

En este punto, cabría apuntar la influencia que el control de legalidad de la calificación registral ha podido producir en el Notariado. Es más, creemos, sinceramente, que la altura científica del Notariado en España, si bien se debe sin duda al sistema de selección por oposición y a la organización del propio Cuerpo Notarial, no cabe descartar alguna influencia que haya ejercido o podido contribuir a ello la calificación registral, que ha actuado como equilibradora ecológica.

Y viceversa, esa preparación de altura del Notariado también ha provocado un estímulo científico en la calificación de los Registradores de la Propiedad, pues la aparición de nuevas figuras en los documentos notariales ha fomentado un mayor estudio y preparación de los mismos. La actual vida del tráfico jurídico es de nuevas y extrañas figuras y de alto riesgo para la responsabilidad de Notarios y Registradores.

Pero según decíamos, no se puede olvidar la importancia de la calificación registral en la práctica notarial.

Como en todas las profesiones, hay Notarios cuidadosos en la redacción de las escrituras y que exigen todos los documentos y requisitos previstos. Pero también hay otros Notarios más flexibles en la interpretación, que actúan de una forma aparentemente más cómoda para los interesados, aunque a la larga el efecto es menos favorable a los mismos que la actuación del Notario metódico.

La fuerte competencia en que actúa el mundo notarial produciría una concentración de clientes ante Notarios que ofrecieran fórmulas más cómo-

das, y bajaría enormemente el listón de altura del Notariado, si no fuera por el control de legalidad del Registrador en un ámbito de competencia territorial fijo por la situación de las fincas o folio real.

Lo que queremos en definitiva decir es que esta libertad de elección del Notario repercute en el juicio de legalidad, que requiere otro juicio de legalidad posterior definitivo.

Obsérvese que no predicamos la uniformidad, ni en el campo notarial ni el registral, pues es la imaginación de cada Notario y de cada Registrador en su respectiva función diaria las que hacen crear nuevas figuras dentro de los límites de la legalidad. Por otra parte, la ulterior uniformidad se produce por la doctrina de los órganos de recurso contra las calificaciones registrales y también por la interpretación jurisprudencial de los Tribunales.

3.º *Otro aspecto que ha de resaltarse para demostrar que el juicio de legalidad del Notario no puede ser definitivo, es la existencia en la práctica y en el Reglamento Notarial de la figura de escritura hecha con arreglo a minuta, en la que el Notario recibe la minuta de una de las partes que actúan en masa a modo de condiciones generales de la contratación, y si la otra parte, una vez advertida, no pone ningún reparo, será redactada conforme a minuta, y el Notario se libera de responsabilidad.*

La actuación del Registrador es diferente, pues ha de calificar las cláusulas de esa escritura redactada con arreglo a minuta, en beneficio de la parte que sufre el desequilibrio de las condiciones generales de los contratos, o mejor dicho, en defensa de la legalidad y de los terceros en general.

Es más, si una entidad cualquiera pretendiera que se redactara una determinada inscripción con arreglo a minuta, el Registrador no podría admitirlo, al ser la redacción de los asientos cuestión de orden público, sin perjuicio de que los interesados pudieran recurrir contra la minuta del asiento ante el Juez de Primera Instancia conforme al artículo 258 de la Ley Hipotecaria.

4.º *Otro aspecto importante a estos efectos es el de las «advertencias» notariales.* Cuando se aportan documentos insuficientes o no se aportan tales documentos y es urgente el otorgamiento de la escritura, cabe la fórmula de otorgarla haciendo las correspondientes «advertencias» previstas en el Reglamento Notarial. Así, en los casos de mandatario verbal, o de no aportación de poder, o de situación pendiente de inscripción en el Registro Mercantil o en el propio Registro de la Propiedad, etc.

Con este sistema de advertencias, que es muy plausible, pues está en juego la urgencia de un otorgamiento con su fecha, no es posible un juicio definitivo y pleno de legalidad a efectos de los principios del tráfico jurídico inmobiliario, fundamentalmente los de legitimación y fe pública registral, y se requiere el complemento de la calificación registral en que no existe ese sistema de advertencias, sino supuestos de asientos provisionales

como el asiento de presentación y anotaciones preventivas por defectos subsanables que permiten dar prioridad a esas situaciones sin producir los efectos plenos hasta que no se cumplan los requisitos de legalidad derivados de la calificación registral.

5.º *Los nuevos hechos.* Desde la perspectiva de estos «hechos nuevos» se explica la importancia de la calificación registral en relación con la actuación notarial y como complemento y colaboración con la misma.

Para explicar estos nuevos hechos, basta leer lo que sobre los mismos escribe el Notario JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL, en conferencia en la Academia Matritense del Notariado, en los siguientes términos:

«Los nuevos hechos. Toda evolución histórica, en cualquier materia, es el proceso de las respuestas que los hombres de cada época han dado y dan a los nuevos problemas que aquélla les plantea, utilizando para ello los instrumentos que les brinda su depósito cultural acumulado. Es preciso, por tanto, para captar el sentido de dicha evolución, delimitar en primer término cuáles son los nuevos hechos. Y no parece discutible que, por lo que al objeto de este estudio se refiere, los nuevos hechos sobrevenidos son: la masificación de determinado tipo de contratación y la ampliación de exigencias de seguridad».

«1. La masificación. El otorgamiento masivo de determinados tipos de contratos, muy especialmente de escrituras de compraventa y de préstamo hipotecario, ha provocado un doble efecto: por una parte, ha privado al Notario de un aspecto esencial de su función, la redacción del documento, que se otorga, en la práctica totalidad de los casos, con arreglo a una minuta elaborada por la propia entidad prestataria; y, por otra, limita la intervención del Notario a lo largo de todo el “iter negocial”, al único y exclusivo momento de la autorización de la escritura, con lo que todos los aspectos que integran el quehacer propio del Notario, en los términos que antes se han considerado (consejo, asesoramiento, etc.) tan sólo muy difícilmente pueden llegar a tomar cuerpo, debiendo limitarse el Notario a una simple tarea informativa, lo que no es poco, pero que tampoco parece suficiente».

«2. La ampliación de las exigencias de seguridad. Es obvio que los hombres, en toda época y en cualquier circunstancia, han sentido la necesidad de seguridad que, entendida en su noble sentido, no es un término antitético ni en tensión dialéctica con la justicia, sino que supone una dimensión de ésta; pero que también es susceptible de ser interpretada como manifestación de conformismo y ausencia de iniciativa, es decir, como ausencia de libertad por el miedo que ésta produce. No obstante, no es a esta temática a la que quiero referirme, sino simplemente, a la ampliación que ha experimentado su ámbito por la inclusión de todas las materias relativas a la protección del usuario y del consumidor».

Y después de exponer estos nuevos hechos, apostilla LÓPEZ BURNIOL lo siguiente:

«Pues bien, ¿cuál ha sido la respuesta del Notariado a estos nuevos hechos? Escasa, que yo sepa, hasta la fecha, por lo que a la masificación de la contratación se refiere; y muy embrionaria aún la relativa a la protección de consumidores y usuarios».

«Por el contrario, un sector de la doctrina hipotecarista sí ha aprovechado las nuevas circunstancias para ensayar, con empeño sobresaliente, una autoconfiguración expansiva de la función del Registro» (págs. 187 y 188).

Hasta aquí las palabras de LÓPEZ BURNIOL, que hay que suscribir, pero con la salvedad de que no se trata de un problema de «aprovecharse o no de la nueva situación», sino de comprender que ante ese nuevo reto, la función notarial necesita de la función registral y no puede considerarse «autosuficiente», como se pretende, pues es la función registral la que puede permitir a la función notarial superar esos nuevos problemas derivados de los nuevos hechos. Ya dije en otra ocasión, contestando al Notario JOSÉ MARÍA DE PRADA:

«La función calificadora del Registrador tiene especial importancia en aquellos casos en que una de las partes del contrato redacta de modo unilateral la minuta y ésta se repite en sucesivos contratos, dando lugar a la aparición de los contratos de adhesión y a las condiciones generales de la contratación. Toda la enorme masa de consumidores se adhiere a esa minuta porque no tiene más remedio si quiere conseguir la finalidad que se propone».

«Ante una realidad muchas veces distorsionada por el predominio de las entidades dominantes en los negocios, con contratos de adhesión y condiciones generales cada vez más agobiantes para los consumidores, se advierte la necesidad de que el Registrador de la Propiedad califique los documentos extendidos en masa, para evitar que se produzcan desequilibrios en perjuicio de una de las partes del contrato y de los terceros en general».

6.º *La realidad de los hechos.* Hay algunas razones más que explican la calificación más allá del juicio de legalidad previamente emitido por el Notario.

Se trata de la realidad sociológica, de la que se desprende diariamente que las escrituras notariales tienen un porcentaje de fallos producido probablemente por la situación de rapidez y urgencia del tráfico actual, pero que una vez conseguida la fehaciencia de la fecha y el asiento de presentación del documento requieren una subsanación en un momento en que todavía es posible al ser reciente el otorgamiento, y no el día de mañana cuando se produzca un pleito o una discusión sobre el problema.

De esa realidad sociológica me he preocupado en una Sección de la Revista *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, exponiendo los casos de «la calificación registral en la práctica diaria», que revelan en los momentos actuales la necesidad de la misma.

Me voy a limitar a exponer algunos ejemplos:

- Escritura de donación compareciendo sólo la donante. En un momento ulterior comparece el donatario y acepta. No consta la notificación de la aceptación a la donante que exige el artículo 633 del Código Civil que ha de realizarse en vida de ella. Notificada la calificación registral, se subsana el defecto compareciendo la donante y dándose por enterada de la aceptación. Conclusión: Esta donación ya no podrá se impugnada por este motivo.
- Escrituras de hipoteca con contradicciones en el capital del préstamo (en un pacto se dicen 50 millones y en otro 45; o en un pacto de distribución de responsabilidad entre varias fincas, no cuadran las sumas con las totales) o con omisión del plazo: unas veces porque no se ha puesto (hipotecas en garantía de aval); otras veces, sencillamente, porque se ha olvidado, quedando en blanco el espacio de los años de duración. O bien, escrituras de propiedad horizontal en que las cuotas no dan el 100 por 100.

Todos estos casos, que son muy numerosos en la práctica, se solucionan con diligencias por parte de los Notarios gracias a la calificación registral. Pero conozco un caso en que no se pudo resolver el problema de la omisión del plazo de la hipoteca porque el deudor no quería colaborar, y se preguntó al Registrador la solución, que no es otra que pedir anotación preventiva por defecto subsanable y seguidamente anotación de demanda, suplicando se dicte sentencia por la que se fije por el Juez el plazo conforme al artículo 1.127 del Código Civil.

Aleccionador es también un caso que ocurrió en Cataluña en que se otorgó una escritura por dos de los tres herederos, pretendiendo adjudicarse la herencia aquellos dos en base a un auto de jurisdicción voluntaria del Juzgado de Primera Instancia, que se acompañaba, en el que se consideraba renunciante por silencio al otro hermano notificado por edictos por estar en paradero desconocido. La calificación registral impidió la indefensión del procedimiento, y como consecuencia de ella, se tiene la satisfacción de que se hicieron indagaciones y se encontró al tercer hermano, otorgándose una nueva escritura por los tres, quedando adjudicada la finca por terceras partes indivisas.

Todos estos son casos de la realidad sociológica incontestables que no se publican en el *BOE* porque no hay recurso, pero que revelan la importancia de la calificación registral en la práctica.

VII. LAS DISTINTAS FUNCIONES DE LA FORMA Y LA PUBLICIDAD

Para la mejor comprensión de las diferencias y relaciones entre función notarial y registral, hay que profundizar en la distinción entre «forma» y «publicidad», y la distinción entre «la forma como prueba del negocio» y «la publicidad como prueba del negocio y de la titularidad del derecho y como legitimadora para el tráfico», de lo que carece la forma. Ello sin perjuicio de reconocer ciertas influencias recíprocas entre forma y publicidad, que luego veremos.

a) *Puntualizaremos primeramente la diferencia entre «forma» (notarial) y «publicidad» (registral).*

«La publicidad debe diferenciarse de la forma, aunque ésta también lleve consigo una exteriorización. La forma es una exteriorización de la voluntad que se declara a través de la palabra (forma verbal) o por escrito (forma escrita, ya sea en documento privado o público). Por tanto, la forma tiene que ver con la exteriorización de la declaración de voluntad en que consiste el negocio jurídico. En cambio, la publicidad opera como exteriorización cuando ya se ha producido la forma del negocio jurídico. La forma es anterior a la publicidad. Esta es un ulterior grado de exteriorización, que opera en un campo diferente. Primero es la forma del acto y luego, sobre la base de una forma pública —normalmente— está la publicidad de la situación jurídica resultante del acto. La forma la efectúan las propias partes del negocio jurídico. En cambio, la publicidad se realiza a través de la exteriorización del acto en unos libros y asientos. La forma afecta y se refiere fundamentalmente a las partes. En cambio, la publicidad tiene también una eficacia relevante respecto a los terceros. En la forma no existe la finalidad de producir cognoscibilidad general, a diferencia de lo que ocurre en la publicidad».

Por otra parte, la publicidad tiene una serie de requisitos y efectos que se resumen en los llamados principios hipotecarios. Entre los requisitos, rogación, especialidad, tracto sucesivo, calificación, consentimiento causal. Entre los efectos, inscripción conformadora respecto a terceros, inoponibilidad, letigimación, fe pública, prioridad, usucapión *secundum tabulas* y limitación respecto a la usucapión *contra tabulas*.

Los principios hipotecarios son extraños a la forma, que tiene otra normativa. Desde luego no cabe la aplicación de la legitimación registral. De la misma manera que no existe ningún precepto que dé cobertura a la calificación notarial, tampoco existe ningún precepto que dé cobertura a una supuesta legitimación notarial del documento.

b) *Por otra parte, la diferencia entre «forma» y «publicidad» se pro-*

duce en sus resultados. La «forma» produce «prueba» del negocio, y concretamente del «hecho del otorgamiento y de la fecha de éste». En cambio, la «publicidad produce "prueba" no sólo del negocio sino específicamente de la titularidad del derecho», y además «legitimación para el tráfico» e «inatocabilidad» en caso de fe pública registral del artículo 34 LH.

Algunos autores están tratando de introducir confusionismo, pretendiendo que la forma produzca también legitimación para el tráfico, lo que ya traté de rebatir a través de doce razones en *Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I. Los autores que han defendido esta legitimación son NÚÑEZ LAGOS, OLAVARRÍA, RODRÍGUEZ ADRADOS.

Pueden verse mis críticas a esa posición en el citado libro.

En forma correcta y moderada se hace eco de esas posiciones JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL, que reconoce que el Registro es una institución que ofrece la legitimación para el tráfico. Pero se pregunta: «¿De forma exclusiva y excluyente, me atrevo a preguntar? Entiendo que no, porque yo puedo vender porque soy el dueño; y soy el dueño porque he adquirido por legítimo título, no porque haya inscrito en el Registro. Luego, lo que tengo que hacer es probar que he comprado; y lo pruebo presentando la escritura, que puede no estar inscrita. Por todo lo cual, el título que me legitima para vender es, en principio, el contrato de compra, ya que por constar en escritura pública constituye una presunción *iuris tantum* legitimadora para el tráfico, pues debido a la intervención del Notario aquel hace fe, incluso contra terceros» (pág. 191).

Pero no se tiene en cuenta:

1.º Que además del título y el modo, hay otro requisito ya desde el Derecho Romano para la prueba del dominio, que es la «preexistencia del derecho en el transmitente», y para probar esto, sólo cabría la *probatio diabólica* o remedios de la acción publicana o la cadena de la usucapión. Esa preexistencia del derecho sólo se suple en la legislación vigente a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.º Que hay que tener en cuenta también la «subsistencia» del derecho en un momento dado, respecto a lo cual nada prueba la «forma». Esta sólo prueba que tuvo lugar un otorgamiento con su fecha, pero no que subsiste la misma situación a lo largo del tiempo. Para acreditar esa subsistencia se precisa de una institución que es el Registro de la Propiedad, que sirve para acreditar en un momento dado cuál es el estado vigente de titularidad y cargas. Por eso, constituye un verdadero riesgo en la realidad sociológica actual apoyarse exclusivamente en una escritura pública sin acudir al Registro, por lo que el ejemplo que señala LÓPEZ BURNIOL es contrario a la realidad social y además, poco conveniente para los intereses de los particulares.

3.º Que los artículos 1.218 y siguientes del Código Civil están contenidos en el capítulo de la «prueba» y se refieren exclusivamente a la prueba y no a la legitimación para el tráfico. Además, es una prueba que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede ser desvirtuada por cualquier otro documento aunque sea privado.

Por tanto, la escritura pública está dentro del capítulo de la forma, la cual, dado el principio general espiritualista del Código Civil (art. 1.278 CC) es una de las formas que caben en el sistema vigente. Únicamente en los casos de forma *ad solemnitatem* cabe apreciar la necesidad de la forma, pero aún así tampoco su publicidad ni su legitimación para el tráfico, pues siguen faltando los requisitos de la preexistencia y de la subsistencia.

En los demás casos, tratándose de inmuebles, dada la interpretación de los artículos 1.279 y 1.280, la escritura pública se configura *ad probationem* o mejor *ad utilitatem*, cuyas manifestaciones son las siguientes:

1.ª La forma escrituraria es un medio de prueba muy importante pero no único, y es prueba del negocio, no del derecho.

2.ª La forma escrituraria es una de las formas de obtener la tradición instrumental.

3.ª La forma escrituraria es uno de los vehículos de obtener el acceso al Registro de la Propiedad, junto a los documentos judiciales y administrativos, y junto a algunos casos de excepción de admisión del documento privado, como son los de heredero único, anotaciones preventivas de crédito refaccionario, de derecho hereditario, de legados, etc. Es más, teniendo en cuenta las necesidades de protección de los consumidores y de evitar fraudes, existe un inmenso período negro en los casos de adquisiciones de pisos en documento privado cuando el promotor no ha constituido el régimen de propiedad horizontal o cuando se dan supuestos de prehorizontalidad, o ante un supuesto de elevación del documento privado a escritura pública, en que deberían articularse sistemas para conseguir que al menos el asiento de presentación y una anotación preventiva, por tanto, asientos provisionales, se pudieran producir. Luego insistiremos sobre esto.

4.ª La forma escrituraria a través de primera copia es uno de los supuestos en que cabe ejercitar el juicio ejecutivo. Pero esto tampoco supone legitimación, a diferencia del procedimiento judicial sumario, por ejemplo, porque en el juicio ejecutivo cabe una multiplicidad de excepciones, y también el documento privado con firmas reconocidas ante el Juez tiene la posibilidad de servir de título ejecutivo.

VIII. INCIDENCIAS RECIPROCAS DE LA PUBLICIDAD Y DE LA FORMA. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DA PLENITUD DE EFECTOS A TRAVES DE SUS PRINCIPIOS AL DOCUMENTO NOTARIAL

Una vez que hemos visto las distintas funciones de la publicidad y de la forma que se mueven en campos distintos, puede ya tratarse mutua interdependencia entre ellas.

Por una parte, la forma es el vehículo para que el acto o negocio y el derecho resultante de él accedan a la publicidad registral. Así resulta del artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Sobre ello decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861:

«Sólo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad. Por esto la comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto del Código Civil, propone que sólo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno o por sus agentes».

Pero como la legislación hipotecaria había implantado un nuevo sistema con efectos muy importantes para el tráfico y para la propiedad inmobiliaria, era necesaria la reforma del Notariado a efectos registrales, se dictaron dos importantes disposiciones complementarias de la legislación hipotecaria:

1.^a La Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro en virtud de la Real Orden de 12 de junio de 1861, para que se empiecen a observar las prescripciones contenidas en ella desde 1 de enero de 1862, y que contenía una regulación muy detallada de los requisitos de la escritura pública en cuanto a la inscripción. Y en la Disposición Final que era el artículo 70, se decía: «El escribano que infringiere cualquiera de las disposiciones contenidas en esta Instrucción, que no tuviese señalada una corrección especial, incurrirá en la multa de cinco a cien duros». «Los jueces de primera instancia aplicarán disciplinariamente esta pena en cualquier tiempo que llegaren a tener conocimiento de la infracción cometida, a no ser que hubiere prescrito la acción para castigarle, según el Código Penal».

Curiosamente en la escritura se debería declarar «que el acto o contrato celebrado no podrá oponerse ni perjudicar a tercero, sino desde la fecha de

su inscripción en el Registro» (art. 4). Y en el artículo 8 se le declaraba responsable de los perjuicios que ocasionare su falta, por omitir o expresar con inexactitud que dé lugar a error y perjuicio de tercero las circunstancias de la inscripción.

2.^a La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y publicada en *La Gaceta* el día 29, que en la Colección Legislativa se denomina «Ley para el arreglo del Notariado», pero que en *La Gaceta* no tiene ninguna denominación especial, ni ninguna Exposición de Motivos. A mi modo de ver, la carencia de Exposición de Motivos se debe a que toda la explicación estaba ya hecha en la Ley Hipotecaria, y por ello, la Ley del Notariado se contempla como un instrumento auxiliar y secuela de la Ley Hipotecaria recientemente publicada.

El título notarial proporciona al Registro la sustancia inscribible a través del título material que contiene y del vehículo formal auténtico que representa el documento notarial. Por otra parte, es importante tanto el juicio de capacidad como la fe de conocimiento de los otorgantes por parte del Notario, ya que el Registrador no está presente en el momento del otorgamiento del acto jurídico, por lo que ese examen previo de la capacidad y de la fe de conocimiento es una base importante para el Registro. Ello sin perjuicio de que el Registrador califique el aspecto jurídico de la capacidad ateniéndose a los datos de la escritura y a los asientos del Registro que pueden reflejar una incapacidad o limitación que no resulte del examen personal realizado por el Notario.

En cuanto al aspecto inverso, es decir, lo que proporciona el Registro al documento notarial, es precisamente aquello que le falta y que algunos Notarios, sin base en ningún precepto, vimos que pretendían atribuir al documento notarial desde la perspectiva de la autosuficiencia.

Así, la calificación registral y la práctica del asiento resultante de ella proporcionan fuerza, valor y eficacia plena al documento notarial, pues le imprimen un sello de legalidad que permite aplicar a la escritura pública los principios hipotecarios, especialmente los principios de legitimación y de fe pública registral.

Por tanto, es por aplicación de los principios del sistema registral por donde llega la plena diferenciación de la escritura pública respecto al documento privado.

En definitiva, podemos sentar dos conclusiones:

a) *La legislación registral prima al documento notarial respecto al documento privado.* La legislación hipotecaria da gran valor al documento notarial como pieza clave del sistema inmobiliario, de tal modo que, aparte de los documentos judiciales y administrativos, que también tienen gran importancia, sólo cabe acceder al asiento de inscripción o cancelación a

través del documento notarial, salvo algunos supuestos de excepción en que se admite la inscripción o anotación del documento privado.

En cambio, para la legislación notarial, la escritura pública es un documento *inter partes* que opera sobre la base del secreto del protocolo notarial y del interés legítimo en la obtención de copias. Y para el Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya hemos visto que no hay una diferencia sensible entre la escritura pública y el documento privado reconocido y con fecha fehaciente.

Es por tanto, la legislación registral la que pone en los altares al documento público.

b) *La legislación registral da plenos efectos, a través de sus principios, al documento notarial.* La legislación hipotecaria, partiendo del control de legalidad que implica la calificación registral no sólo de las formas extrínsecas del documento y de los obstáculos registrales, sino sobre todo, de la capacidad y legitimación y de la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (art. 18 LH), atribuye unos importantes efectos al documento notarial, que no resultan ni de la legislación notarial, ni del Código Civil ni de la legislación procesal.

Precisamente porque la escritura pública ha superado el control de legalidad del Registrador previsto en la Ley Hipotecaria, se explican los efectos que señala el artículo 608 del Código Civil al remitirse a la propia Ley Hipotecaria, y concretamente, explica que el artículo 38 LH presume la existencia y exactitud de los derechos inscritos a través del documento público; que el adquirente en documento público inscrito tenga prioridad sobre el documento no inscrito y le cierre el Registro, antes de haberlo decidido ningún Juez (art. 17 LH); que le sea inoponible lo no inscrito (art. 32 LH); que el adquirente en documento público que haya inscrito con los requisitos del artículo 34 LH devenga inatacable; que la inscripción de un documento, aunque éste sea nulo, se considere como justo título para usucapir (art. 35 LH); que el adquirente en documento público inscrito pueda llegar a prevalecer con ciertos requisitos, sobre el usucapiente que carece de documentación o la tiene sólo privada, es decir, sobre el tristemente famoso por la demagogia de quienes lo inventaron, el llamado «tío Celedonio» del artículo 36 LH.

Estos efectos no los tiene ni los podría tener por sí solo el documento notarial. Tampoco cabría idear un sistema que le diera tales efectos presuntivos y de inatacabilidad a través de la inscripción registral, si no fuera porque tal inscripción está precedida de un amplio y fuerte dispositivo de control de legalidad a través de la calificación registral.

Sin la calificación no existiría la legitimación, ni la fe pública, ni los demás efectos hipotecarios, y se tendría que producir un mero sistema de transcripción sin los efectos de un sistema desarrollado y moderno, del que

tratan de huir los países que todavía no han podido superarlo, y llegaríamos, en definitiva, a una clandestinidad similar a la anterior a la implantación del sistema registral en 1861, con todos sus fraudes, abusos y estafas.

En esta referencia a las mutuas relaciones entre forma y publicidad, no puede faltar una referencia al papel del documento privado en el ámbito registral.

Hemos visto que el legislador inmobiliario tiene en cuenta como título inscribible fundamental el tríptico de documentos públicos, notariales, judiciales y administrativos (art. 3 de la Ley Hipotecaria).

Pero este precepto se refiere fundamentalmente a los asientos definitivos de inscripción.

Existen también las anotaciones preventivas como asientos provisionales, en los que el papel del documento privado es importante.

Así, en la anotación de crédito refaccionario cabe perfectamente la anotación del documento privado. Si se conocieran estos preceptos, muchos constructores acudirían al Registro con sus documentos privados de contratos de obra para anotarlos en el Registro, si bien se impone el estudio completo de los mismos, lo que no es de este lugar.

En materia de anotaciones preventivas de derecho hereditario y de legados, también existe la documentación privada como medio de hacer constar la comunidad hereditaria y las garantías de legados de género o cantidad.

Tratándose de heredero único, es ya conocido que basta también el documento privado.

IX. REFERENCIA A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Otro tópico con el que se ha pretendido limitar con fines interesados la calificación registral es a través de una burda referencia *al principio de autonomía de la voluntad*, como si los particulares, en el campo de la propiedad y de los derechos reales tuvieran una omnímoda libertad para configurar los derechos reales respecto a terceros sin sujetarse al principio de especialidad y a la legalidad, y como si la calificación registral no hubiera tenido una participación esencial en la configuración y creación de nuevas figuras de derechos reales, precisamente dando acogida controlada, eso sí, a la autonomía de la voluntad en el Derecho Inmobiliario.

Por una parte, hay que advertir que *el principio de autonomía de la voluntad tiene su ámbito propio en el campo del Derecho de Obligaciones y no en el de la Propiedad y los Derechos Reales*, lo que es lógico, porque entre partes debe existir plena libertad para establecer los pactos que mejor regulen sus intereses. Ahora bien, cuando están en juego los intereses de

terceros, como ocurre en el campo de los derechos reales, hace su aparición el «orden público inmobiliario», como correctivo a esa omnímoda libertad que sólo vela por el propio interés particular.

Por otra parte, esta alegación indiscriminada de la autonomía de la voluntad olvida que *el Derecho tiene unas reglas de validez que no pueden ser olvidadas*. El propio artículo 1.255 del Código Civil alude a los clásicos límites de la autonomía de la voluntad, que son las leyes, la Moral y el orden público. Este último, el orden público inmobiliario, es esencial en el campo de la propiedad y de los derechos reales, para evitar que existan vinculaciones perpetuas y derechos de contenido impreciso para los terceros.

Aquí es precisamente en uno de los campos en que ha jugado con enorme importancia la calificación registral, aplicando el artículo 27 LH frente a prohibiciones de disponer en actos a título oneroso y en hipotecas, que se pretendía que accedieran al Registro; y aplicando el principio de determinación o especialidad para que quedaran perfectamente precisados los nuevos derechos reales que son objeto de creación y no hubiera luego problemas para terceros. Tanteos y retractos convencionales, derechos de opción, *leasing*, servidumbres, derechos de uso, etc., han accedido a los Registros con perfecta precisión y determinación, como exige el orden público inmobiliario. Por eso, la DGRN ha reconocido la labor de los Registradores junto con los Notarios en esta tarea de creación de nuevas figuras conforme a la legalidad y al orden público, en una famosa resolución sobre hipoteca cambiaria de 26 de octubre de 1973, en la que alude a la función de configuración de nuevas figuras jurídicas, a través de la actividad creadora del Notario y de la actividad calificadora del Registrador.

En fin, al lanzar el principio de autonomía de la voluntad contra la función calificadora se olvida esta colaboración y delimitación de dicho principio en cuanto a sus necesarios límites, y se olvida también por parte de quien crea este tópico, que una de las consecuencias incontroladas de la autonomía de la voluntad es la libertad de forma, en la que ahora no queremos incidir más, aparte de lo ya dicho.

X. LA FUNCION DE LA CALIFICACION REGISTRAL COMO COLABORADORA DEL PARLAMENTO: PRINCIPALES MANIFESTACIONES

La calificación registral tiene una faceta que no ha sido siempre resaltada y es fundamental para la explicación de la misma.

Se ha hablado de *la colaboración de los Registradores con los Tribunales de Justicia* en el ejercicio de su función, y así lo han puesto de manifiesto las recientes reformas procesal y registral.

Se ha hablado también de *la colaboración de los Registradores de la Propiedad con las Administraciones Públicas*, sobre todo en materia urbanística, fiscal y agraria.

Se habla también de *colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad*.

Pero ahora queremos resaltar otra colaboración tan importante o más que las anteriores.

Es la colaboración que la calificación registral realiza respecto al Parlamento, ya sea del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Las leyes —y lo mismo podría decirse de los Decretos y Ordenes Ministeriales— se dictan, evidentemente, para ser cumplidas, aun antes de que se plantee un conflicto contencioso.

Pero muchas leyes quedarían y quedan en letra muerta cuando no existe un control de legalidad como ocurre con la calificación registral en el ámbito inmobiliario.

No hay ley que afecte a la propiedad inmobiliaria que no se cumpla, pero ello es por la calificación registral.

Ante todo, cuando se publica una nueva ley en materia inmobiliaria, la práctica enseña que en los primeros momentos hay situaciones en que no se cumple adecuadamente.

Puedo traer a colación aquí dos ejemplos recientes:

- a) *La nueva Ley del Suelo* prevé una serie de requisitos tanto a efectos de inscripción de las declaraciones de obras nuevas como de inscripción de reparcelaciones y compensaciones. Pues bien, en los primeros momentos esos requisitos no se recogían bien en algunas escrituras, bien porque el criterio no estaba todavía consolidado, bien porque, lógicamente, se producen las inadvertencias en los primeros meses de implantación de un nuevo sistema, o bien por imposibilidad momentánea de cumplir los nuevos requisitos. Lo cierto es que el cumplimiento de tales requisitos ha sido controlado por los Registradores, ha motivado alguna resolución aclaratoria de la Dirección General, y actualmente puede considerarse satisfactoria la situación de cumplimiento existente.
- b) *Recientemente se ha publicado en Cataluña una Ley de reforma de la Compilación que afecta a varios aspectos*, entre ellos a la necesidad de que se exprese a partir de la entrada en vigor el 11 de enero, en caso de enajenación o gravamen, que no se trata de vivienda habitual de la familia, o caso de serlo, que consiente el cónyuge no titular de la vivienda. Pues bien, en el primer mes de vigencia de dicha Ley, el porcentaje de incumplimiento de dicha Ley en las escrituras por mí examinadas, llegó al 40 ó 50 por 100,

que en seguida se ha reconducido gracias al control de legalidad ejercido por los Registradores.

Se pueden destacar más aspectos concretos sobre esta colaboración de los Registradores con el Parlamento:

a) *Las leyes y preceptos sobre defensa de menores, incapacitados, ausentes, personas desconocidas* (sustituciones hereditarias) quedarían sin aplicar si no existiera la calificación registral, porque ésta se estructura dentro de un sistema de responsabilidad y de especialización, que hace inconcebible el no ejercicio de la misma por parte del Registrador, y porque la calificación de la legalidad es la esencia de la función del Registrador, a diferencia de otras profesiones, que tienen otras funciones igualmente respetables, pero distintas. En este sentido, consideramos esencial la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1990, en un caso de sustitución fideicomisaria, en que no están presentes los fideicomisarios «interesados, cuya defensa, en casos como el de que se trata, resulta, de hecho, confiada indirectamente al Registrador», a efectos de extender o no la inscripción y no impide ni prejuzga el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales, con amplitud de alegaciones, pruebas y recursos que regula la ley procesal y principalmente, con la intervención de dichos interesados». Es decir, que al no intervenir en el título tales interesados, el control de legalidad del Registrador actúa en su defensa, sin perjuicio de las acciones ante los Tribunales.

b) *Los pactos abusivos de las hipotecas, «leasings», compraventas, Estatutos de la Propiedad Horizontal, de los conjuntos inmobiliarios o de la multipropiedad* han sido detectados y denegados de inscripción y de eficacia *erga omnes*, por medio de la calificación registral.

Concretamente, en materia de hipotecas, la DGRN alude a la «misión ciertamente no sencilla del Registrador de examinar en cada caso si se dan o no los caracteres típicos del derecho real» (Resolución de 1 de abril de 1981), y sobre la necesidad del «examen minucioso» por parte del mismo, para la depuración de aquellos pactos de los documentos que no pueden tener acceso al Registro (Resolución de 20 de mayo de 1987). También hay que tener en cuenta otras Resoluciones: la de 3 de febrero de 1966, según la cual, «el Registrador, en el ejercicio de su función, ha de calificar —como establece el art. 18 de la Ley Hipotecaria— bajo su exclusiva responsabilidad, y por ello goza de la independencia necesaria para, ponderados todos los elementos que ha de tener en cuenta, emitir su juicio, a fin de que el acto calificado pueda o no ser inscrito en el Registro»; «independencia en la calificación» a la que también se refieren las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984; la Resolución de 25 de junio de

1991 destaca que no se debe «permitir el acceso al Registro de todos aquellos derechos o pactos que carecen de trascendencia real»; y la Resolución de 4 de julio de 1984, que alude a la «seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales y el rigor de los efectos del derecho de hipoteca», lo que «no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias».

c) *La defensa de los consumidores* en el ámbito inmobiliario, a pesar de los obstáculos actualmente existentes, se ha producido y se produce diariamente a través de la actuación de los Registradores de la Propiedad, según ha reconocido abundante doctrina de los autores, y recientemente, la propia CEE. Ya hemos aludido anteriormente a ello.

d) *La objetividad de las cláusulas de interés variable de las hipotecas*, huyendo de los tipos preferenciales de la propia entidad, así como el establecimiento de un tope máximo del tipo de interés, la defensa de las cláusulas de rescisión o desistimiento en el propio préstamo a tipo de interés variable, han tenido lugar por la iniciativa y tesón de los Registradores de la Propiedad, frente a la resistencia de las entidades crediticias en otros tiempos ya superados por fortuna. Ahora es lo que todo el mundo defiende, pero debe saberse que a primeros de los años ochenta ya lo defendían y lo establecieron los Registradores, según documentación que obra en publicaciones de revistas científicas y es de sobra conocido por los sectores especializados.

Me limito a recoger unas frases de un artículo que publiqué en la Revista *La Ley* en otra ocasión:

«Es un tema que dio lugar a una verdadera batalla jurídica» (entre las Entidades crediticias y los Registradores). «En esa batalla jurídica se produjeron dos posiciones contrapuestas: una en defensa de la legalidad vigente y de la objetividad en base al artículo 1.256 del Código Civil, y otra que entendía que la autonomía de la voluntad de las entidades financieras no tenía ningún límite». «La regulación existente (sobre interés variable) era bastante clara. Pero en su aplicación práctica, el año 1981 y los posteriores se caracterizaron por una vulneración constante de la legislación vigente, siguiendo el criterio de la ley de la jungla, es decir, la ley del más fuerte. Ante los Registradores de la Propiedad comenzaron a desfilar numerosas escrituras públicas redactadas en base a minutas proporcionadas por las Entidades de crédito, en las que se infringía esa legalidad vigente y se pactaba como norma general el interés preferencial de la propia entidad acreedora añadiendo el diferencial correspondiente, como tipo de referencia de la variación del interés, en contra del artículo 1.256 del Código Civil, aparte de otras diferentes infracciones».

«Un grupo de Registradores de la Propiedad reaccionó contra dicha

práctica en defensa de la legalidad vigente, sistemáticamente vulnerada en las escrituras públicas que se otorgaron durante bastantes años, hoy ya respetada gracias a dicha labor realizada por los Registradores de la Propiedad, confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Banco de España, respecto a unos contratos tan importantes como son los de préstamo hipotecario de las entidades financieras».

La memorable Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1988, siendo Director General una persona que no era Registrador ni Notario —como debe ser—, que dijo lo siguiente:

«Es evidente que la estipulación va contra la norma que establece que la “validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (cfr. arts. 1.256 del Código Civil y 10. C de la Ley de Defensa de los Consumidores. No cabe objetar que los nuevos intereses no vinculan necesariamente a los prestatarios, puesto que éstos tienen un mes para optar por devolver el préstamo. Analizados los efectos previstos, resulta que, aun pasado el año, el prestatario está vinculado (si no varían los intereses) y, en cambio, el contrato queda al arbitrio del Banco, que podría ponerle fin, al término de cada año, por la vía práctica de aumentar a su capricho los intereses, con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor, sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario».

«A los pocos meses, el propio Banco de España se hizo eco de esta doctrina en su Circular de 5 de diciembre de 1988, en la que se establece: “Los tipos publicados o practicados por la propia Entidad, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados por ninguna de estas Entidades como referencia en las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable a partir de la entrada en vigor de esta Circular”».

e) *La reciente elaboración legislativa ya publicada de la subrogación en los préstamos hipotecarios* —el llamado «cambio de hipoteca»— ha partido de estudios realizados y publicados por Registradores de la Propiedad en relación con el artículo 1.211 del Código Civil. En este sentido, en el *Diario de Sesiones* de las Discusiones Parlamentarias de dicha Ley, el senador de Unió Democràtica de Catalunya, señor IBARZ, reconoce que los creadores de la idea son el Presidente de los Registradores de Catalunya, FERNANDO MÉNDEZ, y el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, ALFONSO HERNÁNDEZ MORENO. Dicha Ley ha terminado por reconocer la eficacia de la constancia registral de la subrogación respecto a terceros y la necesidad de publicidad registral para la ejecución hipotecaria por parte del acreedor subrogado, y ha suprimido una serie de recortes de la calificación registral que aparecían en un desafortunado proyecto.

f) *La necesaria interpretación restrictiva de los poderes*, en defensa de los poderdantes, ha tenido lugar como doctrina ya consolidada, gracias a las insistentes calificaciones registrales en esta materia tan peligrosa. Conviene detenerse un momento en materia de poderes, pues la legalidad en esta materia se debe sin ninguna duda al control realizado por los Registradores.

Actualmente, el representante debe acreditar la suficiencia y la subsistencia de su título de representación.

En cuanto a la subsistencia, se califica la necesidad de que se exhiba copia auténtica al propio Notario o se acompañe al Registro dicha copia auténtica, frente a una peligrosa práctica de acompañar testimonios de poder o fotocopias legitimadas, que podrían dar lugar a enormes abusos a pesar de haber sido retirada la copia auténtica del poder por parte del poderdante.

En cuanto a la suficiencia, se califica el contenido del poder. En cuanto a Administradores, se califica si es único, mancomunado o solidario. Y si es Consejero delegado, que tiene facultades. En cuanto al órgano que lo concede en materia de sociedades, se califica la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil o si son poderes especiales no inscritos, que hayan sido concedidos por órgano facultado y con cargo inscrito en el Registro Mercantil, para lo cual puede ser necesario que se acompañe al Registro la copia de dicho poder especial.

Sobre todos estos puntos no puede bastar el juicio del Notario. Recientemente se ha querido replantear el problema por parte del Notariado en un recurso gubernativo que está pendiente, pero en mi opinión condenado al fracaso.

El tema lo resolvieron ya en los primeros tiempos de aplicación de la Ley Hipotecaria de 1861, los prestigiosos comentaristas GALINDO y ESCOSURA, totalmente imparciales en este punto, que dijeron lo siguiente:

«Respecto a la “capacidad natural” que resulta de lo íntegro de la razón, que es lo que realmente constituye la esencia del hombre, mientras hechos externos no hagan presumir su extravío, la Ley la supone en todos; el Notario, al expresar que a su parecer está en su sano juicio el otorgante, sólo atestigua que ante él no ha ejecutado acto alguno que demuestre extravío de inteligencia que le impida el uso consciente de sus facultades naturales. Como el Registrador no interviene por su cargo en la celebración del acto, nada ha visto, nada puede oponer a la creencia del Notario: es llana la inscripción del documento».

«Pero cuando con arreglo a lo que manda el artículo 6.º de la misma Instrucción, el Notario hace constar en la escritura que, “a su juicio”, los otorgantes tienen la “capacidad legal” necesaria para celebrar el acto o contrato, como el hombre, entre los derechos inherentes a su naturaleza, no

cuenta con el de representar o suplir lo flaco del entendimiento de otro y obligarle, sino que ese derecho puramente civil lo adquiere por la voluntad del que representa, o por el poder tuitivo social expresado con las solemnidades prescritas, de aquí que lo que el Notario atestigua, no es sólo el hecho de que el otorgante o interviniente está investido con el cargo que le faculta para otorgar o intervenir (contra cuya aseveración nada podría oponer el Registrador que no califica hechos), sino también que esta investidura reúne, "a su parecer", todos los requisitos necesarios para considerarla válida y eficaz. Y como este parecer lo forma examinando los documentos que la acreditan, comparando si los requisitos que exige el derecho se comprenden todos en ellos, aplicando a aquel caso las disposiciones legales, y juzgando por fin si todas están cumplidas, para que el otorgante pueda representar debidamente a la persona por la que otorga, o cuya personalidad completa, operaciones todas del entendimiento que necesitan ciencia especial para que sean acertadas, pueden ser distintas las apreciaciones del Registrador y del Notario.»

«Este, en virtud de su criterio, califica la capacidad de los contrayentes para otorgar la escritura; mas no puede imponer su opinión al Registrador, que obra en distinta esfera, con independencia completa, y que para conformarse con la opinión del Notario, necesita conocer los documentos que le han servido para formarla: no le basta que aquel dé fe de que los ha visto y que le han parecido suficientes; porque sin ponerlo en duda el Registrador, puede estimar que se ha equivocado en la apreciación de su eficacia.»

«Si, como algunos pretenden, bastara la declaración del Notario, de haber visto el documento, y de que, a su juicio, de él resultaba que el otorgante tenía la capacidad necesaria para celebrar el acto o contrato, rarísimo sería el caso en que el Registrador podría usar de su derecho de calificarla. Su juicio estaría sometido en casi todos los casos al del Notario autorizante; y no merece esto que se hubiera facultado al Registrador para calificar...» (págs. 11 y 12 del tomo 2, comentario al art. 18 LH).

Y después cita, como criterio ya consolidado, el de las Resoluciones de 15 de abril de 1884, 15 de marzo de 1887 y 24 de octubre de 1899.

Con posterioridad a esas resoluciones, resulta claro que el Registrador para calificar puede exigir que se aporte la escritura de poder, a través de las Resoluciones de 14 de febrero de 1916 y 20 de diciembre de 1932.

Otro aspecto a resaltar en materia de poderes es cuando existe un supuesto de sustitución de poder, ya que en la práctica la única escritura que suele presentarse ante el Notario es la escritura de sustitución de poder y no la escritura de poder originario, que sirve de antecedente y de causa. El Registrador ha de exigir que ambas escrituras y no una sola aunque estén todavía en poder de los apoderados, pues si la primera ha sido retirada, de nada vale que la segunda se mantenga, ya que la legitimación deriva de la primera.

Importante es también la función registral respecto a la constancia de revocación de poderes, pues en muchos casos el poderdante no puede obtener su propósito de retirar la copia auténtica al apoderado ni es suficiente hacerlo constar así en la escritura matriz, sino que la única garantía de que el apoderado no seguirá actuando en contra suya en esos casos es la constancia en el Registro de la Propiedad por nota marginal de que un determinado poder ha sido revocado, y así se hace ya en la práctica.

g) *La doctrina que prohíbe el autocontrato* en caso de conflicto de intereses, tan frecuente en la rapidez del tráfico moderno, se ha consolidado también en base a las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, y prueba de ello son las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986, 27 de enero y 10 de febrero de 1987, 20 de septiembre y 18 de octubre de 1989, 29 de abril y 21 de mayo de 1993.

h) *La defensa de los compradores de pisos y locales frente a las pretensiones de algunos promotores inmobiliarios de dar un efecto automático al pacto de condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil*, pretendiendo que en caso de impago del precio aplazado perdieran los compradores el piso y las cantidades entregadas, ha tenido lugar en virtud de unas calificaciones registrales y de unos recursos producidos contra las mismas. En este punto quiero decir que, aunque en una serie de recursos podría dar la apariencia de que el Registrador del caso concreto no consiguió su objetivo, que era limitar la eficacia de la facultad derivada del pacto de *lex commissoria* por la vía automática del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, en realidad ocurre precisamente todo lo contrario, pues precisamente el resultado ha sido que no podrá practicarse ninguna reinscripción en el Registro por la vía extrajudicial del artículo 59 RH sin que conste la consignación de todas las cantidades, incluso las derivadas de cláusula penal, mientras los Tribunales no resuelvan sobre la moderación de la pena y sin que resulte que el comprador notificado se haya opuesto a la resolución. Por tanto, a partir de ahora nada de «basta», lo cual ha movido a algunos Notarios a hablar de la «degradación del pacto de *lex commissoria*», degradación que se hacía evidentemente lógica por los abusos a que da lugar sin intervención de los Tribunales.

i) *Sobre la necesidad de calificar la «causa» de los negocios* y de expresarla en los documentos hay abundante doctrina de la DGRN. Así, Resoluciones de 12 de marzo de 1930, 31 de enero, 29 de julio de 1931, 16 de noviembre de 1938, 30 de junio de 1987, 10 de junio de 1986, 10 de marzo, 14 de abril, 16 y 18 de octubre de 1989 y 25 de septiembre de 1990.

j) *La aplicación de la legislación fiscal y la colaboración con la Hacienda Pública* en el procedimiento de vía de apremio y en los impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Operaciones Societarias y Sucesiones y Donaciones, así como el de la Renta respecto

a las plusvalías en las transmisiones realizadas por personas no residentes, tiene uno de sus más destacados colaboradores en los Registradores.

k) *El cumplimiento de la normativa sobre inversiones extranjeras* es otro de los aspectos a resaltar por parte de la calificación registral. En este punto quiero destacar especialmente el control respecto a sociedades de paraísos fiscales y también en créditos y préstamos la obtención del NOF del Banco de España.

l) *La defensa de los derechos arrendaticios de tanteo y retracto*, tanto rústicos como urbanos, corresponde por decisión del legislador a los Registradores de la Propiedad, que han colaborado ampliamente con el Parlamento en este punto, estudiando y resolviendo los casos difíciles en esta materia.

m) *El evitar que personas, ya incapaces, o en suspensión de pagos o en quiebra puedan enajenar sus bienes*, por impedirlo la legalidad, corresponde también a los Registradores de la Propiedad.

n) *El exigir que en convenios de separación y divorcio se obtenga la aprobación judicial prevista en el artículo 90 del Código Civil* por tratarse de negocios en que está limitada la autonomía de la voluntad y existen intereses de los hijos y de la propia familia que como en otros negocios familiares exigen la intervención del Juez, se debe a la calificación de los Registradores, que en este punto, además de colaborar con el Parlamento, colaboran con los Juzgados y Tribunales, a quienes el Parlamento ha confiado su intervención.

La práctica diaria, en fin, revela el servicio de legalidad y de colaboración con el Parlamento, que realizan los Registradores y que, en otro caso, daría lugar a una verdadera selva productora de inseguridad jurídica y de gran conflictividad, ahora escasa en el ámbito inmobiliario. Si sale la palabra, diré que es la «desjudicialización del tráfico jurídico inmobiliario».

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

El principio registral de legitimación

SUMARIO. 1. INTRODUCCION.—2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.—3. LA LEY HIPOTECARIA DE 1944-1946.—4. PUBLICIDAD Y PROTECCION JURIDICA: A. PUBLICIDAD MATERIAL: a) *Legitimación*. b) *Fe pública registral*. c) *Inoponibilidad*. d) *Tutela judicial efectiva*. B. PUBLICIDAD FORMAL: a) *Publicidad, intimidad y privacidad* b) *Notas y certificaciones*. c) *Publicidad y prueba* d) *Publicidad y notificación: el domicilio*. e) *Publicidad preventiva*. C. REALIDAD JURÍDICA Y REALIDAD FÍSICA: a) *Realidad física y catastro*. b) *Realidad física y escritura*. c) *Realidad física y urbanismo*. d) *Realidad física y costas*. e) *Realidad física y Registro*: a') *Coordinación referencial*. b') *Coordinación plena*. c') *Publicidad jurídica de los datos físicos*. D. EL PRINCIPIO REGISTRAL DE INFORMACIÓN: a) *Efectos sustantivos de la información*. b) *Información genérica e información específica*. c) *Rogación y actuación de oficio*. d) *Publicidad formal e información* e) *Publicidad material e información*. f) *Bases de datos e información referencial*. g) *Información y fraude inmobiliario*. h) *La centralización de la información*.—5. AMBITO DE LA LEGITIMACION REGISTRAL: A. LA PRESUNCION DE EXACTITUD E INTEGRIDAD: a) *Presunción sobre la realidad jurídica*. b) *Presunción sobre la realidad física* B. EFECTOS: a) *Publicidad frente a tercero*. b) *Publicidad frente al titular registral*: a') *Facultad de disposición*. b') *Presunción posesoria*. c) *Publicidad y proceso*: a') *Acción real registral*. b') *Tercería de dominio*.—ANEXO I. HIPOTECA Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES.—ANEXO II. PUBLICIDAD, INTIMIDAD Y PRIVACIDAD.—ANEXO III. INFORME SOBRE LA NECESIDAD DE ELABORAR UN REAL DECRETO EN MATERIA DE COLABORACION ENTRE EL CATASTRO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—ANEXO IV. SOBRE EL REGISTRO DE DACTAS DE LA CIUDAD DE PLASENCIA.—ANEXO V. REGISTROS JURIDICOS.

1. INTRODUCCION

Después del exhaustivo estudio del principio de legitimación realizado por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (1), poco queda que añadir en esta mate-

(1) J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed Civitas, Madrid, 1988, págs. 673 y ss.

ria, sin embargo, mi compromiso con este cincuentenario de la Ley Hipotecaria y sus mentores, FRANCISCO CORRAL DUEÑAS y MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, es razón más que suficiente para arrostrar el atrevimiento —y desafío— de intentar dar un nuevo enfoque al planteamiento del que es, sin duda, piedra angular del sistema registral español, en cuanto sustantiviza la función arbitral (2) del Registrador que la calificación supone y hace posible que los efectos materiales y formales del asiento adquieran autonomía propia, bajo la tutela judicial efectiva de su contenido.

El principio de legitimación comporta, pues, la realización de todo el sistema registral, en cuanto los restantes principios hipotecarios coadyuvan a su plenitud y eficacia, siendo el de legalidad o calificación la *conditio iuris* que posibilita la independencia de la publicidad de los asientos. Y decimos asientos y no derechos, porque los asientos no sólo publican derechos, sino también hechos y circunstancias personales. Los principios de prioridad, especialidad, inoponibilidad, inscripción, tracto sucesivo, fe pública ... delimitan y hacen posible la legitimación registral. De ellos, sólo unos sirven de presupuesto de la calificación y otros son resultado de ella. Pero, una vez extendido el asiento, su alterabilidad o permanencia viene determinada por el ámbito de la legitimación. La inoponibilidad asegura la integridad del Registro y la fe pública impide su modificación, como efec-

(2) La calificación, término referido por nuestras leyes de forma exclusiva a la actividad del Registrador, no es otra cosa que el arbitraje independiente, directo y responsable, realizado sobre la idoneidad, material y formal, de un documento ajeno para producir determinados efectos sustantivos. Es decir, como en el arbitraje, la calificación se realiza por un profesional del Derecho en ejercicio de una función pública, bajo control administrativo y tutela judicial. Por ello la inscripción es voluntaria y el Registrador actúa en virtud del principio de rogación. La sujeción al arbitraje del contrato, acto o relación jurídica es voluntaria (seguridad extrajudicial), y la calificación se extiende a la validez del negocio, a la capacidad de los sujetos, a la determinación o definición del objeto, a la causa y a la eficacia real de su contenido, excluyendo de la protección registral (de la legitimación, precisamente) los pactos oscuros, nulos, personales y abusivos. Evidentemente, si esto no fuera así, el nivel de seguridad jurídica preventiva disminuiría, provocando un daño irreparable a la seguridad de los derechos y a la seguridad del tráfico que dependerían, como hace más de quinientos años, del pronunciamiento judicial (seguridad jurídica contenciosa o represiva que restablece el orden jurídico quebrantado).

La inscripción obligatoria o constitutiva sólo convertiría, por razones de orden público, a ese arbitraje en necesario, si bien, dentro del ordenamiento jurídico total, implicaría una restricción a la libertad civil y a la libertad de formas que nuestro Derecho viene preservando, en sede de derechos fundamentales y tutela judicial. Haría necesario distinguir entre ineficacia e inexistencia, nulidad y anulabilidad, distorsionando la idiosincrasia social (presupuesto tácito) en orden a la contratación.

Sobre calificación, vid. F. J. GÓMEZ GALLIGO, «Análisis histórico de la calificación del Registrador», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 55, págs. 136 y ss., Barcelona, 1994 y *Revista Lunes 4'30*, núm. 154, págs. 31 y ss., Valencia, 1994.

tos necesariamente reflejos de esa autonomía del asiento que la legitimación proclama.

Por otra parte, ese nuevo enfoque al que aludíamos, hace necesario analizar en esta introducción la competencia exclusiva del Estado en la ordenación de los Registros, ya que si el Registrador realiza una función arbitral (arbitraje voluntario, con carácter general), ello supone el reconocimiento de la calificación habilitante de la eficacia del sistema como ejercicio profesional realizado por un órgano (3) unipersonal (el Registrador) en un medio predeterminado (el Registro). Los libros del Registro son, pues, el instrumento jurídico donde el Registrador realiza esa función arbitral y asienta los derechos inscribibles y susceptibles de publicidad, con la extensión requerida por el propio ordenamiento inmobiliario.

Las disposiciones legales sobre ordenación de los Registros e instrumentos públicos (4) son, en la actualidad, competencia exclusiva del Estado, conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución. Y su razón no es otra que la necesidad social de que el tratamiento de la publicidad registral sea uniforme en todo el territorio, ofreciendo al ciudadano, en el respeto de sus derechos fundamentales, un mismo nivel y un mismo medio de garantías, sin discriminaciones por razón de su vecindad y residencia o de la situación de los inmuebles o el domicilio de las sociedades.

En principio, pudiera pensarse que la transferencia de competencias en esta materia o la delegación de su ejercicio es algo trivial e inocuo, desde una perspectiva federal de la estructura del Estado, sin embargo, si se analiza su constitucionalidad, de ello puede derivarse un ataque frontal a la igualdad intrínseca de los ciudadanos, en cuanto a sus derechos jurídico-privados se refiere, e, incluso, un daño irreparable a la permanente colaboración de los Registradores con los Poderes Públicos (legislación urbanística, de costas, fiscal, estadística, control de cambios, inversión extranjera, seguridad nacional, agraria y catastral), sin olvidar, entre ellos, a las Cortes Generales, que, a través del Defensor del Pueblo, en lo que se refiere a la seguridad jurídica inmobiliaria y mercantil, garantiza el respeto a los derechos fundamentales, contando con la cooperación del Colegio de Registradores (5). Asimismo, el respeto a la intimidad y a la privacidad que postula la Ley Orgánica 5/1992, sobre tratamiento informatizado

(3) Utilizo la palabra en la acepción sexta del Diccionario de la Real Academia. Es decir, como persona que sirve para la ejecución de un acto o un designio.

(4) Del instrumento público, por razones obvias, no nos ocupamos ahora y sólo, en la medida en que muestre el paralelismo de dos funciones distintas, será objeto de atención.

(5) Convenio de Colaboración suscrito entre el Defensor del Pueblo y los Servicios Registrales de Protección de los Consumidores (Madrid, 1994).

de datos de carácter personal, con cuya Agencia ha suscrito un Convenio de Colaboración el mismo Colegio, podrían verse afectados (6).

La ordenación de los Registros jurídicos, es decir, de aquellos Registros cuya publicidad produce efectos sustantivos en el propio contenido de los derechos (requisito de existencia, requisito de eficacia, requisito de ejercicio) (7), supone el dictado de un cuerpo de normas jurídicas de carácter especial y homogéneo, que regulan la organización y funcionamiento de una institución nacida de la necesidad de amparar la libertad civil y mercantil por medios extrajudiciales. Es la seguridad jurídica preventiva: seguridad del tráfico y seguridad del derecho. Son los medios que canalizan la libre circulación de bienes (8), amparan la libre competencia, fomentan el crédito y evitan la paralización de la contratación mediante la imposición de medidas de efecto equivalente a las restricciones prohibidas por el ordenamiento (9).

La publicidad registral, consustancial a los derechos reales y a las so-

(6) En principio, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica excluye a los Registros de la Propiedad y Mercantiles, ya que, en éstos, la publicidad es medio de seguridad jurídica, a diferencia de los Registros Administrativos, que sujeta a su articulado. Ello, sin embargo, no priva al Registrador de la obligación profesional de aplicar el espíritu de la norma a la publicidad formal, mediante la exclusión de los «datos sensibles» contenidos en las inscripciones que están desprovistos de trascendencia patrimonial o económica (art. 221 de la Ley Hipotecaria) y el control de la manipulación de la publicidad registral (en la misma dirección marcada en Holanda por el Ministerio de Justicia y el *Ombudsman*: vid. J. BROUWER, *Protección mediante registro de las operaciones inmobiliarias en los Países Bajos*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1993, IX Congreso Internacional de Derecho Registral).

El Convenio entre la Agencia de Protección de Datos y los Servicios Registrales de Protección de los Consumidores es de 3-11-1994.

(7) Son los Registros del artículo 149.1.8.º de la Constitución que deben contraponerse, en su naturaleza y eficacia, a los Registros Administrativos que se mencionan en los artículos 22 y 105 del mismo texto.

(8) Artículo 139.2 de la Constitución: «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen... la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional».

(9) Si los efectos de la publicidad registral no fueran homogéneos o las condiciones de ejercicio de la función de los Registradores no fuera idéntica, los ciudadanos se verían, por este medio indirecto (medida de efecto equivalente), privados de la necesaria igualdad en su acceso a la seguridad preventiva, poniéndose trabas a la circulación de los bienes, ya que existirían distintos niveles de protección y distintos requisitos de acceso al Registro, viéndose afectados los derechos fundamentales patrimoniales de los ciudadanos. En una Comunidad Autónoma la publicidad requeriría el cumplimiento de una normas, y, en otra, de normas distintas. E, incluso, la existencia de distintos cuerpos de Registradores implicaría, asimismo, una desigualdad sustantiva en su actitud y aptitud para la protección extrajudicial de los derechos fundamentales mercantiles e inmobiliarios, cuyas diferencias se saldarían con una jurisprudencia diversa y, en consecuencia, con la creación de órdenes distintos de ciudadanos. Situación contraria, además y hoy por hoy, a los principios inspiradores del Derecho comunitario y a las normas emanadas de la aplicación de los Tratados institutivos.

ciudades mercantiles, responde a la existencia de un instrumento único, el Registro, y un órgano arbitral o de jurisdicción voluntaria, asimismo, único, el Registrador (10). La calificación de los documentos públicos, administrativos y judiciales es medio de seguridad jurídica preventiva, y, su adecuación a la normativa vigente, es la medida de la desjudicialización de la contratación privada. Es decir, cada disposición que altere el orden preestablecido de garantías redundante, necesariamente, en una modificación del efecto protector extrajudicial de la publicidad. Esto es, la tutela judicial efectiva que sanciona la Constitución, se extiende al contenido de los asientos registrales y su eficacia viene mediatizada por los efectos atribuidos a la inscripción (principios de legitimación, inoponibilidad, fe pública, especialidad, tracto sucesivo...), de tal suerte que la alteración del órgano unipersonal que califica afectaría directamente a la seguridad del tráfico jurídico y de los derechos inscritos, ya que ningún Juez ampararía la publicidad registral si el principio de legalidad (calificación registral) se ve alterado por la remoción de las leyes uniformes que rigen la materia o de las que afectan al Registrador, garante de la estabilidad del sistema preventivo (11). Veámoslo con más detenimiento.

En principio, una advertencia: habida cuenta de que la referencia a los derechos fundamentales de los ciudadanos es capital, la dificultad expositiva nace de la aparente generalidad de la fundamentación. No obstante, pretendemos ser claros en ello.

¿Qué derechos o principios constitucionales se verían afectados? En la actualidad, la actividad del Registrador, como profesional del Derecho que ejerce una función pública bajo control administrativo y amparo judicial (12), es directa, independiente, responsable y uniforme en la protección

(10) De igual suerte, se reproduce esta situación con el Notariado. Instrumento, la Notaría. Órgano, el Notario

(11) Dice la STS de 28-6-1962, que las inscripciones registrales y las certificaciones de las mismas *sólo acreditan la actuación del Registrador*, destacando, pues, a éste como destinatario de la legislación hipotecaria, que regula su actuación y estatuto personal y la eficacia de la misma (STS en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T. I, Barcelona, 1979, pág. 345, nota 3). Como dice MARÍN LÓPEZ, siempre el estatuto personal u orgánico del Registrador y del Notario se ha establecido en sus respectivas legislaciones especiales, de efectos sustantivos a un tiempo (J. J. MARÍN LÓPEZ, «La ordenación de los registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado», en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 169, STC 65/1984, pág. 173, nota 77, STC 87/1989, pág. 179, STC 74/1989, pág. 195, STC 87/1989, entre otras).

(12) Por ello, hablamos de función arbitral, ya que se trata de un profesional del Derecho que actúa bajo su responsabilidad, y que es, a un tiempo, funcionario público (control administrativo de ese ejercicio y del acceso a la función), en cuanto debe asegurarse la independencia de la actividad, fuera del estrecho marco de la noción de clientela (arbitraje), y sus decisiones (inscripción, suspensión o denegación) quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales (tutela judicial efectiva: amparo). Es, pues, una función

de los derechos fundamentales de respeto a la intimidad (y a la privacidad: su secuela), a la propiedad privada (13) y a la herencia, al acceso a una vivienda digna (14), a la protección del consumidor (calificación e información, asesoramiento registrales) (15), a la tutela judicial efectiva (16), al respeto de los derechos económicos (17)..., cifrando en ello la seguridad jurídica preventiva, que la Constitución proclama y sin detrimento de la función notarial, a quien cabe una importante y fundamental parte de esa protección.

Así pues, la ordenación de los Registros supone la permanente garantía del ejercicio igualitario y uniforme de esos derechos fundamentales en el ámbito extrajudicial, dando estabilidad a los derechos patrimoniales (seguridad de derechos) y agilidad al tráfico jurídico (seguridad del tráfico). Por tanto, es una competencia estatal indelegable. Y decimos indelegable, porque aunque una Ley Orgánica delegase cualquier aspecto sustantivo de la misma (el instrumento o el sujeto: no existe uno sin otro), se vería obligado el Estado a dictar una Ley de Armonización (18), ya que el carácter fundamental de

pública extrajudicial, unida al concepto tradicional de jurisdicción voluntaria (se actúa a instancia de parte y se ejerce profesionalmente por un órgano extrajudicial), o mejor aún, al de arbitraje, con él que presenta, si no identidad, una fuerte analogía.

(13) Y a su función social, como prueban las legislaciones urbanística (control y publicidad de la legalidad y regularidad urbanística) y agraria (explotaciones agrarias, concentración parcelaria, agricultores jóvenes; la publicidad formal es, asimismo, medio objetivo de acceso a las subvenciones comunitarias).

(14) La protección registral fomenta el crédito territorial y, en consecuencia, es el medio de control de la regularidad y de la legalidad en la ejecución del planeamiento, en la creación de suelo, en la construcción de viviendas y en su ágil y segura financiación.

La publicidad formal, *de ámbito nacional*, por su parte, garantiza la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la vivienda protegida (social, a precio tasado o de protección oficial), colaborando con las Administraciones Públicas en la erradicación del fraude y posibilitando el ejercicio de ese derecho fundamental.

(15) Se excluyen las cláusulas abusivas, pactos personales, oscuros y nulos, inscribiéndose sólo los derechos reales, con lo que, en la seguridad del tercero (interesado, acreedor), la responsabilidad de la finca y el contenido del derecho se publica exento de la carga de voluntariedad de las partes —inseguridad— en la ejecución de los contratos.

(16) Como hemos dicho; los asientos y sus efectos sustantivos (legitimación, inoponibilidad de lo no inscrito y fe pública: presunciones de exactitud, integridad, posesión; acción real registral, reivindicatoria del dominio; notificación al titular registral en el domicilio que conste en el Registro, mantenimiento de la adquisición onerosa y de buena fe que publica el Registro...).

(17) Derecho constitucional y comunitario. Se garantiza la titularidad registral, se desconoce frente a tercero lo no inscrito y se regula la normal constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles (poderes, depósitos de cuentas, legalización de libros...).

(18) Es constante, como veremos, la jurisprudencia constitucional en esta materia y la propia legislación estatal. Así, en urbanismo, la ordenación de los aspectos registrales ha sido realizada por el Estado, no obstante la competencia material exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre este campo, y la misma Administración lo proclama en Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16-7-1984.

los derechos y libertades de los ciudadanos repercutidos no toleraría la desigualdad en su ejercicio o respeto. Y ocurriría esto, porque la confianza pública en el Registro se basa en la forma y eficacia de su constitución y funcionamiento. En la tutela judicial de los asientos. En la objetividad de la actuación de los Registradores (independencia y control uniforme que excluye la arbitrariedad). Y la pluralidad de Registros o sistemas registrales y de cuerpos de Registradores supondría la paralización o desconfianza en el tráfico, violentándose los derechos constitucionales a una eficaz seguridad preventiva (fomento del crédito y de la paz civil), base de su natural ejercicio, ya que ningún Tribunal iba a admitir el mantenimiento de los pronunciamientos del Registro si la independencia, capacitación, objeto o funcionamiento se viese alterado en una Comunidad Autónoma. Los efectos actuales son resultado del sistema vigente y no de otro. La armonización se impondría con la premura exigida por la necesidad social y económica de que la publicidad registral fuera uniforme, en cuanto a su contenido (derechos inscribibles, efectos sustantivos) y en cuanto al medio de su obtención (calificación registral de la validez del negocio). Por ejemplo, en las hipotecas, la calificación, que materializa el principio de legalidad, supone la exclusión de todos aquellos pactos personales y abusivos del préstamo que no inciden en la garantía real, de suerte que quede expedito el camino de la ejecución sumaria. Si se alterase el ámbito de la calificación registral o el régimen jurídico de los Registradores, la disparidad provocaría la necesidad de la supresión de los procedimientos judiciales sumarios, y el establecimiento de un procedimiento declarativo ordinario con carácter previo a la ejecución (19). Sin la calificación arbitral homogénea (independencia y responsabilidad) sobre un documento ajeno, se privaría a la seguridad preventiva de la eficacia práctica del sistema registral.

En la actualidad, esa necesidad constitucional ha llevado a la existencia de una pluralidad de derechos civiles, con un cuerpo único de Registradores y con unas funciones únicas, asegurando el Estado la objetividad en el régimen de provisión de vacantes, acceso y disciplina, ya que la ruptura del Cuerpo (control del órgano unipersonal) (20) llevaría aparejada la rup-

(19) Vid. mi artículo «Hipoteca y protección de los consumidores», en *Diario Expansión*, 18 y 19-8-1994 (Anexo I), y sobre la calificación del cumplimiento de la Orden de 5-5-94, J. M.ª CHICO Y ORTIZ. «La protección del consumidor a través de la normativa comunitaria y española en relación con el Registro de la Propiedad» (*BCNR*, núm. 313/94, págs 1793 y 1794).

(20) El control administrativo se manifiesta en la ordenación del estatuto personal del Registrador, asegurando su plena independencia y responsabilidad, como lo demuestra el ejercicio reglado de las facultades disciplinarias. La sanción sólo puede imponerse por sentencia condenatoria o por expediente disciplinario, *oído el Consejo de Estado* (art 289 de la Ley Hipotecaria). Así pues, el legislador sabe distinguir con claridad entre control administrativo e intervención administrativa o política en el ejercicio de la función, que proscribire, acentuando la independencia. Así lo demuestra el recurso de

tura del instrumento (el Registro), provocando la disfunción de la existencia de distintos sistemas de publicidad, con distinta eficacia y con daño inquebrantable para el tráfico mercantil e inmobiliario. ¿Cabría dos sociedades con la misma denominación actuando en un único Estado?, ¿cabría una distinta eficacia de la inscripción o de los requisitos de la misma?, ¿cabría dos clases de ciudadanos con distinta protección de sus intereses económicos?, ¿es posible que el mismo medio de prueba, judicial y extrajudicial, como es la publicidad formal, dé lugar a una situación civil o procesal divergente?...

Así pues, la armonización exigiría unos mínimos tan altos que supondría de hecho la persistencia del sistema actual: un solo cuerpo, una sola categoría de funcionarios, una sola eficacia de la publicidad registral (21), una independencia absoluta y una responsabilidad uniforme en el control administrativo y privado del ejercicio profesional de una sola función que, como poder extrajudicial independiente, emana de la Constitución. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9-4-1984 lo expresa con claridad meridiana:

«Primero.—Que es el Estado el que, en todo caso, tiene competencia exclusiva para dictar reglas relativas a la ordenación de los Registros e instrumentos públicos (cf. art. 149.1.8 de la Constitución).

Segundo.—Que la potestad reglamentaria, en materia notarial y registral, incumbe al Gobierno de la nación (cf. arts. 97 de la Constitución, 10 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado); el órgano competente para las propuestas, resoluciones o interpretaciones generales pertinentes es el Ministerio de Justicia y dentro de él, la Dirección General de los Registros y del Notariado (cf. arts. 14 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 259 y 260 de la Ley Hipotecaria, 1 y 55 del Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia, 313 del Reglamento Notarial).

Tercero.—Que en España, organizada en Estado de Derecho, y fundado, por tanto, en los principios de legalidad y jerarquía normativa, los Colegios Profesionales ni tienen ni comparten el poder normativo» (22).

inconstitucionalidad 1840/1989, interpuesto por el Presidente del Gobierno central contra los artículos 47.3 y 48 de la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda. Artículos que establecen sanciones disciplinarias, de carácter pecuniario, para los Notarios y los Registradores.

(21) Como han respetado hasta ahora los propios Derechos forales o especiales. Ninguna Comunidad Autónoma tiene competencias registrales. La igualdad y el tráfico lo impiden.

(22) No obstante, en materia de urbanismo, ello no impide, y seguramente por la doctrina de los «poderes implícitos» y el carácter especial y jerarquizado de los Colegios (como reconoce el TC), la colaboración de Notarios y Registradores en este ámbito y

Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo ello con el Colegio único? El Colegio de Registradores, resultado de un cuerpo único, viene cualificado por el propio Tribunal Constitucional como un Colegio especial, al que las normas estatales o autonómicas sobre Colegios profesionales sólo se le aplica residualmente y en aquello que no afecte a su Reglamento Orgánico, ya que participa, entre otras, de funciones de disciplina, vigilancia e inspección (23), en plena sintonía con el carácter de funcionarios de sus colegiados y bajo la autoridad del Ministerio de Justicia, que en él delega el ejercicio de determinadas funciones y competencias, asegurando la igualdad entre los colegiados (24). Sea un solo Colegio, como ocurre ahora, sean varios, como los Notariales (25), sus atribuciones nacen del Reglamento Orgánico único y no de las Leyes de Colegios Profesionales, que sólo se aplican en defecto de norma reglamentaria. Además, la simple posibilidad de añadir requisitos autonómicos para el ejercicio profesional de la función registral supondría, aparte de una práctica restrictiva de la competencia, la expropiación de hecho de las posibilidades de los colegiados de pedir traslado voluntario a determinadas vacantes, sin respeto a sus derechos constitucionales (expropiación anómala).

Por otro lado, supondría un fraude —y ello es grave— a la doctrina legal que emana del Tribunal Constitucional e injustificada incongruencia administrativa. El TC tiene declarado:

1.º Que para el nombramiento y selección de Notarios, competencia exclusiva del Estado, debe estarse a su Reglamento Orgánico, el Reglamento Notarial, sin que ello afecte al Estatuto de Cataluña, cuyo artículo 24 sólo se refiere al nombramiento formal de Registradores y Notarios, tras el concurso estatal, ya que éste se produce «de conformidad con las Leyes del Estado» [art. 24.1 (STC 67/1983)].

en los términos de la Instrucción de la Dirección General de los Registros de 16-7-1984, donde se deslindan las competencias: material sobre urbanismo y vivienda de las CCAA, formal y sustantiva sobre ordenación de los Registros e instrumentos públicos del Estado (vid. Ley 8/1990 y Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992).

(23) Tanto el acordar la inspección como dictar normas autonómicas al respecto, afecta directamente al estatuto personal del Registrador y, en consecuencia, no se puede abordar por un Real Decreto, a menos que se parta de la ficción de la inspección sin expediente ni sanción, que también sería contrario a la competencia exclusiva indelegable del Estado y supondría la desigualdad jurídica entre los Registradores.

(24) Si se delegan facultades inspectoras en una Comunidad Autónoma, las sanciones pueden producir efectos en otra Comunidad Autónoma, con lo que la extraterritorialidad de las sanciones impide su aplicación autonómica. Por otra parte, según la Ley Hipotecaria, las sanciones sólo pueden imponerse, como hemos destacado, por sentencia firme o mediante expediente disciplinario instruido por el Ministerio de Justicia, oído el *Consejo de Estado* (art. 289). Ello impone una norma de transferencia de rango legal y orgánico.

(25) Descentralización, no división.

El nombramiento formal no se puede suspender, ni la Generalidad puede añadir condiciones nuevas al mismo sin resolución judicial inhabilitante o expediente disciplinario ante el Ministerio de Justicia, oído el Consejo de Estado (art. 289 de la Ley Hipotecaria). Los expedientes administrativos sancionadores se rigen, por su parte, según el TC, por las normas del Derecho penal: tipicidad definida en una Ley.

Tampoco puede una Comunidad Autónoma alterar el cuadro de interinidades, ya que fundada o arbitrariamente supondría la modificación de los derechos de los Registradores.

2.º Que reconoce el no discutido principio de la unidad del Notariado (STC 67/1983), unidad idéntica a la de los Registradores.

3.º Que en materia de demarcaciones notariales rige el Reglamento Orgánico (Reglamento Notarial), sin que incida en ello la facultad de la Generalidad de proponer nuevas demarcaciones, ya que será oída igual que las otras instituciones de necesaria consulta (STC 87/1989).

4.º Que en materia de Colegios Notariales, la Generalidad no tiene competencias, ya que es el Reglamento Notarial el encargado de regular el interés público predominante en un Colegio profesional integrado por funcionarios, como función pública estatal (en la doble condición de funcionarios y profesionales predomina el interés público de la primera). Y desde la Ley del Notariado, la organización colegial se erige «*en pieza clave del sistema*», integrando el Notariado a todos los Notarios de España, sin que suponga merma de ello la descentralización colegial. Es un cuerpo único de ámbito nacional (idénticas funciones y derechos y obligaciones), sin que esa descentralización altere su carácter único ni prive al Estado de sus competencias (arts. 149.1.8.º y 18.º). Sólo, con carácter residual, en lo no regulado por su Reglamento, serán de aplicación la Ley catalana de Colegios Profesionales o, en su caso, la estatal (STC 87/1989). Como puede verse el TC considera ínsito en la función la unidad, pieza clave del sistema. Su identidad con el cuerpo de Registradores resulta de los preceptos, en paralelo, de la Ley (arts. 274, 294, 295 y 296) y Reglamento Hipotecarios [arts. 560 y concordantes (438-584) y Exposición de Motivos del Real Decreto de 21-12-1983 (art. 355)] y del Reglamento Orgánico que sirven de base al pronunciamiento constitucional, referido, asimismo y con carácter incidental, a los Registradores en el análisis del artículo 149.1.8.º y 18.º de la Constitución.

5.º Mérito preferente para el nombramiento de Notario: al Estado corresponde la regulación del mérito preferente consistente en la especialidad en Derecho catalán, no obstante, el artículo 24 del Estatuto de Cataluña y en base a lo expresado en la STC 87/1989 (STC 21-9-92).

6.º La distinción entre Registros Jurídicos y Registros Administrativos sirve para reservar a la *competencia exclusiva* del Estado la ordenación de

los primeros, incluidos en el artículo 149.1.8.º de la Constitución y definidos, «como se infiere de su contexto», por su referencia fundamental a materias de Derecho Privado (STC 71/1983) (26). En relación a los montes públicos, la Generalidad tiene competencias para ordenar el Catálogo por tratarse de un Registro Administrativo y no Jurídico, como los de la Propiedad y Mercantiles, competencia exclusiva del Estado. Ordenación administrativa que nace de la competencia autonómica exclusiva en materia de montes (art. 9.10 del Estatuto), competencia sustantiva o material, que difiere de la competencia estatal sobre los Registros Jurídicos, no obstante, la competencia que le corresponde a la Comunidad Autónoma con carácter igualmente sustantivo sobre Derecho Civil Especial. El orden público inmobiliario trasciende, pues, a efectos de publicidad registral, de las competencias materiales, ya que afecta a los derechos fundamentales del ciudadano. En este mismo sentido, la STC 154/1988.

7.º En materia *mercantil*, el artículo 149.1.6 y 8 justifica e impone la competencia estatal sobre el Registro mercantil (STC 72/1983).

8.º El artículo 149.1.8 comprende la demarcación registral (Registros de la Propiedad y Mercantil), esto es, su ubicación y ámbito territorial, e incluye todas las facultades ejecutivas no expresamente atribuidas a la Comunidad Autónoma por el Estatuto (STC 97/1989). Es decir, se destaca como aspecto sustancial de la competencia estatal la ubicación y ámbito territorial de los Registros y se declara que la competencia abarca también la de ejecución.

Cualquier alteración competencial, pues, supondría un quebrantamiento de la doctrina legal constitucional, que se fundamenta *en la esencial unidad del cuerpo como medio o pieza clave del sistema de seguridad preventiva*, de tal suerte que incluso su planteamiento podría ser anticonstitucional, a pesar de la vía de los artículos 150.1 (ley marco) y 150.2 (ley orgánica), ya que no sería por su propia esencia (derechos fundamentales protegidos) susceptibles de transferencia o delegación. Se trataría de un paso adelante en el atentado a las libertades y derechos de los ciudadanos y todo acabaría en recurso ante el TC, interpuesto por el Defensor del Pueblo —por ejem-

(26) En este campo, CHICO Y ORTIZ ya había destacado la distinción doctrinal y positiva en su estudio «La penetración del Derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro», donde con acierto y agudeza distingue entre publicidad registral jurídica —publicidad-efecto— y publicidad administrativa —publicidad-noticia— (RCDI, núm. 552/1982, págs 1175 y ss.). Publicidad noticia que denomina GIMENO, en base a otro artículo de CHICO Y ORTIZ, «publicación» para acentuar sus diferencias normativas (GIMENO y J. L. GÓMEZ-LAFUENTE, «La ordenación de los Registros e instrumentos públicos en la Constitución española», en RCDI, núm. 552/1982, págs 1325 y 1326, nota 23, que cita a J. M.ª CHICO Y ORTIZ, «Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979).

plo—, sin valorar el absurdo del dictado inmediato de una ley armonizadora de ambas funciones, registral y notarial, que garantice la unidad, la independencia y la responsabilidad (cuerpo único, reglamento orgánico, unicidad de la función). De esta forma, incluso la descentralización del Colegio de Registradores obliga a la reforma de la Ley Hipotecaria (art. 294) (27), que habla del Colegio único de Registradores, y de los Reglamentos Orgánico e Hipotecario.

Es decir, la fragmentación de competencias impondría la unidad de los cuerpos y de las funciones, como en la actualidad. La dificultad expositiva nace de que lo que se garantizan son derechos fundamentales de los ciudadanos. Y por ello, la unicidad es imperativa. Más ahora, en que la Unión Europea establece mínimos uniformes de derechos (Directivas en materia mercantil, Directivas de multipropiedad y cláusulas abusivas: efecto directo uniforme...).

Según la jurisprudencia hipotecaria (R. de 26-6-86), la actividad pública registral, el ejercicio profesional de esa función, se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, ejercida por órgano no jurisdiccional (28); no es una actividad administrativa, sino civil, y está exenta de la jurisdicción contenciosa y de la aplicación de las normas de procedimiento administrativo (29); es una actividad dotada de plenas garantías procedimentales (procedimiento único y uniforme que asegura la igualdad entre los ciudadanos en su derecho de acceso a la protección registral), caracterizada por la simplicidad e intermediación (personalización de la función en el propio Registrador). El Registro es el conjunto de libros donde *el Registrador publica* la existencia y extensión de los derechos privados y de las limitaciones administrativas y civiles de su ejercicio (publicidad material) y el lugar donde el Registrador revela profesionalmente ese contenido, con pleno respeto a la privacidad (publicidad formal), como medio de hacer valer, frente a tercero, la protección registral que el ordenamiento brinda al consumidor (medio de prueba judicial y extrajudicial). Lo no inscrito no perjudica a tercero. Cualquier restricción en el acceso a la publicidad registral (ámbito nacional) (30) o a su efica-

(27) Igual ocurriría con la reforma del recurso gubernativo que se ampara en el artículo 66 y que prevé la anotación de la demanda judicial sobre validez del título cuya inscripción se ha denegado.

(28) Posibilidad que no está reñida con su naturaleza ni es extraña a los sistemas jurídicos comunitarios, como indicó el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, JOSÉ MATEO DÍAZ, en las Jornadas sobre Registro y Seguridad Jurídica (Centro de Estudios Registrales, Madrid y Barcelona, 1994).

(29) Igual que el arbitraje. De la misma manera que se da la dualidad Colegio/Registrador, en el arbitraje, se mantiene en la dualidad Colegio Arbitral/Arbitro. Vid Anexo V, R.D. 1.879/1994.

(30) Se puede pedir a cualquier Registrador, desde cualquier punto y con un mismo procedimiento.

cia (31), supondría la creación de la grave paradoja de atentar a los derechos fundamentales, distorsionando los parámetros ínsitos en el subconsciente colectivo, por un lado (distintos niveles de publicidad y de medios de acceso) (32), y la simultánea ineficacia de la norma, por otro y en cuanto la armonización legislativa que impone el Tratado de la Unión Europea deja un muy estrecho margen de actuación en orden al nivel de protección de los consumidores, dictando Directivas detalladas, como la 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas; que a falta de trasposición se aplica en todo el territorio (efecto directo y primacía). Es decir, ni cabe saltarse el nivel mínimo de protección de la Directiva en la calificación registral (única y uniforme) ni demorar su implementación por todas y cada una de las Comunidades Autónomas, en cuanto a la institución que debe aplicarla, ya que las disposiciones contractuales —bases—, civiles y mercantiles, como tiene declarado el TC, son competencia exclusiva del Estado (STC 71/1982) (33). Esto es, la distorsión del sistema sólo provocaría inseguridad jurídica e inseguridad entre los ciudadanos, ya que las normas que afectan a los Registradores, aún ante la pluralidad de Cuerpos, siempre van a emanar de la Comunidad Europea o del Estado, rompiéndose la homogeneidad en la formación jurídica y en la responsabilidad y control de los destinatarios de la norma (los Registradores), sin causa justificada, anticonstitucionalmente (34) y sin valor añadido.

No en vano, al discutirse la Constitución en la II República se admitió la enmienda transaccional, pactada con los nacionalistas, de reservar a la competencia exclusiva del Estado la ordenación de los registros y de la legislación hipotecaria. La enmienda la defendió el Presidente de la República, ALCALÁ-ZAMORA, personalmente (la división de cuerpos y legislaciones afectaría al crédito territorial, su secuela: los derechos de los ciudadanos se verían quebrantados). Las competencias de ejecución de las exclusivas

(31) El nivel de protección es homogéneo en todo el territorio. Por razón de la eficacia sustantiva y formal, con idéntica responsabilidad del Registrador que ejerce una única función con la misma extensión.

(32) Se distorsionaría hasta la construcción y la actividad bancaria, que actuaría según el sistema registral aplicable en cada Comunidad Autónoma. Se encarecería el servicio que se presta a la sociedad (no olvidemos que en el Estado de Nueva York, por ejemplo, investigar la propiedad de una vivienda valorada en 10 millones de pesetas y suscribir un seguro de título supone un coste de 165.000 pesetas, sin garantizar la adquisición e incluyendo excepciones —letra pequeña— en la póliza, y en España la plena protección se cifra en 500 pesetas).

(33) Sobre el alcance de esta afirmación, vid. mi estudio, *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1994, pág. 171, y su referencia al análisis realizado por RODRIGO BERCOVITZ.

(34) Los efectos de las sanciones disciplinarias son extraterritoriales (traslado) y es extraterritorial la aplicación de los derechos civiles especiales o forales (estatuto personal de vecindad civil).

del Estado fueron abandonadas por su imposibilidad práctica: la legislación hipotecaria debe ser uniforme y el estatuto personal de los encargados de su ejecución unitario. Los Estatutos catalán, vasco y gallego así lo acreditan. La prevención en favor de competencias de ejecución del Estatuto de Nuria desapareció en el texto de 1932, en consonancia con la Constitución de 1931 (35).

En la Constitución vigente, la actual redacción obedece a otra enmienda, la presentada por BALLARÍN MARCIAL, que fue aceptada por idénticos motivos y defendida por un experto en la materia (incluso se suprimió la palabra «hipotecas» del artículo por ser redundante y tener cabida en los términos «ordenación de los registros», que incluye la legislación hipotecaria —efectos de las inscripciones y estatuto del Registrador—, como destinatario de sus normas) (36).

Asimismo, los Dictámenes del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña se pronuncian reiteradamente en este sentido: la «ordenación de los registros» incluye «la organización y planta del servicio público y de la oficina registral» y «también los efectos de la inscripción» (Dictamen 135, 1987) (37).

El Derecho comparado federal, donde la legislación registral se reserva al Estado (ver arts. 72.1 y 2 y 74 de la Constitución alemana) (38).

(35) Para toda esta materia, vid. MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 112 y ss. De forma especial por su claridad, la *Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la República de 8-6-1934* (en especial, págs. 128-133).

El artículo 11, párrafo 6.º, del Estatuto de Cataluña disponía: «Los Registradores de la Propiedad serán nombrados por el Estado» (JACOME RUIZ, *Legislación ordenada y comentada de la República Española*, julio-diciembre 1932, Madrid, 1932, Tomo II, pág. 721).

(36) Vid. MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 134. La intervención de BALLARÍN aclara el término «ordenación de los registros» y el sentido dado por el legislador constituyente, ya que se equipara legislación hipotecaria y ordenación, incluyendo el estatuto del Registrador, destinatario de las normas, y los efectos de las inscripciones que practica. Ello es lógico si se repara en que la legislación registral determina la actuación del Registrador y el Registro es lugar y medio de realizar la misma, igual que la Notaría es el lugar y medio donde realiza su función el Notario. En el primer caso, una vez firmada la inscripción, su contenido es inalterable salvo disposición o modificación con arreglo a las leyes. En el segundo, de igual suerte, el secreto del protocolo custodia lo actuado con carácter, igualmente, inalterable.

Sobre los Estatutos vasco y catalán vigentes: vid. J. T. BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, «Notas sobre las repercusiones en el campo registral y notarial de los Estatutos vasco y catalán de Autonomía», en *BCNR*, núm. 157/1980, págs. 364 y ss.

(37) Análisis de los Dictámenes en J. MARÍN LÓPEZ, «La ordenación de los Registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2/1994, págs. 111 y ss., separata. Vid. Dictámenes 1987, ed. por Consejo Consultivo, Barcelona, 1988, pág. 168.

(38) Para toda esta materia, vid. GIMENO, *op. cit.*; sobre la Constitución alemana, págs. 1314-1315, sobre la materia procesal, artículo 149.1.6, pág. 1335, y, en general, todo el estudio, que analiza con profundidad y acierto esta trascendente materia.

La doctrina jurídica (y, en especial, la catalana): SALVADOR CORDECH, PUIG SALELLAS, ROCA TRÍAS, LÓPEZ JACOISTE, LASARTE, ELIZALDE, ESPÍN, GIMENO... GIMENO destaca la imposibilidad de aplicación extrarregional de las disposiciones autonómicas en esta materia (efectos de la inscripción en otra Comunidad: prueba, publicidad formal...), unidad del crédito y unidad económica, la Ley de Mercado Hipotecario de 1981 (unidad del tráfico) (39)...

En materia laboral se podrían ver limitados los derechos del personal de los Registradores, ya que, si se divide el cuerpo o se altera singularmente su estatuto orgánico, la inconstitucionalidad podría plantearse por los efectos que provocaría en el Convenio Colectivo, convenio único en toda España y de carácter normativo, suscrito por la Asociación Profesional de Registradores. ¿Cómo van a perder o disminuir sus derechos mediante la alteración de las bases del convenio y sus posibles traslados, impugnaciones y homologaciones? Sólo existe una Comisión de Seguimiento del Convenio, unos exámenes únicos de acceso, un solo sistema retributivo, un canal de promoción interna y traslado..., para todo el territorio nacional.

En definitiva, pues, el estudio del principio de legitimación —y su propia existencia— no puede comprenderse sin su expresa referencia al principio de calificación o legalidad, que actúa de *conditio iuris* de la especial eficacia del sistema tabular, ya que la legislación hipotecaria regula de forma uniforme los aspectos civiles de la publicidad de los derechos reales, sin menoscabo de los Derechos especiales y forales, y va dirigida al Registrador que, como órgano arbitral (profesional del Derecho y funcionario público), realiza su función en los libros oficiales habilitados al efecto y en el lugar demarcado para ello, en el interés constante de facilitar el acceso de los ciudadanos al mismo —inmediación, simplicidad, asesoramiento, información— y bajo su responsabilidad civil (profesional), administrativa (funcionario) y penal (profesional y funcionario). Como decía el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28-6-1962, «las inscripciones registrales y las certificaciones de las mismas, si bien son documentos públicos y auténticos, sin embargo, su eficacia probatoria se halla circunscrita a lo que constituye su esencia y finalidad y, por tanto, *sólo acreditan la actuación del Registrador*, ya que si la inscripción registral tuviera ese valor y eficacia vinculatoria para el Tribunal, sobrarían todos los procedimientos encaminados a poner en armonía el Registro con la realidad extrarregistral» (40). Declaración que destaca al destinatario de

(39) Vid. GIMENO, *op. cit.*, y MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*

(40) Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T. I, ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 345, nota 3 (citado *ut supra*) No produce. pues, como es lógico, la excepción de cosa juzgada

las normas como pieza clave del sistema y viene a reconocer el carácter *iuris tantum* del principio de legitimación, sin pronunciarse sobre la fe pública registral, acentuando el valor probatorio de los asientos, su autonomía y la eficacia de las certificaciones, que invierten la carga de la prueba y, como luego veremos, lo hace con tal intensidad que dependerá del contenido concreto del asiento y de la posición del titular registral en él (fe pública) (41).

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Define GARCÍA GARCÍA (42) el principio de legitimación como «aquel principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces (43), y como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal titular, es decir, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, y en la forma que el propio asiento determina». Es decir, la legitimación registral se configura, doctrinal y positivamente, como efecto sustantivo de la labor profesional del Registrador, que hace público la existencia de un derecho, con la extensión y límites que el asiento contiene (función pública).

Los precedentes históricos de este principio, sin perjuicio de la tecnificación que los autores, las leyes y la jurisprudencia actuales predicán, son remotos y arrancan de la noción misma de publicidad registral, ya que ésta nace como medio de seguridad del tráfico jurídico y de seguridad o esta-

(41) Así la extensión a los datos físicos dependerá de la prueba en contrario y en función del medio de acceso de esos datos al Registro, sin que quepa generalización alguna. Habrá que tener en cuenta si los datos físicos ingresaron en el Registro por manifestación de los interesados —«eficacia *inter partes*» y presunción frente a tercero—, con la debida coordinación catastral —aumento de la fuerza de la presunción—, urbanística —parcelación urbanística, licencia de obra y certificado del arquitecto o municipal, cédula de habitabilidad, de primera utilización de los edificios, de apertura, cédula de calificación, provisional o definitiva de VPO—, agraria —concentración parcelaria, explotaciones agrarias familiares—, de costas —deslinde administrativo—, hipotecaria —tasación pericial del mercado hipotecario secundario—, natural —linderos fijos— o judicial —acción civil de deslinde, resolución sobre la existencia de la obra o cabida y linderos de la finca—. Por ello, no puede decirse que el Registro español carece de base física o que pueden inscribirse fincas inexistentes sin profundizar en el sistema y reduciendo su problemática a sus justos términos, como tendremos ocasión de analizar.

(42) *Op. cit.*, págs. 674 y ss.

(43) Resultado —se sobreentiende— de la calificación sustantiva y formal del Registrador, único responsable del asiento que autoriza con su firma y adquiere autonomía e inalterabilidad por ella, haciendo público su contenido.

bilidad de los derechos reales. La posesión material de los bienes y derechos inmobiliarios revelaba su ineficacia como garantía extrajudicial de carácter preventivo. La clandestinidad, amparada en la libertad civil y en la libertad de forma, daba curso a la judicialización de la contratación pública y privada. La espiritualización del título público mediante la tradición instrumental no limitó, de forma definitiva y directa, la conflictividad social en esta materia. La escritura pública, fuente autónoma de seguridad, necesitaba de la publicidad necesaria para hacer frente a los imperativos del tráfico ordinario, rompiendo la posibilidad de existencia de títulos públicos o públicos y privados contradictorios. Así, las Reales Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana (1528 y 1539) previnieron la institución de la publicidad registral de los censos y gravámenes de toda especie, a cargo de los Escribanos de los Registros de Censos (44), establecidos en Concejos y Ayuntamientos (1528), y luego, además, la de los contratos (1539) (45), determinando la ineficacia judicial de las escrituras que no se inscribiesen en un estrecho plazo de seis días. Es la primera aproximación al principio de legitimación y a su efecto sustantivo procesal. No sólo se regulaba la figura del Registrador como profesional del Derecho encargado de una función pública (46), sino que se señalaba la necesidad de la inscripción como requisito de eficacia sustantiva y procesal de los contratos, más allá de la simple inoponibilidad. Nulidad, dice TORREÁNAZ.

Estos Registros, nacidos con el criterio de territorialidad (origen del folio real), no fueron los únicos instituidos en el amparo de la necesidad sentida en orden a la publicidad. A un tiempo se dispuso, siguiendo pre-

(44) Evidentemente, eran incompatibles para ejercer como escribanos. Es decir, no inscribían sus propias escrituras. A partir de entonces se les denominó Registradores.

(45) Vid. *Leyes Hipotecarias y Registrales*, op. cit., T. II, volumen I, pág. 387, intervención en el Senado del Conde de Torreánaz, LUIS MARÍA DE LA TORRE Y DE LA HOZ, Ex-Ministro de Gracia y Justicia. En 1528 se instauró el Registro de Censos (el de Sevilla, por ejemplo, consta por R.P. de 1701). En 1539, se lleva el Registro en las cabezas de partido. En 1581, por Provisión del Consejo de Castilla, se establece el nombramiento del Registrador por título de S.M. para asegurar la selección y competencia de los Registradores y su llevanza y responsabilidad personal.

Del registro y sello de las Reales Cartas y provisiones del Consejo y la función del Registrador, vid. *Novísima Recopilación*, op. cit. *infra*, T. II, Libro IV, Tít. XIII, págs. 269 y ss. Sobre el Registrador Mayor, T. II, Libro V, Tít. XXI, págs. 452-453.

Sobre los Registros de Cargas y Oficios de Hipotecas, vid. *Novísima Recopilación*, op. cit. *infra*, T. V, Libro X, Tít. XVI, De las hipotecas, y su toma de razón (Reales Pragmáticas de 1528, 1539, 1558, 1713, 1768 y 1777), págs. 105 y ss.

(46) Debía encomendarse en cada cabeza de partido a una persona la llevanza de un libro donde registrase «todos los contratos de censo, compras, ventas y otros semejantes» a fin de embarazar la multitud de pleitos, advirtiendo que de ello dependía la seguridad de todo el Reino y de los vasallos.

cedentes más remotos (47), el Registro del Sello, con carácter centralizado, a cargo de una persona denominada Registrador y con su sede en Simancas, donde se anotasen todas las Cédulas Reales, muchas de ellas de carácter patrimonial (cesiones, donaciones, privilegios, mayorazgos...). Disposición que tuvo otras aplicaciones municipales. De esta forma, en las Reales Ordenanzas de la Ciudad de Plasencia, compiladas en 1548, se instituía, a cargo de un escribano y bajo su responsabilidad civil, la llevanza de un Libro Registro de Dactas, donde se registrasen todas las ventas, cesiones y donaciones realizadas por el municipio a favor de particulares (48). Y si reparamos en el enorme patrimonio de la ciudad y la forma de explotación comunal de su término, podremos valorar la importancia de este Registro.

Más adelante, y sin pararnos ahora en las Reales Pragmáticas de Felipe II, Felipe V y Carlos III o en la institución de las Conservadurías de Hipotecas (49), escribe GARCÍA GARCÍA que las primitivas Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 sólo regularon la legitimación por la vía indirecta de la inoponibilidad de lo no inscrito (50). No obstante, sin impugnar la certeza del aserto y sólo haciendo hincapié en la natural rela-

(47) Los Reyes Católicos y otros monarcas anteriores ya lo llevaban. En el Libro de Privilegios de la Ciudad de Sevilla puede observarse la evolución de la Cancillería Real, donde se registraban cartas y privilegios. Así se evoluciona de la técnica de las confirmaciones a la del visador (persona encargada de visar la copia registrada), para pasar luego al registrador (todos los traslados o copias aparecen firmadas por el registrador). En los traslados del Rey Fernando III se aprecia la evolución en la Cancillería; por ejemplo, en el privilegio numerado bajo el 32, año 1333, aparece el visador, mientras en el número 33, año 1348, se omite, para reaparecer como técnica que va consolidándose. En un traslado de un privilegio de Juan II, en 1412, documento número 64, aparece ya la firma de «Petrus Sancius, legum doctor. Registrada» (Pedro Sánchez, Doctor en Leyes, Registrador)... Por ello, podemos decir que el siglo XIV es el siglo del control de los traslados y el XV de su registro. Se trataba de controlar la expedición de copias de cartas y privilegios, centralizando su registro y traslado, cotejando su identidad con el original, que excede de la mera expedición de copia del protocolo notarial y real itinerante (vid. *op. cit.*, Sevilla, 1993, ed. Ayuntamiento y Universidad de Sevilla, Fundación El Monte, Introducción y Transcripción por FERNÁNDEZ GÓMEZ, OSTOS SALCEDO y PARDO RODRÍGUEZ).

En Cataluña —y para la Corona de Aragón—, puede verse, por su especial interés, la Real Carta de Fernando II, de 10-9-1479, sobre los Escribanos de Registro, donde se separan sus competencias de los Protonotarios (Constitucions de Catalunya, incunable de 1495, *Textos Jurídics Catalans, Lleis i Costums*, T. IV/I, ed. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1988, ed. facsímil págs. 757 y ss., en especial, págs. 766-767 y 770).

(48) Me remito a mi estudio sobre la materia, aún inédito. Vid. Anexo IV.

(49) Que, según ROCA, no adoptaron el sistema de folio real y sus efectos legitimadores se formularon de forma negativa: «los documentos no registrados en ellas eran nulos» (*op. cit.*, págs. 341-342). La Real Pragmática de 1768 se promovió por el Registrador de Madrid (Leyes Hipotecarias..., *op. cit.*, T. II, v. I, pág. 391).

(50) *Op. cit.*, págs. 677-679.

ción entre legitimación y publicidad, la inoponibilidad, *contrario sensu*, suponía la especial eficacia del asiento, en cuanto medio de prueba judicial y extrajudicial, y, por el principio de tracto sucesivo (como indica este autor) y por el de prioridad, un medio autónomo de garantía para los derechos reales susceptibles de posesión. En los derechos formales, el reconocimiento del efecto legitimador de la inscripción (piénsese en la hipoteca) es patente (51).

En cualquier caso, la existencia de los principios de calificación, prioridad, tracto sucesivo, publicidad (52) y fe pública, que hace inatacable la posición del tercero de buena fe que adquiere del titular registral, unida a la interpretación jurisprudencial que recoge ROCA en torno al artículo 1.222 del Código Civil, es indudable que la legitimación registral existía como consecuencia de la protección registral. El titular registral estaba legitimado para disponer y sólo si disponía el titular registral se podía practicar el asiento. La «plusvalía» de la registración, al margen del tercero hipotecario, era incuestionable, y valor de la certificación como medio de prueba también. Señalaba este último autor que la jurisprudencia no supo extraer el principio de legitimación del texto legal —es decir, podía—, fijándose sólo las resoluciones en el principio de calificación. El TS destacaba que la legislación hipotecaria y el asiento, en suma, era resultado de la actividad profesional del Registrador, sin advertir en los múltiples efectos de su sustantividad, independencia y autonomía, ya que, una vez firmado, hace público su contenido íntegro, añadiendo al derecho una especial eficacia, que trasciende del tercero al propio titular y vincula al transmitente, privándole de su capacidad dispositiva. La sustantividad como medio de prueba y posición inatacable frente al antiguo titular registral y al tercero. Independencia, porque es inalterable (como el protocolo notarial). Autonomía, ya que permanece en el folio real, aún producida su cancelación y forma parte del historial jurídico de la finca con carácter permanente, al margen del plazo de vigencia del asiento (anotación, inscripción, nota marginal).

Otra cosa es que su formulación técnica expresa arranque de la Ley Hipotecaria de 1909 y adquiriera carta indubitada de naturaleza, como eje del sistema protector del Registro, en la Ley de 1944. Los artículos 24 y 41 de la Ley de 1909 acentuaron el efecto sustantivo de la inscripción, extendiéndolo de la eficacia frente a tercero a la eficacia *inter partes*,

(51) ROCA se refiere a los artículos 17, 20 y 156 de la Ley de 1861. prioridad, tracto sucesivo y subsistencia de las hipotecas mientras no se cancelen, reconociendo un cierto efecto legitimador, además, en la necesidad del Registrador de calificar los asientos registrales vigentes y en la protección del tercero de buena fe (art. 34). que no es poco (*op. cit.*, págs. 342 y ss).

(52) Subsistencia de la hipoteca (art. 156 LH de 1861).

como escribe DE LA RICA (53). Y alude a la necesidad de demandar al titular registral en los procedimientos civiles y de apremio, solicitando la cancelación expresa del asiento contradictorio. Ahora, pues, el legislador ha dado el paso definitivo de sistematizar las ventajas inherentes a la publicidad registral, desarrollando su eficacia protectora para la seguridad de los derechos y del tráfico jurídico. Ha querido que la prevención se exprese sin esperar a la evolución jurisprudencial abierta a raíz de la Ley de 1861. El crédito territorial y la libre circulación de bienes, la tranquilidad privada de los ciudadanos en la estabilidad de sus derechos, la tutela judicial efectiva de sus intereses legítimos, que postula el amparo de la titularidad publicada frente a la clandestina (notificación al titular registral y cancelación, en su caso, del asiento). Difícilmente, en cualesquiera sistema, se comprende que la acción judicial no comporte la reforma de la publicidad registral, el reconocimiento por la sociedad de la plena eficacia de la sentencia, evitando la discordancia entre el poder dispositivo formal del titular registral frente al verdadero propietario que la sentencia proclama, y arriesgando esa proclamación en base al artículo 34, que sustantiviza frente a todos —incluso frente a la sentencia firme y ejecutoria— la declaración de titularidad que el Registro publica. Los propios Tribunales habrían reconocido su necesidad en la práctica forense, aún, insistimos, sin formulación positiva (54).

La Ley de Reforma Hipotecaria de 1909 contiene en sus artículos 15 y 16 el principio de legitimación en su formulación técnica. Es más, el artículo 15 establece una presunción posesoria a favor del titular dominical de notable eficacia frente a tercero, gozando de los derechos consignados en el Libro 2.º el Código Civil, siendo mantenido en la posesión por los Tribunales, con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado en la misma, en su caso, judicialmente por el procedimiento del Título XIV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 16, por su parte, establece la necesidad de que las acciones contradictorias del dominio se ejerciten contra el titular registral, solicitando la cancelación de la inscripción respectiva. Los procedimientos ejecutivos o de apremio se sobreseerán si no se dirigen contra el titular registral (que refleja la interconexión legitimación/tracto sucesivo).

(53) R. DE LA RICA Y ARENAL, «La reforma hipotecaria. su contenido y alcance», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Tomo III, Fuentes y Evolución, Leyes de 1944 y 1946, ed. Castalia, Quinto Centenario, Colegio de Registradores, Madrid, 1990, págs. LI y ss.

Antes también podría extraerse en los términos expuestos.

(54) En las primeras Leyes Hipotecarias la legitimación aparece recogida, asimismo, en las normas relativas a la inscripción de las informaciones posesorias que, en base a su acceso al Registro, determinaban, transcurrido un determinado plazo, la conversión en inscripción de dominio.

El Texto Refundido de la Ley de 1909, en su artículo 24, reproduce el artículo 16 y en su párrafo primero dispone: «No podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa la Ley Hipotecaria, cuando haya de perjudicar a tercero». Los restantes párrafos reproducen el resto del artículo 16, pasando el contenido del artículo 15 al 41.

El Reglamento de 1915 recoge las exigencias de la constatación de la causa y de la posesión actual en el Registro (art. 25) y la subsistencia de los derechos inscritos en tanto no se cancelen (art. 149). El artículo 51, por su parte, dispone que «los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad», reconociendo expresamente un efecto típico de la legitimación, resultado de la publicidad registral (55).

El Real Decreto-Ley de 13-6-1927 modifica, como expresa su Exposición de Motivos, los efectos de la legitimación en materia posesoria, estableciendo el carácter de presunción *iuris tantum* de la misma, en contra de lo dispuesto en la Ley de 1909, que impedía la existencia de un poseedor legítimo al margen del Registro. Y el Real Decreto de 17-7-1927 adapta el Reglamento de 1915 a la nueva reforma, redactando, en consonancia, el artículo 100, que regula el ejercicio de la acción real registral para obtener la posesión judicial del inmueble o derecho inscrito, y reconociendo plena eficacia y validez a la certificación como *título* en el artículo 101, según interpreta ROCA (56).

En definitiva, son imperativos de orden público los que determinan al legislador, desde 1528 a 1909, excluyendo otros precedentes más remotos, a dictar una serie de normas dirigidas a regular el ejercicio profesional de la actividad personal del Registrador, su formación jurídica, su independencia y la eficacia de la publicidad de los asientos que practica en los libros y que trascienden al mundo sustantivo de la protección jurídica extrajudicial (función pública), en el largo camino de buscar los medios adecuados para obtener la seguridad jurídica, asegurando el tráfico y la estabilidad de los derechos. Así, se dispuso la ineficacia y nulidad de los títulos no inscritos en un determinado plazo, a instancias de las Cortes, en 1539; se reguló la necesaria publicidad registral

(55) Vid. ROCA, *op. cit.*, pág. 348.

(56) *Op. cit.*, pág. 349. La validez de las certificaciones, a pesar de determinada jurisprudencia del TS, que ya hemos expuesto (referida al concepto sustantivo de prueba procesal), es incuestionable como único medio fehaciente de acreditar el contenido del Registro y en cualesquiera sistemas registrales.

de las cargas y gravámenes, y se intentó, por distintas vías, resolver el problema de la posesión de los bienes inmuebles, en cuanto el proceso desamortizador y la codificación civil habían planteado, de forma general, el problema de la protección jurídica de los poseedores inmemoriales, carentes de títulos idóneos para enervar la posición del propietario que accedió directamente al mercado de la libre circulación de los bienes, principio económico y social que salvaguardaba la igualdad entre los ciudadanos.

La extensión de la eficacia de los asientos, que sustantivizan la publicidad oficial de la detentación de los derechos reales, una vez calificados y firmados por el Registrador, seguía siendo un problema judicial, en cuanto grandes masas de bienes no hubieren accedido al Registro y señaladas titularidades fueran contradictorias con su contenido. La identidad del objeto, la posesión material del mismo, replanteaba los caminos a seguir en los albores del presente siglo. ¿Debía acceder al Registro la posesión material o de hecho?, ¿debía presumirse contra tercero?, ¿estaban, con arreglo a la ley, obligados los Jueces a no admitir los títulos no inscritos?, ¿era posible y deseable la inscripción constitutiva postulada desde 1539?, ¿dónde estaba el equilibrio de la seguridad del tráfico y de la tutela judicial?... Ante esta problemática, el legislador en 1944 vuelve a acometer la tarea de tecnificar la legislación hipotecaria adecuándola a la idiosincrasia nacional. La inscripción sería voluntaria. Los Tribunales no admitirían títulos sin inscribir. La titulación debe ser auténtica, destacando la importancia del instrumento público como eje de la seguridad preventiva extrarregistral. La posesión de hecho no accedería al Registro ni se presumiría en el titular registral. Los derechos formales carentes de posesión serían objeto de inscripción constitutiva. El asiento registral gozaría de autonomía, y su independencia se asegurará por los Tribunales, añadiendo toda una suerte de efectos sustantivos a la inscripción, conforme a nuestra tradición jurídica. El titular registral podrá ejercer una acción especial para hacer valer su derecho, que cifra la «plusvalía» añadida por la publicidad mediante la calificación del Registrador. Se excluyen los derechos personales y las menciones de derechos reales. Se garantiza la libre circulación de bienes y el acceso directo al crédito territorial y desaparecen los viejos tópicos sobre si el Registro es un Registro de cargas o de derechos que olvidan los precedentes históricos (1528) y parten de la ficción de la eficacia exclusiva frente a tercero, como si una carga no se impusiese sobre un derecho inscrito previamente o como si la titularidad de un derecho subjetivo no comportara a un tiempo responsabilidad... No inscribo, para que no me embarguen. Inscribo, para hipotecar. Dialéctica que desconoce la eficacia sustantiva del principio de legitimación, la inatacabilidad de la fe pública registral y la nece-

saría estabilidad de los derechos reales [transparencia (57) y protección].

En esta situación se aborda la reforma de 1944-1946.

3. LA LEY HIPOTECARIA DE 1944-1946

Como señala DE LA RICA (58), la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 establece con precisión el principio registral de legitimación, reconduciendo a sus justos términos la presunción posesoria y establece, por un lado, la presunción de exactitud e integridad de los asientos del Registro, que el titular registral posee el derecho inscrito (presunción *iuris tantum*), y goza de una acción especial para reivindicarlo. Por otro, se erradican las informaciones posesorias, se introduce el expediente de dominio, el acta de notoriedad, la prescripción *secundum tabulas*, la protección judicial de los asientos (59), su vigencia mientras no se cancelen, la conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio por simple transcurso del plazo establecido (efecto de la legitimación registral) y el procedimiento de rectificación del Registro y sus causas (inexactitud). El Texto Refundido es de 1946.

Dice el artículo 24 de la Ley de 1944 que: «A todos los efectos legales se presumirá que todo derecho real inscrito en el Registro existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento registral respectivo. En igual forma se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos» (párrafo 1.º) (60). Las acciones contradictorias del dominio de inmuebles o derechos reales no podrán ejercitarse contra el titular registral, si no se entabla demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio. Y la nulidad deberá fundarse en alguna de las causas taxativamente previstas en la Ley Hipotecaria, cuando haya de perjudicar a tercero (párrafo 2.º). Los procedimientos ejecutivos o de apremio se sobreseerán si los bienes o derechos se hayan inscritos a favor de persona distinta del demandado y así consta por manifestación auténtica (61) del Registrador (párrafo 3.º).

(57) Interés público y social. vid. *Informe de la Unidad Especial contra el Fraude*, Agencia Estatal Tributaria, págs 183 y ss. (Madrid, julio 1994).

(58) *Op. cit.*, págs. Ll y ss.

(59) Como observa AMORÓS, se trata del asiento, no de la titularidad registral exclusivamente, que, es obvio, forma parte de él

(60) El vigente artículo 38 introduce algunas modificaciones en su redacción de carácter formal (Ley de 1946)

(61) El artículo 38 vigente habla ya de certificación

El artículo 41 de la misma Ley dispone en su párrafo 1.º: «Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución contra todos los que no inscribieron sus títulos y se opongan al derecho inscrito o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente» (párrafo 1.º) (62).

De esta forma, el equilibrio jurídico, sustantivo y formal, que la publicidad registral ofrece a los derechos reales, se fue decantando a través del principio de legitimación, medio activo de seguridad en los sistemas de inscripción voluntaria, donde la eficacia es motor de la inscripción, sin caer en los radicalismos utópicos de hacer de la publicidad único medio de la existencia de los derechos. Sobre todo, en lo que afecta a la propia realidad social del dominio y su protección constitucional y judicial, donde se abarca una situación pluriforme de derechos personales (privacidad, intimidad) e intereses públicos (control). De hecho, puede decirse que, en base a los principios hipotecarios, la inscripción constitutiva no es necesaria, por no aportar margen alguno de seguridad extrajudicial a la contratación privada, ya que, en la actualidad, existen medios suficientes de protección, y el formalismo absoluto llevaría a un nuevo tipo de conflictividad social y a la judicialización del campo de las obligaciones como vehículo del derecho real, donde el compromiso privado, el acuerdo de voluntades, centraría las demandas, sin añadir *plus* alguno de seguridad sobre el sistema preexistente. Y la tutela judicial efectiva se vería avocada a redefinir los términos legales, como ocurriese en 1539. Basta, en definitiva, con provocar el mismo efecto por otros medios que no produzcan esos inconvenientes: legitimación, fe pública, inoponibilidad (frente a tercero y ante los Tribunales y Administraciones Públicas), tutela judicial...

4. PUBLICIDAD Y PROTECCION JURIDICA

Hemos querido reconducir el estudio de la legitimación a la publicidad registral, en cuanto aquella es resultado de ésta, y asegura la autonomía, sustantividad e independencia de los asientos registrales y su íntegro y exacto contenido. Al principio de estas líneas destacábamos cómo José

(62) La validez de la certificación a efectos ejecutivos (arts. 24 y 41) muestra la autonomía del asiento registral y la labor profesional del Registrador, que se patentiza a través de la calificación, antes de inscribir un documento auténtico que pretende su acceso al Registro (cuando el Registrador analiza el contenido de los asientos practicados), y, después, cuando el Registrador revela el contenido de éstos mediante la publicidad formal.

El artículo 41 vigente contiene algunas modificaciones sobre este texto.

MANUEL GARCÍA GARCÍA había agotado el tema, en un profundo análisis técnico de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, y de mi intento de dar un nuevo enfoque basado en el replanteamiento de sus consecuencias.

A veces, se ha dicho que la publicidad registral es un medio de protección de la simple apariencia y se basa en un sistema de presunciones. Yo quisiera ir más allá, añadiendo que todo el Derecho es un sistema de presunciones, en la misma medida que su reconocimiento judicial se fundamenta en la prueba, de hecho y de derecho, por lo que, en materia de publicidad, y en el ámbito del desarrollo pacífico de las instituciones, esas presunciones no son artificiosas entelequias del legislador, sino el reflejo jurídico articulado de la realidad social. Y sólo es presunción en cuanto se pueda impugnar el ejercicio, ordinario o no contencioso de los derechos. No es que se proteja la mera apariencia, sino que ésta es la forma externa de la realidad ontológica de la existencia de los derechos. Es el reconocimiento social de una realidad jurídica. Por ello, presunción, apariencia, son términos de carácter judicial, y la resolución judicial, incluso, destruida la presunción y amparada la apariencia, puede también referirse a un derecho inexistente. Quiero decir con ello que la forma como necesario resultado de la sustancia no pertenece a un mundo ficticio y apartado. Es la articulación jurídica de la realidad social sobre un hecho físico o un deber jurídico. No es, pues, algo postizo o añadido al derecho. Es el propio derecho que se exterioriza de una forma determinada, cuya eficacia se determina por el legislador, en base a los distintos niveles de protección que la necesidad social demande. Y esos niveles de protección producen un efecto social y económico concreto, y por tanto más allá de la forma inerte y vacua.

La publicidad es, en definitiva, un requisito de existencia, de eficacia o de ejercicio de los derechos y, ello, en función del tipo de derecho y el grado de seguridad preventiva extrajudicial que el ordenamiento jurídico arbitre. Pero, eso sí, hasta en las situaciones más rudimentarias y débiles, la posesión, la publicidad es la única garantía del mantenimiento de la relación jurídica entre un sujeto y un objeto determinados. La posesión de mero hecho es, pues, la publicidad de una realidad física, que, una vez impugnada (inquietada, se decía por los autores), pone en marcha un juego de presunciones o deducciones (consecuencias jurídicas) acreditables por distintos medios (testigos, títulos, inscripciones...). Y así no puede predicarse de los derechos su existencia clandestina, ya que de su contradicción surgirá la publicidad necesaria y formalmente expresada (verbalmente o por escrito).

En este mismo marco de publicidad, se encuadra la publicidad registral, publicidad civil establecida por razones de orden público inmobiliario para garantizar el normal ejercicio de los derechos reales subjetivo, en ejecución de una serie de principios superior (igualdad, intimidad, privaticidad, esta-

bilidad de los derechos, crédito territorial, libre circulación de bienes, libertad civil y de formas...) que obligan a su tratamiento especial (legislación hipotecaria) y uniforme (unidad jurídica y económica). No puede haber, pues, disparidad de efectos sustantivos en base a distintas publicidades registrales. Sólo existe un medio, que no es un Derecho formal, sino material, garantizado procesalmente (aunque en determinados casos se pruebe su inexactitud), ya que es imposible ir más allá de la propia esencia de los derechos en la articulación de sistemas de protección.

Por ello, hablamos de publicidad material y publicidad formal para referirnos a dos aspectos de una misma figura jurídica, y de efectos sustantivos y procesales de la publicidad (legitimación) para destacar que no existe derecho sin acción y que, una vez impugnado un asiento, los canales de defensa de su contenido vienen procesalmente predeterminados. Ese es el gran logro de la Ley de 1944, tecnificar jurídicamente los efectos procesales y materiales de la inscripción, resultado de la autonomía del asiento que en sus Libros practica el Registrador.

También hablamos de realidad física y realidad jurídica, y dentro de ésta, de realidad jurídica registral y extrarregistral, para significar que la realidad física se puede reflejar en una sentencia o resolución judicial, en una escritura pública, en un documento privado o administrativo, o en un plano cartográfico o digital, pero esa realidad, como situación de mero hecho, sólo su más exacto reflejo contiene, nunca su materialidad física. Perogrullada de especial trascendencia a la hora de determinar los efectos jurídicos de los datos de hecho que contienen los asientos y el distinto grado de protección que el Registro ofrece, según el medio de acceso, en cuanto judicialmente así se valora en orden a la apreciación de la prueba contraria a su dictado. En el concepto *iuris tantum* de las presunciones sobre la realidad física existe un amplio margen de variabilidad y eficacia, puesto que según el origen de la misma, será superior su fortaleza y más difícil, en consecuencia, su posible destrucción. Cualquier otro camino, aún estableciendo un grado de coordinación tal que el legislador declarara que la presunción es *iuris et de iure*, su formalismo no resistiría la inexistencia material del objeto físico a que se refiere. Circunstancia que aconseja el reforzamiento de la primera presunción, en contra del distanciamiento, formal y teórico, de la realidad, como muestra la reforma de 1927 en cuanto a la posesión de hecho del titular registral mantenida por los Tribunales, que iba más allá de un medio de desposesión del poseedor material, si la realidad lo contradecía, pero nunca de un continente real de algo tangible. En este mismo sentido, la necesidad de que cuando se interponga acción contradictoria del dominio inscrito (art. 38.2 LH), se ejercite previa o simultáneamente una acción dirigida a la cancelación del asiento registral vigente, ha dado lugar a la espiritualización del requisito expreso exigido por la letra

de la Ley, entendiendo el TS que si la demanda contradictoria del dominio inscrito va dirigida precisamente contra el titular registral, se entiende implícita la solicitud de cancelación del asiento contradictorio (Sentencias de 3-6-89, 23-1-89, 5-5, 6-7 y 24-11-1988). Obviamente, a pesar del dictado formal de la norma, si se declara el dominio a favor del demandante y la demanda se dirige contra el titular registral, el reconocimiento judicial sería ineficaz de no tener acceso al Registro la sentencia, ya que la Ley exige ese requisito con carácter previo o simultáneo, imposibilitando su acción ulterior, por lo que la STS de 3-6-89 señala que, en contra de la anterior interpretación rigorista, debe considerarse implícita la solicitud «desde el plano hermenéutico, jurídico-social», en una interpretación «flexibilizadora del tráfico jurídico». Interpretación que no contradice la finalidad de la norma, que pretende la coordinación de la realidad jurídica registral con la extrarregistral. En el momento actual, ello es tan patente que el requisito se hace implícito, ya que, tras vencer en juicio, si el propietario no inscribe, sigue manteniendo a un tercero en la titularidad dispositiva formal.

Todo este entramado legal y jurisprudencial, que sólo, y por razones de tiempo, vamos a poder esbozar, parte siempre de que esos efectos sustantivos y formales de la publicidad obedecen a la rigurosidad de la calificación registral del documento ajeno, que entraña el ejercicio profesional de una función pública arbitral y es, en esta medida, medio de seguridad preventiva. De tal suerte que constituye la *conditio iuris* de todo el sistema tabular y la preocupación constante del legislador, que sabe que las normas tienen un destinatario concreto, y sin su labor, el efecto sustantivo, judicial y extrajudicial, quedaría súbitamente limitado, con un aumento exorbitado de los contenciosos civiles y administrativos. El efecto, en definitiva, parte de una concreta causa, la independencia y responsabilidad del Registrador.

La publicidad registral aparece, así, como un requisito de distinto orden, según la naturaleza del derecho publicado. Será requisito de existencia, en los derechos y regímenes jurídicos no susceptibles de posesión material [hipoteca, propiedad horizontal (63), régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (64), derecho de opción, derecho de superficie...: inscripción constitutiva]. Requisito de eficacia en los derechos susceptibles de posesión física (dominio, usufructo, censo...: inscripción voluntaria). Sin la inscripción, el propietario se ve privado de la protección registral (legi-

(63) A pesar de que la Ley no lo declaró expresamente, al contemplar la situación anterior a su vigencia. Sí lo es de hecho, aunque sólo sea por un detalle menor, pero trascendente para legalizar sus libros de actas (tracto sucesivo).

(64) Sea derecho real o personal. En otro caso, la eficacia antifraude de la norma —razón de la intervención comunitaria— se vería desprovista del único medio de control de la legalidad: regularidad urbanística, sociedad de servicios, derechos y obligaciones, cargas..

timación, fe pública...) y del acceso al crédito, por lo que su derecho puede devenir ineficaz frente a tercero, frente a los Tribunales (art. 313 LH, los Tribunales deben exigir la previa inscripción de los documentos de que conocen) frente a las Administraciones (art. 313 LH), e incluso frente al transmitente (fe pública). Por último, la publicidad es un requisito de ejercicio de los derechos, en cuanto la protección judicial de los asientos asegura la posesión, pública y pacífica (art. 38 LH), y la estabilidad de la titularidad (notificación al titular y al domicilio registrales de cualquier acción), facilitando la prueba judicial y extrajudicial de su existencia (publicidad formal).

A. PUBLICIDAD MATERIAL

La expresión «publicidad material» alude al efecto sustantivo de la inscripción, que incorpora la «plusvalía» de la calificación de la validez del negocio jurídico (capacidad o consentimiento, objeto, causa, historial registral previo, forma auténtica y contenido real del derecho) y de la exclusión de los pactos personales, abusivos, oscuros o nulos (65).

Esta publicidad material se representa, fundamentalmente y por lo que ahora nos interesa, en tres principios hipotecarios, y se ampara en la tutela judicial efectiva. Los asientos extendidos y suscritos por el Registrador adquieren autonomía propia y son inalterables, salvo por los cauces y con las limitaciones legales establecidas. Y el titular registral incorpora, *per se*, un poder de disposición, activo y pasivo, cualificado por el contenido del asiento.

Son estos tres principios: legitimación, eje del sistema, fe pública e inoponibilidad.

a) *Legitimación*

La legitimación es el eje del sistema registral, como repetidas veces hemos destacado, porque supone el reconocimiento técnico de la eficacia sustantiva de la publicidad, en su versión defensiva y ofensiva. Es resultado de la existencia de la publicidad como forma natural de exteriorización de los derechos y se formula técnicamente como conjunto de normas y disposiciones que garantizan frente a todos (partes y terceros) la estabilidad del contenido del asiento (seguridad del derecho) y la seguridad del tráfico

(65) Sin ella, por ejemplo, no se comprenderían los procedimientos sumarios hipotecarios o especiales (vid Anexo I).

jurídico (seguridad activa y pasiva), de modo que la inoponibilidad y la fe pública son efectos reflejo de la misma, haciendo inatacable ese contenido tabular, que la realidad jurídica misma revela. Hablar, pues, de la realidad extrarregistral no es más que una entelequia: el mundo clandestino de la realidad jurídica, privada de publicidad y de sus presupuestos de existencia, ejercicio y eficacia, en cuanto se ha de hacer valer contra el estado tabular por medio de un procedimiento contencioso, que no en todo caso va a privar de efectos a la realidad registral (fe pública) y que dificulta la prueba en contrario en la misma medida que habilita medios autónomos de defensa.

No es que la legitimación, como decía la STS de 2-12-1951, produzca efectos sustantivos o materiales y procesales, aunque doctrinalmente su distingo facilite el estudio (66), sino que ese contenido sustantivo e inalterable del asiento mejora la posición del titular registral, al hacer público el Registro la exteriorización de la existencia de un derecho válido, eficaz y en ejercicio, frente a las demandas judiciales (aquí se habla de efecto procesal), a las Administraciones Públicas (expedientes urbanísticos, de expropiación forzosa, ayudas y subvenciones, acceso a la vivienda, deslinde de Costas...) y frente al transmitente y al tercero. Es decir, la legitimación dota al titular de las acciones judiciales pertinentes, de los medios procesales de prueba (certificación) y de los medios extrajudiciales de defensa y mantenimiento del derecho (supuesto ordinario, no patológico).

El contenido del asiento publica la exactitud e integridad del derecho (incluida la posesión jurídica) (67), salvo prueba en contrario. La presunción no es la legalización exclusiva de la apariencia, desconectada de la realidad jurídica sustantiva, sino el nombre que define la fortaleza del reconocimiento legal de una situación jurídica que la publicidad exterioriza. La legislación hipotecaria no suplanta la legislación civil, ni la complementa, ni la refuerza, es la forma organizada, por razones de orden público, de sistematizar la publicidad natural de los derechos, dentro de un cuerpo orgánico uniforme y único, dotando a los propietarios y titulares civiles de derechos reales —y a los acreedores— de los medios idóneos para la ordenación económica de sus intereses particulares. En ese sentido, también es Derecho civil, pero Derecho civil especial, provisto de los instrumentos

(66) Vid. ROCA, *op. cit.*, págs. 350 y ss., y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 679 y ss.

(67) La posesión de hecho como realidad material o física es resultado de la prueba procesal. Nunca existe un poseedor en el mundo del Derecho distinto al titular registral, mientras no haya oposición judicial y se haga o pueda hacer valer contra él. Por ello, se excluyó la posesión de mero hecho del Registro, por su inutilidad. Otra cosa, más trascendente es la prescripción *secundum tabulas*, que supone el reconocimiento en el derecho de propiedad inscrito del ejercicio del mismo, a título de dueño y de buena fe (la posesión de hecho y de derecho). La prescripción *secundum tabulas* vence la posesión de hecho (con o sin justo título, con o sin mala fe) y la predica del titular registral.

necesarios para hacer valer los principios constitucionales y la igualdad intrínseca de los ciudadanos. Es, en suma, derecho privado ordenador de la actividad económica dentro de un Estado.

La garantía de los derechos que la legitimación comporta, abarca todo el contenido del asiento registral, y, por tanto, los datos físicos y jurídicos que publica, así como las circunstancias personales que afectan al estado civil de las personas, con el respeto debido a la intimidad y privacidad, que el tratamiento profesional de la publicidad formal realizado por el Registrador, previa calificación de su contenido, asegura (68).

El principio de legitimación, según GARCÍA GARCÍA (69), se formula en tres artículos básicos de la Ley: el 38, el 97 y el 1. Por el primero, «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos». Es decir, el contenido del asiento, salvo prueba en contrario y en términos expresados, es exacto e íntegro en cuanto al derecho se refiere (datos físicos y jurídicos: «en la forma determinada por el asiento respectivo»). Por ello, la descoordinación entre la realidad registral y extrarregistral se denomina «inexactitud», y su coordinación sólo puede llevarse a cabo por los medios del artículo 40 (70).

Por el segundo, artículo 97, «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere». Salvo prueba en contrario y con la posibilidad de hacer valer contra el titular registral (fe pública). Es decir, cancelado el asiento, desaparece la publicidad del derecho y siendo ésta natural o consustancial a su existencia, no cabe otro remedio que declarar su extinción.

Por el tercero, artículo 1.3.º, «los asientos del Registro... están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Esto es, no se trata de reconocer dos mundos, el del Derecho civil puro y el del Derecho hipotecario que llevaría a un ordenamiento jurídico contradictorio y paradójico, sino de arbitrar medios de hacer constar en el mismo Registro la exactitud. No se habla de nulidad o inexistencia, sino de inexactitud, que deberá acreditarse, bajo el amparo judicial de los asientos, resultado de la calificación sustantiva de los contratos y derechos. Si el contrato era nulo —declarado judicialmente—, el asiento es inexacto y debe rectificarse, sin

(68) Vid. *infra*.

(69) *Op cit.*, pág. 677.

(70) En la dicción de este artículo la inexactitud comprende la parcialidad comprobada en el contenido del asiento (la integridad y la exactitud).

perjuicio de la fe pública registral. Pero esa rectificación tiene un cauce marcado legalmente, una vez firmado el asiento, su contenido se sustantiviza por mor de la publicidad y del que contrata o actúa en base a ella.

A estos tres artículos pueden añadirse otros, consecuencia de su eficacia. Así el artículo 313-1.º: «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado no admitirán ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro... si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito...». Obviamente ello es resultado de la legitimación en cuanto la publicidad registral es connatural al derecho, y de nada serviría su admisión, si el titular registral es otro y está protegido por el Registro. Se trataría de incongruencia judicial o administrativa admitir un estado patológico del derecho, privado de su necesaria publicidad, haciendo inejecutable frente al titular registral la resolución o reconocimiento judicial o administrativo. Sus precedentes se remontan al Registro de Cargas de 1528. Otro caso distinto es el de las demandas judiciales entabladas contra el titular registral, donde precisamente la resolución va a hacer valer el derecho del demandante ante la negativa del titular registral a otorgar la escritura pública. La anotación previa de la demanda se impone, busque el demandante la compulsión a ese otorgamiento o la resolución del contrato, para asegurar la plena eficacia de la resolución judicial (indemnización, fe pública, cargas anteriores).

De igual modo, siendo la legitimación la oponibilidad, judicial y extrajudicial, del derecho inscrito en los términos que publica el asiento, el artículo 32 formula, de modo negativo, el mismo principio con carácter expreso y general, ya que en el artículo 38 no se hace positivamente, aunque el artículo 41 dote de acción judicial especial al titular inscrito.

El artículo 33, finalmente, es redundante y sólo obedece a la necesidad del legislador de «curarse en salud», dictando un artículo que distorsiona el entendimiento de los incautos, estando implícito en el 18 y 38 y excepcionado en el 34. No hace sino reforzar la calificación sustantiva del Registrador y su necesidad, como prueban los escasos supuestos de aplicación (yo no conozco ninguno) y, tal vez, sólo atienda a la simulación desde un punto de vista abstracto y doctrinal.

Finalmente, sólo me resta destacar el refuerzo de la legitimación que contienen algunas recientes disposiciones, destacando la autonomía del asiento, cuyo contenido se hace valer frente a todos por medio de la certificación del Registrador. Nos referimos al inciso final del último apartado del artículo 5 de la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de los préstamos con garantía hipotecaria, que, en plena congruencia con el sistema registral, prohíbe, para evitar trámites ineficaces, en el caso de subrogación, la aportación del título que causó la inscripción. Ello es lógico si

se tiene en cuenta que la hipoteca se constituye por la inscripción y sólo en el asiento queda reflejada la extensión del derecho real, siendo, en consecuencia, la certificación el único título que habilita la ejecución sumaria, judicial y extrajudicial.

b) *Fe pública registral*

El que la publicidad natural del derecho determine la legitimación del titular registral para actuar en el tráfico jurídico, impuso la necesidad, en las legislaciones más avanzadas, de mantener la confianza legítima del que contrata en base al asiento del Registro (integridad y exactitud), por seguridad y agilidad del tráfico, mediante la excepción de fe pública registral, que convierte la presunción *iuris tantum* del artículo 38 en presunción *iuris et de iure* en el 34, cuando concurran las circunstancias en él previstas.

En este supuesto, la legitimación se sustantiviza *erga omnes*, excluyendo la inexactitud y dotando a la titularidad de fuerza inatacable. La nulidad del título del transferente no priva de validez a la adquisición que un tercero realiza en base al contenido del asiento. La publicidad del derecho se antepone a la nulidad del antetítulo, restando virtualidad al artículo 33 y por razones de orden público superior (seguridad del tráfico).

La prevención legal arranca del propio Código Civil, artículo 1.473, solucionando, en el caso concreto, el problema de la doble venta, como situación patológica de la contratación fraudulenta y sin perjuicio de la acción penal por estelionato (art. 531 del Código Penal) y civil de resarcimiento de daños y perjuicios. No obstante, el engañado y no protegido cuenta con el artículo 432.1.º d) del Reglamento Hipotecario y la eficaz información que puede prestarle el Notario y el Registrador (Real Decreto 1558/1992 y art. 354 RH).

c) *Inoponibilidad*

El artículo 32 contiene, según indicábamos, la formulación negativa del principio de publicidad material que la legitimación comporta. A veces, se ha entendido por la doctrina que es innecesario, en base a sus precedentes históricos de los Registros de Cargas y de Derechos y de las Contadurías de Hipotecas. Sin embargo, al margen de la discusión doctrinal sobre el tercero que pone en conexión este artículo con el 34, es indudable su utilidad por la claridad de su contenido, que cierra todo el sistema de publicidad registral y aporta un importante servicio en materia administra-

tiva, en general, y de disciplina urbanística, en concreto, como hemos estudiado en otro lugar (71).

La oponibilidad de lo inscrito (art. 32 *sensu contrario*) muestra la eficacia de la publicidad de la irregularidad o regularidad urbanística de parcelaciones y declaraciones de obra nueva, en contra de una noción indefinida de «mera publicidad» o «publicidad-noticia», estudiada por CHICO Y ORTIZ, LASO MARTÍNEZ y ARNAÍZ. La publicidad registral del acto civil válido y de la ilicitud o licitud administrativa, como contenido del asiento, está sujeta a las reglas de la legitimación y produce efectos frente a tercero, e incluso frente a la Administración, si bien en este caso se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios por la declaración de nulidad de la licencia, y, según el tipo de nulidad, ya que el Texto Refundido de la Ley del Suelo prevé, incluso, la protección del tercero del artículo 34, resolviéndose la nulidad en una indemnización pecuniaria a cargo del infractor o sus herederos, extrarregistralmente, por razón del exceso de construcción. Por todo ello, la publicidad de los actos urbanísticos es publicidad-efecto, en terminología de CHICO Y ORTIZ y en cuanto vinculan a las partes, a los terceros y a la Administración.

d) *Tutela judicial efectiva*

La tutela judicial efectiva, mediante la salvaguarda de los asientos del Registro por los Tribunales, ha sido recientemente tratada por ARNAÍZ EGUEREN, y se fundamenta en el contenido del asiento registral hasta el punto de que el TC ha declarado en Sentencia de 20-4-1988; que otorga el amparo a un recurso planteado por indefensión motivada por la falta de notificación de la demanda al domicilio registral, que como domicilio público no puede ser ignorado. Es decir, la publicación por el asiento de un domicilio determinado arbitra un medio de defensa para el titular registral, como corolario de la extensión de la legitimación a la integridad del contenido del asiento, contenido que es exacto, salvo prueba en contrario. De esta manera, la tutela judicial efectiva y el amparo constitucional ha hecho posible que el Alto Tribunal, en la protección de los derechos fundamentales, reconozca expresamente la eficacia del principio de legitimación, en punto tan importante como la notificación al demandado en el domicilio que consta en el Registro. Importancia del domicilio, siquiera destacada en el orden de los procedimientos de ejecución hipotecaria (art. 130 LH).

(71) Disciplina urbanística y protección del consumidor. *Anales de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Las Palmas*, T. I, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1992

B. PUBLICIDAD FORMAL

Si la publicidad registral es una forma predeterminada de exteriorización de los derechos reales, su contenido material se hace valer mediante el tratamiento profesional de los asientos que hace el Registrador, previa calificación jurídica de lo que el Registro publica, garantizando la protección de la intimidad y privaticidad y aplicando el concepto de «interés conocido» que el artículo 221 LH establece (72).

La importancia de la publicidad formal, que incorpora el efecto sustantivo (material y procesal, judicial y extrajudicial) de la legitimación, no necesita destacarse: el tráfico económico privado depende de ella. Es medio de garantía real de préstamos e información necesaria para obtener créditos y préstamos personales. Habilita para el acceso a la vivienda protegida socialmente (publicidad negativa de titularidad). Es objeto de atención por parte de los acreedores públicos —Ayuntamientos, Seguridad Social, Hacienda...— y privados. Canaliza las ayudas agrícolas, interiores y comunitaria. Abre paso a la ejecución y al apremio. Y, en fin, un largo etcétera, donde se ensartan intereses de Poderes Públicos con los particulares en su obtención.

a) *Publicidad, intimidad y privaticidad*

Sobre esta materia, escribía hace unos meses en el Libro Blanco de la Informatización (Colegio de Registradores, 1994) que la publicidad formal está directamente relacionada con el derecho constitucional a la intimidad y, concretamente, con su aplicación práctica, la privaticidad, concepto que define la Ley Orgánica 5/1992, sobre tratamiento informatizado de datos de carácter personal, y que va a dar lugar a una Directiva comunitaria sobre la materia como corolario del Convenio de Estrasburgo de 1988.

La Ley Orgánica 5/1992 excluye la publicidad de los Registros Jurídicos de su ámbito de aplicación, esto es, de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, incluyendo el resto, los administrativos (distinción postulada por la doctrina —CHICO, AMORÓS...— que hoy sanciona la STC 71/1983). Y ello porque la publicidad formal es medio de seguridad jurídica. Es, como

(72) El Protocolo suscrito el 3-11-94 entre los Servicios Registrales de Protección de los Consumidores del Colegio de Registradores y la Agencia de Protección de Datos equilibra los dos intereses constitucionalmente protegidos: la intimidad y la privaticidad y la publicidad intrínseca del Registro como medio de seguridad jurídica preventiva Conforme al propio dictado de la LH, la regla general será la publicidad en relación, con independencia del medio —papel magnético o telemático— y de la forma —manifestación, nota simple o certificación—.

decíamos antes, la forma externa, ordenada legalmente, del derecho o de la existencia de las sociedades mercantiles, donde, por razones de orden público, la inscripción es constitutiva (afecta a la seguridad del tráfico económico). Algo, por tanto, natural en él.

Para el desarrollo de este punto me remito al Anexo II.

b) *Notas y certificaciones*

Los artículos 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento estipulan la existencia de dos medios genéricos de publicidad: la manifestación y la certificación. La manifestación puede hacerse, a su vez, por exhibición de los asientos o por nota simple informativa. Su contenido será literal o en relación, siendo ésta la regla general, que es además la que aparece en el artículo 221 de la Ley Hipotecaria, ya que el interés conocido y su posible literalidad se refiere al estado de los inmuebles y de los derechos reales, no a aquellos otros datos sin contenido patrimonial o económico. Tema vinculado a la privacidad, como prueban los supuestos señalados en la legislación holandesa, donde el Ministerio de Justicia entiende, en base a la Ley de Protección de Datos, que no se puede dar información registral de todos los consejos de administración en que participe una persona, por no ser ese el objeto de la publicidad registral, el *Ombusman* niega la posibilidad de obtener del Registro todos los domicilios a efectos de publicidad comercial, ya que la publicidad registral no puede ser manipulada para una finalidad distinta de la establecida.

En cuanto a sus efectos, la legitimación registral y la fe pública registral, y, en general, la titularidad registral, sólo se acredita frente a tercero mediante la certificación, medio legal por el que el Registrador, previa calificación de los asientos, publica de forma auténtica su contenido (respondiendo personalmente de su identidad). La nota simple, en consecuencia, es prestada a mero título informativo y no da fe de ese contenido. Ello, sin embargo, no resta importancia alguna a las mismas, que constituyen el medio ordinario de acreditar extrajudicialmente los derechos inscritos.

c) *Publicidad y prueba*

La legitimación, en su aspecto de publicidad material, produce un importante efecto procesal de carácter sustantivo, según hemos expuesto. Y por esto, el contenido del asiento, dotado de sustantividad, autonomía e independencia, una vez autorizado con la firma del Registrador, que acredita su conformidad con las disposiciones legales de todo orden aplicables

al caso concreto, es medio judicial y extrajudicial de prueba. Invirtiendo su carga y en función de su intensidad (*iuris tantumliuris et de iure*), nacida de su propio contenido y del punto concreto de controversia, pudiendo hacer inamovible el mismo. Este aspecto hace de la certificación registral título de ejecución, como vimos, y pone de manifiesto la necesaria uniformidad en su efecto material y formal y en el tratamiento profesional de la persona encargada de expedirla.

d) *Publicidad y notificación: el domicilio*

La legitimación registral garantiza, asimismo y en los términos advertidos, un importante efecto procesal defensivo del titular registral, en orden a las notificaciones administrativas, notariales y judiciales: la necesidad de que, por desconocimiento del domicilio real, se practiquen en el domicilio registral. Domicilio, alterable a instancias del titular registral, y permanente garantía del conocimiento de acciones y requerimiento que contra él se dirijan.

e) *Publicidad preventiva*

Un trascendente efecto sobre la seguridad preventiva en el tráfico jurídico lo presta la publicidad formal mediante la información continuada, que asegura el conocimiento instantáneo de las alteraciones de la situación física y jurídica de las fincas inscritas durante el proceso de negociación de un contrato o por simple interés del titular registral (art. 354 del RH, con carácter general, y la Orden de 2-8-93, en relación al Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, sobre conexión de Notarías y Registros).

Así, el tratamiento profesional de la publicidad formal se adapta a las necesidades del tráfico contemporáneo, ofreciendo una solución útil y no perjudicial para los acreedores. La titularidad, activa y pasiva, que el Registrador publica, sin merma del principio de rogación, se controla durante el espacio de tiempo necesario, por razones de orden público e interés general.

C. REALIDAD JURÍDICA Y REALIDAD FÍSICA

La realidad física, como situación de mero hecho, dotada de notable permanencia en el tiempo, cuando de inmuebles se trata, no está exenta de variabilidad en su conformación interna, por lo que el Derecho contempla

los efectos de las relaciones jurídicas que afectan al bien como objeto de tráfico o comercio entre los hombres, en función de su identidad inalterable y de su uso o destino.

Y ese objeto físico, convertido en objeto jurídico, susceptible de apropiación privada y de conformar un entramado cierto de relaciones sociales de diversa índole, reguladas por diferentes normas de distinta procedencia (normas de Derecho privado y de Derecho público), constituye la base del sistema registral español, que, a través de la legislación hipotecaria, determina los efectos sustantivos de la publicidad inmobiliaria, desde el punto de vista de la relación jurídica privada y sin perjuicio de servir de medio y centro de correlación de las disposiciones normativas administrativas relativas al inmueble, por razones de orden público, interés económico y en desarrollo de la función social de la propiedad; función constitucional y comunitariamente definida como delimitadora del contenido de los derechos patrimoniales.

Ahora bien, esa realidad física dotada de permanencia, realidad inmueble, sólo puede ser jurídicamente valorada mediante su reflejo documental. La mera apariencia de titularidad dominical que la posesión supone se reveló, desde el Derecho romano, medio insuficiente de atribución y de garantía (no existe derecho sin acción). Así, en la contratación inmobiliaria, la entrega del bien se espiritualiza mediante actos formales expresivos frente a la comunidad social de su existencia material. Y la forma escrita fue el único medio, en la evolución histórica, capaz de combinar la seguridad con la celeridad del tráfico jurídico, dejando al margen los actos rituales que investían del dominio. De esta manera, la finca como objeto de derecho se contuvo en el documento privado, en la escritura pública, en la inscripción, en la sentencia, en el plano, consciente el legislador de que en todos estos supuestos la *conditio iuris* de la aplicación efectiva de determinada norma era la subsistencia física de ese objeto susceptible de permanente identificación, variable, siquiera, en su conformación interna.

La realidad física, pues, era susceptible de identificación escrituraria, pero nunca de suplantación absoluta. Por ello, el problema era dotar al ordenamiento jurídico de los medios adecuados para que ese reflejo escrito o documental mantuviese el equilibrio necesario entre seguridad y celeridad en el tráfico. Ni el documento privado, ni la escritura pública, ni la sentencia, ni la inscripción, ni el plano, podrían nunca sino reflejar la existencia física de los inmuebles y, por razones obvias, de la fidelidad en ese reflejo dependería la idoneidad de los medios jurídicos arbitrados. Primero, la identificación autónoma, mediante la descripción de la finca por los linderos naturales y convencionales (amojonamiento). Segundo, el detalle interno del objeto deslindado, con mención de su superficie y de los elementos materiales que lo conforman, destacando la permanencia de éstos en cuanto cuantificadores

de su valor económico, sin dejar a un lado el destino lícito de su explotación privada. Y ponderando, asimismo, el reajuste a la variabilidad de ese contenido natural y artificial —obras, instalaciones y mejoras— que el objeto físico habilita. Tercero, el reconocimiento del deslinde privado como medio ordinario de identificación del objeto. Son los contratantes y los colindantes los ciudadanos interesados por antonomasia en que la descripción literaria de la finca se adecúe a la realidad física, en cuanto es determinante de la plena eficacia del contrato y de la estabilidad del derecho. Delimitación y deslinde, con resolución judicial o arbitral de los conflictos.

En la distribución del territorio en fincas inmuebles definidas, la actividad privada fue motor de su desarrollo, y desde la repoblación del mismo —actividad pública— su evolución se dejó en manos de los interesados, siempre y cuando diesen cumplimiento a los intereses sociales superiores (destino rústico o urbano). En este ámbito, el restablecimiento público de la legalidad (acciones administrativas) o la definición de la misma en la ejecución del contrato (acciones judiciales o arbitrales) sirvieron de medio de identificación de los bienes y de la adecuación de su destino al uso social predeterminado.

Por otro lado, la adaptación de esa actividad privada al ordenamiento jurídico partió siempre de aquella imposibilidad material de contener en la expresión escrita la realidad física, desde el documento privado a la sentencia judicial, sobre el presupuesto de que esa realidad exista y permanezca, y su reflejo condicionado nunca irá más allá de la presunción de que la descripción se adecúa a la misma, invirtiendo la carga de la prueba a costa de quien impugne el contenido definitorio. Así, en base a la libertad civil, libertad de formas y libre circulación de bienes, interés social protegido, los medios de carácter preventivo se asientan en la presunción *iuris tantum* de veracidad de las manifestaciones privadas, contrastada por distintas vías, ya que la posición jurídica de los contratantes hace posible el reflejo físico documental, en cuanto esa respectiva posición es contradictoria. Ante esta situación, el legislador valora esas manifestaciones en función de su intensidad y publicidad. Y como objeto jurídico es susceptible de publicidad registral, el Registro se lleva por fincas (folio real), y la legitimación se extiende al contenido íntegro del asiento, vuelve a ser esta institución preventiva el cauce normativo del reflejo ordinario de la identidad física de los bienes.

En principio, al Registro le es indiferente la veracidad material de las declaraciones de las partes, en cuanto no entra dentro de su ámbito la comprobación directa de esa realidad. Esta afirmación se comparte por todos los sistemas registrales (singularmente, los de la Unión Europea): la descripción de las fincas ingresa en el folio o en el archivo mediante la declaración de los interesados y los problemas se resuelven a través de la resolución judicial o arbitral. Situación que se ampara en la presunción

de buena fe que rige la contratación y que hace insustituible el acuerdo entre las partes sobre el objeto de la contratación. La sentencia, la escritura, el plano cartográfico y fiscal, se basan, asimismo, en esa declaración contrapuesta. No hay otro medio. La práctica demuestra la escasa conflictividad social sobre la materia y el masivo acceso al crédito con garantía hipotecaria es prueba de la indiferencia del medio de acceso de la descripción a la publicidad registral (trasunto de la imposibilidad material de la comprobación directa, reñida con la celeridad del tráfico y con el coste social de la misma).

Ahora bien, el que la comprobación directa, con citación y anuencia de colindantes, finca por finca, de la descripción que ingresa en el folio del Registro sea una imposibilidad, no supone, como hemos advertido, que sea también inútil la publicidad registral de las comprobaciones documentales llevadas a cabo, en cada caso, o del origen de esa descripción. Así, la presunción legal de exactitud e integridad, *iuris tantum* por su propia naturaleza (nunca la realidad física se sustituye por su descripción) (73), tendrá distinta fortaleza frente a la prueba en contrario, según el grado de acercamiento a esa comprobación física.

Por ello, no se puede afirmar que, en España, el Registro no tiene base física, porque esta declaración está reñida con la realidad de los hechos. El Registro tiene base física y su protección se extiende, su intensidad se desarrolla en la misma medida que publica el medio de acceso de la descripción al asiento. De esta forma, en la actualidad, la presunción de exactitud e integridad queda reforzada, en algunos supuestos hasta el punto de ser indestructible (74). Por ejemplo:

1.º Cuando la descripción de la finca resulta de sentencia o resolución judicial, de orden civil.

2.º Cuando la descripción es resultado del ejercicio de la acción judicial de deslinde.

3.º Cuando se trata de inmatriculación por medio de expediente de dominio o acta de notoriedad, donde se cita a los colindantes.

4.º Cuando la finca tiene linderos naturales e inamovibles.

5.º Cuando la finca está coordinada con el Catastro, conforme al Real Decreto de 1980 o por la vía del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

6.º Cuando la finca resulta de un expediente urbanístico (compensación, cooperación, expropiación) o se anota un expediente de disciplina urbanística o una resolución contencioso-administrativa. Comprobación física directa.

(73) Aunque una sentencia declare que existe una edificación, ello no impide que sobre el terreno la misma desaparezca o haya desaparecido, se modifique o derruya.

(74) Salvo sofisticadas e hipotéticas cadenas de fraudes.

7.º Cuando la declaración de obra nueva cuenta con licencia municipal y certificado técnico de final de obras. Y de forma particular, cuando se aporta licencia de primera ocupación de los edificios, cédula de habitabilidad o licencia de apertura, que acreditan la comprobación directa de la descripción bajo responsabilidad administrativa.

8.º Cuando la finca se inmatricula o se inscribe por el expediente de expropiación forzosa ordinario (acta de ocupación).

9.º Cuando la descripción de la finca se comprueba, con ocasión de su hipoteca, por tasador oficial a efectos de incluir la garantía en el mercado hipotecario secundario (la comprobación física y directa se basa en la nota simple informativa que expide el Registrador), donde se incluye hasta su descripción interior y calidad de materiales.

10.º Cuando se produce el deslinde administrativo por la demarcación de Costas.

11.º Cuando a la escritura se incorpora el plano levantado por técnico independiente y bajo su responsabilidad.

12.º Cuando se inscribe una concentración parcelaria o una explotación agraria familiar.

13.º Cuando se anota un procedimiento de apremio municipal por impago del Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI), donde consta o puede constar la referencia catastral.

14.º Cuando en el proceso de liquidación de los antiguos impuestos de derechos reales, se aporta o se exige la aportación del recibo de pago del IBI, donde figura la referencia catastral.

15.º La cédula de calificación definitiva en VPO y de vivienda a precio tasado...

Como vemos, la realidad jurídica de los datos físicos que contiene el asiento registral no admite apreciaciones globales y, menos aún, el recurso al tópicos sistemático, si tenemos en cuenta que la mayor parte de la propiedad inscrita es urbana (control urbanístico de comprobación material y mercado hipotecario secundario) y que en la rústica, donde realmente existe un gran volumen de fincas, han sido o están siendo objeto de concentración parcelario. La afirmación, pues, sería la contraria, la inmensa mayoría de las fincas están coordinadas o en trance de coordinación por una pluralidad de medios sin solución de continuidad.

No obstante, hemos de tener presente que, además, existe un interés público en la coordinación con el Catastro y en la publicación del pago del IBI. Con el Catastro, por razones administrativas de carácter fiscal (notificaciones de valoraciones, titularidades dominicales). En la Unión Europea es el único medio de coordinación realidad física-realidad jurídica registral, y se basa en la simple referencia catastral que deben contener los documen-

tos inscribibles, desconociendo la coordinación urbanística. El pago del IBI, en cuanto los Ayuntamientos precisan de la ayuda que puede prestar el Registrador publicándolo, ya que se enerva la hipoteca legal tácita (liberalizándose a efectos de hipoteca parte del valor en cambio del bien) y se potencia el cobro en período voluntario de recaudación.

En definitiva, el refuerzo de la presunción que establece el principio de legitimación sobre los datos físicos es, además de un interés público, un interés privado, en cuanto a los titulares registrales no les es indiferente el medio de acceso de la descripción del inmueble al Registro (inamovilidad) y es obligación profesional de quienes actúan en el tráfico inmobiliario advertir de la necesidad de su valoración, ya que, al menos, la coordinación catastral ofrece la facilidad de tomar el número de referencia del propio recibo que el vendedor presenta —y debe presentar— al comprador para justificarle que está al corriente del pago del IBI. Pero, de esta materia, nos ocupamos a continuación.

a) *Realidad física y Catastro*

La realidad física contenida en los planos de la cartografía oficial del Catastro, como censo fiscal de la riqueza inmobiliaria, en ningún ordenamiento jurídico es indiferente, y más en España, donde el Catastro tiene competencias, a diferencia de otros países de la Unión Europea (por ejemplo, Holanda), para realizar una trascendente valoración de los bienes inmuebles, que va a repercutir en un buen número de impuestos, que toman por base la titularidad de los derechos reales de los mismos, y de determinadas actuaciones urbanísticas (expropiación-sanción y venta forzosa).

Esa realidad física planiométrica, con independencia de su soporte (papel, digital...), se resume en el número de referencia o de identificación catastral (NIC por contraposición al DNI) que supone una determinada posición en el plano, una identificación material por relación a las parcelas colindantes. Pues bien, ese simple número referencial presta, sin perjuicio de otros medios de coordinación plena, el primer paso definitivo en el incremento de la fortaleza, en beneficio de los titulares registrales, del principio de legitimación. En los países de la Unión Europea, ya lo hemos advertido, es el único medio de coordinación Catastro-Registro. En España, su constatación registral está contemplada en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, como circunstancia de la inscripción de carácter voluntario y su virtualidad práctica depende en parte del celo profesional del Notario en orden a dar soporte físico referencial a la escritura pública y reforzar la eficacia de la titularidad del que recaba su ministerio a través del Registro. El Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, de coordinación del Catastro

Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, estableció el procedimiento de coordinación plena y se lleva a cabo en los denominados Registros-piloto. En Navarra, régimen especial, la coordinación es plena.

No obstante, como la coordinación referencial no está reñida con la coordinación plena, la Dirección General de Catastro y el Colegio de Registradores promueven la aprobación de un nuevo Real Decreto que potencie ambas coordinaciones, con distinta intensidad (75). En la promoción del mismo se atienden intereses públicos y privados. Públicos, en cuanto el conocer la Administración la titularidad dominical de los bienes es fundamental, a efectos de valoración, de estadística y de tributación. La referencia catastral y el recibo del IBI son, además, los medios de control fiscal propuestos por la Unidad Especial de Prevención del Fraude, de la Agencia Estatal Tributaria, como señala su Informe de 1994 (76). Y ello pasa por la inclusión obligatoria de la referencia en las escrituras públicas, sin perjuicio de la presentación directa del recibo del IBI en el Registro. La experiencia de algún Convenio con la Federación de Municipios y el Catastro revela la inutilidad de la pérdida del dato referencial que, remitiéndose directamente al Catastro, no se hace constar en la escritura, perjudicando los intereses privados del adquirente (legitimación, art. 51 RH) y públicos de esta institución, en cuanto sigue desconociendo el titular registral, el propietario público de los bienes y su parcialidad es evidente, a pesar del laudable esfuerzo profesional, por demás, baldío.

Su justificación general, la incluyo en el respectivo Anexo.

(75) Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1990, págs. 1213 y ss. En especial, los acuerdos de la Asamblea General de Registradores (Barcelona, 1988), pág. 1223.

(76) Páginas 183 y ss., y, en concreto, pág. 184. El Anexo XVII contiene la posición de la Dirección General del Catastro al respecto.

«Un problema grave de opacidad, que dificulta extremadamente el control fiscal, control que en esta materia sólo puede realizarse eficientemente a través de procedimientos informáticos, es el relativo a la *identificación de los bienes inmuebles*. La causa fundamental de este problema es la no aplicación de un sistema generalizado de identificación de los inmuebles, aunque exista un sistema previsto al respecto, que no es otro que la referencia catastral». «El hecho de que la consignación de la referencia catastral en las escrituras no sea obligatoria, impide la correcta identificación de los bienes inmuebles transmitidos y, por consiguiente, la realización de cruces informáticos con las declaraciones fiscales de los contribuyentes». «Por lo anterior, *se entiende precisa la generalización obligatoria de la referencia catastral, que es conocida por los contribuyentes a través de los recibos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles*» «Ello comportará, por una parte, la elaboración de normas que den la oportuna cobertura jurídica e institucionalicen estas relaciones (por ejemplo, dictar una norma legal que establezca el enlace obligatorio de Notarías, Registros y Catastro). ».

b) *Realidad física y escritura*

Enlazando con lo anterior, la necesidad de que la referencia catastral conste en la escritura pública (aunque no sea de una forma impeditiva del otorgamiento) o que se dote ésta de algún tipo de base física, es tan evidente como que, excluido por razones de orden público el documento privado, con carácter general, del Registro, su interés es doble. Por un lado, para la eficacia de la escritura, que no se basará exclusivamente en las meras declaraciones de los interesados, sin acreditación física alguna, redundando en el prestigio profesional y social de la función. Es el sistema comunitario europeo. Por otro, reforzando el tráfico inmobiliario, como pieza insustituible de la seguridad preventiva, en su colaboración con las Administraciones Públicas ocupadas en la erradicación del fraude.

c) *Realidad física y urbanismo*

En el ámbito del urbanismo, la realidad física está plenamente coordinada con el Registro. Desde la parcelación urbanística, la adquisición gradual de facultades, la transformación del suelo, el volumen edificable, los expedientes de disciplina o las licencias de obras (comprobadas por el técnico competente) y de primera utilización de los edificios. Singularmente, la cédula de habitabilidad, que presupone una revisión del ajuste de la obra a la legalidad, como declara el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23-6-1994, a efectos del cumplimiento del artículo 37-2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (77).

En esta materia, pues, la base física del contenido de los asientos no ofrece la más mínima duda, toda vez que la concesión de las licencias urbanísticas o certificaciones de antigüedad hace responsable al órgano emisor de su validez y eficacia. Mayor garantía para el tercero, imposible.

La legislación agraria y, de forma singular, la concentración parcelaria (y la expropiación, sea de finca rústica o urbana), así como la legislación de ordenación del territorio y de ordenación urbanística del suelo rústico (78) (parcelaciones rústicas, edificaciones, vinculaciones, explotaciones familiares, destino...), son fuente permanente de coordinación de la realidad física con la realidad jurídica registral.

(77) *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 57, septiembre de 1994, págs. 119 y ss.

(78) Ley canaria 5/1987.

d) *Realidad física y costas*

La acción de deslinde de la legislación de Costas y todas las actuaciones administrativas de este organismo que tienen reflejo registral, en la colaboración del Registrador con las Administraciones Públicas, hacen posible el ingreso en los asientos registrales de la base física comprobada directamente y la actuación del principio de legitimación, con especial eficacia. Para su estudio me remito a los conocidos trabajos de Juan María Díaz Fraile.

e) *Realidad física y Registro*

Así pues, los medios de acceso de la comprobación directa de los datos físicos al asiento registral son plurales, haciendo realidad jurídica la afirmación contraria a la tópica y rituaría: no obstante el ingreso de las fincas al Registro, en atención a la celeridad del tráfico, por manifestación de los interesados y sin perjuicio de la coordinación catastral, los datos físicos que contienen las inscripciones son datos ciertos, y el Registro publica el medio de acceso al mismo de ellos, estando amparados por el principio de legitimación. De forma singular, los que se registran con ocasión de cualquier actuación urbanística o agraria. Es decir, en la inmensa mayoría de los casos. Toda la propiedad urbana y buena parte de la rústica (la que tiene valor económico) (79). Y, como veremos, la jurisprudencia así lo estima y reconoce.

Ahora bien, la generalización del proceso de coordinación, con carácter intemporal y preservando el interés, público y privado, de no restar agilidad a la libre circulación de bienes, contará, sin duda, con el apoyo decidido de Notarios y Registradores, que, en el ejercicio profesional de sus distintas funciones públicas, pueden combinar ambos intereses y reconocer en la coordinación catastral el punto de referencia obligado, al margen de los otros medios analizados. Para potenciar ésta nuevos instrumentos es suficiente con desarrollar, de forma breve, tres ideas:

(79) Otra cosa es la constatación, a efectos fiscales, de la referencia catastral, de futuro (escritura y recibo del IBI) y respecto de las fincas inscritas (recibo del IBI). Y la persistencia de medios de «defraudación» de la realidad física: la inmatriculación. Pero eso sí, la inmatriculación exige la calificación del Registrador y éste puede pedir, en todo caso, la certificación catastral o el recibo (dudas en la identidad de la finca). Es sólo una utopía y una paradoja decir que se puede vender e inscribir la Catedral de Burgos a nombre de un particular. Sólo si el Registrador adolece demencia. Aún ahora, medios existen. Y la conflictividad se desautoriza por los estadísticamente inexistentes supuestos de fraude. Los Bancos no aceptan hipotecas de entelequías.

a') Coordinación referencial

La coordinación se basará en la constatación generalizada de la referencia catastral en los asientos registrales, único medio ágil de intercambio de datos por conducto informático, según postula la Dirección General del Catastro y el Informe sobre el Fraude.

El número de identificación catastral o referencia catastral se incorporará a los planos cartográficos oficiales. Y con ocasión de cualquier otorgamiento de una escritura pública se requerirá al interesado para que lo incorpore a la misma, bajo la advertencia de que en otro caso deberá aportarlo al Registrador (recibo del IBI, certificación catastral, o municipal tributaria). Las licencias urbanísticas y los actos administrativos de planeamiento que den lugar a parcelaciones, deberán contener, asimismo, ese número.

El Registrador advertirá a los interesados de la necesidad y eficacia de la constatación registral de la referencia catastral, a efectos del principio de legitimación.

b') Coordinación plena

La coordinación plena tendrá lugar cuando el Catastro entregue al Registrador correspondiente las bases gráficas (fundamentalmente, digitalizadas), que incorporen el identificador catastral. Dicha coordinación se hará constar en el asiento registral, por referencia a la base planimétrica utilizada.

La identificación de la finca por los interesados se realizará en el Registro y en virtud de las bases gráficas, sin perjuicio de la labor del Notario de instar a ello con ocasión del otorgamiento de la escritura. Y más aún, cuando sea resultado del Real Decreto 1558/1992, de coordinación entre Notarios y Registradores, ya que, en este caso, los interesados podrán identificar la finca en la Notaría sobre la nota informativa remitida por el Registrador, que incorporará la referencia catastral, y, en su caso, el plano, si se ha llegado a la coordinación plena.

c') Publicidad jurídica de los datos físicos

En interés del consumidor o tercero, los Registradores deberán tener presente en la publicidad formal que expidan (notas y certificaciones) la necesidad de hacer constar el medio de acceso de los datos físicos al Registro, para acentuar la eficacia del principio de legitimación, y, de forma especial, cuando se trate de una certificación para aportar a un pleito civil

donde se diluciden problemas descriptivos de las fincas inscritas, y la posibilidad, según el grado de coordinación, de incorporar un plano, con la constancia expresa de si ese plano se identificó o no por los interesados (Notaría o Registro), o si, en otro caso, es consecuencia de la aplicación a la base gráfica del identificador catastral.

Asimismo, dentro de la publicidad jurídica del medio por el que el asiento recogió los datos físicos, debe destacarse la aportación de licencias urbanísticas, deslindes civiles, judiciales o administrativos, tasaciones periciales de mercado hipotecario secundario, o cualesquiera otras circunstancias que pudieren pasar a primera vista desapercibidas (sobre todo en la publicidad en relación), en detrimento de los intereses del titular registral.

D. EL PRINCIPIO REGISTRAL DE INFORMACIÓN

El ejercicio profesional de una función pública cual es la encomendada a los Registradores, impone la necesidad de informar y asesorar, en materia registral, a los interesados, como establecen distintas disposiciones legales, para evitar que alguien se vea privado de la protección de sus intereses patrimoniales por una deficiente información. La información al consumidor es un derecho constitucionalmente reconocido y trasciende a todos los campos de la actividad jurídica, habiendo sido la Comunidad Europea la encargada de erigirlo en el primer derecho que asiste a los ciudadanos europeos (incorporado hoy al Tratado de la Unión Europea, a través de la canalización de una nueva política y acción comunitaria). Su existencia, su pluralidad, su responsabilidad y su fiabilidad no merece ser ponderada.

Por otro lado, es consustancial a todos los sistemas registrales, con independencia de su eficacia. Así, desde los sistemas de transcripción a los de inscripción. La eficacia de los asientos no es un saber críptico, el ciudadano se interesa por ella y quiere conocer la situación jurídica de las fincas y los medios de defensa. Por poner un ejemplo, existen, con distintos matices y, a veces, sin normativa expresa (80), en sistemas tan dispares como el francés, el holandés, el portugués, el suizo o el colombiano.

En España existe la información verbal, los dictámenes o informes no vinculantes y la información genérica del Colegio, a través de los Servicios Registrales de Protección de los Consumidores y del Servicio de Índices. El ser o no un principio hipotecario reconocido por la doctrina es más secundario (81). Su realidad es patente.

(80) Lo que revela su necesidad.

(81) Podría, tal vez, calificarse de principio apócrifo (vid. A. MANZANO SOLANO, *Derecho Registral Inmobiliario*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1994, V II, págs. 388 y ss.).

a) *Efectos sustantivos de la información*

Hablar de efectos sustantivos de la información puede parecer más que problemático, dudoso, por no decir, una exageración incontrastable. Pero, con este dictado nos referimos a la valoración normativa de la información en la contratación inmobiliaria, que, con el tiempo, tendrá su traducción jurisprudencial. En concreto, estamos pensando en el Real Decreto 515/1989, sobre la información que necesariamente deben suministrar los profesionales de la construcción a los adquirentes de viviendas, oficinas y locales de negocio. Y en la Directiva de la Comunidad Europea (Consejo y Parlamento), 94/47/CE (82), sobre la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (sic), aprobada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea el 25-10-1994, donde la información produce efectos sustantivos en orden al derecho de resolución del contrato que asiste al adquirente o consumidor (diez días o tres meses). También, en esta línea, la Orden de los Ministerios de Justicia y Economía y Hacienda de 5-5-1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos con garantía hipotecaria de cuantía inferior a 25 millones de pesetas.

En estas disposiciones, la información produce efectos jurídicos sustantivos. También la necesidad de la publicidad formal, previa a las transacciones, produce efectos sustantivos, tras el Real Decreto 1558/1992. La información registral refuerza la eficacia de la escritura y la actuación profesional del Notario y del Registrador. La renuncia a la información registral trasciende a la relación *inter partes* y a sus posibles y recíprocas reclamaciones. El Real Decreto sanciona y generaliza una práctica habitual en España.

En el supuesto de los procedimientos judiciales, el principio de rogación produce, tras la práctica del asiento solicitado (cancelación), el efecto indirecto de la comunicación o información, profesional y de oficio, al órgano judicial correspondiente, dando lugar, en su caso, al sobreseimiento (art. 38.3.º LH: Ley 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal, y Real Decreto 1368/1992, de reforma del Reglamento Hipotecario).

El nuevo párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario (Real Decreto 1368/1992) sobre constancia expresa de la discordancia de cargas entre el título presentado a inscripción y el asiento registral, que supone la información de oficio del Registrador de un hecho jurídico de trascendencia sustantiva entre las partes contratantes.

Las certificaciones y notas simples de información continuada que su-

(82) Directiva de 26-10-1994 DOCE, 29-10-1994

ponen el desarrollo de esa labor profesional del Registrador, sin merma del principio general de rogación, poniendo en conocimiento del solicitante cualquier alteración en la configuración material de su derecho (legitimación y fe pública).

Como vemos, el desarrollo de ese principio registral de información, immanente en la legislación hipotecaria (como legislación dirigida al Registrador) va más allá de los conceptos clásicos de publicidad formal (83) y puede reconducirse al ejercicio profesional que corresponde al Registrador en el desarrollo de la función pública que tiene encomendada y que comporta una labor activa de información al consumidor, de forma directa, e, indirectamente, a través de las autoridades, administrativas y judiciales, ocupadas en resolver asuntos de su interés. Recuérdese la legislación urbanística catalana, por ejemplo, cuando el Registrador comunica al Ayuntamiento la inscripción de un acto sin aportar la respectiva licencia, que pone en marcha la policía urbanística.

b) *Información genérica e información específica*

Esa necesaria información, garante de los derechos de los consumidores o ciudadanos (84), debe cubrir y cubre dos momentos distintos de una misma realidad social. La información genérica sobre el sistema inmobiliario español; para que el consumidor, antes de contratar (sobre todo el ciudadano comunitario e inversor extranjero), sepa cuáles son las cuatelas que debe adoptar. A ello atienden los Servicios Registrales de Protección de los Consumidores desde su creación en 1990 (85). A la información genérica: jornadas, folletos, libros, convenios con las organizaciones, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, sobre consumo... Y la presta cada

(83) Certificación y nota que ya aparecen, expresamente, en el artículo 7 de la Real Pragmática de Carlos III de 31-1-1768, sobre el Oficio de Hipotecas, que recoge la publicidad, judicial y extrajudicial, «simplemente» y por «certificación autorizada» (Novísima Recopilación de las Leyes de España, mandada formar por el señor Don Carlos IV, Tomo V, Libro X, Título XVI, Ley III, pág. 108, Madrid, 1805, ed facsímil, BOE, Madrid, 1975).

(84) A partir del segundo Plan Trienal de Acción del Servicio de Política de los Consumidores (SPC) de la Comunidad Europea (1993-1995), el término «consumidor» hace tránsito al concepto de ciudadano, como puso de manifiesto MERCEDES DE SOLÁ (SPC) en las Jornadas que sobre Protección Registral de los Consumidores organizó el CER del Colegio de Registradores en Madrid, el pasado mes de mayo.

(85) El precedente de la experiencia piloto de Canarias (1990), lo encontramos en el Boletín de Información sobre Adquisiciones Inmobiliarias en España publicado por el Centro de Estudios Registrales de esta Comunidad en mayo de 1989, año de la aprobación de la Resolución del Parlamento Europeo de 14-9-1989, sobre transacciones inmobiliarias transfronterizas

Registrador en su destino, lo que suponen cerca de mil oficinas de información, distribuidas por todo el territorio.

La información específica o sobre el caso concreto, la realiza el Registrador a instancias del consumidor, destacando los aspectos registrales de las transacciones, de forma verbal o escrita (dictámenes). Circunstancia que facilita la protección registral de las titularidades y «engrasa el rodaje» del sistema de seguridad preventiva, llevando la labor profesional al concreto requerimiento de los interesados. En libre competencia, asimismo, presta información sobre titularidades inmobiliarias en conexión con el Servicio de Índices, expresando el Registro y Registrador a quién deben dirigirse.

c) *Rogación y actuación de oficio*

Es principio hipotecario indiscutible el de rogación, o actuación a instancia de parte, principio que en el campo de la información, más amplio que el de la práctica de los asientos solicitados o de la prestación de la publicidad formal requerida, como hemos visto, se produce de oficio cuando el legislador entiende que la inscripción practicada repercute en los intereses de tercero (comunicaciones a los Juzgados, cargas ocultas...). Y se activa por el propio Registrador cuando advierte de determinados aspectos de la adquisición que, con estar en las leyes, no son patentes a cualesquiera ciudadanos: plazo de vigencia del asiento de presentación (documentación defectuosa o complementaria), cancelación de cargas caducadas, eficacia de la publicidad formal según el medio (certificación y nota), advertencias urbanísticas, medios de solucionar los problemas registrales planteados, discordancias entre el título y el Registro no impeditivas de la inscripción...

d) *Publicidad formal e información*

Si bien es cierto que la publicidad formal es el aspecto externo de la publicidad material, como la publicidad misma es connatural a la existencia del derecho, no lo es menos que la información y la publicidad formal están íntimamente relacionadas, pues, según se deduce de lo expuesto, es el complemento ideal y necesario de una buena intelección de nuestro sistema de seguridad preventiva, toda vez que la información como derecho fundamental del consumidor requiere la explicación de la trascendencia jurídica del contenido que la publicidad formal manifiesta y el asesoramiento registral de los medios adecuados para producir el efecto querido en orden a la circulación de bienes. Información genérica y del caso concreto, según el interés expreso del consumidor, rogada, de oficio y activada.

e) *Publicidad material e información*

La adecuada información, en definitiva, es la que deja sentir los efectos sustantivos de la inscripción en el tráfico inmobiliario, y, en particular, del principio de legitimación, y, su secuela, la fe pública registral. De nada sirve un sistema armónico y eficaz, si el desconocimiento de los medios de protección registrales dificulta el tráfico, disminuye la buena fe, o confunde al consumidor, que no sabe a quien recurrir ante un problema concreto. De la adecuada información, pues, nace la confianza, y de la confianza, la seguridad preventiva, desarrollando la legislación hipotecaria todo su potencial en servicio de la sociedad: desde el fomento del crédito territorial al acceso a la vivienda, la inversión extranjera o el empleo.

f) *Bases de datos e información referencial*

Otro de los medios con que cuenta nuestro sistema registral es el de la información referencial (se remite a un Registrador concreto) contenida en el Servicio de Índices del Colegio de Registradores, que, en su base de datos, contiene, con el Registro Mercantil Central, todas las titularidades inmobiliarias en España (42 millones) y lo relativo a las sociedades mercantiles.

Esta información, que denominamos referencial, por ser indiciaria y no publicidad formal *sensu stricto*, es un poderoso medio de seguridad jurídica, como lo revelan las continuas consultas y la valoración del Informe sobre el Fraude al que nos hemos remitido. Y puede decirse, sin temor a exageraciones, que es el primero de Europa. Se presta directamente y en libre competencia entre los Registradores.

g) *Información y fraude inmobiliario*

A raíz del Informe sobre el Fraude Inmobiliario en España, que el Colegio de Registradores remitió en 1989 al Congreso de los Diputados, y fue objeto de elogio por la Resolución del Parlamento Europeo de 14-9-1989, todo lo relativo a este derecho constitucional y comunitario se ha abordado de manera decidida mediante la promulgación de normas de distinta índole (de forma especial, la reforma urbanística y el actual artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Suelo) y la adopción de deberes profesionales concretos (Servicios Registrales de Protección de los Consumidores), sin perjuicio de hacer pública la labor de la calificación arbitral del Registrador en el campo de las cláusulas abusivas. Los consumidores ignoran que los Registradores, al inscribir los derechos reales, excluyen del

asiento, y por tanto de la eficacia frente a tercero (a veces, *inter partes*), los pactos personales, las cláusulas abusivas, oscuras y nulas, en plena sintonía con la Ley de Defensa de los Consumidores de 1984 y la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas. Esta labor callada supone un serio dique de contención del fraude inmobiliario, unida a la información genérica y específica, y a la colaboración con las Administraciones públicas, centrales y autonómicas, cifra el apoyo permanente a la seguridad preventiva en nuestro sistema.

h) *La centralización de la información*

El desarrollo y reforzamiento del principio de legitimación mediante la coordinación entre la realidad física y la realidad jurídica registral y la información y asesoramiento adecuados, tiene su correlato técnico en el plan permanente de informatización de los Registros, que centraliza el Director de Proceso de Datos del Colegio de Registradores y del que es realidad ese Servicio de Índices, plantea a corto plazo el perfeccionamiento del sistema actual, mediante la coordinación con el Catastro (referencia catastral), la difusión técnica de la información (soporte magnético, digital y telemático) y la elaboración del primer Servicio Europeo de Información sobre Incapacitados, con trascendencia inmobiliaria o mercantil y pleno respeto a la intimidad y privacidad. Con ello, los postulados de la Resolución del Parlamento Europeo de 1989 se habrán cumplido en España en su integridad.

5. AMBITO DE LA LEGITIMACION REGISTRAL

Finalmente, sólo nos corresponde ahora tratar, de forma sucinta, el ámbito de la legitimación registral, distinguiendo entre las presunciones legalmente establecidas y sus efectos sustantivos.

Según el artículo 38.1.º, primer inciso, a «*todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo*». Son las presunciones de exactitud e integridad de los asientos practicados por el Registrador. Como vimos con anterioridad, la formulación legal adopta la forma de presunción para destacar, no ya la apariencia de realidad que el Registro publica, sino para delimitar el ámbito de la publicidad. Sólo se pretende declarar que el contenido del Registro es cierto, exacto e íntegro, mientras no se demuestre lo contrario, por los cauces hipotecarios preestablecidos y siempre y cuando no entre en juego el artículo 34 de la propia

Ley Hipotecaria. Por tanto, los conceptos apariencia y presunción deben entenderse referidos a publicidad natural de los derechos, a través de una institución determinada, y con los efectos legalmente previstos, que toman por presupuesto jurídico la calificación arbitral previa del Registrador. Publicidad como manifestación externa de la existencia de los derechos, que sólo deviene apariencia formal cuando se destruye judicialmente en perjuicio de tercero y siempre que sea posible (art. 34 LH). Es decir, en razón y medida de los efectos de la legitimación, originarios y derivados. La existencia del derecho publicado es inamovible extrajudicialmente. Y en un procedimiento, sólo procede la rectificación, si cabe probar lo contrario a lo que publica el asiento por los cauces legales predeterminados. Mientras no proceda la rectificación por inexactitud, no existe apariencia alguna, es *realidad, física y jurídica* (86). La falsedad en documento público, vía de acceso al asiento de las declaraciones de voluntad, así como el estelionato están presentes. La calificación hace el resto, en cuanto, en base al contenido previo del Registro, aprecia, de modo independiente y bajo la salvaguardia de los Tribunales, el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables al negocio jurídico y emite un juicio arbitral de valor sobre su adecuación o inadecuación, excluyendo los pactos que no reúnen las circunstancias necesarias para que el ordenamiento le conceda trascendencia real.

A veces, se emplea una terminología inadecuada por la doctrina manteniendo la existencia de dos realidades jurídicas, la registral y la extrarregistral, en el mundo de los derechos legales válidamente constituidos, cuando, en la práctica y con apoyo en la legislación vigente, sólo existe un mundo: el de la publicidad registral (art. 32 y 38 LH). Lo que pueda existir clandestinamente no está reconocido por el Derecho. Es el mundo de las posibles acciones judiciales y de la inexactitud. Un complejo de relaciones jurídicas carentes de firmezas al no estar dotadas de publicidad, inoperantes frente a la legitimación registral e inexistentes para el tercero. Sólo lo inscrito es oponible. No digamos en el campo de los derechos reales carentes de posesión, donde la inscripción es constitutiva, y en el de las cargas en general, donde la inscripción es el único medio de amparo.

La realidad jurídica extrajudicial, única existente y acreditable frente a tercero, se contiene en los asientos del Registro, en su materialidad física y en su extensión jurídica. Por eso es indiferente seguir el sistema de inscripción constitutiva (87). No aporta nada al ordenamiento vigente. La

(86) Se habla de «inexactitud», no de inexistencia.

(87) Vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Registral Inmobiliario o Hipotecario*, op. cit., págs 609 y ss., sobre la interpretación del artículo 313 de la LH y la consideración de la inscripción como conformadora o cuasiconstitutiva del derecho real. Evidentemente, si sólo lo inscrito existe frente a tercero (art. 38 LH) y lo no inscrito es inoponible

apariencia y la clandestinidad necesitan de acción judicial, primero, y de vencer en juicio, después. La inscripción es medio de prueba y a su vez invierte la carga de la prueba. Lo extrarregistral es jurídicamente inexistente (art. 313 LH) y carece de valor económico en cambio. Y ello sin perjuicio de la acción registral que corresponde al titular de una carga o de un derecho real para imponer, con carácter necesario, la inscripción del derecho sobre el que recae, por la vía señalada en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario. La admisión judicial de documentos, públicos y privados, sin inscribir, sin trasgredir el artículo 313 LH, no hace sino reforzar la inexistencia jurídica de la clandestinidad, ya que su finalidad no es otra que producir la inscripción (documento privado, inmatriculación) o reanudar el tracto sucesivo (documento público). Cualquier resolución judicial no inscribible priva del efecto ejecutivo a la acción contenciosa y no pasa de ser una declaración que vincula a las partes y no al tercero (32, 34, y 38 LH). El hablar de dos realidades jurídicas, la civil y la registral, no hace sino confundir la causa con su efecto y potenciar la quimérica impugnabilidad. Decimos que confunde la causa con su efecto, porque, al hablar de apariencia y coordinación de la realidad jurídica extrarregistral con la registral, efecto de la inexactitud declarada judicialmente, desprecia la causa de la inexactitud y el cauce preclusivo de la legislación hipotecaria. La causa es la carencia de medios extrajudiciales (seguridad preventiva) para publicar un derecho. Es decir, la inexistencia social del mismo. Y el cauce es conseguir un título suficiente para producir la inscripción. Esto es, el reconocimiento de que la realidad extrarregistral carece de firmeza y necesita del *plus* judicial para su reconocimiento como realidad pública y no clandestina. Reconocimiento que obliga a producir un nuevo asiento, supliendo judicialmente la falta de forma (documento privado, prescripción), que, al impedir la inscripción, revela inexistencia (88) absoluta o existencia débil y patológica (ineficacia), y, en definitiva, concede al asiento, como publicidad natural de los derechos, la autonomía y sustantividad que la seguridad jurídica exige (89).

(art. 32 LH) y no es susceptible de acción judicial o extrajudicial (administrativa). en tanto no se inscriba (art. 313 LH), la publicidad registral determina la existencia del derecho, y supone, *de facto*, dotar de eficacia constitutiva al asiento registral, sin caer en el formalismo de su declaración expresa. La inscripción lleva consigo el reconocimiento jurídico del derecho real, advocando la clandestinidad a un único cauce de eficacia frente a tercero (art. 32 y 34 LH) e *inter partes* (art. 32 LH). La existencia ineficaz no deja de ser una paradoja jurídica

(88) Sólo los derechos inscritos existen mientras no se cancelen (art. 97 LH)

(89) La eficacia constitutiva de la inscripción voluntaria llega a tal punto que quien no inscribe puede verse privado de su derecho de forma inatacable por cualquier procedimiento dirigido contra el titular registral (ejecutivo, apremio...) o por la disposición fraudulenta de éste (art. 34 LH).

En el estudio, que hace GARCÍA GARCÍA del principio del legitimación, destaca como caracteres de este principio los siguientes:

1.º Es una presunción *iuris tantum*. Presunción que sólo se manifiesta en el campo de la legitimación, sin perjuicio de la inatacabilidad de la posición del tercero hipotecario (art. 34), del carácter constitutivo de determinadas inscripciones (cargas) y de la naturaleza de justo título *ad usucapionem* de la inscripción (art. 35 LH), formalmente expresada en la certificación.

La desvirtuación de la presunción sólo cabe en el juicio declarativo ordinario (art. 1.3 LH), no en expedientes administrativos o extrajudiciales. La inscripción es medio de prueba (arts. 240, 227 y 225 LH y 596 LEC) y, como tal, invierte la carga de probar lo contrario.

Ahora bien, como hemos expresado, la denominación legal de «presunción» y su carácter *iuris tantum* no supone el reconocimiento de la mera «apariencia» jurídica de una realidad formal, sino todo lo contrario. Se emplea el término, consagrado en el Derecho Civil, en un sentido diverso: sólo los derechos inscritos, dotados de publicidad, existen, y la presunción o la apariencia surgirá *por declaración judicial*, siempre y cuando no se trate de un tercero hipotecario o de un derecho carente de posesión. Únicamente cuando se pruebe judicialmente lo contrario, si es posible, procede la rectificación del Registro que, al ser exacto e íntegro (arts. 38, 32 y 313 LH), en el proceso actúa como medio de prueba e invierte la carga. Lo no inscrito, no existe, salvo que pueda probarse en el momento oportuno (art. 34 LH) y respecto de determinados derechos (inscripción voluntaria). Título insuficiente, declaración judicial. Título insuficiente, presunción de inexistencia. No ha sido calificado. No ha sido publicado. Es clandestino y como tal un título que se presume inhábil para el tráfico. Es decir, el término presunción se emplea *sensu contrario*: como el derecho está inscrito, existe. Sería paradójica y absurda la interpretación de

La inexistencia de lo no inscrito se manifiesta en el campo de las notificaciones. El demandante sólo debe dirigirse contra el titular registral, luego cualquier otra persona que pretenda tener derecho sobre la finca no existe legalmente. Así en el expediente de dominio, para reanudación de tracto o inmatriculación, sólo se cita al causante de la pretensión, distinto del titular registral, por la insuficiencia del título alegado y para el reconocimiento de la capacidad dispositiva del transmitente (documento privado) y del hecho jurídico de la transmisión, nunca como propietario (forma parte del alegato de propiedad), realidad que sólo después de notificar al titular registral puede declararse. La citación del titular catastral, asimismo, forma parte de las cautelas necesarias para comprobar por medios indiciarios si la pretensión es cierta y puede producir un asiento en el Registro, publicándose la existencia del derecho. La de los colindantes, para reforzar la base física del Registro, ya que ni siquiera deben pronunciarse sobre el hecho o derecho de la *posesión* y si lo hace a título de dueño. Ello surge de la publicación registral del derecho, una vez formado el título suficiente por el auto judicial.

la presunción como posible inexistencia, posible nulidad o posible atacabilidad. Sería un medio de inseguridad jurídica y no lo que es el Registro: lo contrario. Lo clandestino es lo inexistente.

2.º La presunción de exactitud es una presunción de derecho.

De lo anterior resulta no sólo que la presunción es procesalmente de derecho («del hecho de la inscripción se deriva el derecho del titular»), sino que es requisito de existencia, de eficacia y de ejercicio del derecho en el tráfico jurídico inmobiliario (seguridad del tráfico), porque, de hecho, el titular clandestino (seguridad del derecho) está inhabilitado para el reconocimiento judicial, administrativo (art. 313 LH), financiero (no tiene acceso al crédito personal e hipotecario en base a la propiedad de un inmueble), fiscal (apremio del titular registral) y público (art. 32 LH, Real Decreto 1558/1992, Real Decreto 515/1989...). No basta con adquirir un bien por la teoría del título y el modo. Si no inscribe, la publicidad natural y organizada, por razones constitucionales de orden público, del derecho, se limita hasta equipararse, salvo resolución judicial, al poseedor de hecho. Para que exista el derecho o se inscribe o se declara judicialmente, y, en este último caso, ello *per se* no es suficiente (art. 34 LH, inexistencia física del objeto) (90).

3.º Es una presunción de integridad.

La presunción de integridad, como dice GARCÍA GARCÍA, no es sólo un resultado lógico, sino una declaración expresa del legislador (Exposición de Motivos de la Ley de 1944) y un efecto del artículo 97 combinado con el 38, y se puede añadir con el 32. Incluso si la finca no está inmatriculada, ello no cuestiona la publicidad, ya que el tráfico clandestino está desprovisto de protección legal. El que exista una persona sin censar no equivale a que el censo no es íntegro y abarca a todos los españoles, sino a la carencia de ese ciudadano de medios legales para su reconocimiento normativo y para acreditar su condición. Para el Estado es inexistente y si prueba lo contrario, revelará una inexactitud, motivada por un error o por la voluntad expresa o falta de diligencia del mismo. La muerte demuestra la existencia de la vida y no al contrario.

4.º La presunción prevalece sobre el artículo 448 del Código Civil (91).

La prevalencia del artículo 38 sobre el 448 del Código Civil nos parece evidente y ello porque, además de la sólida argumentación de JOSÉ MANUEL GARCÍA, porque —decimos— quien posee a título de dueño públicamente es el titular registral y, como su derecho existe frente a todos, no puede ser obligado a exhibirlo. El Código es posterior a la Ley Hipotecaria (ella fue

(90) Si no hay prueba de la realidad física, por no plantearse, la resolución judicial puede sólo crear una apariencia Y, además, su ejecutabilidad depende de la demanda simultánea del titular registral (una realidad jurídica patente).

(91) *Op. últ. cit.*, págs 679 y ss.

presupuesto de su contenido) y lógicamente no va a amparar la mera apariencia clandestina (inseguridad jurídica) en contra de la publicidad (seguridad jurídica). Si se tratase de una presunción prevalente, la del 448, no ocurriría nada, ya que sólo judicialmente podría probar la existencia de su derecho clandestino, por la *vis* ofensiva y defensiva de la titularidad registral. Es más, le perjudicarían los repetidos artículos 32 y 34 y la usucapión *secundum tabulas*. La prevalencia sería una quimera interdictal. No existe derecho sin acción, y sin vencer en juicio, tampoco. Obstaculizar al titular registral sólo puede dar lugar a una condena en costas y a daños y perjuicios.

A. LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD E INTEGRIDAD

La exactitud e integridad del asiento, cauce de su autonomía, reveladora de ser el único medio de acreditar la existencia de los derechos en el tráfico jurídico extrajudicial, extiende su ámbito, como escribe GARCÍA GARCÍA, a todo el Derecho (no sólo a la Ley Hipotecaria: dice el artículo 38.1, «a todos los efectos legales»), en su aspecto positivo y negativo (titularidad activa y pasiva), a cualquier titular registral por el mero hecho de serlo (la fe pública registral queda al margen), a cualquier asiento, frente a tercero y frente a las partes (92), y al derecho inscrito en sí mismo considerado (existencia, titularidad, título o causa, ejercicio, extensión, y con independencia de su naturaleza personal o real).

Se ha cuestionado, en algún sector doctrinal y por cierta jurisprudencia, la suspensión del efecto legitimador del asiento durante los dos primeros años de su extensión en los términos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria, sin que quepa el efecto del artículo 1.3.º GARCÍA GARCÍA (93), en base a la STS de 28-3-1979 y a la propia dicción del artículo 207 (que se refiere a la fe pública), impugna ésta posición con sobradas razones. La inmatriculación como primera publicación de existencia del derecho real de dominio desarrolla todos sus efectos propios, con suspensión de la fe pública durante un plazo prudencial de dos años, al estimar el legislador que la facilitación del acceso de la finca al Registro por el medio del artículo 205, donde la responsabilidad del Notario y del Registrador son capitales, no puede desconocer la legitimación registral, porque, como sigue nuestra línea expositiva, la seguridad jurídica exige la publicidad por el medio adecuado (publicidad registral) y nunca se puede suplantar esta publicidad por la

(92) Si el adquirente no inscribe, la disposición es pasiva, no le queda ni el recurso a la acción penal frente al transmitente.

(93) *Op. últ cit.*, págs. 690 y ss.

clandestinidad de otras situaciones ocultas, que pueden vivir en el mundo de la inexistencia, en tanto no se impugne y gane una pretensión judicial contraria. El mero hecho de admitir una demanda contra el contenido del Registro refuerza esta posición, ya que lo que se está impugnando es la publicidad registral como inexacta (art. 38 LH), no su desconocimiento. En sede procesal, se intenta acreditar una realidad jurídica, pero siempre en contra de la publicidad registral, que debe, de prosperar la demanda, rectificarse en todo caso. La intervención judicial no da lugar a publicidad alternativa alguna, sino al restablecimiento del orden jurídico quebrantado a través del único medio oficial de publicidad. La ejecución de la sentencia tiene de plazo esos dos años (a menos que se haya anotado la demanda); si llega después, el artículo 34 (94) desarrolla toda su eficacia. Muchas veces la única dificultad consiste en extraer la doctrina legal del pronunciamiento judicial, reparando en el caso concreto, sin generalización alguna a otros supuestos.

a) *Presunción sobre la realidad jurídica*

Si, como venimos manteniendo, la publicidad es natural a la existencia de los derechos reales, como único medio de exteriorizar su materialidad, y se produce, por razones de orden público superior, por su especial eficacia (competencia exclusiva del Estado), al margen del Derecho especial o foral, en el ámbito del Derecho privado, con independencia del órgano que dictó la norma, y mediante la calificación registral, no puede extrañar que afirmemos que la única realidad jurídica inmobiliaria es la que contiene los asientos del Registro. Y toda la dialéctica sobre la realidad extrarregistral se circunscribe a la patología de situaciones clandestinas carentes de la firmeza e idoneidad suficiente para obtener esa protección (publicidad), por razones obvias. Sin adecuación material y formal no se puede publicar una realidad jurídica imperfecta o malformada, ya que la salvaguardia de los Tribunales requiere el arbitraje sustantivo del derecho que pretende acceder a los libros del Registro, como único medio de desjudicializar la contratación privada.

La realidad jurídica civil, pues, es la realidad registral. Lo que exista al

(94) La STS de 14-2-1994 distingue entre legitimación y fe pública, y hace depender ésta, no ya del plazo de los dos años, sino de la concurrencia de las demás circunstancias establecidas en el mismo. En particular, conforme a la STS de 21-1-1992, de que se adquiera a título oneroso de *titular inscrito*. Y declara el carácter *iuris tantum* de la legitimación aplicable a los supuestos de inmatriculación, que, lógicamente, no prevalece frente a la usucapión extraordinaria probada en juicio (utilizo el resumen de Colex-Data/Colegio de Registradores)

margen no acredita ni da fehcencia de su constitución y eficacia y necesita de la acción judicial contradictoria para rectificar la inexactitud publicada, siendo parte de forma ineludible el propio titular registral.

b) *Presunción sobre la realidad física*

En líneas anteriores nos hemos ocupado de este importante tema, que responde a la lógica de que la legitimación, la publicidad registral, no puede amparar sólo la titularidad (vacuo pronunciamiento), ya que no existe ésta sin un objeto cierto y determinado, sin el inmueble sobre le que recae el derecho real. Por ello, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se extiende a los datos físicos, sin perjuicio de que, una vez impugnada esa publicidad como medio de prueba, el Juez o Tribunal valore el medio de acceso de esos datos al Registro. Y, en consecuencia, la doctrina legal será aparentemente contradictoria, en función de la fortaleza de la prueba contradictoria que corresponde al demandante o impugnado de la realidad física que contiene el asiento.

En este sentido, conviene destacar la STS de 31-1-1970, comentada por GARCÍA GARCÍA (95), que declara que «al constar esa numeración en la inscripción —numeración catastral—, justifica la identificación catastral de la parcela, sin necesidad de otros elementos probatorios, conforme al principio de legitimación registral, mientras el asiento no sea cancelado» (ver Real Decreto de 3-5-1980, norma 9). O aquella otra de 10-11-1986, que extiende la legitimación a los datos físicos y reconoce la virtualidad de los linderos naturales. La de 20-5-1974, que dispensa de la prueba de los datos físicos, al ser la inscripción medio de prueba positivo. O la de 7-4-1981, que contiene un riguroso análisis del principio de legitimación, siendo ponente el Magistrado y Catedrático de Derecho Civil JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO.

En definitiva, como hemos expresado anteriormente, el TS valora la prueba en contrario en función del medio de comprobación de los datos físicos y de acceso de los mismos al Registro. Recuérdesse la coordinación urbanística (cédula de habitabilidad, licencias, parcelaciones), el deslinde de Costas, la expropiación forzosa, el expediente de dominio con citación de linderos, la sentencia judicial por acción de deslinde o cabida... La fortaleza del principio de legitimación y su impugnabilidad dependerá del medio de acceso de los datos al Registro, pero, en todo caso, la legitimación se extenderá a ellos, como postula la propia Ley, que no distingue, ni puede hacerlo, entre titularidad y objeto.

(95) Para toda esta materia, *op. últ cit.*, págs. 693 y ss.

B. EFECTOS

El efecto sustantivo de la publicidad registral (requisito de existencia, de ejercicio y de eficacia del derecho real) se produce por la calificación, dotando de autonomía al asiento (legitimación). Efecto judicial y extrajudicial, dependiendo de donde acredite el titular la publicidad material, medio de prueba de diversa índole, ofensivo y defensivo. Titularidad activa y pasiva. Efecto que llega a ser inamovible, dotando de plena eficacia al asiento, en el supuesto del tercero hipotecario, donde sí se protege la apariencia jurídica por razones superiores de seguridad del tráfico jurídico (presunción *iuris et de iure*).

Doctrinalmente, GARCÍA GARCÍA estudia por separado los efectos procesales y extraprocerales de la legitimación (96), diciendo al respecto que «las consecuencias sustantivas se concretan en la idea de que el titular registral, por el mero hecho de serlo, es considerado en el ámbito extrajudicial como titular real, sin necesidad de demostrarlo y está protegido y queda bajo la salvaguardia de los Tribunales, de tal manera que todos, tanto los particulares, como la Administración, han de considerarlo como titular mientras no se pruebe lo contrario o dicho titular consienta en ello».

No es que existan siempre dos titularidades, la registral y la real, sino todo lo contrario. Sólo existe una titularidad, la registral. Cualquier otra pretensión, deberá declararse judicialmente, y, cuando los Tribunales hablan de aplicar las reglas de Derecho Civil puro, se refieren a la imposibilidad de aplicar las disposiciones hipotecarias sobre publicidad registral (fincas no inmatriculadas o supuestos de doble inmatriculación) (97) o a la prueba en contra de la titularidad registral, una vez deshecho el amparo del asiento. Es, pues, el Derecho de las situaciones clandestinas. Cuando el ordenamiento sobre la publicidad es inaplicable o el resultado de su aplicación remueve el asiento y declara su inexactitud.

GARCÍA GARCÍA sistematiza los efectos extrajudiciales en tres: 1.º La facultad de disposición o legitimación se concede por la ley al titular registral. 2.º La presunción de posesión se establece en favor del titular registral. Y 3.º Los expedientes y actuaciones extrajudiciales sólo pueden entenderse con el titular registral.

(96) *Op. últ cit*, págs. 713 y ss.

(97) Vid STS de 30-12-1993: cuando existe doble inmatriculación judicialmente probada, los efectos de ambos asientos se neutralizan y sólo cabe aplicar las normas generales. Es decir, como si el derecho careciese de publicidad y fuera clandestino.

a) *Publicidad frente a tercero*

El efecto sustantivo de la publicidad registral material produce la oponibilidad de lo inscrito en base al artículo 38 de la Ley Hipotecaria y la inexistencia de lo no inscrito o cancelado (arts. 32 y 97 LH). Para el tercero sólo existe lo que el Registrador publica y, en consecuencia, queda protegido al contratar con él.

b) *Publicidad frente al titular registral*

La publicidad registral, por disposición legal que recoge un presupuesto de existencia del derecho, hace inatacable la posición del titular registral, salvo los supuestos de inexactitud, inexistentes hasta que se producen. Es decir, la inscripción del derecho real define su contenido y extensión (conforma, dice GARCÍA GARCÍA), y, en este sentido, lo constituye, ya que el ordenamiento desconoce lo no inscrito (arts. 32, 34, 38, 97 y 313 LH). Desconoce las situaciones clandestinas. Ello supone que sólo el titular registral está legitimado, activa y pasivamente y con eficacia, para disponer, y tiene la posesión del derecho (el ejercicio del mismo). Si fuera de otra forma, el perjudicado por esta situación está obligado a acreditar judicialmente su derecho contradictorio.

a') *Facultad de disposición*

La legitimación del titular registral es legitimación directa. Sólo acreditando judicialmente la inexistencia del derecho publicado, puede hablarse de legitimación extraordinaria (art. 34 LH).

La facultad dispositiva que le corresponde como único titular del derecho existente (titular registral = titular civil o real) hace reconocer en él la responsabilidad frente a tercero que ello comporta (art. 32 y 34 LH), lo que acredita la identidad entre el titular registral y el titular civil, entre la existencia del derecho y la publicidad del mismo. Hasta tal punto es esto que provoca una adquisición *a non dominio* en el supuesto del tercero hipotecario (donde el asiento suplanta al derecho mismo) (98).

(98) Vid. Res. de 28-9-1984, GARCÍA GARCÍA, *op. últ cit*, págs. 718-719.

b') Presunción posesoria

La publicidad registral del derecho real supone la exteriorización de que la tradición se ha producido y como tal y con independencia de que se trate de una *traditio ficta* (escritura pública), el titular registral es el poseedor natural del bien. Posesión de derecho que presume la posesión material o de hecho (acción real registral). La posible existencia de un poseedor de hecho distinto del titular registral no contradice esta afirmación. Es un poseedor clandestino que no ha acreditado judicialmente —único medio— que lo haga con mejor título y derecho que el que publica el Registro, único existente en la realidad jurídica. Incluso la protección interdictal revela la debilidad de su posición.

GARCÍA GARCÍA (99) señala como consecuencias del artículo 38, en este campo, las que siguen: 1.ª El titular registral es poseedor a título de dueño. 2.ª Su posesión, en el caso de que sea impugnabile, es *ad usucapionem* (art. 35 LH). 3.ª Puede ejercitar la acción de desahucio frente al precarista sin título con sólo aportar la certificación registral. 4.ª Puede, asimismo, ejercitar la acción real registral (art. 41 LH: dominio y posesión). Y 5.ª Cabe, en principio, la interposición de acciones interdictales.

Y como consecuencias extrajudiciales, añade: el titular registral es el único titular en el ámbito notarial y registral, en los expedientes de expropiación forzosa, urbanísticos, de concentración parcelaria, y a efectos de coordinación Registro-Catastro. Además, como advierte el artículo 38-3.ª LH (efecto procesal), en los procedimientos ejecutivos y de apremio (responsabilidad o titularidad pasiva) es el único titular existente, lo que supone que es el obligado al pago de tributos, contribuciones (expedientes administrativos), gastos de comunidad y primas de seguro. Será notificado en materia fiscal y de valoración catastral de bienes.

c) *Publicidad y proceso*

Finalmente, el resultado procesal del efecto material que la publicidad registral produce, hace reconocer en el titular registral (100) la legitimación activa, en base a la certificación registral (38.1 LH) (101), la legitimación pasiva necesaria (si se impugna el contenido del asiento es parte

(99) Última *op. cit.*, págs. 729 y ss.

(100) Última *op. cit.*, págs. 741 y ss., e I HERNANDO COLLAZOS, *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, ed. Civitas, Madrid, 1990.

(101) Dispensa de prueba e inversión de la carga de la prueba Posibilidad del titular registral de ejercitar el juicio de desahucio por precario, una acción interdictal, la acción real registral y, siendo acreedor hipotecario, el procedimiento judicial sumario o extrajudicial (*op. cit.*, pág. 742 y ss.).

necesaria del proceso) (102), el sobreseimiento de embargos contra persona distinta del titular registral, la notificación necesaria al tercer adquirente —titular registral— de bienes hipotecados u objeto de anotación para que intervenga en el proceso, si lo estima pertinente, y la actuación como demandante y demandado del titular registral en el supuesto del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

Para todo ello, el titular registral cuenta con una posición privilegiada, como corresponde al único titular real o civil reconocido por el ordenamiento jurídico; la certificación del asiento (aspecto externo de la publicidad material: legitimación) es medio de prueba e invierte la carga de la prueba, haciéndola imposible en el supuesto del artículo 34 de la Ley.

La acción contradictoria del dominio inscrito (art. 38.2.º) ha dado lugar a una constante jurisprudencia (103). Para HERNANDO COLLAZOS, tienen este carácter las acciones reivindicatoria, declarativa de dominio, negatoria, declarativa de ineficacia de los negocios jurídicos (contradictorias en sí mismas), confesoria, de deslinde (complementarias de la inscripción), usucapión, condenatoria del cumplimiento de un contrato, retracto, de acción y declarativa de una participación indivisa (desembocan en una nueva inscripción).

a') Acción real registral

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria regula la denominada «acción real registral» que sanciona en nuestro Derecho el efecto sustantivo de la publicidad registral, en cuanto dota al titular registral de un medio autónomo y directo de ataque y defensa de su derecho inscrito y en los términos que resulten del asiento vigente. Dice el párrafo primero que: «Las acciones reales procedentes de derechos reales inscritos podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna del asiento correspondiente».

Este artículo sanciona de forma expresa el principio de legitimación registral como publicidad natural de los derechos y medio de acreditar su existencia. Unica realidad jurídica civil. Su contradicción, el reconocimiento de una situación clandestina, debe seguir un curso predeterminado y el

(102) El artículo 38.2 exige la interposición previa o simultánea de demanda de nulidad o cancelación del asiento vigente. Como hemos visto, la necesaria intervención del titular registral ha hecho declarar a la jurisprudencia que la demanda de nulidad está implícita en la propia acción contradictoria (vid. supra).

(103) GARCÍA GARCÍA, *op. últ. cit.*, págs. 751 y ss.

titular registral, como propietario real o titular del derecho, está dotado de la acción real registral, en base a la certificación registral [medio de prueba (104) e inversión de la carga de la prueba], para defender y atacar la pretensión contraria. Por ello, a pesar de la técnica de inscripción voluntaria que sigue nuestro sistema, el efecto constitutivo de la inscripción hace innecesario el arbitrio de medios formales en la declaración de los derechos. La publicidad, frente a tercero e *inter partes*, es requisito de existencia, de ejercicio y de eficacia frente a tercero, artículos 32, 34 y 38. *Inter partes*, porque no se puede hacer valer titularidad alguna sin contradecir el dominio o derecho real inscrito, habiéndose llegado a plantear la necesidad de que el transmitente inscriba su derecho como medio de habilitar la inscripción del derecho del adquirente y la eficacia del pago al titular registral (que la STS de 10-12-1992 niega por conocer el deudor directamente la existencia de la transmisión no inscrita). La inscripción constitutiva, en suma, reproduciría esta situación, ya que se impugnaría la publicidad registral como medio de acceso de la titularidad clandestina, anotando previamente la demanda. Es decir, no añadiría nada nuevo a la situación actual que permite reconocer en el titular registral al único titular civil y aumentaría el número de reclamaciones de situaciones de pendencia, al menos respecto de las fincas no inscritas, ya que, en la actualidad, la falta de inscripción —es una situación sociológica— obedece al escaso valor de los bienes o al abandono de los mismos, con lo que la constitución registral formal de los derechos no haría ingresar éstos en el Registro (105), llegándose a la conclusión actual: sólo lo inscrito existe (arts. 32 y 28 LH).

La STC de 13-11-1987 se ocupa de la aplicación del artículo 41 de la Ley Hipotecaria sobre la oposición de la causa segunda del mismo (posesión contradictoria por contrato o relación jurídica directa con el último titular o titulares registrales anteriores), declarando su suficiencia.

b') Tercería de dominio

El artículo 38.3 de la Ley Hipotecaria dispone que «en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas, en el instante mismo que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad

(104) Medio de prueba privilegiado, conectado al principio de legitimación, dice la STS de 17-10-1989.

(105) Acentuando el problema actual de la adquisición de viviendas sobre plano y del documento privado.

que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento».

Señala CHICO Y ORTIZ al respecto (106) que la protección de la posición jurídica del titular registral evita a éste la interposición de la acción judicial de los artículos 1.532 y ss. de la LEC. Esa protección se produce de oficio, en cuanto el Juez o Magistrado solicita u ordena la expedición de la certificación registral directamente y sobresee sin petición expresa (STS de 3-7-1962). Ello requiere, obviamente, que no se haya practicado, con anterioridad a la titularidad del tercero, la anotación de embargo. Reciente jurisprudencia hipotecaria se refiere a la traba del embargo como momento extrarregistral de la eficacia de éste, una vez practicada la anotación en el supuesto de inscripción posterior basada en crédito anterior (art. 44 LH: Res. de 6-7-1988) pero, como puede comprenderse, atiende a un supuesto de preferencia entre derechos inscritos.

ANEXO I. HIPOTECA Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

El día 11 de agosto entró en vigor la Orden conjunta de los Ministerios de Justicia y Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos con garantía hipotecaria de cuantía inferior a 25 millones de pesetas, norma anunciada el pasado año, que desarrolla, de hecho, las disposiciones sobre protección de los consumidores en el ámbito inmobiliario, pues, si bien su contenido se disocia de las disposiciones sobre préstamos al consumo que trasponen la Directiva comunitaria (referidas a los bienes muebles: Ley de 11 de noviembre de 1991 y Directiva 87/102/CEE, de 22-12-1986) y su dictado se hace sin perjuicio del contenido de la Ley de Defensa de los Consumidores (art. 2.2 de la nueva Orden), el efecto jurídico sustantivo de la misma no es otro que la aplicación del *principio constitucional y comunitario de información a los consumidores* (art. 129A del Tratado de la Unión Europea y 51 de la Constitución), mientras establece las condiciones objetivas de aplicación del principio de libre competencia entre las entidades financieras.

(106) *Estudios de Derecho Hipotecario*, T. I, págs. 289 y ss., Madrid, 1994, ed. Pons.

El contenido de la Orden aborda esta materia restringiendo su ámbito a los préstamos inmobiliarios de consumo, cualificados por el tipo de garantía prestada (derecho real hipoteca), y, en cierta medida, complementa la reciente Ley 2/1994 sobre subrogación hipotecaria, en base, precisamente, a ese principio de información, por lo que podemos distinguir un aspecto formal y otro sustantivo. El aspecto formal es su esencia: las entidades financieras deben elaborar un *folleto informativo* sobre las condiciones del préstamo. Condiciones que, una vez aprobada la solicitud del consumidor, vinculan a la entidad mediante el establecimiento de un precontrato: la oferta vinculante, durante el plazo de diez días, que aquél debe analizar (aspecto sustantivo). En este análisis, el consumidor cuenta con el derecho a obtener asesoramiento técnico sobre las condiciones financieras del contrato; la advertencia notarial de la adecuación de las mismas a la oferta vinculante y la constancia de determinados elementos conformadores de las disposiciones sobre el tipo de interés (tipo de referencia oficial, tipo efectivo durante el período inicial, límites a la variabilidad del interés o, en su caso, tipo fijo efectivo) y los costes de la operación, aparte de los riesgos sobre fluctuación de divisas. Es decir, se pretende que el consumidor sea consciente, antes de prestar el consentimiento contractual, de la trascendencia económica del préstamo que va a suscribir, siguiendo la técnica comunitaria del plazo de reflexión, asistido, ahora, de Notario. Asistencia que no hace sino especificar las obligaciones genéricas que, con anterioridad, ya le vinculaban en su actuación, con arreglo a las normas del Reglamento Notarial. Su razón no es otra que la excesiva tecnificación economicista de los préstamos, en general, y de los préstamos con garantía hipotecaria, en concreto.

Y si estas disposiciones referentes al préstamo potencian la libre competencia y la información al consumidor, no hemos de olvidar el otro aspecto de la relación jurídica. Esto es, el derecho real de hipoteca o garantía. La Orden no alude al derecho real por razones obvias: la protección del consumidor desde el punto de vista real la presta el Registrador de la Propiedad, que, bajo su responsabilidad y mediante la calificación, objetiva, independiente y jurídica, desarrolla una importante función tuitiva, de carácter arbitral (tradicionalmente se habla de jurisdicción voluntaria, aunque las notas del arbitraje de Derecho Privado están presentes), sobre el documento ajeno, de tal suerte y ello debe destacarse, que la ejecución sumaria o excepcional de la garantía hipotecaria sólo va a venir referida al incumplimiento de las cláusulas inscritas.

Mediante la calificación registral (concepto autónomo, ya que, incluso terminológicamente, es la única calificación definida legalmente), pues, la inscripción del derecho real, con carácter general y con independencia de los pactos obligacionales contenidos en el contrato, se restringe a los aspec-

tos reales conformadores de su contenido. Ello supone la exclusión de las cláusulas abusivas (desde el punto de vista cualitativo, no cuantitativo), oscuras, nulas (nulidad no contenciosa) y personales, en aplicación de la Ley y Reglamento Hipotecarios y la Ley de Defensa de los Consumidores, adelantando, de hecho, la eficacia de la Directiva 93/13/CEE, que sintoniza con la práctica registral en la regulación de las cláusulas abusivas. No en vano el texto del actual artículo 7.3.2.º, en cuanto incide en el derecho real, en su formulación jurídica y práctica, es resultado de la calificación registral, como demuestra la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. A partir de la década de los ochenta el pacto de interés variable, por ejemplo, más allá de las antiguas cláusulas de estabilización de valor, fueron decantándose objetivamente a través de dicha calificación: tipo de referencia objetivo, interés al alza y a la baja, límite o tope de interés variable y notificación de la alteración del interés al prestatario, con el derecho consecuente de rescisión. En este punto, todo hay que decirlo, contamos siempre con la buena disposición de las asesorías jurídicas de las entidades financieras en el estudio de los aspectos reales de dichas cláusulas y en la determinación de la responsabilidad hipotecaria, resolviendo los desacuerdos la Dirección General. Tanto los prestamistas como los prestatarios (entidades financieras y consumidores) son conscientes de que, siendo susceptible de ejecución el derecho real de hipoteca por procedimientos sumarios (de ahí la difusión de este medio de garantía que permite el acceso a la vivienda de grandes masas de población, dando cumplimiento al concreto derecho constitucional reconocido en nuestra Norma suprema), es decir, sin fase previa declarativa de derechos, son conscientes —decimos— de que una garantía tan fácilmente ejecutable debe estar perfectamente deslindada en sus aspectos reales, para dar certeza al tráfico jurídico y seguridad a los terceros. Deslinde que presupone (la fe pública registral es el resultado de la ejecución sumaria), en el ámbito preventivo, la desjudicialización de la contratación privada y la exclusión, consiguiente, de todos aquellos pactos que van a hacer depender la privación del derecho de propiedad del arbitrio del acreedor hipotecario, amenazados de nulidad, y que cuestionarían la misma aplicación de esos procedimientos ejecutivos a los préstamos con garantía hipotecaria.

Así pues, el contenido de esta nueva disposición (la Orden de 5 de mayo) complementa nuestro ordenamiento jurídico en materia de información al consumidor, desde el punto de vista exclusivo de las cláusulas financieras de los préstamos, y viene a reconocer (por ello dice que esta Orden se entiende «con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como las demás Leyes que resulten de aplicación»), sin la redundancia que podría aconsejar su jerarquía normativa, la protección registral de los consumi-

res que la calificación presta. Protección que se establece, asimismo, en beneficio de las propias entidades financieras, en cuanto sean terceros en relación al derecho real inscrito, e incluso del acreedor hipotecario, en cuanto asegura, además de la certeza del derecho real, la plena ejecución de la garantía prestada, al margen del juicio declarativo, y el sólido acceso al mercado hipotecario secundario. Mercado éste de especial trascendencia en la financiación de la vivienda y del que nace otro consumidor (el pequeño ahorrador).

En definitiva, la Orden de 5 de mayo de 1994, que regula la información de los préstamos inmobiliarios al consumo, y la Ley Hipotecaria, que exige, más allá de la simple advertencia, la plena determinación y objetividad de las condiciones ejecutivas de los derechos reales de garantía, con arreglo al ordenamiento jurídico total, van a suponer, con seguridad, un medio útil y necesario para desarrollar la financiación económica en este especial ámbito y en orden al acceso de los ciudadanos a la vivienda. Normativa que sólo requiere un complemento: la aprobación de la reforma del Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo, ya que, al margen de «los fundamentos filosóficos» de la Ley del Suelo, como destacó un político, la necesidad de este instrumento práctico se justifica en sí misma, ya que afecta a la seguridad y celeridad en la creación de suelo y mediatiza, en consecuencia, la plena efectividad del Plan Nacional de Viviendas, y, cuya demora puede fomentar la especulación (sólo el suelo urbano se reviste de las circunstancias necesarias para el acceso directo a la financiación).

Por otra parte, la información al consumidor de la actividad de los Registradores y su efecto protector en el campo inmobiliario se ha acometido, desde hace años, a través de la Guía del Usuario del Registro y del folleto «Cómo comprar una vivienda en España, paso a paso», además de la «Guía sobre transacciones inmobiliarias en España (interiores y transfronterizas)», editadas por el Colegio de Registradores y los teléfonos de información genérica, información jurisprudencial e información en materia de vivienda (Servicios Registrales de Protección de los Consumidores).

ANEXO II. PUBLICIDAD, INTIMIDAD Y PRIVATICIDAD

El pasado día 24 de julio venció el plazo para dar de alta los ficheros informatizados de datos, públicos y privados, en el Registro General de la Agencia de Protección de Datos, circunstancia ésta que ha dado actualidad, en todos los medios de comunicación, al mandato constitucional sobre el derecho fundamental a la protección de la *intimidad*. El artículo 18 de la Constitución española garantiza el derecho a la intimidad y, en su número 4, «emplaza al legislador a *limitar el uso de la informática* para garan-

tizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos».

Ahora bien, las normas sobre protección de datos no sólo protegen la intimidad (domicilio, correspondencia...), sino que van más allá acuñando un concepto nuevo: la *privacidad*, que abarca aquellas facetas de la personalidad del ciudadano que en apariencia, de forma aislada, son intrascendentes y, sin embargo, enlazadas entre sí arrojan un retrato «robot» de su forma de ser (actitud y aptitud para obtener un empleo, un préstamo o la pertenencia a un colectivo, por ejemplo).

Ese enlace o cruce de datos, tradicionalmente, se protegía por la carencia de medios técnicos idóneos para su aplicación práctica. Es decir, el tiempo y el espacio, el coste, defendían al individuo. Hoy día, por el contrario, esa dificultad se ha desvanecido con la aplicación de medios informáticos. Y de ello tomaron nota los poderes públicos. Primero, en el ámbito internacional: el Convenio de Estrasburgo de 1981 (ratificado por España en 1984). Después, la Ley española de 1992, que crea la Agencia de Protección de Datos. Y mañana, la Directiva de la Unión Europea, que se está elaborando (la propuesta modificada es de 15-11-93, C 308/1).

De esta forma, la libertad del ciudadano se garantiza en dos campos distintos. Por un lado, el de la intimidad mediante el amparo constitucional. Por otro, el que corresponde a la privacidad, su secuela técnica, estableciendo dos restricciones al cruce de datos: autodeterminación (los datos deben suministrarse por el ciudadano voluntariamente) y notificación de su inclusión en un fichero automatizado (los Bancos, por citar un caso, así lo hacen constar en los extractos de las cuentas que remiten al cliente).

Como hemos visto, ese perfil del individuo que el enlace informático de datos posibilita es de enorme trascendencia personal. Afecta al empleo y al acceso al crédito. Pero lo hace en tales términos que esa afección no sólo se reduce al territorio del Estado al que pertenece como ciudadano, sino que, a través de las «autopistas de información», extiende su ámbito a cualesquiera otros que tengan conexión a la red. Es un fenómeno transfronterizo.

Obsérvese que la rápida comunicación de datos (interior y exterior) es una necesidad del tráfico contemporáneo e incluso puede venir requerida por motivos de seguridad nacional (narcotráfico, contrabando, evasión de capitales, terrorismo...). Ello, no obstante, su control se impone con carácter general (autodeterminación y notificación) y temporal (los datos adversos sobre solvencia económica sólo pueden mantenerse seis años en un fichero), porque la libertad del ciudadano, en otro caso, se resentiría.

La Ley reguladora, siguiendo sus precedentes comunitarios, como cabía esperar y por lo que ahora nos interesa tratar, mantiene una serie de excepciones, y de forma señalada, por su carácter genérico abarca los datos

anónimos que son información de dominio público (la situación del Ayuntamiento, por ejemplo), y los que se contienen en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, ya que éstos se recogen, precisamente, para publicarlos, o lo que es lo mismo: «darla —la información— a conocer al público en general».

En este punto es donde encaja el título a que responden estas líneas. La exclusión de la publicidad registral parte de la *preexistencia* de nuestro sistema público de seguridad jurídica preventiva y de su particular trascendencia en la vida privada de los ciudadanos (protege los derechos civiles y mercantiles patrimoniales, dando seguridad al tráfico). La protección registral nace de la publicidad y de la tutela judicial efectiva de los asientos. Además, el sistema español de seguridad cumple con las fuentes de inspiración del texto legal e, incluso, con el contenido expreso de su articulado. Y decimos esto porque el ejercicio profesional de dos funciones públicas de diversa índole guardan y respetan ese equilibrio necesario que el tratamiento de los datos personales impone. Así, rigiendo los principios de libertad civil y libertad de formas (libre contratación entre particulares), el *protocolo notarial* es *secreto* (respeto a la intimidad y privacidad) y la *inscripción* en el Registro es *voluntaria* y se produce a instancias del interesado (autodeterminación de datos). Y aún más, el Registrador asegura por medio de la calificación (sólo se inscribe el derecho real o las circunstancias de las sociedades señaladas legalmente) la exclusión de la publicidad de aquellos datos que, sin trascendencia económica o patrimonial, pudieran afectar a la privacidad. Ello se produce en dos momentos: cuando inscribe el derecho contenido en la escritura pública y cuando, a solicitud de cualquier interesado, da la publicidad formal (nota y certificación).

La Ley Hipotecaria garantiza el respeto a la privacidad cuando expresa que el Registro será público para quien tenga «interés conocido (interés presunto) en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos». Y decimos que lo garantiza porque en su letra está excluyendo los «datos sensibles». Son datos sensibles los que afectan a la raza, vida sexual, ideología, creencias religiosas, salud..., y la Ley restringe esa publicidad a aquellos de interés patrimonial, excluyendo, pues, aquellos otros que pueda contener el Registro sin vinculación al valor económico del inmueble. De esta forma, el ejercicio profesional de la función registral que la calificación asegura mediante la *actuación arbitral* del Registrador, respeta la intimidad y la privacidad y asegura el secreto profesional.

Los presupuestos, en definitiva, de la Ley de Protección de Datos son, en este ámbito, dos: el secreto del protocolo notarial (la intervención del Notario abarca a una serie de actos no estrictamente patrimoniales que contienen «datos sensibles»: estado civil, actas de requerimiento, actas de

presencia, testamentos, depósitos...) y la inscripción voluntaria. Si desapareciese el secreto del protocolo notarial, entrando de lleno éste en el campo de la Ley 2/1992 (autodeterminación de datos, notificación...), el carácter constitutivo de la inscripción de los derechos vendría impuesto como consecuencia de la Directiva comunitaria sobre *publicidad engañosa*, ya que si hoy, siendo secreto, está abierto a quien acredite interés legítimo en conocer su contenido (los otorgantes, sus causahabientes, los Jueces...), su publicidad indiscriminada podría producir en el ciudadano el «engaño» de que los efectos sustantivos de la protección registral (tutela judicial efectiva, calificación, prioridad, fe pública, legitimación, especialidad, tracto sucesivo, libertad de cargas...) son idénticos a la tenencia material de la copia de una escritura, que, siendo pieza clave del sistema de seguridad preventiva, produce otros efectos, si no menores, sí, al menos, distintos. Asimismo, desaparecería la aplicación práctica de un deber muy importante: el secreto profesional incardinado en ese ejercicio profesional de una función pública (el secreto del protocolo nace del deber de secreto del Notario). Y su secuela no sería otra que el aumento de la *documentación privada* y el nivel de inseguridad preventiva (judicialización de la contratación), al sentirse el ciudadano defraudado en la confianza depositada en una persona por razón de su cargo, que publica el acto sin su autorización. E incluso en los sistemas registrales que no publican derechos y sólo archivan documentos, su publicidad está restringida por esa misma razón, respetando la privacidad e intimidad (inscripción voluntaria e interés legítimo). El secreto profesional se mantiene por el Registrador.

ANEXO III. INFORME SOBRE LA NECESIDAD DE ELABORAR UN REAL DECRETO EN MATERIA DE COORDINACION ENTRE EL CATASTRO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Habida cuenta que la importancia de la coordinación entre la realidad física y la realidad jurídica no necesita ser ponderada en orden a la ejecución de los principios y de los derechos constitucionales de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, respeto a la intimidad y a la privacidad, soporte equitativo de las cargas fiscales, acceso a una vivienda digna y protección de los consumidores, por no adentrarnos en la invocación de algunos otros también conectados con los mismos; habida cuenta —decimos— de la importancia de la coordinación, procede, ahora, mejorar el sistema vigente. Seguridad jurídica inmobiliaria y tutela judicial efectiva, a través del efecto protector que la publicidad registral sustantiva ofrece a la constitución, reconocimiento, declaración, modificación, transmisión y cancelación de los derechos reales (arts. 1, 3, 17, 18, 32, 34 y 41

de la Ley Hipotecaria, por citar algunos de ellos). Respeto a la intimidad y a la privacidad, por medio del principio de libertad civil y libertad de formas, que se traduce hipotecariamente en el principio de inscripción voluntaria, calificación independiente y tratamiento profesional de la publicidad formal (arts. 6, 18, 221 y 222 de la Ley Hipotecaria en relación al art. 18 de la Constitución y a la Ley Orgánica 5/1992). Soporte equitativo de las cargas fiscales, en cuanto la titularidad de derechos reales sobre los bienes inmuebles determina el grado de responsabilidad fiscal de los ciudadanos, toma por base la realidad física, estática y dinámica, y establece el sistema de imputación de los impuestos a los sujetos pasivos. Acceso a una vivienda digna y protección de los consumidores, en la medida en que la transformación del suelo a efectos urbanísticos y el control de la legalidad tiene directa relación (disciplina urbanística) con la creación del objeto físico idóneo para la construcción de viviendas y el servicio que presta el Registro de la Propiedad a la sociedad, publicando frente a tercero y frente a las partes (consumidores) la realidad jurídica de ese objeto físico, de una forma sencilla y directa, informando de los medios adecuados para el cumplimiento de las disposiciones civiles, administrativas y fiscales en la consecución de los fines del Estado en el orden público inmobiliario.

Desde esta perspectiva, la coordinación realidad física-realidad jurídica, esto es, objeto físico-objeto jurídico, se plantea como una necesidad permanente en cualesquiera sistemas inmobiliarios, y si bien es verdad que la coordinación física a través del control privado (como ocurre en los países de nuestro entorno y, de forma directa, en los de la Unión Europea) ha dado el fruto de una elevada protección jurídica a las transacciones inmobiliarias (en España, con especial eficacia), no lo es menos que la dotación de bases físicas autónomas al Registro de la Propiedad es una aspiración constante de los Poderes Públicos y de los Registradores. Buen número de disposiciones atienden a ello (Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo; Real Decreto 2556/1977, de 27 de agosto, y Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo), tomando como punto de referencia los planos oficiales que levanta el Catastro, censo público de la riqueza inmobiliaria, cuya certeza afecta a diversos impuestos, directos e indirectos, y a los ciudadanos, en cuanto son los sujetos pasivos de los tributos (notificación de base impositiva, de cuotas...).

Ahora bien, si dentro del ámbito de la coordinación de la realidad física con la realidad jurídica, diversos son los caminos (bases gráficas autónomas, municipales, cartográficas oficiales...), no lo es menos que la necesidad pública siempre aboga por la identificación de los sujetos pasivos de los tributos reales y por la extensión de los principios de legitimación, inoponibilidad y fe pública registrales a los datos físicos. Y, precisamente, a satisfacer esa necesidad atiende el presente Real Decreto, que, sin desdeñar otros medios de coordinación en la actualidad vigentes, se adentra de forma generalizada

y decidida en la adopción de una nueva vía que, en un plazo razonable, pero estrecho en el tiempo, dote a ambas instituciones, Catastro y Registro, de un grado de coordinación que, exento de maximalismo y de forma automática, desvanezca los tópicos clásicos de su dificultad, proporcionando la identificación de la finca registral por el número catastral (NIC o identificador vigente).

Así pues, si la coordinación realidad física-realidad jurídica puede abordarse a través de distintos instrumentos (coordinación documental, coordinación planimétrica, coordinación urbanística y coordinación telemática), y de ello existe referencia normativa específica, ahora se establece *la coordinación documental con base informática, por medio del identificador catastral* (primer paso decidido y general de la coordinación plena). Y ello se traduce en que, sin merma de la agilidad del tráfico jurídico, el Registro revele el estado de coordinación o descoordinación de cada finca, en un sistema abierto que afecte por igual a la titularidad inscrita como a las futuras inscripciones, ya que el principio registral de exactitud e integridad va a publicar el medio de acceso al Registro de los datos físicos, enervando las contiendas judiciales sobre datos físicos (art. 38 de la Ley Hipotecaria, que si bien no modifica la Norma IX del Real Decreto 1030/1980, sí habilita un medio de prueba), con referencia al *número de identificación catastral (NIC) o referencia catastral ordinaria* (o el que en cada momento esté vigente). Los titulares inmobiliarios deberán hacer constar dicho dato, así como el valor catastral, en los instrumentos públicos, y, en caso de omisión, el Registrador lo recabará directamente del interesado, que vendrá obligado a presentar el recibo del Impuesto de Bienes Inmuebles (*IBI*); en otro supuesto, el Registro publicará, mediante nota marginal, la falta de identificación catastral de la finca. Publicidad que producirá un doble efecto: la disminución del crédito territorial (ya que no se hace explícito el pago del tributo en relación a la hipoteca legal tácita del artículo 194 de la Ley Hipotecaria: el acreedor y el tercero pondera a efectos crediticios su satisfacción por razones obvias) y la responsabilidad estricta del tercero en la comprobación de los datos físicos. Dicha constatación podrá hacerse en cualquier momento. Es decir, con posterioridad al otorgamiento del acto inscribible, de tal suerte que la celeridad del tráfico no se resienta y la publicidad registral de la descoordinación no sea inamovible, dando entrada a la coordinación de las fincas ya inscritas, puesto que si no consta en ellas el identificador catastral, la misma estará descoordinada (en la actualidad se hace constar si resulta del documento inscribible y se archiva el plano a instancias del interesado, haciendo pesar la obligación en la diligencia extrarregistral: art. 51.2.^a, 3.^a y 4.^a del Reglamento Hipotecario) (107).

(107) Terminológicamente, se puede distinguir entre identificación catastral de la finca inscrita (certificación o recibo del IBI) y coordinación, reservando este término para la coordinación plena o cartográfica. Es decir, la «coordinación documental» sólo comporta la identificación catastral —y no la planimétrica—.

El Registrador, a su vez, conforme al Real Decreto 430/1990, hará constar el identificador catastral en la ficha informatizada, que remite al Servicio Central de Índices del Colegio de Registradores (establecido por su Junta de Gobierno en 1982, al amparo de los artículos 562 del Reglamento Hipotecario y 6 de su Reglamento Orgánico, para potenciar la publicidad formal y prestar directamente información a los interesados en mejor servicio a la sociedad y en desarrollo del principio de seguridad jurídica). Este Servicio de Índices, por su parte, remitirá en soporte magnético u óptico en compatibilidad con el Catastro, los datos registrales necesarios para la coordinación, que claramente se hará de forma automática por medio del identificador catastral. Es decir, basta con que los Registradores aporten al Catastro esos datos para que se autocoordinen de forma directa a través del identificador catastral (dato común de ambos ficheros informatizados). El coste de este sistema de coordinación documental (su dotación personal y material, incluida la tecnología adecuada) hasta el suministro del soporte magnético u óptico al Catastro, será asumido por los Registradores como profesionales que ejercen una función pública bajo control administrativo y por su Colegio. La compatibilidad informática y ejecución práctica se articulará mediante convenio, que contendrá las circunstancias precisas de programación.

Las disposiciones catastrales y registrales vigentes (Real Decreto 222/1987, disposición adicional cuarta de la Ley 39/1988, de Haciendas Locales, y el Real Decreto 430/1990) contienen el soporte jurídico adecuado y este nuevo Real Decreto no hace sino profundizar, como resulta de lo que antecede, en la dotación de una nueva vía que no haga depender la coordinación de elementos extraños a ambas instituciones (generalización del proceso), donde la eficacia jurídica de la protección registral y la publicidad formal serán el medio que, con respeto a la libertad civil, dé curso al cumplimiento de uno de los objetivos públicos de la importante misión atribuida al Catastro, al tiempo que se acentúa el interés privado en que la realidad jurídica registral publique los datos físicos oficiales de las fincas, sin perjuicio de otros medios autónomos de coordinación. Así, la identificación de la finca por referencia a la numeración o indicador catastral, bajo la responsabilidad del Registrador, sentará la base de la coordinación plena, de igual suerte que el documento nacional de identidad —o la huella digital— atribuye a una persona física un código determinado, sin perjuicio de que, con posterioridad, ese dato comporte una realidad material íntegra y completa por otros medios complementarios. Por el DNI no sabremos su estatura, aspecto físico o profesión, pero ello no obsta a que sea el primer paso en la identificación física de un ciudadano. La certificación catastral o el recibo del IBI no suponen, de igual suerte, la constancia en el Registro de la realidad planiométrica de la finca, pero sí su identificación habilitante.

Sabremos, pues, por este medio, el titular catastral, su domicilio y el valor fiscal del bien, publicando registralmente que las circunstancias complementarias constan en la cartografía oficial del Catastro (108).

En los supuestos de inmatriculación de fincas, segregaciones, divisiones, agregaciones y agrupaciones, se requerirá el alta catastral o la certificación correspondiente de las nuevas fincas. En la inmatriculación, en todo caso (por razones obvias, una vez superada la necesidad social de facilitar la inscripción sin referencia catastral). En los demás supuestos, se seguirá la regla general de hacer constar en el Registro la coordinación o descoordinación, con especial referencia, si se aporta el documento idóneo (certificación catastral o recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles), al identificador de las fincas de procedencia. En las fichas informatizadas constará, por su parte, mediante la correspondiente clave, esta circunstancia. Su articulación práctica se deja al Convenio recogido en la disposición adicional de proyecto de Real Decreto.

ANEXO IV. EL REGISTRO DE DACTAS DE LA CIUDAD DE PLASENCIA

TITULO PRIMERO: DEL AYUNTAMIENTO, DELA JUSTIÇIA E REGIDORES E DE SU CONSEJO E OFIÇIALES E DE SUS SALARIOS Y DERECHOS

22. Otrosi hordenamos etmandamos que Porqnto —cuanto— nos los dichos Justiçia e Regidores Porprivilegios eprovisiones ecostumbre usada eguardada detiempo inmemorial aca solemos eacostumbramos A dar eXidos ecotos, e Dehesas boyales A los lugares econceJos q estan trmino e Jure- diçion desta çiudad, equando lo a menester delos terminos baldios e con- cexiles de la dhâ çiudad y quitarlos A los que dellos notienen necesidad e en las dichas dactas por culpa einaberteçia delos escrivanos en algunas dellas no se A puesto ni pone q la tal dacta sea de entender y entiende q

(108) A un tiempo se pone en marcha la colaboración con las Haciendas Locales (que expresaron su interés en el proyecto de reforma de la Ley vigente), en cuanto del Registro va a resultar el pago del IBI. Los Ayuntamientos son conscientes de que, a pesar de la hipoteca legal tácita que protege el tributo, es necesario que la publicidad registral refleje su satisfacción, acentuando el regular cobro del impuesto. Esto es, mejor garantía, en la práctica recaudatoria, ofrece una afección explícita, como la del Impuesto de Transmisiones, que el dictado de una carga oculta que el sujeto pasivo y el acreedor, sistemáticamente, ignoran. Su experiencia viene precedida por el resultado práctico de la afección existente, con anterioridad a 1990, en materia de plusvalía municipal, cuya supresión no ha dejado de plantear problemas en orden a la identificación del acto sujeto en plazo (una vez perdido el automatismo de la protección registral).

dhâ dehesa exido e el coto seles da portanto tiempo quanto fuere la voluntad dela dicha çuadad enopara mas tiempo, mandamos q aunque enla escritura e titulo que dela dicha dacta seles diere... ya ni este Puesta ladicha clausula ... -ha-daserpuesta para q la Dicha çiu-dad- -pue-da quitar e Revocar lo que Ansi les diere cada vez que della no tubiere necesidad e viere que cumple A la dhâ çuadad como sila dicha clausula en la dhâ escritura estubiese puesta y q delos tales exidos ecotos los vezinos desta çuadad puedan gozar como los vezos^o delos dichos concejos a quien se dieren en el tiempo que ellos gozaron del pues es cabeza ematriz de todo y con los gandos conque ellos detal exido ecoto gozaren nometiendo mas ganado en el delo que metieren los vs^o -vecinos- del dhô lugar E contando quelos dichos ganados sean de cria e no merchaniegos eque si los vs^o delos pueblos traxeren ganados merchaniegos q ansi mesmo los pueda traer los vs^o de la çuadad notrayendo mas de lo que traxeren los vs^o del tal lugar y esto porq la çuadad sepueble poruqe cerca della no ay baldios deque puedâ gozar los vs^o della, esino tubiese estalibertad se Despoblaria e yrian A poblar a las aldeas en cuya comarca estan los baldios.

23. Otrosi ordenamos emandamos que Pues las dichas Dehesas y cotos y exidos seda-n- -a- los dichos concejos para el aprovechamiê-to- comun de todos los vs^o dellos quelos concejos a quien se dieren no puedan enajenar cosa alguna delos dichos exidos e cotos E dehesas aunque sea -a- Alguno delos dichos vezinos delos dichos lugares parahazer eredamientos ni alcaçeres ni para otra cosa sin licençia emandado denos el dicho concejo, so pena quel concejo o ofiçiales q lo contrario hizieren paguen mill maravedis de Pena por cada Dacta ela tal licençia nobalga ela Persona a quien se Diere no use della sola dicha pena epierda eledifiçio que en ello tubiere fecho ohiziere elos dichos mill mrs sea la terçia parte para nos el dicho concejo de Plasençia y el terçio para el acusador, o, denunçiador el tr^o -tercio- para El Juez quello Juzgare yexecutare, e se deRueq -derruya- e demula lo eDificado.

24. Otrosi ordenamos et mandamos quel dicho concejo tenga un sello grande conque selle las dichas dactas emercedes elas otras q hizieren desolares etieras -tierras- e vecindades e de vinas -viñas- ealcaceres de que se aya de tener titulo e merced alas que ansi las hizieren las quales vayan selladas con los dichos e de otra manera los dichos titulos egraçias emercedes no valgan lo qual mandamos por escusar fraudes e cautelas quese Podian hazer el ql sello se Ponga despues que la tal merced estuviere sinada, o firmada del escrivano de concejo eno antes, e quel dhô sello tenga cada año una persona delas del dicho Regimi^o qual el dhô concejo nombrare encada un año las quales selle las dhâs Provisiones con çera colorada elleve de salario doze maravedis de cada sello queseechare Por Razon del dhô trabajo e dela dhâ cera q gasta que vaya firmado desunombre.

25. Otrosi que los sms^o —escribanos— tengan un libro en q asienten las tales dactas que este en el dhô Regimi^o por Registro porque denoaver-se fecho ansi sea seguido mucho daño ala dhâ çuidad y el smano —escribano— que diere dacta sin que lo asiente en el dhô libro que pague de Pena seiszs^o -seiscientos- maravedis porla negligencia ysele Desquente des-usalario.

ANEXO V. REGISTRO JURIDICO: PARRAFO 3
DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL REAL DECRETO
1879/1994, DE 16 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA
DETERMINADAS NORMAS PROCEDIMENTALES EN MATERIAS
DE JUSTICIA E INTERIOR

Por su especialidad se incluyen en las disposiciones adicionales primera y segunda los procedimientos relativos a nacionalidad, notariales y registrales, materias consideradas de *orden público* en las cuales los otorgamientos y modificaciones se rigen por las normas procesales y de procedimiento, que les sean aplicables y los que conciernen a la legislación notarial, hipotecaria y mercantil, pues en estos procedimientos *las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no son actos administrativos y las decisiones del Departamento en relación con las mismas tiene el carácter de jurisdicción voluntaria*, dejando a salvo a los interesados la vía de orden jurisdiccional civil, sin perjuicio, eso sí, de los aspectos puramente administrativos del procedimiento; por otra parte, *la singularidad de las funciones públicas desempeñadas por Notarios y Registradores* justifica el criterio seguido en el presente Real Decreto en orden al régimen de actos presuntos.

Disposición adicional segunda. Procedimientos notariales y registrales

Las solicitudes formuladas en los procedimientos regulados por la legislación notarial, hipotecaria y mercantil, que deban resolver el Ministro de Justicia e Interior o el Director General de los Registros y del Notariado, podrán entenderse estimados cuando no haya recaído resolución expresa en el plazo legalmente previsto, *salvo que de la estimación de la solicitud colisione con derechos de terceros*, en cuyo caso podrán entenderse desestimados.

Los efectos sustantivos del principio de legitimación, como publicidad natural de los derechos reales, se manifiestan, de forma directa, en el artículo 13.3 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de

24 de noviembre), donde se reconoce la eficacia de los arrendamientos celebrados con el propietario, esto es, titular registral, y la vinculación de aquél que, habiendo adquirido el dominio de éste, no haya inscrito su derecho (imputabilidad de la situación registral publicada)*.

LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
Registrador de la Propiedad

* Número de noviembre-diciembre.

El principio de especialidad registral

SUMARIO: I. ORIGEN HISTORICO. II. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA DOCTRINA. III. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN NUESTRO DERECHO. ASPECTOS MATERIAL, FORMAL Y PROCEDIMENTAL: A) EL ASPECTO MATERIAL. EL DERECHO INSCRITO: 1.º) *Naturaleza real del derecho inscrito. Tipificación o especificación del mismo.* 2.º) *Fijación exacta del contenido del derecho inscrito.* 2.1. Titularidad. 2.2. Duración. 2.3. Extensión. 2.4. Facultades que atribuye. 2.5. Causa lícita y eficaz. 2.6. Expresión del valor. 3.º) *Especificación del título transmisivo.* B) EL ASPECTO FORMAL DEL PRINCIPIO: EL ASIENTO: 4.º) *Llevanza del Registro por el sistema de folio real. Semejanzas y diferencias del artículo 13 LH con el 32 LH.* 5.º) *Expresión de los datos descriptivos de la finca.* 6.º) *Correlación entre la finca y el derecho inscrito.* 7.º) *Claridad de redacción del título y del asiento registral.* 8.º) *Previsión legal de la operación solicitada.* C) EL ASPECTO PROCEDIMENTAL: 9.º) *Determinación del rango registral.* IV. RECAPITULACION.

I. ORIGEN HISTORICO

La necesidad de movilizar el crédito territorial y la protección de las personas frente al fraude y la usura fueron las principales ideas a las que respondió históricamente la creación del Registro de la Propiedad.

Para el logro de tales objetivos, en los proyectos de reforma del Código Civil de 16-11-1836 y de 12-6-1851 se articularon fundamentalmente tres principios o ejes a los que habría de responder la institución registral —que a mi juicio están íntimamente entrelazados— (1) y que fueron sancionados definitivamente por la Ley Hipotecaria de 8-2-1861:

- a) El principio de publicidad: era preciso acabar con el sistema de

(1) Así lo defendí en la conferencia «Análisis histórico de la calificación del Registrador», en las Jornadas sobre Registro y seguridad jurídica, CRPME, mayo 1994, recogida en el *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 55, junio 1994, págs. 136 y sigs.

clandestinidad romano que había pasado a las Partidas, sistema en el que se confundían la prenda y la hipoteca con el nombre de «peños», y donde no se requería siquiera el título auténtico para su constitución, lo que hacía imposible conocer el estado de gravámenes de los inmuebles.

Lo explicaba ya LUZURIAGA en las concordancias de la obra de GARCÍA GOYENA (2):

«¿Acaso es España el único país de Europa en el que hayan sobrevivido la clandestinidad y la confusión en materia tan interesante?; para regular el derecho hipotecario es todavía preciso acudir a las Partidas, donde continúan confundidas la prenda y la hipoteca bajo el nombre de “peños”; no se requiere en ellas título auténtico que se suple con la prueba testimonial, y es imposible según ellas venir en conocimiento del estado actual de un inmueble (...).»

«En tal situación —advertía LUZURIAGA— lo que hay que admirar no es el aniquilamiento del crédito territorial y agrícola, sino la temeridad de los que compran bienes inmuebles o prestan sobre ellos (...).»

b) El principio de especialidad: paralelamente se quiso suprimir la tradicional vinculación de todos los bienes del deudor a la seguridad de la hipoteca (fórmula tradicional son los títulos hechos ante escribano hasta la aparición de la legislación hipotecaria).

Con ello se logró algo que hoy en día puede parecer elemental, y es el que cada inmueble tuviera una responsabilidad concreta que pueda ser conocida por el adquirente. Lo destacaba igualmente LUZURIAGA (3):

«Aunque se prescinda del peligro de que sobrevenga un comprador desconocido, es imposible estar seguro de que no se presente un censalista que reclame un capital más o menos grande con sus 29 anualidades de intereses.»

Es decir, no sólo existían gravámenes no publicados, sino que además afectaban a la totalidad del patrimonio del deudor y no existía limitación a la reclamación de su titular, a salvo la derivada de la prescripción de la acción. El peligro para el comprador o prestamista era completo.

«La publicidad no sería completa —sentenciaba LUZURIAGA— si quedasen subsistentes las hipotecas generales; la especialidad es el complemento necesario de aquel principio; sin ella sería imposible conocer la situación verdadera de un bien inmueble que hubiera de servir de objeto a una obligación.»

(2) CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, autor de las concordancias de los Títulos XIX y XX del libro *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, como comentarios al proyecto del Código Civil de 1851, publicado en Madrid en 1852, página 930 y sigs.

(3) LUZURIAGA, *op. cit.*, pág. 931.

En definitiva, se consideró imprescindible un preciso conocimiento de las cargas existentes sobre los bienes inmuebles; no bastaba al comprador o prestamista con un conocimiento meramente indiciario o superficial de las cargas afectantes al patrimonio del vendedor o deudor, sino un conocimiento exhaustivo del alcance de todos y cada uno de los gravámenes impuestos sobre sus bienes inmuebles. Era la única forma de conseguir plenamente la circulación de los bienes inmuebles y el fomento del crédito territorial.

En fin, se trataba de asegurar a los que quisieran contratar sobre los bienes inmuebles de una persona o conceder créditos con la garantía de los mismos, que tuvieran un pleno conocimiento de causa sobre el que asentar su decisión.

c) El principio de legalidad y calificación: como cierre del nuevo eje sobre el que se asentaba la publicidad inmobiliaria, se impuso la necesidad de titulación auténtica para el acceso al Registro y de un control del sistema por parte de un jurista especializado, el Registrador, en beneficio de la seguridad de la contratación.

El sistema de contadurías de hipotecas instaurado por las Pragmáticas de Toledo (1539) y Valladolid (1558) y potenciado en la Ilustración (Pragmática de 5-2-1768) había constituido un precedente muy tímido e insuficiente en la movilización de la propiedad inmueble y en la articulación de un sistema de publicidad de los gravámenes que garantizase la circulación de los bienes. Precisamente fueron poco eficaces porque constituyeron un sistema de mera toma de razón de los títulos, en los que no existía una consagración absoluta del principio de publicidad y especialidad ni un control por parte del contador de hipotecas de la legalidad de los títulos.

Lo explica la propia Exposición de Motivos de la LEY DE BASES de 11-2-1858 sobre la reforma de la legislación hipotecaria, en virtud de la cual luego se elaboró la ley de 1861. Dicha Exposición de Motivos, literalmente, dice:

«Nuestro sistema hipotecario no consagra de una manera absoluta el principio de publicidad, de manera que 105 derechos reales ocultos quitan casi toda su eficacia a los registros y a las leyes que mandan registrar los contratos; se introduce la desconfianza en la contratación de los inmuebles, y se embaraza por consiguiente su circulación y su movimiento. Y cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas. Obligados los propietarios a pagar crecidos réditos por los fondos que emplean en la labranza, o se abstienen de mejorarla y extenderla o abandonan el cultivo y arriendan sus heredades, lo cual las pone en manos de quien no tiene interés en hacer en ellas ninguna mejora cuyo fruto no pueda recogerse en

un breve período, o apremiados por la necesidad se someten a la ley del capitalista, se obligan a pagar intereses superiores al producto líquido de su industria y al cabo se arruinan devorados por la usura. El remedio de tan graves males está en la reforma de la ley hipotecaria (...). Es menester dar publicidad a todos los derechos reales, que permaneciendo ocultos como hoy son un peligro constante y una dificultad insuperable para la seguridad del dominio y de los demás derechos que de él se desprenden. Sólo así podrán adquirirse y transmitirse con la seguridad necesaria los derechos reales, que son la base y garantía del crédito territorial.»

Por eso la legislación hipotecaria de 1861 tuvo las ideas claras en conseguir tales objetivos. Y los tres grandes principios a que antes nos hemos referido como ejes del nuevo sistema inmobiliario (publicidad, especialidad, calificación) se configuraron íntimamente entrelazados.

En efecto, la clara determinación de lo que es gravamen inscribible oponible a terceros (especialidad), y la supresión de las cargas ocultas (publicidad), se desarrollaron conjuntamente con la idea de la atribución a los Registradores de potestad calificadora (calificación) en el objetivo último de lograr el fomento del crédito territorial y la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario.

Publicidad, especialidad y control de legalidad no cabe duda que estaban enraizados en el pensamiento de la codificación y —por ende— del legislador de 1861, como se demuestra al leer a GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA (4):

«En el título anterior se han consagrado los principios de publicidad y especialidad para las hipotecas; en éste —en el de los Registros— se consignan las reglas para la ejecución de ambos principios (...). Antes que nada es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre podría alejar la concurrencia (...). Se pretende que el dominio del suelo sea tan seguro que sirva de base asentar toda la confianza del crédito, de tal modo, que ofrezca a los prestamistas mayor garantía que el que se funda en la industria. Por esta razón se ha extendido el principio de publicidad a todos los actos traslativos de la propiedad territorial (no sólo a la hipoteca). El objeto de este título es abrir un registro oficial y solemne donde se inscriban todos los actos de esta naturaleza: y se ha dado tanta importancia a esta institución, que en algunos Estados se ha puesto el registro de los derechos reales sobre bienes inmuebles a cargo de tribunales especiales.»

En la propia EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEY HIPOTECARIA de 8-2-1861 se pone de relieve reiteradamente el principio de especia-

(4) GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA, *op. cit.*, pág. 942.

lidad como base del sistema (conjuntamente con la publicidad y el control de legalidad). En ella pueden leerse párrafos como los siguientes:

«No podía subsistir la hipoteca tácita y general que hoy reconocen nuestras leyes; su indeterminación, su eventualidad y su falta de inscripción la hacen incompatibles con las dos bases que como fundamentales del sistema hipotecario ha adoptado la Comisión, la especialidad y la publicidad (...). Estas hipotecas ocultas son el vicio más radical del sistema hoy vigente, y de tal modo es necesario que desaparezcan (...)» (5).

«No hay pues más que un sistema aceptable; el que tiene por base la publicidad y especialidad de las hipotecas (...). Consecuencia lógica del sistema de publicidad de las hipotecas es que desaparezcan de nuestro Derecho las generales (...). La especialidad de la hipoteca es el complemento de su publicidad (6).

Y con carácter más general, el principio de especialidad de los derechos reales es proclamado al establecerse el superior principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a tercero:

«Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo» (7).

La doctrina civilista e hipotecarista de la época (una vez aprobada la ley hipotecaria) igualmente destacó la incardinación de los principios de publicidad y calificación con el de especialidad.

Basta con leer a GÓMEZ DE LA SERNA (8):

«Los principios de publicidad y especialidad, que, según queda suficientemente expuesto, son las bases cardinales del sistema hipotecario, no producirían los efectos apetecidos si no se establecieran oficinas en que llevándose libros redactados con método, precisión, claridad y uniformidad en todas las divisiones del territorio, pudiera conocerse la verdadera situación de la propiedad inmueble, las cargas con que está gravada, y por tanto el crédito territorial que en realidad tiene cada uno de los que en él figuran como propietarios o como titulares de algún derecho real.»

El principio de especialidad fue recogido a través de numerosos precep-

(5) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, tomo I, vol. I, pág. 291.

(6) *Op. cit.*, pág. 231.

(7) *Op. cit.*, pág. 237

(8) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, Madrid 1865, tomo II.

tos de la Ley Hipotecaria de 1861, entre los que podemos destacar el artículo 8.º que exigió que cada una de las fincas que se inscriberan por primera vez en los nuevos Registros se señalarían con número diferente y correlativo y que las inscripciones correspondientes a cada finca se señalarían con otra numeración correlativa y especial; el artículo 9.º, que señaló las circunstancias que debía expresar toda inscripción; el artículo 12, que exigió expresar en todo caso en las inscripciones hipotecarias de créditos el importe de la obligación garantizada y el de los intereses, si se hubieren estipulado; los artículos 114 y 117 sobre limitación de la reclamación por intereses en la hipoteca o de pensiones en el censo frente a tercero; y el artículo 228, al exigir que todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones se practicasen a continuación de la primera inscripción de propiedad.

Sin embargo en la reforma hipotecaria de 1909 (Ley 16-12-1909) sobre la base de facilitar al titular de derechos reales limitados la posibilidad de instar la inmatriculación de las fincas, introdujo un desviación en el sistema hipotecario —verdadera quiebra del principio de especialidad— al adicionar cuatro párrafos al artículo 8.º de la ley que permitieron inscribir como fincas independientes ciertos supuestos de derechos reales limitados (señoríos directos y útiles, términos redondos, treudos, servidumbres y demás derechos reales con excepción de la hipoteca que recayeran sobre dos o más fincas).

La reforma hipotecaria de 1944-1946 (texto refundido 8-2-1946) volvió la situación a su origen, suprimiendo los citados párrafos añadidos por la ley de 1909. La propia Exposición de Motivos de la ley en vigor pone de manifiesto cómo uno de los objetivos de la reforma fue el de reforzar el principio de especialidad: «El principio de especialidad se consolida al suprimir los cuatros últimos párrafos adicionados al artículo 8.º por la ley de 1909. La facultad que en el mismo se reconocía de inscribir los treudos, servidumbres, censos y demás derechos reales en hoja especial y bajo un sólo número, no ha tenido eficacia práctica y chocaba con la orientación general del sistema cimentado en la más rigurosa especialidad.»

II. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA DOCTRINA HIPOTECARIA

La importancia del principio de especialidad ha sido destacada unánimemente en la doctrina jurídica española. Normalmente se estudia en conjunción con los demás principios hipotecarios que caracterizan el sistema español.

GENOVÉS AMORÓS, muy sencillamente, pone de manifiesto cuáles son los principios en que se basa el sistema español (9):

«a) En Derecho español la adquisición, así como la constitución, la modificación, el gravamen y la extinción del dominio y de los demás derechos reales sobre bienes inmuebles tiene lugar fuera del Registro en virtud de lo preceptuado en el Código Civil y se acredita por medio de documentos públicos, privados u otros medios de prueba (principio de libertad formal de contratación).

b) La inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos de adquisición, modificación, transmisión, gravamen y extinción antes citados produce unos efectos legitimadores *erga omnes* y refuerza de modo extraordinario las garantías y defensas procesales (principio de legitimación).

c) La inscripción se verifica por medio de un procedimiento rogado, que se inicia con la presentación en el Registro de los títulos o documentos, y que exige que la validez de éstos sea calificada por un funcionario técnico llamado Registrador (principio de legalidad).

d) La inscripción es voluntaria y se verifica individualizando cuidadosamente las fincas y delimitando exactamente la extensión de los derechos (principio de voluntariedad, especialidad y determinación).

e) La inscripción de los títulos de transmisión, modificación y gravamen de fincas o derechos inscritos no puede realizarse sin consentimiento de la persona que aparezca en el Registro como titular (principio de tracto sucesivo).

f) El contenido del Registro es público y se presume exacto (principio de publicidad y fe pública registral).

g) Las garantías jurídicas que nacen de la inscripción no protegen a los titulares respecto de los cuales se pueda demostrar que no han actuado de buena fe (principio de buena fe).

h) Los derechos que primeramente se inscriben se anteponen con preferencia excluyente a cualesquiera otros aunque fueran de fecha anterior (principio de prioridad) »

La configuración del principio de especialidad en la doctrina hipotecaria se ha enfocado fundamentalmente en relación con la finca y con el derecho inscrito, exigiendo:

- La necesaria individualización de la finca.
- La delimitación exacta de los derechos inscritos.

(9) CIRILO GENOVÉS AMORÓS (Decano del Colegio de Registradores): *El abogado ante el Derecho Inmobiliario*, conferencia en el Colegio de Abogados de Valencia, 29-4-1949

Así LÓPEZ TORRES pone de manifiesto como el principio de especialidad se refiere no sólo al derecho de hipoteca, sino a las distintas situaciones jurídicas que se reflejan en el Registro, tanto con relación al derecho inscrito como también con relación a la forma de redactarse los asientos. «No es suficiente decir que sobre un inmueble recae un derecho real; se impone la necesidad de especificar su naturaleza y alcance» (10).

En concreto considera que el principio de especialidad en nuestra legislación hipotecaria se manifiesta en lo siguiente:

- a) En la exigencia de que el Registro se lleve abriendo un folio particular para cada finca.
- b) En el artículo 8.º de la ley en cuanto se refiere a la numeración de las fincas, de las inscripciones y de las condiciones para inscribir las fincas bajo un sólo número.
- c) En el artículo 9.º, donde se contienen las circunstancias descriptivas de las fincas, extensión y condiciones de derechos, etc.
- d) En la necesidad de distribución del crédito hipotecario cuando grava dos o más fincas (art. 119 LH).
- e) En la limitación de las hipotecas tácitas a los dos últimos párrafos del artículo 168 LH.

Considera, sin embargo, que —a su juicio— no se cumple plenamente el principio de especialidad en las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador (en las que no se especifica el nombre de los titulares), en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito (en las que no se expresa el crédito garantizado) y en las hipotecas ordinarias cuando se divide el predio sin distribuir el crédito (art. 123 LH) (11).

A medida que se va perfilando más en la doctrina el principio de especialidad, se va extendiendo no sólo a la finca y al derecho inscrito, sino también a los titulares de los derechos.

HERNÁNDEZ GIL define el principio de especialidad como la necesidad de concretar e individualizar los derechos reales que tienen acceso al Registro. «Frente a las hipotecas tácitas y gravámenes ocultos se establece el principio de publicidad; frente a las hipotecas generales el de especialidad, exigiendo que el derecho de hipoteca aparezca exactamente determinado, tanto en cuanto al objeto como en cuanto al valor del gravamen. También se ha denominado principio de determinación, en cuanto exige la

(10) JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES. *Apéndice a la materia de Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, pág. 246.

(11) *Op. cit.*, pág. 247.

concreción y exacta descripción de los derechos, de las fincas y de los titulares» (12).

No sólo es —por tanto— la finca la que debe ser identificada con precisión, sino también es necesaria la determinación y caracterización de los derechos reales expresando los datos que permitan precisarlos con exactitud, así como la identificación de los sujetos a cuyo favor se hace la inscripción.

La extensión del principio de especialidad a los titulares de los derechos inscritos, lleva a HERNÁNDEZ GIL a afirmar que «en caso de que el derecho inscrito pertenezca a varios titulares, hay que concretar en el Registro, con datos matemáticos, la participación o cuota que corresponda a cada uno, conforme al artículo 54 RH (13).

Igualmente, ROCA SASTRE (14) considera que el principio de especialidad se manifiesta tanto en cuanto a la finca inmatriculada, como con relación al derecho real inscrito y a su titular:

«a) En cuanto a la finca el Registro funciona concentrando el historial jurídico de cada finca, entendida como unidad registral, correspondiendo a cada una de ellas una hoja, folio o registro particular, con una descripción que las individualiza.

b) Respecto del derecho real, debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas y limitaciones, su denominación y valor si constare del título, con fijación de la cantidad total por la que en materia de hipotecas respondiere cada finca.

c) Asimismo, ha de constar naturalmente el titular del derecho inscrito, designado por su denominación y circunstancias y con expresión de la cuota o participación que en el mismo tuviere cada titular si fueren varios.»

Considera no obstante ROCA SASTRE que existen ciertos aspectos en nuestra legislación que enturbian la orientación general de nuestro sistema, cimentado en una rigurosa especialidad, como es la falta de un buen Catastro (coordinado con el Registro de la Propiedad) o como es la mezcla existente en nuestro sistema hipotecario de los conceptos de inmatriculación e inscripción (de manera que los datos descriptivos de las fincas se entremezclan con las expresiones registrales de derechos).

Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1944-1946, ROCA SASTRE también criticó como quiebra del principio la falta de medios legales en nuestro Derecho que evitasen los supuestos de doble inmatricu-

(12) FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL: *Introducción al Derecho Hipotecario*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1963, pág. 169

(13) *Op. cit.*, pág. 170.

(14) RAMÓN ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, Barcelona 1976, tomo II, pág. 395.

lación, sin perjuicio de alabar la reforma legislativa que, en general reforzó el principio de especialidad —al posibilitar la concreción del gravamen legitimario, suprimiendo la posibilidad de que las servidumbres figurasen en folio propio y sobre todo introduciendo el artículo 13 LH (15).

La triple manifestación del principio de especialidad en definitiva es puesta de relieve por casi toda la doctrina.

RUIZ SERRAMALERA destaca como el principio de especialidad actúa a través de tres manifestaciones concretas: la unidad real de la finca, la identificación del titular registral y la especificación del derecho inscrito. Sería así la forma de conocer en todo momento la historia y situación de cada inmueble (16).

Pero además de su triple manifestación (finca, titular, derecho inscrito), la doctrina jurídica se ha cuidado de destacar la evolución del principio de especialidad como un fenómeno aplicable no sólo a la hipoteca sino a cualesquiera derecho real.

SANZ FERNÁNDEZ pone de manifiesto como el principio de especialidad nace en el siglo XIX como una reacción contra las hipotecas generales. «En ese momento del pensamiento hipotecario —dice este autor— el principio de especialidad consiste en la necesidad de que el derecho real de hipoteca aparezca exactamente determinado en cuanto a su objeto (finca gravada) y en cuanto a su cuantía (cantidad de que responde cada finca). En la actualidad, sin embargo, el alcance del principio de especialidad es muchísimo más amplio (...) en cuanto que se extiende desde un punto de vista sustantivo a la determinación exacta de los derechos reales inscribibles en la totalidad de sus aspectos (...) y desde un punto de vista formal a la determinación de la forma de practicarse los asientos y el modo de llevarse el Registro» (17). De este autor podemos por tanto destacar como al aspecto material del principio de especialidad, añade un aspecto formal relativo a la llevanza de los asientos registrales.

De la misma manera que otros autores, SANZ FERNÁNDEZ critica la existencia de algunas deficiencias de nuestro sistema hipotecario en la materia, como es sobre todo la falta de una segura identificación de la realidad física de la finca, cuyos datos descriptivos se hacen constar en el Registro de forma muy rudimentaria, con datos exiguos y en base a las simples manifestaciones de los interesados, sin comprobación alguna de su veraci-

(15) ROCA SASTRE: «La nueva ley de reforma hipotecaria —breve examen informativo crítico—», en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1945.

(16) RUIZ SERRAMALERA, RICARDO: *Lecciones de Derecho civil. Derecho inmobiliario*, Madrid 1979, pág. 51

(17) SANZ FERNÁNDEZ, ANGEL: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid 1953, Tomo II, pág. 207.

dad (18), si bien considera que el problema no es de gravedad, citando al respecto a NÚÑEZ LAGOS en el sentido de que el sistema ha funcionado correctamente sin producirse grandes pleitos por la identificación de la finca (19).

El ámbito del principio de especialidad, en consecuencia, no sólo es el de la hipoteca —como lo fue en su origen— sino cualesquiera derecho real.

Como señala don JERÓNIMO GONZÁLEZ (20) «las reglas del principio de especialidad han evolucionado y ya no se concretan en la exigencia de una mayor precisión al describir la finca hipotecada, el contenido de la hipoteca o su rango registral, sino que trascienden al sistema entero y se infiltran en todos sus elementos orgánicos».

Es curioso destacar cómo para tan insigne autor el principio de especialidad aplicado a los derechos inscritos implica o abarca también el rango registral. «Sus desenvolvimientos modernos —dice— de carácter sustantivo o material y adjetivo o formal, penetran en la entraña de los derechos inscritos, regulan la forma de los asientos y el modo de llevar los Registros, imponen una exacta descripción de las fincas, y la determinación precisa del contenido, limitaciones, condiciones y rango hipotecario de los derechos reales.»

La relación del principio de especialidad con el rango fue puesta de manifiesto por otros autores. Así ROCES consideró precisamente que chocan contra el principio de especialidad los derechos que se denominan simultáneos, porque gozan del mismo rango y de la misma fuerza hipotecaria, constituyendo una quiebra de la especialidad y del principio de prioridad (21).

De la misma manera, la importancia del rango registral con relación al principio de especialidad ha sido recientemente destacada por PRESA DE LA CUESTA que exige su aplicación para la práctica de cualquier asiento registral, y con más razón para extender el asiento de presentación ya que es el que va a conferir rango al derecho cuya inscripción se pretende; de ahí la necesidad de que el título desde el momento de la presentación contenga todos los elementos o circunstancias indispensables para que pueda perfilarse con la debida claridad el objeto y alcance del derecho que va a gozar de dicha retroacción (22).

(18) *Op cit*, pág. 212

(19) NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, I Congreso del Notariado latino, Buenos Aires 1948, pág. 9.

(20) D JERÓNIMO GONZÁLEZ: «El principio de especialidad», *Temas hipotecarios en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 14, febrero de 1926, pág. 82.

(21) W. ROCES: «Derecho Inmobiliario», principios fundamentales del régimen hipotecario español, *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, marzo 1921.

(22) ALFONSO PRESA DE LA CUESTA: «El asiento de presentación y el principio de especialidad», en *Boletín del Colegio de Registradores*, julio-agosto 1986, pág. 1606.

En cualquier caso, ahora —de momento— importa destacar cómo la doctrina jurídica fue extendiendo el principio de especialidad no sólo a la hipoteca, sino a cualesquiera derechos reales, por lo que el principio se empezó a denominar principio de determinación.

En concreto don JERÓNIMO GONZÁLEZ atribuye a REGELSBERGER la sustitución del término «especialidad» por el de «determinación» («Bestimmtheitsprinzip») y a SÁNCHEZ ROMÁN su incorporación a nuestro Derecho como principio añadido al de publicidad y especialidad (23).

Y en efecto, en la práctica jurídica se suele limitar la denominación «principio de especialidad» a las hipotecas, como una manifestación concreta del más amplio «principio de determinación» que afecta a cualesquiera derecho real —y por tanto también a las hipotecas—.

Algunos autores, sin embargo, prefieren utilizar ambas denominaciones como sinónimas. Así ocurre con PAU PEDRÓN, para quien el principio de especialidad o determinación puede ser definido como la exigencia del Ordenamiento hipotecario de que los derechos inscritos se determinen de manera clara e inequívoca (24).

Igualmente LACRUZ BERDEJO destaca la relación entre ambos conceptos, al explicar cómo el principio de especialidad surgió como la necesidad de que la hipoteca garantizase una deuda de un importe determinado (determinación) y sobre una finca cierta (25).

No siempre, sin embargo, se vincula el principio de especialidad con la determinación de los derechos inscritos. Muchos autores lo relacionan con la prioridad registral —como se ha visto anteriormente al estudiar sus relaciones con el rango—.

Así ocurre con DE CASSO, que aunque reconoce que el «presupuesto de especialidad» indica determinación, sirve también como complemento y garantía del presupuesto de prioridad (26).

Otros autores —en fin— vinculan el principio de especialidad con el de publicidad, como ocurre con VILLARES PICO, para quien los dos ejes fundamentales del sistema son el principio de legalidad y de publicidad, sin los cuales no hay sistema inmobiliario perfecto, y que están apoyados en otros principios coadyuvantes como son los de publicidad y de tracto sucesivo; la finalidad última en este sentido del principio de especialidad es la de que

(23) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, Tomo III, págs. 761, 794 y 799.

(24) ANTONIO PAU PEDRÓN: *Elementos de Derecho hipotecario*, Madrid 1983, pág. 107.

(25) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: «Elementos de Derecho civil», III bis, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona 1984, pág. 58.

(26) IGNACIO DE CASSO ROMERO: citando a NUSSBAUM, al estudiar el «Presupuesto de especialidad» en su tratado *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Instituto de Derecho civil, Madrid 1951, pág. 173.

la inscripción dé noticia exacta del estado jurídico de la propiedad inmueble y ofrezca así seguridad a los que adquieran ésta (27).

En cualquier caso la doctrina destaca que el principio de especialidad es propio de los sistemas registrales más avanzados, como una de las exigencias impuestas por la mejor técnica hipotecaria.

RODRÍGUEZ DEL BARCO destaca precisamente cómo este principio rige ampliamente en el sistema alemán, suizo y en todos aquellos sistemas —como el español— que organizan el Registro a base de la finca como unidad, desconociéndose en cambio en sistemas menos avanzados como el francés (28).

Hay autores, como GONZÁLEZ ORDÓÑEZ (29), que consideran que la legislación española exige el principio de especialidad con más rigor incluso que en el Derecho alemán, dado que ni siquiera se admiten las hipotecas solidarias.

III. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN NUESTRO DERECHO. ASPECTOS MATERIAL Y FORMAL DEL PRINCIPIO

A mi entender es insuficiente la tradicional distinción que hace la doctrina dentro del principio de especialidad de una triple manifestación (folio real, determinación del derecho, concreción de titularidad).

El principio de especialidad tiene una aplicación mucho mayor en nuestro Derecho hipotecario que excede esa clásica concepción. No en vano —como ya hemos defendido al comienzo— la especialidad registral es junto con la publicidad y el control de legalidad, uno de los tres pilares básicos —íntimamente entrelazados entre sí— en que se asienta nuestro Ordenamiento inmobiliario.

Así las cosas, es muy difícil esquematizar las manifestaciones que en nuestro Ordenamiento tiene dicho principio registral. En cualquier caso, podríamos clasificarlas en tres grandes grupos, según que se atienda a su aspecto material, formal o procedimental.

A) Aspecto material:

El aspecto material del principio de especialidad hace referencia a los derechos reales objeto de inscripción, y significa la exacta determinación del derecho real inscrito.

(27) MANUEL VILLARES PICO: *Principios hipotecarios en la ley de 1861*, conferencias sobre derecho inmobiliario registral (años 1951—1952), publicadas por CNRPME.

(28) JOSÉ RODRÍGUEZ DEL BARCO: *Cuestiones de Derecho hipotecario y civil*, Madrid 1951, pág. 23.

(29) JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ ORDÓÑEZ: *Apuntes de Derecho hipotecario*, Madrid 1953, pág. 123

La seguridad jurídica inmobiliaria y la protección de la apariencia que dispensa el Registro de la Propiedad, exigen que no exista la mínima duda respecto del alcance y efectos de los derechos inscritos

En este aspecto material o sustantivo la especialidad exige una precisa concreción de la naturaleza, contenido y título constitutivo de los derechos publicados por el Registro:

- a) En cuanto a su naturaleza deberá quedar claro que se trata de un derecho real oponible *erga omnes*.
- b) En cuanto a su contenido deberá estar perfilado nítidamente su titularidad, duración, extensión, facultades que atribuye, y causa jurídico económica a que responde, así como su valor.
- c) En cuanto al título deberá especificarse el título transmisivo, dada la diferente trascendencia que en nuestro Derecho tienen los títulos traslativos onerosos y gratuitos.

B) Aspecto formal:

En su aspecto formal, el principio de especialidad se refiere a la forma de practicarse los asientos en el Registro de la Propiedad español, y tiene a su vez una triple manifestación:

- a) El sistema de folio real, que se traduce en la necesaria apertura de un folio para cada una de las fincas, sobre el cual se va a hacer constar el historial jurídico de éstas.
El sistema de folio real a su vez exige una clara determinación de los datos descriptivos de las fincas y una correlación entre los datos descriptivos y los derechos inscritos —si bien ya veremos cómo es en estos aspectos donde mayores quebras existen del principio de especialidad registral en nuestro Derecho—.
- b) La claridad de redacción, de manera que los asientos se extiendan unos después de otros, sin huecos ni claros entre los asientos, y con expresión circunstanciada de todos los requisitos exigidos para la delimitación material del derecho inscrito.
- c) La previsión legal de la operación solicitada, de manera que no se podrán practicar sino los asientos previstos en la legislación hipotecaria, sobre la base del carácter imperativo del procedimiento registral.

C) Aspecto procedimental: el rango registral:

Finalmente debe quedar claro por virtud de la inscripción cuál es el rango registral del derecho inscrito, sobre la base de entender que la prioridad viene determinada por el Registro de la Propiedad —no extrarregistralmente—, y que ya desde la inscripción misma no deben quedar dudas respecto de la preferencia entre los derechos inscritos.

Así configurado, el principio de especialidad logra su virtualidad propia —complementaria del principio de publicidad (origen y razón de ser del Registro de la Propiedad)— que no es otra que la de que lo inscrito perjudique a tercero. Vamos a analizar cada una de las distintas manifestaciones del principio de especialidad a la luz de los preceptos de nuestra legislación hipotecaria.

A) ASPECTO MATERIAL DEL PRINCIPIO: EL DERECHO INSCRITO

Como ya adelantamos antes, este aspecto material o sustantivo de la especialidad exige una precisa concreción de la naturaleza, contenido y título constitutivo de los derechos publicados por el Registro.

1.º) *Naturaleza real del derecho inscrito y tipificación o especificación del mismo*

En efecto, el título presentado a inscripción debe tener trascendencia real, en cuanto creador, modificativo, traslativo o extintivo de un derecho real oponible *erga omnes*.

El principio de especialidad —es muy importante destacar esto— rige respecto del propio derecho que se configura, y cuya publicación se pretende. En este sentido, es básica la distinción existente en nuestro Derecho entre los derechos reales y obligacionales, dado el principio general —no exento de excepciones— de inscribibilidad de tan sólo de lo que tiene naturaleza real (cfr. arts. 1.º, 2.º y 98 LH y 7.º RH entre otros muchos).

Por eso la primera manifestación del principio de especialidad es que el derecho cuya inscripción y publicidad se pretende sea un derecho real típico o cualesquiera otro derecho real creado al amparo de la libertad de contratación existente en nuestro Derecho (arts. 7.º RH y 1.255 CC).

Debe recordarse aquí que el criterio favorable a la creación de derechos reales en nuestro Ordenamiento (*numerus apertus*) —que se deduce del art. 2.º LH y del reiterado art. 7.º RH— tiene sin embargo rígidos límites impuestos por el sistema hipotecario, entre ellos precisamente el de que con claridad se quiera configurar un derecho real oponible *erga omnes*.

En efecto en nuestro Ordenamiento la creación de un nuevo tipo de derecho real debe reunir una serie de exigencias, como son las siguientes:

- Que respondan a una necesidad económica o social no satisfecha por otras figuras.

- Que esté claramente determinado y definido el derecho real que se configura, tanto en su contenido como en su alcance y duración.
- Que exista la voluntad clara de configurarse con eficacia *erga omnes*.
- Que reúna los requisitos de forma y publicidad propios de los derechos reales.
- Que no atente al principio de libertad de tráfico, de manera que no constituyan un gravamen indefinido.

Precisamente porque se ha considerado por la jurisprudencia que se reunían los requisitos para el nacimiento de una relación jurídico-real, se han ido imponiendo en la práctica jurídica figuras atípicas de derechos reales, como son los derechos de tanteo convencional, titularidades *ob rem*, comunidades funcionales organizadas y permanentes para la explotación de los garajes, figuras de prehorizontalidad, etc.

En definitiva, la necesaria determinación del derecho no es tanto una exigencia del Derecho Hipotecario como del Derecho Civil en general, hasta el punto de que son numerosos los civilistas —como Díez Pícazo (30)— que reiteran la necesidad de perfiles claros en la configuración del derecho para que ésta pueda ser conceptuado como derecho real. En cualquier caso, las vertientes puramente civiles y las hipotecarias se confunden en los derechos reales o figuras afines sin publicidad posesoria (v.gr. prohibiciones de disponer), ya que no debe olvidarse —como señala Amorós Guardiola— que un derecho real para serlo plenamente debe estar publicado (31).

2.º) *Contenido del derecho inscrito*

Además de que no existan dudas respecto de la eficacia real del derecho cuya inscripción se pretende, el principio de especialidad —en su vertiente material— exige una exacta determinación de su contenido, de manera que

(30) LUIS DíEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid 1978, Tomo II, pág. 99: «Es evidente que si bien la autonomía privada es capaz para crear derechos reales atípicos, no basta para ello la mera voluntad, sino que es menester que a ello se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad (...). El carácter de derecho real se ha negado a veces por falta de los requisitos necesarios para la efectividad del derecho o por las dificultades que el desenvolvimiento judicial o extrajudicial del derecho presentaría a causa de los factores de indeterminación».

(31) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», en *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1965, pág. 963: «La oponibilidad va ligada a la publicidad. Sin publicidad no hay oponibilidad».

el derecho real deberá estar perfilado nítidamente en cuanto a su titularidad, duración, extensión, facultades que atribuye y causa jurídico-económica a que responde, así como en su valor.

2.1. Titularidad

La doctrina mayoritaria destaca la importancia de quedar claramente establecida la titularidad del derecho real, hasta el punto —como se vio anteriormente— que es uno de los aspectos que se destacan en la clásica manifestación triple del principio de especialidad (folio real, titularidad y contenido del derecho) (32).

Muy sencillamente CANO TELLO lo explica diciendo que toda relación jurídica supone un sujeto, y lógicamente, el Registro de la Propiedad debe reflejarlo de modo que conste siempre la persona natural o jurídica en cuyo favor se practique la inscripción (33).

En nuestro Derecho positivo vendría expresamente impuesto por el artículo 9.º, párrafos 4.º y 5.º LH (persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción y de aquella de quien procedan inmediatamente los bienes), completado por las circunstancias que respecto de los titulares exige el artículo 51, regla 9.ª RH (34).

En caso de pluralidad de titulares el artículo 54 RH exige precisar la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (35).

La determinación de la titularidad del derecho inscrito —como manifes-

(32) Además de los ya expresados en la evolución doctrinal, podrían citarse CHICO ORTIZ, FERNÁNDEZ CABALEIRO y AGERO HERNÁNDEZ: *Manual del Registro de la Propiedad*. Madrid, 1966, para quienes el principio de especialidad es un principio que exige que los derechos reales figuren inscritos en el Registro con plena determinación de su extensión y alcance, manifestándose respecto a la finca, al exigir su individualización y determinación: respecto de los derechos reales, dada la necesidad de determinar su alcance; y respecto de los titulares, ya que se deben consignar los datos necesarios para asegurar su identidad.

(33) CELESTINO CANO TELLO: *Manual de Derecho hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 119. Para este autor el principio de especialidad postula que el sujeto o los sujetos a cuyo favor se practiquen los asientos o de quien procedan los bienes, estén debidamente identificados.

(34) En su redacción dada por Real Decreto de 13-11-1992.

(35) Esta última expresión, «indudablemente», es fiel expresión del principio de especialidad aplicado a la pluralidad de titulares, y supone excluir cualquier fórmula de atribución de derechos que no sea la exacta determinación matemática de las cuotas. Quedarían así excluidas fórmulas como «en la proporción establecida en las leyes», o por remisión a datos extrarregistrales, tantos por ciento cuya suma no cuadre en cien, porcentajes a determinar, o cualesquiera otras que no sea exacta determinación matemática en el momento de la inscripción.

tación del principio de especialidad— excluye del acceso al Registro todos aquellos títulos de los que resulte una indeterminación absoluta del derecho constituido, pero no es incompatible con ciertos supuestos de indeterminación actual relativa, cuando del título resultan todos los elementos necesarios para una futura determinación de su titular.

Entre tales supuestos —en los que el principio de especialidad se cumple tan sólo de forma indirecta— podemos citar los siguientes:

- a) Las titularidades *ob rem*, supuestos de titularidad en favor de un sujeto no determinado individualmente sino determinable mediante la titularidad de otra finca registral. Es frecuente en los supuestos de prehorizontalidad o en la configuración de ciertos elementos procomunales en los Estatutos de la propiedad horizontal (36).
- b) Como fenómeno paralelo al anterior —sería la otra cara de la misma moneda— son admisibles en nuestro Derecho las servidumbres *propter rem* o servidumbres recíprocas entre diferentes edificios —incluso a construir— de manera que entre las obligaciones impuestas a los propietarios como integrantes de una determinada propiedad horizontal pueden figurar las derivadas de las citadas servidumbres recíprocas, cuyo sujeto no está por tanto individualmente determinado (37).
- c) También son admisibles en nuestro sistema hipotecario —excepcionalmente— ciertos supuestos de titularidades transitorias o de mero puente ante la complejidad derivada de la individualización de todos y cada uno de los titulares del derecho inscrito, y como medio de conseguir la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral, incluso en favor de entidades que en sí no tienen verdadera personalidad jurídica, como puede ser una inscripción a favor de la

(36) La RDGRN de 3-9-1982 admitió la inscripción de la titularidad dominical de un inmueble en que su titular o titulares vienen determinados mediatamente, por ostentar la titularidad dominical sobre otra finca incluso perteneciente a distinta propiedad horizontal, y expresamente estableció que la admisibilidad de las titularidades *ob rem* no puede ser cuestionada en nuestro Derecho, dado el juego de la autonomía de la voluntad, al igual que sucede en las servidumbres voluntarias, ya que existe una justificación de la conexión de titularidades entre ellos como es la relación física o correlación de destino.

(37) La RDGRN de 21-10-1980 expresamente admite la posibilidad de acudir a esta técnica en la configuración de los modernos complejos urbanísticos, y su inscribibilidad como forma de garantizar el conocimiento por los terceros del régimen al que se sujetará la proyectada edificación y del estatuto jurídico del complejo inmobiliario a realizar (en el caso de la resolución citada, fue sin embargo rechazada la inscripción por no estar claramente perfiladas las servidumbres que se pretendían inscribir ni los predios gravados recíprocamente, es decir, por contravenir en otros aspectos —no en el de la titularidad— el principio de especialidad).

Comisión de acreedores encargada de la liquidación de la entidad suspensa titular de la hipoteca que se ejecuta (38), una anotación de embargo en favor de una junta de propietarios (39), etc.

Para que se produzca el acceso de la titularidad transitoria debe tratarse de una inscripción de mero puente a una adjudicación definitiva (de ahí que generalmente esta posibilidad excepcional se produzca en sede de anotaciones preventivas).

- d) Finalmente, y también como supuesto de excepción a la necesaria individualización del titular registral del derecho inscrito, debe señalarse la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad de titularidades de derechos eventuales, si bien con la matización de que la eficacia del sistema tan sólo protege las titularidades definitivas.

En efecto, existen ciertas figuras jurídicas que se inscriben en el Registro de la Propiedad, en cuanto suponen la atribución de un derecho real en favor de una persona determinada, pero juntamente con dicha atribución efectiva en favor de persona determinada se contienen los elementos para la posible determinación futura de otros titulares. Es el caso de las sustituciones fideicomisarias condicionales en favor de no concebidos, en los que los fideicomisarios están aún por determinar.

Es evidente que mientras esa determinación futura no se produce, los fideicomisarios eventuales no tienen sino una expectativa a su favor que no está protegida por los principios hipotecarios; mientras esa determinación no se produce no existe propiamente protección registral (40).

En cualquier caso el principio de especialidad aplicado a la titularidad del derecho inscrito, excluye cualquier supuesto de indeterminación absoluta del derecho (41), supuesto que no puede confundirse por supuesto con las titularidades condicionales —ya que son verdaderos supuestos de titu-

(38) La RDGRN de 30-1-1987 admite estas inscripciones de mero puente en favor de entidades como la Comisión de acreedores de una suspensión de pagos u otras colectividades, imperfectamente identificadas en su composición pero plenamente articuladas en su funcionamiento.

(39) RIVAS TORRALBA cita las RRDGRN de 9-2-1987, 18-5-1987 y 1-6-1989 como supuestos de aceptación jurisprudencial de la anotación preventiva de embargos dimanantes de procedimientos instados por comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. En su obra *Anotaciones de embargo*, CRPME, pág. 246.

(40) La RDGRN de 14-12-1960 en este sentido consideró que no se podía practicar una anotación de embargo sobre los derechos del fideicomisario condicional.

(41) Cualquier supuesto de indeterminación absoluta del titular determinaría la nulidad del contrato, con lo que la causa de la denegación no sería tanto la falta de cumplimiento de un principio hipotecario, sino la propia nulidad del título. Cfr. en este sentido GÓMEZ GÁLLIGO: *Defectos en los documentos presentados a inscripción: distinción entre faltas subsanables e insubsanables*. CRPME, pág. 189.

laridades determinadas aunque no se sabe si subsistirán— ni con las titularidades temporales —sometidas a plazo, como las sustituciones fideicomisarias a término—, ambos supuestos perfectamente acordes con el principio de especialidad.

2.2. Duración

Uno de los aspectos más importantes del principio de especialidad en su aspecto material, es el que hace referencia a la fijación de su plazo de duración, al menos cuando se trata de derechos reales limitados.

En efecto, a diferencia del dominio, que tiene una vocación de duración indefinida —aunque pueda ser transmitido *inter vivos* o *mortis causa* a título oneroso o gratuito—, los derechos reales sobre cosa ajena (los *iura in re aliena*) —ya sean de goce, de garantía o de preferente adquisición— no pueden constituir un gravamen indefinido.

Así resulta de un principio general de nuestro Derecho civil, como es el de la libertad de circulación de los bienes y que tiene numerosas manifestaciones en nuestro Derecho positivo (arts. 781 y 785 CC que excluyen las prohibiciones perpetuas de enajenar o sustituciones o prohibiciones que excedan del segundo grado; arts. 26 y 27 de la LH, contrarias a la inscribibilidad de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso; o del art. 107-3 LH que declara la ineficacia del pacto de no volver a hipotecar).

Como senala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, la libertad de creación de nuevos derechos reales tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes, y precisamente una de ellas es que la propiedad se presume libre, por lo que deberán rechazarse aquellas figuras que vinculen la propiedad o la indivisibilidad de la copropiedad (42).

La norma de que la propiedad se presume libre y la regla general de libertad del dominio ha sido también sancionada jurisprudencialmente (43), sin perjuicio de que como toda norma general admita sus excepciones.

Así ocurre con las servidumbres prediales y las modernas fórmulas de constitución de los complejos inmobiliarios a través de servidumbres recí-

(42) MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad Complutense, Madrid, 1986, pág. 20. Este autor cita como ejemplo la exclusión del dominio solidario (por la RDGRN de 26-12-1946) y la exclusión de las afectaciones perpetuas de uso de un inmueble a determinado destino (RDGRN 4-6-1964)

(43) Sobre el principio de libertad de tráfico jurídico y la naturaleza y efectos de las prohibiciones de disponer, véase FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO. *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, CRPME, Madrid, 1992.

procas, como las titularidades *ob rem* antes estudiadas, y en general con el estatuto jurídico de la propiedad horizontal, ya que en tales casos la indeterminación de plazo está justificada en la necesidad económica y jurídica de regular de forma indefinida las relaciones entre los distintos predios o elementos independientes (la fijación de plazo sería antieconómica, contradictoria y fuente de conflictos).

También los censos son derechos reales limitados que pueden ser perpetuos (44).

Pero en cualquier caso es esencial en estos gravámenes excepcionalmente indeterminados en cuanto a su plazo, el de su redimibilidad con el consentimiento de los titulares de los predios afectados (cfr. art. 546-6 CC y art. 5.º LPH) o incluso sin en él en caso de los censos (cfr. art. 1.608 CC).

En todos los demás supuestos de articulación de derechos reales —incluso en base al criterio de *numerus apertus*— deberá fijarse un plazo. A mi entender esto es así incluso en las servidumbres de carácter personal, en cuyo título constitutivo deberá claramente establecerse el régimen de su ejercicio y el plazo. No obstante los límites a la transmisibilidad de las servidumbres personales es uno de los problemas más debatidos doctrinalmente (45).

2.3. Extensión

El principio de especialidad registral no sólo exige que el derecho regulado por el título presentado a inscripción tenga nítidos contornos reales, sino que claramente esté regulado su contenido, extensión, régimen jurídico o forma de ejercicio.

A este aspecto del principio se refiere la ley hipotecaria cuando exige que en la inscripción se haga constar la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias si has hubiere, del derecho que se inscriba (art. 9.2 LH), lo que desarrolla el Reglamento hipotecario al establecer que para

(44) Frente a la conceptualización tradicional en Derecho común de la enfiteusis como dominio dividido, en derecho civil catalán la Ley 16-3-1990 de la Generalitat ha optado decididamente por la configuración de los censos como una institución jurídica de carácter real por la cual el censatario deviene propietario de una finca gravada con el pago de una pensión (cfr. Exposición de Motivos).

(45) CASTÁN TOBEÑAS defiende la transmisibilidad de las servidumbres personales basándose en la hipotecabilidad del derecho de pastos y leñas y otros semejantes de naturaleza real (art. 107-5 LH), MUCIUS SCAEVOLA la rechaza dado el carácter *intuitu personae* de su constitución, OSORIO MORALES considera que habrá que estar a lo pactado en el título constitutivo. A mi entender desde un punto de vista estrictamente registral el carácter transmisible o no deberá estar expresamente regulado, sin que pueda constituirse como un gravamen perpetuo, si bien los derechos ya inscritos sin estos requisitos no podrán cancelarse como derechos personales (cfr. BCEHC, núm. 55 junio, 1994, pág. 29)

dar a conocer la extensión del derecho inscrito se hará expresión circunstanciada de todo lo que según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, sin que en ningún caso se inscriban los derechos personales ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente (art. 51.6 RH).

Es completada la regulación por el artículo 98 LH que establece que no tendrán la consideración de gravámenes los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada y especial y los legados no legitimarios que no hayan sido objeto de anotación preventiva, pudiendo cancelarse por el Registrador a instancia de parte interesada.

En definitiva el principio de especialidad exige la exacta determinación del derecho real para que pueda ser objeto de inscripción —la cual a su vez deberá reflejar el contenido del derecho inscrito con igual exactitud (46)—.

La necesidad de perfiles claros en la configuración del derecho real, la falta de contradicción en su regulación, la reglamentación en el título constitutivo del derecho real constituido, y su forma de ejercicio, son exigencias derivadas del principio de especialidad, y es lo que podríamos llamar fijación exacta de la extensión material del derecho.

Esta fijación exacta de la extensión material del derecho es presupuesto —como se ha dicho— de la inscripción, que a su vez la deberá recoger con fidelidad del título, para que pueda desenvolver sus efectos característicos frente a terceros.

Quizá sea el aspecto más importante del principio, si se tiene en cuenta la finalidad complementaria que siempre ha tenido la especialidad con relación a la publicidad, y que se traduce en la inoponibilidad de lo no inscrito frente a tercero que inscribe. Esto se recoge así no sólo en el artículo 32 LH, sino que específicamente viene sancionado con relación al principio de especialidad en el artículo 13 LH, a cuyo tenor «los derechos reales limitativos, los de garantía, y en general cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan sus efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan».

Son numerosos los casos en los que la falta de determinación o concreción del derecho han impedido su normal configuración como derechos reales inscribibles.

Quizá el ejemplo más característico —dentro de la jurisprudencia regis-

(46) No olvidemos que estamos en la configuración sustantiva del Derecho. Al aspecto formal de la necesaria determinación del asiento nos referiremos con posterioridad.

tral— de la influencia del principio de especialidad en la constitución de los derechos reales, sea el derecho de tanteo convencional, en los que la falta de tipificación legal unida a la falta de determinación exacta del derecho por los otorgantes, ha impedido muchas veces su acceso al Registro de la Propiedad por no alcanzar el *status quo* de derecho real.

Así, mientras en la RDGRN de 19-9-1974 no se consideró inscribible el tanteo configurado, sí lo fue en la RDGRN de 20-9-1966.

En esta última —la RDGRN 20-9-1966— se contienen importantes criterios sobre cuándo se entiende cumplido este principio, ya que consideró existente un verdadero derecho real de tanteo convencional —y no un mero pacto obligacional— precisamente porque se daban los requisitos necesarios para ellos: voluntad de configurar un derecho oponible *erga omnes*, causa justificativa, limitación de plazo, y concreción de la forma de ejercicio del derecho (extensión).

En efecto entendió la resolución que «en el caso discutido aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real, ya que se trata de un derecho de preferente adquisición extendido a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, en donde los posibles obstáculos aparecen superados ya que: *a*) existe convenio en el que se concede al titular una facultad *erga omnes* de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito; *b*) el precio no queda fijado de antemano sino que con las debidas garantías se determinará por terceras personas; *c*) se concede un plazo determinado y breve —treinta días— para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; *d*) este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión respetando el límite del artículo 781 CC, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración indefinida, y *e*) se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, por lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho».

Por el contrario la RDGRN citada de 19-9-1974 en otro caso de derecho de adquisición preferente en favor del transmitente —esta vez se trataba de un supuesto de transmisión onerosa— se inclinó por el carácter obligacional del derecho configurado por considerar que no contenía los requisitos típicos que para la configuración de un derecho real exige nuestro sistema jurídico (47).

(47) «El criterio de *numerus apertus* —dice esta resolución— en materia de derechos reales, recogido en el artículo 7.º RH. no autoriza, como ya indicó la RDGRN de 20-9-1966 para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real. pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase.»

En definitiva, el principio de especialidad (desde el lado sustantivo material) exige de los derechos reales mucho mayor grado de concreción que en los derechos meramente obligacionales, hasta el punto de ser tal concreción uno de los requisitos necesarios de que debe gozar el derecho para que sea inscribible.

2.4. Facultades que atribuye

Conforme a lo dicho hasta ahora, el principio de especialidad exige no sólo la voluntad de configurar un derecho con alcance real, una determinación precisa de su titular y la fijación de un plazo para evitar gravámenes indefinidos, sino también perfiles claros de su extensión o contenido. Debe quedar claro su régimen jurídico o forma de ejercicio; y dentro de ello, claramente definidas las facultades que atribuye el derecho (luego también veremos la necesidad de justa causa y fijación de valor).

El principio de especialidad —desde este punto de vista— exige la exacta determinación de los efectos y facultades del derecho inscrito.

Esta exactitud puede venir determinada por la ley —caso de un derecho real típico (48)—, pero en ocasiones es la ley la que exige su delimitación convencional —a veces dentro de ciertos límites— (49).

Esta exigencia es absoluta en los derechos reales atípicos configurados al amparo del principio de autonomía de la voluntad (50).

Esta es en definitiva la idea fundamental a que responde el principio de especialidad: la de que no existan dudas de cuáles son los efectos y alcance del derecho inscrito. Y es precisamente por ello por lo que se exige, que

(48) No cabe duda que el contrato de compraventa por el que se transmite el dominio de una finca no exige que se determinen las facultades que integran el derecho.

(49) Son ejemplos de esta delimitación exigida por la ley los siguientes: la necesaria expresión de la forma de pago cuando éste queda aplazado (art. 10 LH), la determinación del precio aplazado correspondiente a cada finca si son varias las transmitidas (art. 11 LH), la fijación en las hipotecas no sólo del principal sino de los intereses garantizados sin que puedan exceder la cobertura hipotecaria de cinco años de intereses y sin poder mezclar intereses ordinarios y de demora (arts. 12 y 114 LH), la distribución de la hipoteca entre cada finca si son varias las fincas hipotecadas (art. 119 LH), la extensión objetiva de la hipoteca respecto de los bienes muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada, frutos y rentas vencidas y no satisfechas (art. 111 LH con el límite respecto de tercer poseedor del art. 112 LH), determinación de la obligación garantizada con la hipoteca (arts. 12, 142, 153, 157, etc.), la determinación de la hipoteca futura y el plazo dentro del cual va a operar la posposición de la hipoteca inscrita (art. 241 RH), y en general la expresión circunstanciada de todo cuanto sirva para delimitar el derecho o las facultades del adquirente (arts. 9 LH y 51.6 RH).

(50) Tanteo convencional, comunidades especiales, complejos inmobiliarios, servidumbres recíprocas, estatutos, etc.

(una vez calificado como derecho real) acceda literalmente el contenido del derecho.

Esta delimitación exacta del contenido del derecho es puesta de relieve por la doctrina jurídica como el aspecto más importante del principio. ZAMALACÁRREGUI, en este sentido, destaca la necesidad de identificar con el máximo detalle el contenido jurídico real del derecho que se constituya, grave, modifique o extinga (51) como principio capital del sistema (52).

La misma importancia al principio se ha dado en los distintos Congresos de Derecho registral, como señala HERNÁNDEZ CRESPO (53), en base a la necesidad de seguridad jurídica y como fórmula para que los terceros conozcan el volumen de los gravámenes y las cargas que pesan sobre el inmueble (54).

En este sentido destaca la impotencia del V Congreso, el cual aprobó dentro del tema «Aspectos financieros de la hipoteca» la siguiente conclusión: «La hipoteca convencional está sujeta al principio de especialidad que actúa en la doble vertiente del crédito garantizado y del bien garantizado. El principio de especialidad en materia de hipotecas persigue la seguridad acerca del volumen de los gravámenes, para que el tercero sepa a qué atenerse respecto de las cargas que pesan sobre el inmueble.»

Y es que el principio de especialidad, tanto en su origen histórico como en su entendimiento internacional, está generalmente enfocado con relación a la hipoteca. Así ocurre también en Derecho español, si bien en nuestro Derecho no es sino una aplicación concreta de la exigencia general de determinación exigida a todo derecho real para ser inscribible.

(51) TOMÁS ZUMALACÁRREGUI y MARTÍN CÓRDOVA: *Inexactitud registral y concordanza entre Registro de la Propiedad y realidad jurídica. Apuntes y sugerencias*. Ponencias y Comunicaciones al V Congreso Internacional de Derecho Registral, CRPME, 1983, pág. 503.

(52) Este autor llega incluso a afirmar que la Ley Hipotecaria de 1861 entrevió pero no apreció con total nitidez la enorme fuerza potencial del principio de especialidad registral en orden al mismísimo derecho de dominio (*op. cit.*, pág. 488).

(53) CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO: «Los Congresos internacionales de derecho registral y los principios hipotecarios», en *Leyes hipotecarias y registrales de España*, Tomo VI, vol. II-A, *Proyección internacional del Derecho registral*, CRPME, Madrid, 1991.

(54) Resume así los distintos Congresos: En el I Congreso se aprobó la necesaria utilización de la unidad inmueble para la vigencia de los principios de especialidad y tracto sucesivo. El II y III Congreso destacaron la necesidad de utilización de la técnica del folio real, de expresión en las inscripciones de hipoteca del importe de la obligación asegurada e intereses y costas pactado, y de descripción suficiente en las inscripciones de propiedad horizontal de sus elementos característicos: partes de atribución privativa, partes comunes, cuotas de participación y reglas estatutarias de trascendencia real. En el IV Congreso existen dos conclusiones derivadas del principio de determinación, como es la deseable coordinación Registro-Catastro y la necesidad de incorporación del urbanismo al Registro a través de la técnica del folio real.

2.5. Causa lícita y eficaz

La exigencia de causa lícita y eficaz como aplicación del principio de especialidad se manifiesta sin duda en un Derecho como el nuestro de evidente influencia causal. En nuestro sistema jurídico sólo puede constituirse un derecho real en virtud de un título jurídico adecuado seguido de la entrega (arts. 609 y 1.095 CC), si bien en ciertos casos se exige además la inscripción en el Registro de la Propiedad (caso de la hipoteca).

De ahí siempre la necesidad de una causa jurídica suficiente para la constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real (art. 2.º LH). No basta, en ningún caso la mera voluntad de los interesados al efecto, sino que se necesita un título adecuado al que la ley dispense protección atendida la finalidad económica perseguida.

Precisamente por eso —ante la imposibilidad de una configuración abstracta del derecho real— es siempre necesario que quede claramente establecida la finalidad económico-jurídica a la que responde el negocio en virtud del cual se configura el derecho, lo cual tiene especial importancia en la configuración nueva de derechos reales no previstos especialmente.

Por eso señala FERNÁNDEZ GOLFÍN —siguiendo en parte a Díez PICALZO— (55) como esa función económica-social se encuentra por sí sola reconocida cuando el tipo negocial se encuentra ya regulado por el orden jurídico; en cambio, en materia de atipicidad es necesario un enjuiciamiento del negocio para decidir si éste cumple o no una función que sea considerada merecedora de tutela jurídica, esto es, que se satisfagan necesidades jurídicas o económicas que de otro modo no se podrían llenar.

Y cita como supuestos de exigencia de causa la RDGRN 31-5-1951, que rechazó un pacto de reversión en garantía por tratarse de una figura innominada de contornos borrosos con efectos desproporcionados a la obligación que se pretende asegurar; y la RDGRN 5-6-1987 que rechazó ciertos pactos en la constitución de hipoteca (entre otras vencimiento anticipado de la hipoteca en caso de quiebra del deudor o por enajenación de la finca), ya que sin anadir garantía nueva ampliaban de manera injustificada las facultades del acreedor (56).

(55) ANTONIO FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO: «Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», en *Revista de Derecho notarial*, enero-marzo 1989, pág. 66.

(56) Cita también al hablar en concreto del principio de especialidad, la RDGRN 25-2-1943, que señala la necesidad de que las titularidades amparadas por el Registro de la propiedad aparezcan determinadas en sus contornos para impedir que la sola voluntad de los interesados pueda autorizar la creación arbitraria de cualquier relación jurídica con el carácter y valor de un derecho real; y las RRDGRN 5-6-1987 y 23 y 26-10-1987 cuando rechazan a efectos hipotecarios los pactos que en contradicción con el principio de determinación dejen los contornos del derecho real al arbitrio de una persona.

Quizá la resolución más clara al respecto es la RDGRN 30-6-1987 que denegó la inscripción de un contrato de venta en garantía de una deuda que es objeto de reconocimiento en el título. La denegación precisamente se basó en que «en nuestro ordenamiento jurídico la sola voluntad de adquirir y transmitir no basta para provocar el efecto traslativo perseguido, ya que rige la teoría del título y del modo para la transmisión voluntaria *inter vivos* de los derechos reales y la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que justifique el reconocimiento jurídico del fin práctico querido por los contratantes (...) la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno».

No es que la venta en garantía no produzca efecto alguno en nuestro Derecho; es que la propia *causa fiduciae* impide que exista verdadera transmisión dominical. De ahí que la jurisprudencia —v.gr. STS 19-5-1982— hable de la limitada eficacia real de la venta en garantía, superando así la clásica teoría del doble efecto real-obligacional (57).

Por eso en otra ocasión he defendido (58) que la venta en garantía podría tener acceso al Registro en cuanto que produce ciertos efectos reales, si bien lo que nunca podrá pretenderse es que se publique con unos efectos que no se corresponden con su finalidad causal.

Es así un problema de especialidad registral —como reconoce la propia resolución—: los otorgantes no definieron con claridad los contornos del derecho que pretendían configurar; antes bien, pretendían su inscripción con unos efectos que no eran los propios (59).

En definitiva, el principio de especialidad registral exige también la especificación de la causa constitutiva o transmisiva, que deberá ser con-

(57) Define la STS 19-5-1982 la venta en garantía como «negocio fiduciario que no puede motejarse de ficticio, sino real y existente y querido por las partes (...) si bien la causa *fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, y es precisamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía».

(58) F. J. GÓMEZ GÁLLIGO: «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 14-20 septiembre 1992, pág. 546. Defiendo que atribuye un derecho de retención o privilegio frente a créditos posteriores —siendo la fecha a estos efectos la de la inscripción—, inscribible si se reúnen todos los requisitos que exige la jurisprudencia al interpretar el art. 7 RH (voluntad de eficacia *erga omnes*, plazo determinado de duración, no contravención de ningún precepto imperativo —lo que exigirá que se prevea la realización de la garantía por medios objetivos—, etc.).

(59) Señala la RDGRN 30-6-1987 que «no puede tampoco reflejarse el derecho real de garantía que la compleja operación haya producido en favor del prestamista, pues ni la naturaleza ni la extensión de este posible derecho real aparecen expresadas en la escritura con la claridad y precisión que exige el principio de especialidad ni puede el Registrador reflejar un derecho cuya extensión está en oposición con la denominación que se le da en la escritura».

corde con el ordenamiento jurídico y efectivamente determinante de un derecho real.

2.6. Valor

Otra de las exigencias del principio de especialidad en su aspecto material o sustantivo, es la expresión del valor del derecho que se inscribe.

Pudiera pensarse que se trata de una manifestación menor del principio de especialidad, en la medida que no es siempre una exigencia de constatación registral. En efecto, la constatación del valor tan sólo se exige expresamente en la ley si consta en el título presentado a inscripción (cfr. art. 9.2 LH).

Sin embargo, no es un aspecto menor. La especificación del valor es esencial cuando se trata de derechos de realización de valor, como son la hipoteca, la anticresis o la anotación de créditos refaccionarios —que surte los efectos de la hipoteca (art. 59.2 LH)—. En estos contratos en los que es esencial que vencida la obligación puedan ser enajenadas las cosas dadas en garantía, es esencial —en aras de la seguridad jurídica que el sistema registral ampara— que sea conocido tanto el valor de la finca como el importe de la obligación asegurada.

La constatación del valor de la finca se deduce claramente para la hipoteca de la legislación hipotecaria (arts. 12 LH, 117 LH, 219.2 RH y para el procedimiento judicial sumario en el art. 130 LH) y con más rigor aún en el caso de anotaciones preventivas de créditos refaccionarios (cfr. art. 61 LH), precisamente porque se trata de un crédito preferente que se va a hacer efectivo sobre el incremento de valor que la finca haya tenido como consecuencia de la refacción —de manera que debe quedar claro cuál es dicho valor antes y después de las obras de refacción—.

Lo mismo debe entenderse respecto de la anticresis, que también autoriza para proceder a la enajenación de la finca para pagar al acreedor (cfr. art. 1.884 CC).

No es nuestro Derecho un sistema de negociabilidad del rango, donde la fijación del valor del derecho inscrito sea siempre un requisito esencial. Nuestro sistema se caracteriza por la prioridad del derecho inscrito (art. 17 LH) y por el avance de rango, de manera que si —v.gr. existen dos anotaciones, y la primera caduca, la segunda pasa a tener primer rango con todas sus consecuencias (cfr. RDGRN 28-9-1987).

Por eso no es tan importante en nuestro Derecho —a excepción de los derechos reales de realización del valor— la constatación registral del valor. Ello no obstante, por razones de seguridad jurídica, sería conveniente que los posibles compradores tuvieran siempre conocimiento registral del valor de

los derechos inscritos, a efectos de su posible deducción del precio de la adquisición.

En este contexto se echa de menos un precepto que exija siempre y en cualquier caso la expresión del valor del derecho inscrito, como ya ponía de manifiesto don JERÓNIMO GONZÁLEZ (60).

No obstante —al menos con relación a los derechos de realización de valor— existen ya suficientes elementos de derecho positivo para considerar necesaria siempre su expresión. Incluso a mi entender el principio de especialidad con relación al valor, excluye cualquier supuesto de contradicción entre el valor y el importe de la obligación asegurada [crédito refaccionario por importe superior al incremento de valor de la finca refaccionada, hipoteca en garantía de un crédito superior al valor de la finca hipotecada, e incluso hipoteca en garantía de un crédito superior al propio importe pactado de responsabilidad hipotecaria (61), etc.].

3.º) *Especificación del título transmisivo*

No sólo el título constitutivo, modificativo, extintivo, etc. del derecho real debe responder a una finalidad económico-jurídica protegida por el orden jurídico y efectivamente determinante de un derecho real —como hemos estudiado anteriormente—, sino que el mismo deberá estar especificado concretamente en el documento, dada la diferente transcendencia que en nuestro Derecho tienen los títulos traslativos onerosos y gratuitos: interpretación en favor de la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos y de la menor en los gratuitos (cfr. art. 1.289 CC); presunción de fraude en los gratuitos (art. 1.297 CC); revocabilidad de los gratuitos y no de los onerosos (arts. 644 y sigs. CC); protección al adquirente a título oneroso y no al adquirente a título gratuito por el principio de fe pública registral (art. 34 LH), etc.

Y dentro del título general —oneroso o gratuito— deberá especificarse con claridad el concreto título por el que se verifica la modificación jurídico-real, no sólo porque será necesaria para calificar la validez del acto (cfr. art. 18 LH), sino también como exigencia de constatación registral

(60) D. JERÓNIMO GONZÁLEZ: «El principio de especialidad», en *RCDI*, febrero 1926, pág. 84: «Supongamos que sobre un predio ya hipotecado se constituye una servidumbre, y que un tercero se halla dispuesto a otorgar un préstamo con segunda hipoteca, ¿cómo computará el valor de la servidumbre para que sus cálculos no resulten equivocados? Falta en nuestro Derecho un precepto análogo al art. 882 del Código Civil alemán que permite fijar un máximum de responsabilidad en la constitución de derechos reales no redimibles.»

(61) Sobre el rechazo a la hipoteca con responsabilidad hipotecaria inferior a la deuda garantizada, me pronuncié en *BCEHC*, núm. 55, junio 1994, pág. 28.

derivadas de los principios de publicidad y especialidad en beneficio de quien consulta el Registro.

Por eso, el Reglamento Hipotecario exige que se haga constar en la inscripción el título de adquisición —dentro incluso del «acta de inscripción», que es la parte esencial de la misma— (cfr. art. 51.10 RH)

Esta manifestación ha sido también defendida por la jurisprudencia registral en numerosas ocasiones.

Así ocurrió en la RDGRN 6-2-1958 en la que se rechazó la inscripción de una escritura de renuncia por la viuda a sus derechos hereditarios y donación a favor de sus hijos de los derechos que le pudieran corresponder en la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que en la adjudicación de bienes a cada hijo no se especificaba el título —hereditario o donación— por el que se atribuían, lo cual (pese a ser ambos títulos gratuitos) se consideró que podía dar lugar a confusión registral.

No siempre se ha aplicado con tanto acierto el principio de especialidad en la doctrina de la DGRN. Por el contrario, la RDGRN 30-4-1986, con relación a un cuaderno particional en el que se adjudicaban bienes a la viuda sin especificar la porción indivisa que adquiriría por título de legado o por su mitad de gananciales, estableció que si concurren varios títulos adquisitivos a favor del mismo sujeto determinantes de una misma titularidad no es preciso a efectos del principio de especialidad la fijación de las cuotas recibidas por uno u otro título, y será suficiente que aparezcan los datos necesarios para que la titularidad global quede fielmente reflejada.

Sin perjuicio de entender que la doctrina más correcta y más acorde con el principio de especialidad es la de la primera, creo que no existe total contradicción entre las resoluciones antes citadas. Ambas exigen con rigor la expresión de los títulos adquisitivos, que deberán quedar claramente reflejados en la inscripción, si bien la segunda de ellas no exige la constatación expresa de la porción indivisa que se recibe por cada título si se trata de una misma titularidad coincidente en el objeto. Pero es que parte del hecho de que de la propia inscripción ya resultan los elementos para su determinación. De lo que no cabe duda es de la necesidad de esa constatación cuando son varios los bienes y varios los adjudicatarios, de manera que deberá expresamente establecerse qué bienes se reciben por cada título.

Otras resoluciones recogen acertadamente la necesidad de constatación registral del título adquisitivo. La RDGRN 27-11-1986 rechaza que pueda aparecer el precio como pagado en la inscripción cuando del título resulta que quedó aplazado, por mucho que los propios interesados lo quieran así, «dado el carácter indisponible de la normativa reguladora de la forma, requisitos y efectos de los asientos registrales, así como el valor y alcance de la calificación registral que no puede desconocer ninguno de los elemen-

tos integrantes del negocio». Como señala PRESA DE LA CUESTA al comentar esta resolución (62), el contenido de la inscripción no puede quedar al arbitrio de las partes, ya que la legislación hipotecaria es una legislación de terceros, y en este sentido el precio y la forma en que se estipula forman parte del negocio jurídico y no se pueden alterar.

En definitiva, la delimitación del contenido de la inscripción —y en particular del título de adquisición—, no puede quedar al arbitrio de los otorgantes.

Pero no sólo no puede quedar a su arbitrio sino que tampoco puede quedar indefinido, sino claramente establecido, en beneficio —como ya se ha dicho anteriormente— de los terceros contratantes y como presupuesto necesario para poder ejercer la facultad-deber de calificación por parte del Registrador de la Propiedad (ya se ha visto la distinta trascendencia jurídica de los distintos títulos transmisivos).

Por eso la DGRN insiste mucho en la necesidad de la exacta especificación del título transmisivo.

Así la RDGRN de 11-6-1993 (63) reitera esta exigencia, de forma que para inscribir los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges sujetos a régimen económico matrimonial de gananciales es preciso la concreción del título traslativo y especialmente su causa. «Es doctrina de esta Dirección General —dice la resolución citada— que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges, —y por ende entre sus patrimonios consorcial y privativo— siempre que se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (*vid* art. 609 CC), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes (...) lo que ocurre es que en el presente caso no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado, y especialmente su causa (...). La exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa o presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión (...). Téngase en cuenta además el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (*vid*. art. 34 LH).»

En definitiva debe quedar claro, en el caso de desplazamientos patrimoniales entre cónyuges (como en cualquier supuesto de desplazamiento pa-

(62) ALFONSO PRESA DE LA CUESTA: «Comentarios a la Resolución de 27-II-1986», en *RCDI*, 582, 1987, pág. 1586.

(63) Reiterando otras muchas anteriores, como las de 26-12-1992, 10-3-1989 y 14-4-1989.

trimonial entre sujetos de Derecho), cuál es el título traslativo y su causa (*causa donandi*, aportación con derecho de reembolso a la liquidación, venta, etc.).

Esto es de aplicación a cualquier supuesto de constitución o modificación de derechos reales, y por supuesto también a las cancelaciones de derechos inscritos.

a) También en materia de cancelación rige el sistema causal, de manera que no bastaría un mero consentimiento formal para la cancelación de un derecho inscrito, sino que deberá expresarse la causa por la que se opera la cancelación. Insiste en ello la propia jurisprudencia registral, de la misma manera que —como vimos anteriormente— hace respecto de los títulos traslativos.

Así la RDGRN de 2-11-1992 insiste en que para que pueda registrarse cualquier acto traslativo se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión (...). Esta misma doctrina ha de regir cuando por consistir la vicisitud jurídico-real en la extinción o reducción de un derecho real inscrito, el asiento que proceda practicar sea un asiento de cancelación total o parcial, no ya sólo por exigirlo su naturaleza genérica de inscripción, sino también porque resulta impuesto por las normas específicas sobre cancelaciones: en aplicación del principio de determinación registral se exige, entre las circunstancias del asiento de cancelación, la expresión de la causa o razón de la cancelación (...).

Y explica con mucha claridad a qué se debe esta manifestación concreta del principio de especialidad: «La expresión de la causa de la cancelación es presupuesto obligado para la calificación registral, pues obviamente no son los mismos requisitos los que se exigen, por ejemplo, para la extinción de un derecho real limitado por redención, que para la extinción por pago de un crédito hipotecario, que para la extinción por donación (o condonación); no son las mismas la capacidad o las autorizaciones exigidas para un acto de extinción que implique una enajenación a título gratuito o una renuncia que para el que implique una enajenación a título gratuito (...).

De ahí siempre la necesidad de expresión del título causal, sin que baste un consentimiento puramente formal para la cancelación del asiento por parte del titular registral. Lo explica también la citada Resolución de 2-11-1992: «Entender que es posible la cancelación en virtud de un mero consentimiento formal equivaldría a admitir la desinscripción al arbitrio del titular del derecho que el asiento publica, siendo así que no sólo a él interesa la inscripción (...).

b) Pero como decíamos no sólo es necesaria la expresión del título causal en las transmisiones y cancelaciones de derechos inscritos sino tam-

bién en las constituciones de derechos reales. No cabe así un reconocimiento abstracto de propiedad o de un derecho real limitado en favor de una persona, aunque la verifique el titular registral, sino que el principio de determinación registral (tan íntimamente ligado con el de publicidad y calificación —como se ha visto a lo largo de este trabajo—) requiere la exacta determinación de un título causal adecuado.

Por eso la RDGRN de 19-1-1994 insiste en que el mero acuerdo de voluntades, aunque vaya seguido de la *traditio*, carece de virtualidad para provocar la constitución o transmisión de los derechos reales, de manera que el mero reconocimiento formal abstracto de dominio sobre un inmueble efectuado por el titular registral a favor de otra persona no sirve como título traslativo ni como título declarativo, ya que la declaración abstracta unilateral de dominio no puede tener eficacia *erga omnes*.

C) ASPECTO FORMAL DEL PRINCIPIO: EL ASIENTO

En su aspecto formal, el principio de especialidad se refiere a la forma de practicarse los asientos en el Registro de la Propiedad español, y tiene a su vez una triple manifestación:

- a) El sistema de folio real, que se traduce en la necesaria apertura de un folio para cada una de las fincas, sobre el cual se va a hacer constar el historial jurídico de éstas.
- b) La claridad de redacción, de manera que los asientos se extiendan unos después de otros, sin huecos ni claros entre los asientos, y con expresión circunstanciada de todos los requisitos exigidos para la delimitación material del derecho inscrito.
- c) La previsión legal de la operación solicitada, de manera que no se podrán practicar sino los asientos previstos en la legislación hipotecaria, sobre la base del carácter imperativo del procedimiento registral.

Vamos a estudiar por separado cada uno de estos aspectos del principio de determinación en su dimensión formal (64).

(64) Continuando la numeración por guarismos de los distintos aspectos del principio, sin comenzar numeración nueva, para tener una enumeración general de las distintas facetas del principio de especialidad.

4.º) *Llevanza del Registro por el sistema de folio real*

Es uno de los aspectos fundamentales del principio de especialidad registral: los derechos reales son inscritos y publicados por el Registro de la Propiedad con referencia a la finca material sobre la que recaen, que aparece descrita individualmente en un folio separado de las demás, en donde se hace constar las distintas vicisitudes jurídico-reales afectantes al derecho mismo.

El sistema de folio real es el propio de los sistemas técnicos más avanzados, en la medida que requiere una concatenación rigurosa de los derechos reales inscritos —y por tanto el complemento de otros principios hipotecarios, como el de calificación y tracto sucesivo— a diferencia de los sistemas de folio personal, que son de mera transcripción de los contratos, los cuales son clasificados o archivados con referencia al nombre o denominación social del otorgante —y que exigen una investigación complementaria posterior para la determinación de la situación jurídico-real inscrita y para la valoración de sus efectos—.

Como señala LACRUZ BERDEJO (65), lo que se pretende en los sistemas de folio real como el español —a diferencia de otros sistemas caracterizados por la llevanza del Registro por el sistema de folio personal— «no es solamente establecer un orden de preferencia entre varios causahabientes, sino sobre todo crear una institución destinada a publicar la situación exacta de los bienes inmatriculados, es decir, de las titularidades reales que a ellos afectan, entendiéndose que el derecho del titular inscrito existe tal y como lo publica la inscripción (...). Se trataría de crear un verdadero mapa jurídico de la propiedad inmobiliaria».

Señala ROCA SASTRE (66) que el sistema de folio real significa «concentrar el historial jurídico respecto de cada finca, entendida en el concepto amplio de unidad registral o finca hipotecaria, a cada una de las cuales corresponde una hoja, folio o registro particular, y cuya descripción en sus características esenciales y su número especial las individualiza».

Por eso el sistema de folio real exige dos cosas:

- a) Una determinación exacta de los datos descriptivos de la finca.
- b) Pero además —y sobre todo— una llevanza separada en folio independiente de la publicación de los derechos reales impuestos con relación a la citada finca.

Muchas veces se ha destacado la importancia del primer aspecto del folio real: la necesidad de una delimitación exacta de los datos descriptivos

(65) LACRUZ BERDEJO, *op cit*, pág. 84.

(66) ROCA SASTRE, *op cit.*, pág. 395.

de las fincas. Incluso se ha criticado el sistema español por no arbitrar las medidas necesarias para la exacta determinación física de los inmuebles.

Lo resume así DÍAZ GONZÁLEZ, cuando pone de manifiesto como una de las principales deficiencias de nuestro sistema hipotecario en orden al principio de especialidad, es que falta una concordancia perfecta entre las dos oficinas que en nuestro país atienden a la determinación de los inmuebles, la del Registro de la Propiedad que mira sólo a la justificación de quién sea propietario del inmueble, y la del Catastro, que atiende a la determinación física de la finca a efectos fiscales (...). Es indispensable —sigue diciendo— que la persona que acuda al Registro de la Propiedad no sólo pueda adquirir jurídicamente con completa garantía el derecho inscrito, sino que es preciso que adquiera, con igual seguridad, la existencia del inmueble que soporta el dominio. Es indispensable —concluye— que el principio de la fe pública cubra también la realidad del inmueble, con la misma eficacia y extensión que garantiza los derechos inscritos (67).

El propio ROCA SASTRE critica la mezcla que en nuestro sistema se hace de los datos descriptivos y jurídicos en los asientos de inmatriculación (68).

Pero aunque todo esto sea cierto, no debe olvidarse la rotundidad con que el sistema de folio real funciona en nuestro Derecho en el segundo de los aspectos antes apuntados, que es el verdaderamente importante: la llevanza separada y concatenada de los derechos inscritos en el folio abierto a la finca, de manera que lo que no conste en él no perjudique a tercero.

Esto es lo que establece el artículo 13, párrafo 1.º de la LH: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y en general cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre el que recaigan.»

Aquí es donde el sistema español opera plenamente.

El sistema de folio real, como manifestación formal del principio de especialidad registral, tiene una íntima relación con los demás principios hipotecarios, en especial con el de inoponibilidad, y es presupuesto de los importantísimos efectos atribuidos al Registro de la Propiedad español.

En efecto, los distintos principios hipotecarios reconocidos por nuestro sistema jurídico inmobiliario, están basados en la conexión de los derechos publicados con la finca material a la que se refieren a través de la técnica del folio real. Como decíamos anteriormente, el folio real no sólo implica una determinación exacta de los datos descriptivos de la finca, sino además —y, sobre todo— una publicación separada en fo-

(67) CARMELO DÍAZ GONZÁLEZ: *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1967, pág. 268.

(68) *Op. cit.*, pág. 395, nota a pie de página.

lio independiente de los derechos reales impuestos con relación a la citada finca.

Los importantísimos efectos del Registro de la Propiedad español (presunción de exactitud de los derechos inscritos —art. 38 LH—, inoponibilidad de lo no inscrito frente a tercero inscrito —art. 32 LH—, protección del adquirente a título oneroso que confía en la apariencia registral frente a causas de resolución del título del transferente —art. 34 LH—, protección procesal expedita —arts. 41, 131 LH—, etc.), se derivan de los rigurosos principios que rigen el sistema hipotecario, como es la calificación del título inscribible por el Registrador de la Propiedad (principio de calificación), del principio general de titulación auténtica para el acceso al Registro (principio de legalidad), de la imposibilidad de inscribir el título del adquirente si no está inscrito el del transmitente (principio de tracto sucesivo), de la preferencia atribuida a los derechos reales por razón de su presentación en el Registro (principio de prioridad), todo ello sobre la base de una publicidad de los derechos reales con relación específica a la finca material sobre la que recaen (folio real).

A mi modo de ver, no se ha puesto demasiado de relieve en la doctrina española la importancia del artículo 13 LH y su íntima relación con el principio de inoponibilidad.

A lo sumo algunos autores se limitan a manifestar que es un precepto concordante con el artículo 32 LH, como lo son también los artículos 69, 76 y 144 LH o dan por supuesta su identidad con el artículo 32 LH.

Es el caso de NÚÑEZ LAGOS (69) o HERNÁNDEZ GIL (70) entre otros, cuando diferencian el tercero del artículo 32 y del 34 LH en una concepción dualista de los mismos.

Sin pretender entrar en las distintas teorías sobre la distinción entre el

(69) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS. «El Registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949, págs. 250 y sigs.: «El tercero del artículo 34 es distinto del tercero de los artículos 13 y 32 de la Ley. Se pueden diferenciar: a) por la relación jurídica determinante. En los artículos 13 y 32 la relación jurídica es ajena al Registro; en el 13 es además existente de hecho, pero sin forma documental; en el 32 con forma documental (título). En el 34 la relación jurídica determinante está dentro del Registro y tiene forma documental de carácter registral. b) Por la conexión transversal *ob rem*. El tercero está conectado con la cosa por un título inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en cuanto no sea parte o heredero de parte, el tercero del artículo 34 LH está conectado *ob rem* sólo por la inscripción y únicamente a título oneroso. c) Por el sujeto determinado. El tercero del artículo 32 o del 13 es un tercero civil que inscribe. Las acciones reales perjudican directamente a tercero civil, salvo que inscriba. El tercero del artículo 34 LH no es sujeto pasivo de la acción, sino causahabiente tabular a título singular protegido contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su causante o transmitente. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente del que deriva su titularidad.»

(70) *Op. cit.*, pág. 165.

tercero del artículo 32 y 34 LH, brillantemente expuestas por GARCÍA GARCÍA (71), y partiendo de la base de la defensa de una concepción dualista de ambos preceptos, no me queda más remedio —sin embargo— que poner de manifiesto lo poco tratado que ha estado en la doctrina el precepto del artículo 13 LH, que a mi entender —en contra de la asimilación automática que se hace con el artículo 32 LH son preceptos no idénticos, aunque respondan a una misma filosofía o concepción de tercero—.

En efecto, a mi entender, tanto el artículo 32 LH como el 13 LH responden a una misma idea: la prevalencia de lo inscrito frente a lo no inscrito, mientras que el artículo 34 responde a una idea distinta —aunque complementaria de la anterior— que es la de protección de la apariencia registral en beneficio del que adquiere con ciertos requisitos.

El artículo 34 es más restrictivo (requiere la previa inscripción del título del transferente y una adquisición a título oneroso), responde a una filosofía distinta de protección de la apariencia (agilidad en la contratación y seguridad) y es estrictamente registral (protección del titular inscrito frente a causas de resolución del título del transferente no inscritas).

El artículo 32 es más amplio (a mi entender requiere también buena fe —principio general del sistema hipotecario español— pero no la previa inscripción del título ni la adquisición a título gratuito), responde a una idea de legitimación y no de protección de la apariencia, y es de carácter estrictamente civil (se trata de resolver un conflicto de colisión de títulos, atribuyendo preferencia al título inscrito frente al no inscrito y protegiendo al tercero civil que inscribe frente a una acción real derivada de un título no inscrito).

El artículo 13 LH se situaría en este contexto o concepción de tercero, pero con variantes importantes:

a) La protección que dispensa el artículo 13 LH está específicamente referido a los derechos reales limitados, frente a la concepción general de inoponibilidad de cualesquiera derechos reales no inscritos —incluido el de dominio— que inspira el artículo 32 LH.

En este sentido la STS 31-3-1987 rechazó en casación la invocación del artículo 13 LH en un supuesto de acción reivindicatoria de dominio (72).

(71) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid 1993, dedicado monográficamente al concepto de tercero, inoponibilidad, fe pública y prioridad.

(72) Dice la STS 31-3-1987: «El motivo en el que se invoca la inaplicación del artículo 13-1 LH decae por incurrir en petición de principio, en cuanto si la sentencia impugnada atribuye la propiedad de la mitad del portal a la Comunidad de propietarios de la casa número 15, no puede hablarse de derecho real limitativo de dominio y en consecuencia no se da el presupuesto de hecho para que actúe el expresado derecho que exige que tales derechos limitativos para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan »

b) Es una manifestación de un principio estrictamente registral, aunque la concepción del tercero protegido sea la de un titular civil.

Al igual que en el artículo 32 —y a diferencia del 34— no se pretende una protección al titular inscrito frente a causas de resolución del título del transferente, ni de protección frente a las causas de rescisión, revocación o nulidad del propio título —frente a ello no protege ni el 34 ni el 32—, sino de decidir qué pasa con los títulos constitutivos de derechos reales limitados cuando no se inscriben, frente a titular que está inscrito y que los desconocía (buena fe que a mi juicio siempre es necesaria).

El tercero protegido no es el tercero hipotecario, con los estrictos límites que exige el artículo 34 LH. No se precisa adquirir de titular inscrito, ni es necesario en cualquier caso ser causahabiente a título oneroso. El adquirente por cualquier título —sea oneroso o gratuito, salvo el heredero (cfr. art. 1.257 CC)—, incluso aunque se trate de inmatriculación, estaría protegido frente a cualesquiera derechos reales limitativos no inscritos, sin perjuicio de la posibilidad de rescisión de la enajenación gratuita en caso de fraude de acreedores (art. 1.297 CC) y siempre —insisto— sobre la base de la necesidad de buena fe (cfr. STS 4-6-1990) (73).

Se trata de la resolución de un problema de conflicto de títulos con criterios estrictamente civiles. Lo que ocurre es que el artículo 13 LH (que como veíamos se limita al ámbito de los derechos reales limitados) añade una manifestación estrictamente registral, en cuanto exige que el artículo 32 LH, para que funcione, debe enfocarse desde la técnica del principio de especialidad, y en concreto del folio real.

c) En consecuencia, añade al artículo 32 LH un requisito: la que el derecho real no esté inscrito en el folio de la finca sobre el que el tercero adquire algún derecho.

No sólo vale decir que lo no inscrito no perjudica a tercero que inscribe —art. 32 LH— (interpretado este tercero en los términos dichos); esto es así sólo con relación a la finca a la que se refiere el folio donde los derechos reales limitativos no aparecen inscritos —art. 13 LH—.

Lo explica con mucha claridad la RDGRN de 27-5-1988 cuando establece que «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 y 38 en relación con los artículos 8 y 243 LH, la presunción de exactitud registral

(73) La STS 4-6-1990 se planteó la eficacia de una prohibición de construir no inscrita, con relación a una sociedad, adquirente de la finca. Y aunque parte de la base de que las limitaciones de dominio a que se refiere el artículo 13 y 27 LH requieren la inscripción para su eficacia *erga omnes* sin cuya constancia no cabe proyección de efectos más que al contratante o sus herederos, llega sin embargo a la conclusión de que en el caso de autos la sociedad adquirente —que había comprado de los herederos de quien aceptó la prohibición— carecía de buena fe subjetiva, «circunstancia material que se sobrepone a cualquier verdad formal o tabular del título», y en definitiva considera que le afecta la carga no inscrita por no ser tercer adquirente de buena fe.

respecto de cada finca viene delimitada por el contenido de su folio particular sin que puedan afectarle los datos consignados en los folios abiertos a otras fincas» (74).

Así entendido el sistema de folio real, como manifestación formal del principio de especialidad registral, exige que los derechos reales publicados estén exactamente determinados en el folio de la finca a que se refieran, sin cuyo requisito no se podrá invocar la oponibilidad de lo inscrito frente a tercero.

5.º) *Expresión de los datos descriptivos de la finca*

Lo dicho anteriormente nos reconduce a la necesidad de que los datos físicos de las fincas estén plenamente identificados, aunque no sea el aspecto principal del principio de especialidad. Lo que se pretende es que no queden sin aplicación los principios hipotecarios por falta de identificación en la realidad física de la finca sobre la que actúan o por falta de correspondencia entre el Registro y la realidad extrarregistral.

SANTAOLALLA LÓPEZ ha puesto de relieve recientemente la necesidad de una descripción exacta de la finca al objeto de identificarla, por exigencia del principio de especialidad, pues si no se determina con precisión la finca, con todas sus características, el Registro no mostrara a terceros con toda exactitud la base objetiva del derecho real inscrito.

Y en este sentido, sobre la base de que son dos instituciones diferentes con técnicas operativas diferentes, propugna la necesaria coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, a la que va contribuir decisivamente la informatización de los Registros (75).

(74) Se trataba de un supuesto de segregación sobre el que se realiza una obra nueva y división horizontal, con descripción de resto destinado a viales: la venta posterior de los edificios declarados no implica la adquisición de la finca resto destinada a viales, ya que para eso se requiere un acto traslativo expreso de dicho resto o que la vinculación conste en el folio de la propia finca.

(75) CRISTINA SANTAOLALLA LÓPEZ: «Relaciones del Registro de la Propiedad con el Catastro», en *Lunes cuatro treinta*, núm. 148, pág. 15: «Las titularidades que proclama el Registro son titularidades jurídicas (...) los datos y certificaciones que expide el Catastro pueden estar referidas al ámbito fiscal, económico o administrativo, sin que en ningún caso pueda asignarse al Catastro la función de instrumento de constancia oficial a efectos sustantivos de las titularidades sobre bienes inmuebles (...) El Registro se organiza por fincas y el Catastro por municipios, polígonos y parcelas, siendo la diferencia más importante entre finca registral y parcela catastral el procedimiento de delimitación de la línea poligonal o perimetral en cuanto atiende a signos externos de trascendencia topográfica »

En definitiva —como puse de manifiesto en otra ocasión (76)— es necesario superar una de las críticas más importantes al sistema inmobiliario español que es la ausencia de una base física concordante con los pronunciamientos registrales.

Y ello se consigue no sólo intensificando la coordinación con el Catastro, sino también reforzando las facultades calificatorias del Registrador en este materia —en la línea de la RDGRN 7-3-1994 (77)— y reduciendo al mínimo los supuestos de acceso al Registro de hechos no fehacientemente acreditados —como v.gr. ha hecho el TR de la Ley del Suelo de 26-6-1992 al exigir la acreditación por certificación de técnico competente de la finalización de las obras nuevas declaradas o de su ajustada descripción si es en construcción, conforme a proyecto para el que se obtuvo licencia—.

En conclusión, no puede establecerse todo un sistema de presunciones posesorias, presunciones de exactitud del derecho inscrito y protección del adquirente en el Derecho español, si luego decae en los pronunciamientos descriptivos del inmueble sobre el que recae el derecho inscrito.

6.º) *Correlación entre la finca y el derecho inscrito*

El principio de especialidad en su aspecto formal, tiene otra consecuencia o manifestación, que es la necesidad de correlación entre la finca y el derecho inscrito.

Esto supone no sólo que el derecho inscrito conste en el folio de la finca —como ya vimos— sino que si afecta solamente a una parte de la finca material, debe dicha parte estar claramente determinada y además realizarse las operaciones necesarias para la concreción del derecho sobre la misma.

A) La primera afirmación —concreción de la parte de la finca sobre la que se pretende ejercitar el derecho— está confirmada jurisprudencialmente en diversas ocasiones.

Así —v.gr.— la RDGRN 7-12-1978 en un supuesto de opción de compra sobre parte de la finca registral, reiteró la necesidad de que quedase claramente determinada la parte de la finca sobre la que se podría ejercitar la opción, sin que pueda quedar al arbitrio del optante, por exigencias del principio de especialidad, por la claridad que debe presidir la publicidad registral, y en base al superior principio de libertad de tráfico.

(76) F. JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO: «La calificación registral en el pensamiento de D Jerónimo Gonzalez. Su vigencia actual», en *RCDI*, núm. 619, pág. 1893.

(77) No puede decidirse en recurso gubernativo si son o no fundadas las dudas del Registrador sobre la posible doble inmatriculación de una finca, debiéndose acudir a la vía judicial.

Igualmente la RDGRN 28-2-1994 para un supuesto de venta de varias fincas con precio aplazado garantizado con condición resolutoria, exige por imperativo del principio de especialidad, la distribución del precio aplazado entre cada finca, y rechaza el pacto resolutorio consistente en que el vendedor pueda recuperar «una parte de la superficie de la finca vendida proporcional al precio pendiente de pago», ya que el principio de especialidad —dice la resolución— impone que en la inscripción relativa a cada finca conste la extensión y condiciones del derecho que se inscriba como requisito de oponibilidad a terceros (arts. 243 en relación con el 9 y 13 LH).

Es decir, debe quedar claro cuáles de las varias fincas vendidas con precio aplazado quedan sujetas a la facultad resolutoria, por qué importe, e incluso si éste está representado por letras de cambio, deberá especificarse qué letra corresponde al precio aplazado de cada finca. Lo importante es que el tercero conozca la extensión del derecho inscrito, y si podrá evitar —y cómo— la resolución de su derecho si llega a adquirirlo.

B) Sin embargo, la segunda afirmación —necesidad de segregación previa de la parte de la finca sobre el que recae el derecho inscrito— no se ha recogido en la jurisprudencia registral con la rotundidad necesaria.

Así —v.gr.— la RDGRN 25-6-1993 consideró correcta la inscripción de un derecho de superficie sobre parte de la finca —y la declaración de obra nueva en ejercicio del mismo— sin necesidad de previa segregación de los terrenos.

A mi entender lo correcto es la previa segregación de la parte de la finca sobre la que recae el derecho inscrito, al menos cuando tal derecho no es de mera utilización o goce, sino de garantía o preferente adquisición (es decir, cuando pueden conllevar la realización o enajenación de la porción gravada).

En todo supuesto de constitución de derechos reales —sea de dominio o derechos reales limitados de garantía o preferente adquisición— sobre parte de finca debe estar inicialmente delimitada como finca registral independiente y folio propio la parte de la finca vendida o gravada (no cabría —v.gr.— venta o hipoteca de una porción de finca sin segregación) y sobre ella debe estar claramente determinado el gravamen.

Deberán considerarse excepcionales y siempre *a posteriori* los supuestos de falta de correlación entre la finca y el derecho inscrito, como son todos los supuestos de modificaciones hipotecarias posteriores de fincas gravadas —agrupaciones, segregaciones, etc.— (78) o los supuestos de derechos

(78) Existen ciertos supuestos inevitables en nuestro Derecho de falta de conexión exacta entre la finca y el Derecho, pero son siempre *a posteriori*, como la agrupación de fincas en las que alguna de las fincas agrupadas está gravada y otra no, o lo están con cargas diferentes. Son supuestos inevitables, que suponen una quiebra del sistema, pero que se toleran para no entorpecer el tráfico. En cualquier caso no permiten una

reales de utilización o goce recaentes tan sólo sobre parte de la finca (79), supuestos en los que no existe una exacta correlación finca-derecho inscrito.

En cualquiera de los casos estudiados —no obstante— siempre tiene que existir una determinación clara de la parte de la finca afectada por el gravamen.

El argumento tiene su apoyo en el Derecho positivo, en concreto en materia de hipotecas —prototipo de derecho de realización de valor—, en las cuales se exige siempre la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas gravadas (art. 119 LH), mientras que tal distribución no es necesaria cuando se trata de una segregación o división posterior de la finca hipotecada, de manera que la hipoteca recae en su totalidad sobre cada finca resultante (art. 123 LH).

Lo mismo podríamos decir de la inicial correlación entre el importe de la responsabilidad hipotecaria y la deuda reconocida, ya que mientras que inicialmente deben coincidir (cfr. art. 12 LH), sin que se pueda repetir en perjuicio de tercero por más de la responsabilidad hipotecaria pactada (cfr. art. 120 LH) las segregaciones o divisiones posteriores de la finca gravada pueden romper tal correlación (cfr. art. 123 LH).

Esto reafirma lo dicho anteriormente: el principio de especialidad exige una exacta correlación finca-derecho en el momento de constitución del derecho real de realización de valor o de preferente adquisición (es decir, *a priori* y no en cuanto a derechos de goce). Por el contrario, esa exigencia se suaviza *a posteriori* (es decir, para los supuestos de modificaciones hipotecarias posteriores al gravamen y en los casos de derechos reales de mero goce), aunque siempre es necesaria una exacta delimitación de la porción de finca gravada.

Tampoco son exactamente una excepción a la necesaria correlación entre finca y derecho, todos los supuestos de pluralidad de folios registrales, que impuestas por las necesidades económico-jurídicas modernas se van imponiendo en la práctica registral, sobre todos derivadas del fenómeno de los conjuntos inmobiliarios. Esta técnica de la pluralidad de folios está prevista en los anteproyectos de conjuntos inmobiliarios (basados en la técnica de la pluralidad de folios conectados entre sí), y están admitidos por

interpretación extensiva a otros supuestos. Por eso creo que *a priori* siempre es necesario una correlación exacta entre finca y derecho, aunque luego las modificaciones hipotecarias de las fincas maticen este criterio.

(79) Parece que la correlación entre finca y derecho debe ser más rigurosa en los derechos reales de garantía o de realización de valor, que van a implicar o pueden implicar la enajenación de la parte de la finca gravada (no parece posible una hipoteca sobre parte de la finca sin previa segregación), que en los derechos de utilización o goce (como una servidumbre de paso) en los que basta que esté claramente perfilada la servidumbre en su contenido y extensión (pero que no van a conllevar la enajenación de la parte gravada).

la propia jurisprudencia registral, siempre que la apertura de folios nuevos a las modernas entidades registrales no suponga la desaparición del anterior, de manera que se siga manteniendo la correlación finca-derecho.

Así lo afirma la RDGRN 27-5-1983 (80) que permite la agrupación de cinco fincas subterráneas distintas, que de hecho constituyen un garaje —a pesar de que tres pertenezcan a distintas comunidades de propietarios—, sobre la técnica de abrir un nuevo folio a la finca resultante, pero subsistiendo las fincas agrupadas a ciertos efectos —conservan su número y cuota con relación a la finca de la que forman parte—, de manera que el folio registral no quede cerrado.

De la misma manera la RDGRN 13-5-1987 (81) admite la configuración de una unidad subterránea —susceptible de aprovechamiento autónomo— como finca independiente y con folio propio, mediante la agrupación de porciones subterráneas previamente segregadas de diversas fincas, pero sin cerrar el folio de las fincas agrupadas.

7.º) *Claridad de redacción*

El principio de especialidad registral implica también una claridad de los pronunciamientos registrales, lo cual a su vez exige una claridad y falta de contradicción en la redacción de los títulos que acceden al Registro.

Cualquier estipulación contenida en el título que sea contradictoria, confusa o ininteligible, deberá ser aclarada previamente a la inscripción del mismo.

Numerosos son los casos en los que la jurisprudencia registral ha rechazado el acceso al Registro de títulos por falta de claridad en sus estipulaciones (82).

La no expresión con claridad de los titulares o de la extensión del derecho (RDGRN 20-9-1983), la falta de descripción de los inmuebles a que se refiere el título (RDGRN 28-5-1986), la contradicción del título en orden a la cabida de la finca (RDGRN 4-11-1986), las cláusulas redactadas en términos ambiguos (RDGRN 17-5-1955), la falta de identificación de los bienes gravados o de la forma de ejercicio de los derechos inscritos (RDGRN 1-3-1994), son —entre otros muchos— ejemplos de defectos subsanables a efectos de inscripción por razón de este aspecto formal del

(80) Comentada por INMACULADA GARCÍA en la revista *La Ley*, núm. 4 de 1987.

(81) «Los marcos registrales —dice la resolución— no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas.»

(82) Véase F. J. GÓMEZ GÁLLIGO: «Defectos en los documentos presentados a inscripción Distinción entre faltas subsanables e insubsanables», en CRPME, 1991, pág. 211.

principio de especialidad: la claridad de los pronunciamientos registrales y, previamente, de los títulos presentados a inscripción

8.º) *Previsión legal de la operación solicitada*

Finalmente, desde el punto de vista formal, el principio de especialidad registral, exige también que la operación registral solicitada esté reconocida en nuestro Derecho.

Ya hemos estudiado anteriormente, desde un plano de vista sustantivo, los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento para la configuración de derechos reales dentro del principio general de *numerus apertus*.

Aquí se trata de otro aspecto diferente: la de si la operación registral solicitada tiene encaje en nuestro orden jurídico. Y todo ello dentro de la configuración de orden público que tiene el procedimiento registral por ser afectante a derechos de terceros.

El principio de especialidad, así enfocado, excluye del acceso al Registro de la Propiedad, de cualquier negocio jurídico, resolución o pacto cuyo alcance y contenido no esté reconocido en el Ordenamiento jurídico español, así como que se practique algún asiento registral propio de otras legislaciones pero que no tenga expreso reconocimiento en la española.

Un ejemplo muy claro desde este aspecto del principio de especialidad lo tenemos en la RDGRN 12-5-1992, en la cual se trató de la posibilidad de practicar en un Registro de la Propiedad español una hipoteca judicial provisoria francesa. El rechazo a practicar la inscripción se argumentó en que «para el ordenamiento español la expresión “inscripción hipotecaria judicial provisoria” es una denominación que por sí no da a conocer ni el asiento que se pretende ni la extensión del derecho objeto del mismo con la precisión exigida por el principio de especialidad».

En esta materia debe tenerse en cuenta también el carácter de *numerus clausus* que rige en materia de anotaciones preventivas, de manera que sólo podrán practicarse aquellas expresamente admitidas por las leyes (cfr. art. 42 LH), lo que ha llevado en ocasiones a rechazar el asiento solicitado, como en el caso de anotaciones de ejecutorias (RDGRN 30-6-1987), o anotaciones para garantizar el pago de pensiones alimenticias todavía no devengadas (RDGRN 13-6-1986) o la constatación registral de la desestimación de una tercería de dominio (RDGRN 4-2-1986) —entre otras muchas—.

El carácter de orden público del procedimiento registral también supone la imposibilidad de que conste registralmente circunstancias que

o no se corresponden con la realidad o no se ajustan a lo previsto en la ley.

Por eso, la RDGRN 27-11-1986 rechaza que pueda aparecer el precio como pagado en la inscripción cuando del título resulta que quedó aplazado, por mucho que los propios interesados lo quieran así «dado el carácter indisponible de la normativa reguladora de la forma, requisitos y efectos de los asientos registrales, así como el valor y alcance de la calificación registral que no puede desconocer ninguno de los elementos integrantes del negocio».

Y lo mismo ocurrirá respecto de cualquier estipulación que suponga alterar el procedimiento registral o imponerlo al Registrador (cfr. RDGRN 17-9-1987 respecto al carácter de orden público del procedimiento registral, que lo sustrae a la voluntad de los particulares).

C) ASPECTO PROCEDIMENTAL: 9.º EL RANGO REGISTRAL

Finalmente debe quedar claro por virtud de la inscripción el rango registral del derecho inscrito, sobre la base de entender que la prioridad viene determinada por el Registro de la Propiedad —no extrarregistralmente—, y que ya desde la inscripción misma no deben quedar dudas respecto de la preferencia entre derechos inscritos.

Cualquier estipulación o circunstancia que impida conocer con exactitud el rango del derecho inscrito será contrario al principio registral de especialidad.

En consecuencia, por tanto, no cabe la constitución de derechos reales del mismo rango, debiendo quedar clara la preferencia entre derechos inscritos. Esta preferencia la determina siempre la fecha de presentación del título (art. 17 en relación con el 24 LH), hasta el punto de que en caso de presentación simultánea deben los interesados ponerse de acuerdo en la preferencia de los títulos contradictorios sin que entretanto pueda practicarse la inscripción (cfr. art. 422 RH).

Los supuestos de rango simultáneo son excepcionales en nuestro Derecho. Así ocurre en los casos de mancomunidad de derechos (cfr. art. 227 RH respecto de las hipotecas a favor de varios titulares mancomunados, el cual opta por considerar preferentes las hipotecas del mismo rango no ejecutadas); en estos casos —no obstante— siempre debe quedar clara la forma de su ejercicio por los varios acreedores mancomunados, de manera que cualquier falta de claridad respecto al carácter mancomunado o solidario del derecho inscrito o respecto de la forma de actuación de los varios acreedores mancomunados o solidarios, o de su cuota, será defecto que

suspenda la inscripción por razón del principio de especialidad (cfr. RDGRN 1-3-1994) (83).

IV. RECAPITULACION

El principio de especialidad registral es uno de los tres ejes en los que se asienta desde su origen el sistema registral español (calificación, publicidad y especialidad) y presupuesto de los importantísimos efectos atribuidos al Registro de la Propiedad (legitimación registral, inoponibilidad de lo no inscrito, fe pública, acciones ofensivas y defensivas del titular inscrito, presunciones posesorias, etc.).

Dicho principio se establece en favor de los terceros que pueden llegar a adquirir algún derecho sobre bienes inmuebles o derechos reales inscritos, de manera que el derecho real debe estar inscrito y —por tanto— publicado con relación a una concreta finca registral y con exacta determinación de su alcance, extensión y contenido.

El principio de especialidad tiene así una importancia extraordinaria en nuestro Derecho hipotecario que excede de la clásica concepción hecha por la doctrina (circunscrita a la concreción de la finca, derecho, y titular). Las manifestaciones del principio son múltiples pudiendo clasificarse en tres órdenes, según se atienda a su aspecto material, formal o procedimental.

En su aspecto material, el principio de especialidad hace referencia a los derechos reales objeto de inscripción, y significa la exacta determinación del derecho real inscrito («fijación exacta de la extensión material del derecho», tal como lo hemos definido anteriormente). La seguridad jurídica inmobiliaria y la protección de la apariencia que dispensa el Registro de la Propiedad, exigen que no exista la mínima duda respecto del alcance y efectos de los derechos inscritos. En este aspecto material o sustantivo la especialidad exige una precisa concreción de la naturaleza, del contenido y del título constitutivo de los derechos publicados por el Registro:

- a) En cuanto a su naturaleza deberá quedar claro que se trata de un derecho real oponible *erga omnes*.
- b) En cuanto a su contenido deberá estar perfilada nítidamente su

(83) «Ciertamente —dice la RDGRN 21-3-1994— por imperativo del principio de especialidad, cuando un derecho real de hipoteca se constituye en garantía de un crédito perteneciente a distintas personas, debe expresarse si dicho crédito tiene carácter solidario o mancomunado, y en este segundo caso la cuota exacta correspondiente a cada acreedor de forma que quede debidamente precisada la extensión y alcance del derecho inscrito.»

- titularidad, duración, extensión, facultades que atribuye, y causa jurídico-económica a que responde, así como su valor.
- c) En cuanto al título deberá especificarse el título transmisivo.

En su aspecto formal, el principio de especialidad se refiere a la forma de practicarse los asientos en el Registro de la Propiedad español, y tiene a su vez una triple manifestación:

- a) La llevanza del Registro por el sistema de folio real, que supone la necesaria apertura de un folio para cada una de las fincas sobre el cual se va a hacer constar el historial jurídico. Esto a su vez exige una clara determinación de los datos descriptivos de las fincas y una correlación entre los datos descriptivos y los derechos inscritos.
- b) La claridad de redacción, de manera que los asientos se extiendan unos después de otros, sin huecos ni claros entre los asientos, y con expresión circunstanciada de todos los requisitos exigidos para la delimitación material del derecho inscrito.
- c) La previsión legal de la operación solicitada, de manera que no se podrán practicar sino los asientos previstos en la legislación hipotecaria, sobre la base del carácter imperativo del procedimiento registral.

Finalmente, en su aspecto procedimental, debe quedar claro por virtud de la inscripción cuál es el rango registral del derecho inscrito, sobre la base de entender que la prioridad viene determinada por el Registro de la Propiedad —no extrarregistralmente—, y que ya desde la inscripción misma no deben quedar dudas respecto de la preferencia entre los derechos inscritos.

Así configurado, el principio de especialidad logra su virtualidad propia (complementaria del principio de publicidad, origen y razón de ser del Registro de la Propiedad), que consiste en la posibilidad de conocer el exacto alcance de los derechos inscritos, de manera que tan sólo perjudicarán al tercero que inscribe su título en el Registro de la Propiedad los derechos reales ya inscritos, en los precisos términos expresados en el asiento correspondiente dentro del folio abierto a la finca.

Existe por tanto una íntima relación entre el principio de especialidad y el de inoponibilidad (a través del art. 13 LH —cuyas analogías y diferencias con el artículo 32 LH ya hemos estudiado—) al igual que con el principio de prioridad (en cuanto a la necesaria concreción del rango del derecho inscrito).

Para concluir debe decirse que a la configuración del principio de es-

pecialidad ha contribuido decisivamente la jurisprudencia registral —como se ha ido estudiando en este trabajo—, la cual —a salvo alguna resolución reciente, claramente criticable (84)— siempre ha tenido presente la especialidad registral como una de las bases esenciales del sistema hipotecario español.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Registrador de la Propiedad. Doctor en Derecho.
Director del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña

(84) La RDGRN 12-5-1994, de manera claramente censurable, considera inscribible una compraventa en ejercicio de una opción de compra derivada de un «leasing», sin necesidad de la previa inscripción de éste. Ello va en contra de la claridad y determinación de los pronunciamientos registrales, pues ninguna referencia existirá en el Registro al negocio jurídico de arrendamiento financiero que sirve de base al ejercicio de la opción. Con esta posición no se potencia en absoluto el exacto conocimiento de los efectos del negocio jurídico inscrito en que el principio de especialidad consiste —además de ser contraria a la exigencia de tracto sucesivo y a la necesaria calificación registral del título previo—.

La finca como base del sistema inmobiliario

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA FINCA COMO BASE DEL SISTEMA.—III. LAS PRETENDIDAS RELACIONES ENTRE FINCA REGISTRAL, FINCA MATERIAL, FINCA FUNCIONAL Y FINCA ESPECIAL: CRITICA.—IV. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA FINCA REGISTRAL.—V. CLASES DE FINCAS REGISTRALES.—VI. FINCAS RUSTICAS Y URBANAS.—VII. FINCAS CONTINUAS Y DISCONTINUAS.—VIII. CONEXION DE FINCAS: FINCA MATRIZ Y FINCAS NUEVAS.—IX. FINCAS ORIGINARIAS Y FINCAS RESULTANTES.—X. LAS FINCAS ESPECIALES.—XI. LA DESCRIPCION DE LA FINCA: CARACTERES.

I. INTRODUCCION

El Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario tiene como contenido no sólo el estudio de los fundamentales principios hipotecarios de la publicidad, sino también el estudio de los elementos de la publicidad.

Esos elementos de la publicidad se nos aparecen como los protagonistas de la «película inmobiliaria». Uno de esos protagonistas del sistema es *la finca*. Junto a ella, aparecen también el derecho real inmobiliario, el acto o contrato de trascendencia real o título material, el documento en que consta el acto o contrato o título formal, y por último, el titular registral.

Aquí nos ocupamos de la finca como elemento de la publicidad y base del sistema.

Dentro del estudio de la finca registral caben varios aspectos. Por una parte, unas ideas generales sobre la finca como base del sistema, el concepto de finca registral, las distintas clases de fincas registrales y la descripción e identificación de la finca.

Pero hay otros aspectos importantes a estudiar dentro de la figura de la finca registral. Así, la inmatriculación o ingreso de la finca en el Registro, las modificaciones de la finca, tanto las que afectan al perímetro o identidad

de la misma (modificación de entidades hipotecarias), como las demás modificaciones (actualizaciones descriptivas, excesos de cabida). En fin, la constitución de la propiedad horizontal, así como las distintas relaciones entre la finca registral y el Urbanismo y la coordinación Catastro-Registro.

Como todas estas cuestiones exceden de un estudio que no puede ser extenso, nos vamos a limitar aquí al primer grupo de temas sobre la finca, es decir, al concepto y clases de finca registral y a la descripción e identificación de la misma.

II. LA FINCA COMO BASE DEL SISTEMA

La Ley Hipotecaria de 1861 tiene como una de sus principales características haber implantado *el sistema de folio real* o de llevanza del Registro por fincas, tomándolo de los precedentes germánicos, contrarios al sistema francés de transcripción o de folio personal.

Ello permitía la aplicación de los principios hipotecarios fundamentales y de que en las sucesivas reformas hipotecarias se fuera haciendo más efectivo el sistema registral.

La Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, mantiene el mismo sistema y lo refuerza incluso, suprimiendo una serie de supuestos excepcionales en que se permitía que abrieran folio ciertos derechos reales, porque «chocaba con la orientación general del sistema, cimentado en la más rigurosa especialidad» (Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944).

Puede decirse que la finca fue desde el principio y lo sigue siendo ahora la *base del sistema inmobiliario español*. Esto se ha expresado a través de una serie de frases que están ya acuñadas y que se suelen repetir hasta la saciedad, pero que explican perfectamente el sistema inmobiliario español.

Así, se dice:

«La finca es la base del sistema».

«El Registro se lleva por fincas».

«El sistema español es un sistema de folio real».

«La finca es la unidad de cuenta: una finca, un derecho».

Todas estas y otras frases similares tienen su fundamento en una serie de preceptos legales hipotecarios, que fundamentalmente son los artículos 243 y 8 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 243 LH establece: «El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las

inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos».

Y el artículo 8 LH, en sus párrafos iniciales primero y segundo, señala: «Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo». «Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial».

La llevanza del Registro por fincas, base del sistema de folio real, es una de las manifestaciones del principio hipotecario de especialidad, que exige claridad en el historial de los inmuebles.

De este modo, el sistema inmobiliario español ha seguido el modelo germánico, que conduce a una gran perfección en la publicidad inmobiliaria.

Ha de advertirse que no se trata sólo de un problema formal de *organización interna* del Registro de la Propiedad, para establecer orden en sus asientos, sino que se trata de *un problema de fondo*, que repercute en la totalidad de las características del sistema.

Con la llevanza del Registro por fincas se produce un historial completo y claro a través del folio registral, que permitirá aplicar los principios de tracto sucesivo, calificación, legitimación y fe pública, que son principios básicos en cualquier sistema inmobiliario moderno.

Sin esta llevanza del Registro por fincas sería imposible aplicar tales principios, especialmente el de tracto sucesivo, que, a su vez, es base de los demás, siendo dicha imposibilidad el principal defecto que tienen los sistemas registrales de folio personal o de transcripción, como el sistema francés.

La gran ventaja de los sistemas de folio real, como el alemán, suizo, austríaco y español, entre otros, es que, al llevarse el Registro por fincas, «*ofertan al público*» —como ha dicho con todo acierto CELESTINO PARDO— «*un solo propietario por cada finca*», en lugar de varios posibles propietarios, como ocurre en el sistema francés, a pesar de su moderno fichero inmobiliario, al poder existir varias cadenas de propietarios dentro del Registro.

Esto determina que dichos sistemas de folio real son perfectos, pues permiten la aplicación de los principios citados, el de tracto sucesivo, calificación, legitimación y fe pública, que son los más íntimamente relacionados con el principio de especialidad.

III. LAS PRETENDIDAS RELACIONES ENTRE FINCA REGISTRAL, FINCA MATERIAL, FINCA FUNCIONAL Y FINCA ESPECIAL: CRITICA

Algunos autores han tratado de contraponer la finca registral a las fincas materiales y funcionales, con la consecuencia de que la finca registral es

considerada como un concepto «puramente formal» (LACRUZ-SANCHO) «como es la de figurar una cosa o un derecho inmueble como objeto de un folio registral» (1).

Y así, es incluso corriente entre los autores definir la finca registral como «*todo aquello que es susceptible de abrir folio registral*».

Por otra parte, se centra todo el contenido sustantivo en el concepto de *finca material*, que se la suele definir como «trozo de la superficie terrestre cerrado por una línea poligonal perteneciente a un solo propietario o a varios *pro indiviso*» (2).

Luego se especifica que *la finca funcional* se centra en la «finalidad social y económica» de la finca, aludiendo a los supuestos en que la finca aparece como una «unidad económica indivisible» (3).

Y, por fin, se añaden una serie de supuestos dentro del concepto de «*finca especial*», entre ellos, los pisos y locales (4).

Este tratamiento de la finca registral y de sus contrapuestas fincas materiales y funcionales, así como la forma de configurar las fincas especiales, tiene una serie de inconvenientes:

1.º *Lleva a la configuración de la finca registral como un ente ficticio o meramente formal*, separado de la realidad, que es precisamente lo contrario de lo que es la finca registral, pues si ésta tiene algún sentido es por ser la misma finca material, una vez que accede a los libros registrales. La posible falta de coincidencia entre finca material y finca registral se deberá a un problema patológico de falta de concordancia entre Registro y realidad, que no interesa a efectos definitorios de la finca registral, sino únicamente a efectos de tomar las medidas correspondientes para restablecer el paralelismo imprescindible de ambos conceptos.

La posibilidad de que no coincida la finca registral con la llamada finca real o material también se ha planteado en ocasiones respecto a la legislación especial arrendaticia por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando para dar protección al derecho de retracto arrendaticio urbano, ha permitido al arrendatario que ejercite el retracto sobre la vivienda o local que ocupaba, aunque el objeto de transmisión y de inscripción haya sido una entidad superior de la que el arrendatario sólo ocupaba una parte. Esto ha dado lugar también a la distinción en este ámbito limitado entre finca material o real (la que ocupa el arrendatario) y finca registral (la que consta en el Registro).

(1) LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1984, pág. 65, refinando la finca registral a la simple idea de tener un número en el libro registral.

(2) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 63.

(3) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 64.

(4) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 72.

Pero sobre tal problema caben varias soluciones, sin necesidad de poner en entredicho la coordinación de la finca registral con la realidad.

Así cabe entender que la finca transmitida es una finca registral coincidente con la finca material o real objeto de tráfico, pero que se trata de una entidad que no afecta al inquilino o arrendatario, como acto realizado en fraude de sus derechos y sin contar con él, por lo que puede neutralizar ese concepto de finca registral ejercitando el retracto sobre una parte de la finca, y a partir de ahí obtener una rectificación del Registro mediante la correspondiente segregación o formación de finca nueva.

O bien, cabe también entender que la finca transmitida es una finca no sólo registral, sino real o material y no meramente ficticia, pero que ello no es obstáculo para que el legislador quiera proteger al arrendatario y le permita ejercitar su derecho de retracto, no sobre la totalidad de la finca, sino sobre una porción determinada de ella, dando lugar a una ulterior titularidad diferenciada que servirá de base para la formación de nuevas fincas.

2.º *La configuración de la llamada «finca material» como «un trozo de terreno» no deja ver todos los supuestos posibles de finca, pues ésta no siempre es un «trozo de terreno»* Y si por nuestra parte llegamos a la conclusión de que la llamada finca material es la misma finca registral, se reconocerá la importancia de perfilar el concepto de finca de un modo más amplio que el ancestral de «trozo de terreno».

3.º *El concepto de finca funcional más que un concepto contrapuesto al concepto de finca registral constituye un límite mínimo* que ha de influir en mayor o menor medida, según la normativa existente en cada caso, sobre el concepto de finca registral. Por ello, más que un nuevo supuesto de finca, se trata de unos requisitos que han de exigirse para preservar la unidad mínima, a efectos del concepto de finca. Otra cosa es que las medidas legislativas previstas no sean suficientes o adolezcan de defectos que dificulten su aplicación en la práctica.

4.º *La enumeración de fincas especiales sin orden ni concierto*, incluyendo dentro de ellas supuestos como los pisos y locales, que son las fincas más frecuentes en los centros urbanos, lleva a una inversión de conceptos, pues mal pueden ser llamadas fincas especiales las que son normales en la práctica registral diaria. En su origen, los pisos y locales representaron una especialidad respecto a la finca clásica que era el edificio o solar. Pero precisamente por razón del principio de especialidad y del aforismo «una finca, un derecho», el legislador aplicó el concepto de finca para dar claridad al sistema y evitar el amontonamiento de titularidades diferentes en un mismo folio. Podrá decirse que son fincas con unas características peculiares, como consecuencia de sus conexiones con la finca matriz, que luego veremos, pero sin que puedan concebirse dentro

de un concepto de «finca especial» contrapuesto al ordinario de «finca material».

Para obviar todos estos inconvenientes, vamos a partir del concepto de finca registral sin contraponerlo a la finca material, sino como algo identificado con ella, sin más que el añadido del ingreso de la misma en el Registro. Vamos, además, a considerar la finca funcional como uno de los límites o caracteres de la finca registral. Y vamos a tratar de las clases de fincas registrales, relegando el concepto de fincas registrales especiales a una serie de supuestos muy concretos que se separan claramente de las notas más generales del concepto ordinario de finca registral.

IV. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA FINCA REGISTRAL

Nuestra definición de finca registral es la siguiente:

«Es un bien inmueble consistente en el espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con una titularidad unitaria y objeto de tráfico como unidad, y por ello susceptible de abrir folio registral, conforme al principio de especialidad»

Desarrollaremos los elementos de este concepto:

A) *La finca es un bien inmueble.* El bien inmueble es el género y la finca es la especie. En principio, podría decirse que existen bienes inmuebles que no son fincas, como ocurre con las *partes integrantes* y las *pertenencias* de las fincas. Pero en todo caso, las partes integrantes y las pertenencias forman parte de la finca. En este sentido, tanto el inmueble propiamente dicho como sus partes integrantes y pertenencias constituyen como un todo la finca registral.

Unas breves indicaciones sobre los conceptos de parte integrante y pertenencias, al formar parte de las fincas.

El concepto de parte integrante tiene las siguientes notas:

1.^a Son partes de una cosa, y no cosas ni fincas susceptibles de tráfico separado e independiente.

2.^a Son elementos componentes o constitutivos de la cosa o finca. Por eso, su función es constitutiva de la esencia o de la *perfectio* de la cosa.

3.^a Tienen una conjunción coordinada o complementaria con las demás partes de la cosa o finca, más que posición subordinada entre las distintas partes.

4.^a Tienen una conexión entre sí. Normalmente la conexión es corporal

o física. Y ésta ha de dar lugar a un conjunto único en su esencia, sin que la conexión sea meramente transitoria o provisional. Pero cabe también la conexión ideal. Enneccerus pone el ejemplo de las fichas del dominó. Tratándose de inmuebles, podemos poner el ejemplo de la finca discontinua, que luego veremos, formado por distintas partes indisolublemente unidas en su destino.

Cabe también una conexión «jurídica», es decir, establecida por el Derecho, aunque en la realidad física no exista conexión ni colindancia. Así, cabe mencionar como ejemplos: la servidumbre predial, respecto al predio dominante es una cualidad inseparable del mismo, o sea, una parte integrante de él, y de ahí que el artículo 13 LH permita que se pueda hacer constar como «cualidad» en el folio del predio dominante. También puede citarse el ejemplo de los elementos comunes, y concretamente, la cuota o participación que cada departamento de la propiedad horizontal tiene en ellos, que constituye igualmente una parte inseparable del piso o local.

Las consecuencias prácticas del concepto de parte integrante respecto a la finca son las siguientes:

- No pueden ser objeto de derechos reales independientes, porque no son fincas, sino partes de ellas. Cabría excepcionalmente, el derecho de superficie respecto a las edificaciones, pero con carácter transitorio y no perpetuo. En el caso del derecho de vuelo cabe un derecho real sobre el mismo, pero siempre como paso previo para una propiedad futura de pisos o locales integrados en una propiedad horizontal u ordinaria (cfr. art. 16-2.º RH).
- No cabe tampoco que sean objeto de contrato con separación de la finca de la que forman parte. Cuando se transmite la finca, se transmiten sus partes integrantes.

No obstante, un sector de la doctrina ha ideado la figura de las partes integrantes «separables» o «no esenciales», en que cabría que tales partes integrantes se pudieran convertir en fincas independientes, sin destrucción de la cosa principal. Esto ocurre en el supuesto de segregaciones y divisiones de fincas.

Es posible también que, por diferentes consideraciones, el legislador haya formulado una regulación especial. Así, en la regulación del derecho real de hipoteca, el artículo 110 LH exige pacto expreso para que la hipoteca se extienda a las futuras construcciones, sin que de modo necesario las comprenda, a pesar de ser partes integrantes inseparables de la finca. Incluso en el caso de que las construcciones o mejoras las haya realizado un

tercer poseedor, no cabe ni siquiera la posibilidad de pacto expreso extendiendo a ellas la hipoteca.

Esta regulación especial se explica por la pretensión del legislador hipotecario de fomentar la edificación, pero puede plantear enormes problemas registrales, procesales y civiles al tratar de concretar las titularidades sobre las distintas partes de la finca en el futuro.

En cuanto al concepto de pertenencia, las notas más relevantes frente al concepto de parte integrante, son las siguientes:

1.^a Son «cosas» que «por naturaleza» son bienes muebles y no partes del inmueble. Es decir, en la realidad física tienen una existencia autónoma.

2.^a Son elementos no constitutivos del inmueble, sino elementos funcionales o de servicio.

3.^a Tienen una conjunción o relación subordinada con el inmueble al que sirven, que es la cosa principal. En este sentido, las pertenencias son cosas accesorias. Hay otros supuestos de cosas accesorias que no son pertenencias, por no cumplir sus notas, y que se suelen denominar en la doctrina italiana «accesorios convencionales».

4.^a No tienen conexión física con el inmueble, sino que respecto a él lo que existe es un acto de destinación realizado por el propietario de la finca, que constituye un acto jurídico de administración, poniendo la pertenencia en una relación de servicio respecto a la finca, que puede ser un servicio económico u ornamental. Por otra parte, las pertenencias han de estar colocadas en la finca de modo permanente, manteniendo su función o destino, debiendo apreciarse objetivamente el propósito por parte del dueño de la finca de mantener tal permanencia. Por ello, la colocación meramente esporádica en la finca no vale a efectos de su configuración como pertenencia. En cambio, cabe la separación transitoria por una causa justificada (arreglo de sus desperfectos). Si se pretende la separación permanente, se trataría en realidad de una «desafectación» del concepto de pertenencia, que el dueño sólo podría realizar cuando no hubiera perjuicio para terceros.

El concepto de pertenencia proviene del Derecho alemán y está recogido en el BGB. Posteriormente lo recogió el Código Civil italiano de 1942. Los Códigos que siguen al Código Napoleónico no recogieron el concepto de pertenencia, pero por distinto camino han llegado a un resultado parecido, por la vía de «inmovilizar» las cosas muebles por razón de su servicio u ornamentación respecto al inmueble. En este sentido, el Código Civil español en los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 334. Pero hay otros preceptos más modernos que han recogido el concepto de «pertenencia», así como el de «parte integrante» (ejemplo: art. 1.346-8.º CC).

Los efectos o consecuencias prácticas del concepto de pertenencia se resumen en que existe la presunción de que los negocios realizados sobre la finca comprenden también las pertenencias. Así resulta en términos generales del artículo 1.097 CC, que dice: «La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados».

Ahora bien, existe también aquí una excepción en la Ley Hipotecaria, en materia de hipotecas, y es la que establece el número 1.º del artículo 111, previendo que la hipoteca del bien inmueble no comprende las pertenencias, salvo pacto expreso en contrario. Esto fue una innovación de los legisladores hipotecarios de 1909 para fomentar el crédito, contemplando las pertenencias como posible fuente independiente de crédito. Pero en la práctica, casi siempre se produce ese pacto expreso incluyendo las pertenencias.

B) *La finca es un «espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente»*. Consignamos este carácter en sustitución de lo de «trozo de la superficie terrestre cerrado por una línea poligonal», que suele emplear la doctrina de los autores.

Y ello porque el concepto de «*espacio*» es más amplio que el de «trozo de la superficie terrestre», y por tanto, más adecuado, para comprender las distintas clases de fincas.

Sobre ello comenta acertadamente ARNÁIZ: «En este sentido, tanto la doctrina como la práctica admiten la posible configuración de objetos de derecho diferenciados sobre y bajo la rasante de la superficie del suelo, de forma que la finca ya no puede considerarse, en su acepción clásica de porción de la superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, sino más bien como el espacio en el cual es posible la construcción de una edificación susceptible de propiedad independizada» (5).

Por otro lado, se añade que ha de ser «*suficientemente delimitado*», para destacar la importancia de la determinación, individualización e identificación de la finca, a través de su descripción.

Esta delimitación sustituye a la idea del «cerramiento por una línea poligonal» que utilizaba la doctrina, pues dado el concepto más amplio de «*espacio*», no cabe hablar exclusivamente de «línea». Pero en todo caso responde a la misma idea de determinación de la finca. Esta determinación se produce por la descripción concreta con superficie y linderos y a poder ser con un plano de la finca, según veremos más adelante.

(5) RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 47.

Se dice también «susceptible de aprovechamiento independiente», para excluir del concepto de finca aquellos espacios que son meras partes integrantes o accesorias de la finca, o que por su carácter antieconómico no pueden cumplir los fines de la propiedad de la finca.

En relación con esta nota conviene hacer unas precisiones sobre *la llamada «finca funcional»*, que no es nada más que un concepto para destacar que existen unos mínimos que el legislador ha previsto con mayor o menor intensidad como límites para el concepto de finca, y concretamente, el concepto de «unidad económica indivisible», por debajo de la cual no debería caber el concepto de finca.

Así, en principio, la finca funcional sirve de *límite mínimo del concepto de finca*, que en principio, no debería ser franqueado, pues fuera de él, las porciones resultantes no deberían merecer el concepto de finca.

Ahora bien, el legislador no siempre ha regulado con estas consecuencias el concepto de finca funcional. Y por otra parte, existen fincas formadas con anterioridad al mandato legal que son inferiores a la unidad mínima y no por ello dejan de ser fincas.

En relación con esta idea de finca funcional, *hay diferentes graduaciones sobre los efectos de tal concepto*.

Desde luego que si se trata de un exiguo espacio de terreno que comprende una sola cepa de viña o un olivo, o un metro cuadrado, no puede decirse que se trate de finca, porque esas diminutas porciones no cumplen en el tráfico jurídico ni en las costumbres rurales y urbanas la función que mínimamente cabe exigir en el concepto de finca.

Pero fuera de estos límites mínimos, y en relación con los límites más amplios marcados por el legislador, los mismos pueden servir para impedir que se formen fincas inferiores a la unidad mínima indivisible, pero no en todos los casos, pues ello dependerá del alcance que haya dado el legislador a la normativa sobre indivisibilidad de las fincas.

Así, *tratándose de fincas rústicas o en suelo no urbanizable*, no caben desde luego las parcelaciones urbanísticas, pero respecto a los fraccionamientos o divisiones, se prevé que puedan realizarse si no infringen las unidades mínimas de cultivo en cada zona.

Ahora bien, la infracción de tales unidades mínimas, según la legislación agraria, no determina que no puedan inscribirse las porciones resultantes, pues se establece que cabe el retracto de colindantes, lo que presupone que cada uno de ellos puede adquirir esas porciones, lo que es tanto como darles eficacia, en contra del criterio nominal de nulidad que dicha legislación establece.

Pero hay que tener en cuenta dos clases de supuestos, en que no está permitida la formación de finca registral por debajo de las unidades mínimas de cultivo de cada zona:

- a) *Cuando se trata de zonas de concentración parcelaria*, en que ya tratamos de demostrar en otra ocasión que la legislación agraria prevé aquí unas mayores exigencias para conservar la concentración realizada, según resulta de los artículos 198-1 y 199-1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 13 de enero de 1973. La ley de concentración parcelaria de Galicia muestra un claro criterio prohibitivo de división de parcelas por debajo de la unidad mínima.
- b) *Cuando se apliquen normativas de ciertas Comunidades Autónomas*, que en su legislación específica han exigido para la división o segregación de terrenos en zona rústica la licencia de la Comunidad Autónoma. Así, en la Comunidad Autónoma de Madrid, los artículos 14 y 15-6 de la Ley de 10 de febrero de 1984, prohíben tales actos sin autorización de la Comunidad. Lo mismo ocurre en la Ley de Murcia de 20 de diciembre de 1986, de Medidas de protección de la legalidad urbanística, en su artículo 5-2; en el artículo 1-1 de la Ley del Principado de Asturias de 8 de abril de 1987, sobre disciplina urbanística; y en el artículo 4-1 de la Ley de Canarias de 7 de abril de 1987, sobre Ordenamiento de suelo rústico, y en el artículo 6 de la Ley de dicha Comunidad de 14 de mayo de 1990, sobre Disciplina urbanística y territorial. Además, el artículo 13-2 de la Ley de Tierras de Regadío de 8 de abril de 1987 de Extremadura establece que «de acuerdo con la legislación vigente se prohíbe cualquier acto de división de la superficie de regadío que dé lugar a predios de superficie inferior a la unidad mínima de cultivo» (salvo autorización de la Consejería de Agricultura y Comercio en los casos del art. 44 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario).

Respecto a la regulación de la Ley del Suelo sobre indivisibilidad de parcelas, establece una serie de supuestos de finca indivisible ateniéndose fundamentalmente a *la unidad mínima señalada en el Plan*, para que no se puedan formar fincas por debajo de tal unidad mínima (art. 258 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), completándolo con la exigencia de licencia municipal de parcelación para las divisiones o segregaciones de terrenos (art. 259-3 del Texto Refundido citado).

A veces también se habla de finca funcional para destacar la *indivisibilidad de determinadas fincas registrales*, como ocurrió en el caso de la Resolución DGRN de 18 de mayo de 1983, respecto a un supuesto de Navarra en una comunidad de garage con pacto de no proceder la acción de división, dado el destino de la comunidad, que haría inservible la finca si se pretendiera dividir. También han destacado algunos autores que se puede aplicar la idea de finca funcional para explicar la situación de la

multipropiedad, en que por razón de su destino, no permite que se dé la acción de división (ANTONIO PAU PEDRÓN).

C) *La finca ha de tener una titularidad unitaria.* Este es el elemento jurídico de la titularidad, esencial para el concepto unitario de finca. Con este carácter sustituimos al equivalente que señala la doctrina de que ha de «pertener a un solo propietario o a varios *pro indiviso*». Aunque no hay diferencia sensible entre una y otra nota, hemos querido destacar el concepto técnico de «titularidad», hablando de su carácter unitario en sentido amplio, sin precisar la idea de *pro indiviso*, pues existen varias formas de comunidad que ofrecen igualmente una titularidad unitaria, como son los supuestos de comunidad germánica.

D) *La finca, para ser tal, ha de ser objeto de tráfico como unidad.* Si el Derecho Hipotecario la configura como «unidad de cuenta» es porque en el tráfico inmobiliario opera como tal unidad.

Objeto de tráfico como unidad significa que los actos de tráfico sobre la finca comprenden todas sus partes integrantes, según hemos visto anteriormente.

Significa también que la finca aparece en el tráfico inmobiliario como unidad respecto a terceros, aunque en el contrato hayan sido contempladas varias fincas bajo una unidad superior, pues lo que cuenta para los terceros es la finca y los derechos reales sobre ella, y no la unidad contractual que hayan podido pactar dos partes determinadas.

En relación con este carácter de la finca ha de tenerse también en cuenta que, como tal objeto de tráfico unitario, la finca es «*objeto de las inscripciones sucesivas*» que se practican en el Registro y no sólo es «*objeto de inmatriculación*».

Algunos autores se empeñan en contraponer el objeto de inmatriculación y el objeto de inscripción, señalando como objeto de aquélla la finca y como objeto de inscripción los actos inscribibles o los derechos reales, según las posiciones.

Sea lo que fuere acerca de si el objeto de inscripción son los títulos o los derechos reales, tema en el que ahora no es oportuno entrar aquí, no puede decirse sin más que la finca no sea también objeto de inscripción, además de objeto de inmatriculación.

Y es que no sólo el asiento inicial del historial registral de una finca, que es la inmatriculación, tiene por objeto ésta, sino que también todos los sucesivos asientos posteriores a la inmatriculación aluden a la finca entre sus datos fundamentales, pues se encabezan con la descripción de la finca, actualizándola o remitiéndose a lo que figura en inscripciones anteriores. Por otra parte, en el «*cuerpo de la inscripción*» se alude al acto o contrato realizado *sobre la finca* (se vende o se dona una finca). Y en *el acta de inscripción* no sólo se inscribe el dominio u otro derecho real por razón del

título correspondiente, sino que se alude igualmente a «la finca» sobre la que recae ese dominio o derecho real.

Lo que ocurre es que el objeto inmediato o directo de las inscripciones —también la de inmatriculación— son los derechos reales constituidos por un determinado título, pero en tanto en cuanto esos derechos reales recaen sobre la finca, éstas también son *objeto mediato de inscripción*.

E) *La finca es susceptible de abrir folio registral conforme al principio de especialidad*. Esta nota, que indudablemente caracteriza a la finca registral, aparece en la definición como una consecuencia de las anteriores notas, y no como concepto definitorio único. La referencia a la concordancia con el principio de especialidad se hace por ser esencial este principio para el concepto de finca desde distintas perspectivas: la llevanza del Registro por fincas conforme al sistema de folio real y la necesidad de que la configuración de la finca se haga sobre la base de la claridad de su descripción e identidad.

V. CLASES DE FINCAS REGISTRALES

Podemos clasificar las fincas registrales atendiendo a diferentes criterios:

- a) Fincas rústicas y urbanas.
- b) Fincas continuas y discontinuas.
- c) Finca matriz y fincas conexas: conexión histórica y conexión actual.
- d) Fincas originarias o antiguas y fincas resultantes o nuevas.
- e) Fincas especiales.

A continuación veremos cada una de esas clasificaciones.

VI. FINCAS RUSTICAS Y URBANAS

La clasificación de fincas rústicas y urbanas es fundamental en la legislación hipotecaria por dos razones fundamentales:

1.^a Porque la legislación hipotecaria exige que *se encabece la descripción con la expresión «rústica o urbana»*, y distingue las circunstancias de la descripción según sea una u otra la naturaleza de la finca.

2.^a Porque el Registrador *ha de calificar de distinta manera los requisitos legales previstos para las fincas rústicas y urbanas* en las legislaciones agraria y urbanística respectivamente.

A pesar de esta importancia, no existen criterios en la legislación hipotecaria para la distinción entre una y otra clase de fincas, sino que la expresión registral de la naturaleza se hace depender de la manifestación de las partes que conste en la escritura correspondiente.

No obstante, sigue siendo fundamental determinar los criterios de distinción entre una y otra clase de fincas, porque ello servirá para que los interesados los tengan en cuenta en las escrituras públicas, y además, porque servirán de criterio al Registrador de la Propiedad, a efectos de la determinación de la legislación aplicable a una y otra clase de fincas.

Hasta ahora han existido distintos criterios de diferenciación de las fincas rústicas y urbanas según la materia de que se tratase. Así, a efectos del retracto de colindantes regulado por el Código Civil para las fincas rústicas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha atendido fundamentalmente al «destino», es decir, a la explotación agrícola de la finca (Sentencia de 3 de octubre de 1970).

En cambio, la legislación de arrendamientos rústicos contiene criterios que, si bien en principio son aplicables únicamente a la materia de la que dicha legislación se ocupa, son suficientemente expresivos para extenderlos a otras materias. Concretamente, el artículo 7 de la LAR se refiere a las fincas excluidas de la Ley de arrendamientos rústicos, por concurrir en ellas algunas de las circunstancias siguientes: «Constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable programado».

Por tanto, a dichos efectos, son fincas rústicas las que están situadas en suelo urbanizable no programado y en suelo no urbanizable.

Otro de los criterios que resultan de la legislación arrendaticia rústica es el de *la accesoriidad*, pues excluye de tal legislación las «accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico», siempre que el rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior. En fin, el artículo 7-3.º de dicha LAR excluye de la misma las fincas que tengan «por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo».

Creemos que estos criterios que resultan de la legislación arrendaticia rústica hay que ponerlos en relación con los clásicos criterios tradicionales que señalaba la doctrina hipotecarista para la distinción entre fincas rústicas y urbanas y rectifican el concepto de suelo urbanizable no programado en el sentido de considerarlo finca urbana, pues por sus expectativas y valor superior a la naturaleza rústica merece tal consideración.

Dichos criterios tradicionales son:

- a) *El criterio de la situación*, en el campo o en la ciudad. Ahora bien, resulta mucho más preciso referir la situación a las distintas clases

de suelo previstas en la legislación urbanística, tal como hace la Ley de Arrendamientos Rústicos, considerando que están sitas en la ciudad, las fincas sitas en suelo urbano, en suelo urbanizable programado, y en suelo urbanizable no programado, y que, en cambio, están sitas en el campo, las situadas en suelo no urbanizable.

- b) *El criterio de la construcción.* Según este criterio son fincas urbanas las que tengan una construcción o sean aptas para construir. Ahora bien, resulta más adecuado explicar este criterio a través también de la legislación urbanística, en el sentido de que han de considerarse fincas urbanas aquellas que ya estén construidas o que son aptas para construir por tener unas expectativas próximas, debido a que están en suelo urbano o en suelo urbanizable programado, o incluso, en suelo urbanizable no programado. Respecto a las fincas sitas en suelo no urbanizable, aunque en principio son fincas rústicas según el criterio anterior, hay que tener en cuenta que se permiten algunas construcciones, por lo que cuando éstas sean relevantes respecto al destino rústico, y no tengan un destino agrario, habría base para considerarlas urbanas conforme a este criterio de la construcción.
- c) *El criterio del destino.* Este criterio, que se concreta en la edificación tratándose de fincas urbanas, y en la explotación agraria, ganadera o forestal para las fincas rústicas, viene a ser complementario del anterior, pudiendo aplicarse igualmente los criterios de la legislación urbanística que se acaban de mencionar, es decir, los resultantes de la situación según la clase de suelo de que se trate y del carácter de la edificación existente, en su caso, sobre las mismas.
- d) *El criterio de la accesoriidad.* Este criterio es complementario o incluso sirve de correctivo de los criterios anteriores, pues se trata de considerar una finca como rústica o urbana, atendiendo a la parte principal que tenga uno u otro carácter. Esto puede ser perfectamente aplicable como correctivo de los criterios del destino y de la construcción. Y además, puede dar lugar a un cambio de clasificación en aquellos supuestos en que, como dice el artículo 7-3.º de la LAR, la finca tiene un valor sensiblemente superior al que tendría aplicando exclusivamente el destino agrario.

En definitiva, los criterios tradicionales de distinción de fincas rústicas y urbanas, sin perjuicio de poder seguir siendo útiles, han de coordinarse con los criterios resultantes de la legislación urbanística, al estilo de lo que establece la legislación arrendaticia rústica.

VII. FINCAS CONTINUAS Y DISCONTINUAS

Las fincas continuas son las fincas normales que no ofrecen especialidad por referirse a un espacio sin solución de continuidad dentro de unos linderos.

En cambio, *las fincas discontinuas* merecen una consideración especial.

Son aquellas fincas formadas por varios trozos o suertes separadas entre sí, pero que ofrecen características peculiares que permiten considerar a todos ellos formando una unidad.

El artículo 8-2.º LH se ocupa de estas fincas discontinuas, estableciendo que se inscribirá como una sola finca: «Toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí».

El artículo 44 RH desarrolla este precepto en sus apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, refiriéndose a distintos supuestos que se caracterizan por la nota de conjunción de terrenos o dependencias a través de las notas de accesoriadad o destino unitario (apartados 2.º, 4.º y 5.º).

El propio precepto reglamentario, para evitar que pudiera ofrecerse un concepto arbitrario de finca discontinua, al arbitrio de los interesados, que llevara al sistema de folio personal, pone también unos límites a dicha figura, precisando más el supuesto del artículo 8-2.º LH en el número 3.º del citado artículo 44 RH: «Las explotaciones agrícolas, aunque no tengan casa de labor y estén constituidas por predios no colindantes, siempre que formen una unidad orgánica, con nombre propio, que sirva para diferenciarlas y una organización económica que no sea la puramente individual, así como las explotaciones familiares agrarias».

Este número 3.º del artículo 44 RH merece un doble comentario:

a) Por una parte, este precepto, aparte de los supuestos concretos de finca discontinua que prevé en los apartados 2.º, 4.º y 5.º, exige para que se dé el supuesto de finca discontinua que ésta *tenga un nombre propio*, y además, *una organización económica que exceda de la puramente individual*. Con ello, se quiere referir a las explotaciones de personas jurídicas y no de personas individuales o físicas.

Ahora bien, entendemos que no son suficientes estos criterios delimitadores, sino que conforme al principio de especialidad y al sistema de folio real, no cabe ampliar el concepto de finca discontinua nada más que respecto a aquellos supuestos excepcionales en que pudiera apreciarse una unidad de finca por criterios de destino o accesoriadad, calificando estos supuestos con criterio restrictivo por ser excepcionales respecto al sistema general de folio real seguido por la legislación hipotecaria española.

En esta línea consideramos fundamental la Resolución DGRN de 29 de noviembre de 1947, que dice lo siguiente:

«Considerando que una de las características fundamentales de nuestro sistema hipotecario es la de que el Registro se lleva por fincas, abriendo a cada una de ellas, cualquiera que sea su importancia, el correspondiente folio u hoja registral, donde se concentra el historial jurídico del inmueble, para así facilitar el exacto conocimiento de todo lo relacionado con el mismo».

«Considerando que si bien la práctica registral no ha exigido una prueba formal y rigurosa de la conexión económica o unidad orgánica de explotación —medida preconizada por algunos tratadistas, y sin duda conveniente para evitar posibles abusos—, tampoco puede desconocerse el grave peligro que encierra dejar encomendado al ilimitado arbitrio de los interesados una materia como la del ingreso de las fincas en el Registro, que ya adolece en nuestro sistema de importantes deficiencias, como son, entre otras, la carencia de justificación acerca de la existencia y características del inmueble por la ausencia de un Catastro en íntima relación con el Registro, toda vez que el libre juego de la iniciativa particular haría posible la inscripción como una sola finca de predios muy distantes entre sí, con diferentes cultivos y naturaleza, sin más nota común que la de pertenecer al mismo dueño, resultados que exceden indudablemente de los propósitos del legislador, irían abiertamente contra el principio de especialidad y supondría una transgresión manifiesta de las normas que aconseja una razonable práctica hipotecaria, según la cual estas agrupaciones de predios no colindantes requieren una organización económica que no sea la meramente individual».

«Considerando que en previsión de tales perjudiciales consecuencias, la jurisprudencia de este Centro Directivo ha impuesto en este punto ciertas limitaciones, llegando a declarar que el hecho de hallarse situadas varias porciones de tierra dentro de un mismo término municipal y pertenecer a un solo dueño no basta para considerar como una finca todas aquellas porciones; y que no equivale a conexión económica el subterfugio de denominar el propietario a las fincas con el mismo nombre, ni tampoco el expresar que se encuentran en dependencia con otra casa sita en poblado».

De esta Resolución se deduce *el carácter excepcional* de la finca discontinua, no existiendo libertad de los particulares para configurar como tal la que ellos desean, por existir razones de orden público inmobiliario derivadas del principio de especialidad y del sistema de folio real que impiden la iniciativa particular en este punto.

Por ello, entendemos que la finca discontinua exige, o bien *la demostración de la unidad orgánica de explotación*, o bien la existencia de una serie de criterios fundamentales que pueden obtenerse a través de la idea de *proximidad de porciones*, junto con la *identidad de cultivo* y la *accesoriedad* de las distintas porciones. Pueden señalarse como ejemplos el de porciones separadas por una carretera, o el de diversas suertes meramente accesorias de la finca en que está la casa de labor principal próxima.

b) Por otra parte, el artículo 44-3.º RH termina refiriéndose como finca discontinua a las «*explotaciones familiares agrarias*», por haberse introducido esta referencia en la reforma reglamentaria aprobada por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982.

Ahora bien, esta referencia a las explotaciones familiares agrarias la consideramos fuera de lugar, tanto desde el punto de vista del principio de especialidad y del sistema de folio real, como desde el punto de vista de la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias de 24 de diciembre de 1981, que es norma de rango preferente al Reglamento Hipotecario.

Por ello, la referencia a tales explotaciones familiares agrarias en el artículo 44-3.º RH *ha de interpretarse en relación con dicha Ley y con los principios de la legislación hipotecaria*, que impiden considerar finca discontinua en todo caso, a tales explotaciones, salvo que se den en el supuesto concreto los requisitos de la finca discontinua. Pero entonces ha de ser por aplicación de los criterios ya vistos de la finca discontinua, y no porque la explotación familiar agraria tenga de por sí el carácter de finca discontinua con unidad de folio.

Así, *la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias no considera la explotación como una sola finca*, sino todo lo contrario, como una pluralidad de elementos y fincas, cada una de las cuales es susceptible de inscripción separada.

Ante todo, el objetivo de esta ley es fomentar la constitución de explotaciones familiares rentables con plan de modernización; el acceso a la propiedad por sucesión de los parientes colaboradores, a base de modificar la normativa del Derecho de Sucesiones; *y facilitar la inscripción de las fincas que forman parte de la explotación en el Registro de la Propiedad*. Pero parte de la existencia de *una pluralidad de fincas* y no de una sola finca discontinua.

En la propia definición que da dicha Ley de las explotaciones familiares agrarias, se advierte que la Ley parte de la pluralidad de elementos y fincas, e incluso de titulares, y que la unidad que prevé es la económica y no necesariamente la unidad registral de finca. Las define como «el conjunto de bienes y elementos que forman una unidad organizada empresarialmente por su titular, con rendimiento económico suficiente, explotada directamente por su titular y su familia como actividad principal, y en que los asalariados no superen en jornada anual a la de los de la familia, exigiéndose una calificación de tal explotación administrativamente.

La citada Ley parte de la pluralidad de fincas y no de la finca discontinua única, pues alude a *la inmatriculación de cada inmueble* que forma parte de la explotación como constitutiva de una finca registral independiente, limitándose a regular una nota marginal de afección en cada una de las fincas, expresiva de la obligación de mantener la integridad del conjun-

to, con lo cual se consigue un resultado algo similar al de unidad de folio, pero sin necesidad de forzar la unidad registral de fincas que son distintas en la realidad.

Además, hay que tener en cuenta que dichas fincas, a pesar de esa conexión publicada por la nota marginal, pueden tener vicisitudes diferentes en su historia registral, pues cabe autorización administrativa para conseguir hipotecar unas con separación de las otras. Y cabe también que pertenezcan a distintos titulares, como son los miembros de la familia, con lo que sería imposible inscribir el conjunto como una unidad.

Por todo ello, entendemos que la referencia reglamentaria a tales explotaciones familiares agrarias, es en principio, de imposible aplicación, por no adaptarse a la Ley que es norma de rango superior, y en consecuencia, la unidad funcional ha de conseguirse de otra manera que con la unidad de folio, es decir, a través de la constancia por nota marginal contemplada en la citada Ley que ha de consignarse en cada una de las fincas de la explotación. En consecuencia, el precepto reglamentario quedaría limitado a aquellos supuestos en que por aplicación de la normativa general de la finca discontinua (accesoriedad de las porciones, dependencia, proximidad, identidad de cultivo, etc.) podría aplicarse la unidad de folio.

VIII. CONEXION DE FINCAS: FINCA MATRIZ Y FINCAS NUEVAS

En numerosos supuestos se plantea esta distinción entre fincas matrices y fincas conexas con ella. La relación se produce como consecuencia de la «apertura de folio» para fincas nuevas que proceden o forman parte de una anterior finca matriz. Podemos distinguir el supuesto de conexión meramente histórica y el supuesto de conexión permanente.

a) *Unas veces cabe hablar simplemente de «conexión histórica» de las fincas con la matriz*, pues son fincas que proceden de ella pero que se han independizado completamente. Se trata de los supuestos de modificación de entidades hipotecarias (segregación, agrupación, agregación y división).

La conexión en estos casos es histórica en un doble sentido: en cuanto a las cargas y en cuanto al título adquisitivo.

Por lo que se refiere *a las cargas*, la finca originada arrastra todas las cargas que tenía la finca matriz u originaria, sin perjuicio de las nuevas cargas que en adelante se refieran exclusivamente a esa nueva finca.

Por lo que se refiere *al título adquisitivo*, como la modificación hipotecaria no constituye propiamente título adquisitivo, se mantiene el título adquisitivo de la finca matriz como caracterizador de la nueva o nuevas porciones resultantes, sin perjuicio de que una vez que se produzca un

nuevo título en el historial de la finca originada, el título adquisitivo de la matriz ya no tendrá más que un valor histórico y no vigente.

Por todo ello, en estos supuestos de conexión «histórica», típico de los supuestos de modificación hipotecaria, los artículos 46, 47 y 48 del Reglamento Hipotecario, exigen como requisitos de constancia de tales modificaciones, la expresión de la procedencia de las fincas y las cargas vigentes de la finca matriz. Si a ello se une que en la finca o fincas matrices se hace constar por nota marginal la nueva o nuevas fincas formadas, queda clara la conexión entre finca matriz y las fincas nuevamente formadas.

En todo caso, hay que insistir en que se trata de una mera conexión «histórica», pues las nuevas fincas formadas tienen vida plenamente independiente y no tienen más conexión que la resultante de su pasado por razón de las cargas y título de procedencia.

b) En otras ocasiones, *la conexión entre finca matriz y fincas nuevas no es meramente «histórica», sino que es «permanente» y se mantiene a todo lo largo de la vida de esas fincas nuevas.*

Esta forma de conexión permanente se da en los supuestos de propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y urbanizaciones particulares. También se da en los supuestos de multipropiedad, si bien esta figura, por su especialidad, será incluida entre las fincas especiales.

Por lo que se refiere al supuesto de propiedad horizontal, la conexión entre finca matriz y fincas nuevas ofrece las siguientes características:

- La finca matriz no sólo es la finca de procedencia históricamente, sino que es la finca de la que forman parte a todo lo largo de su vida, las distintas entidades o departamentos que la componen.
- En la finca matriz se hacen constar y persisten a lo largo de la vida del régimen de propiedad horizontal, los elementos comunes del total edificio.
- En la finca matriz también constan las normas o Estatutos del régimen de propiedad horizontal, que afectan a todas las fincas nuevas que componen la misma.
- En cambio, en cuanto a titularidad, ésta sólo figura en la finca matriz de forma provisional o histórica, pues sólo en un primer momento se produce una coincidencia entre la titularidad de la finca matriz y de las entidades que la componen, ya que en el futuro éstas tendrán su propia titularidad y las vicisitudes de ésta, quedando petrificada en la matriz una titularidad antigua que carecerá con el tiempo de vigencia.

En cuanto a *las nuevas fincas que se forman por apertura de folio*, hay que tener en cuenta:

- Que en sus respectivas inscripciones *ha de constar la conexión con la matriz*, al tener que expresarse que cada una forma parte de la total finca matriz.
- Que también ha de expresarse *la cuota* que a cada una corresponde en los elementos comunes de la total finca matriz, que puede o no ser coincidente con la cuota de gastos de la propiedad horizontal, ya que cabe que se asigne la misma cuota para ambos supuestos o dos o más diferentes.
- Que han de reflejar *los anejos y los derechos de uso exclusivo* sobre determinadas porciones de elementos comunes, caso de que se les haya atribuido, pues resulta muy conveniente que la publicidad de tales anejos y derechos aparezca en el folio específico del departamento y no sólo en el folio general.
- Que en cuanto a los *Estatutos o normas de la propiedad horizontal*, ha de estarse a lo que conste en el folio general de la finca matriz, que constituye la inscripción extensa de cada una de las entidades que la forman.
- Que en cuanto a *las cargas*, cada una de las entidades tendrá las cargas de procedencia de la finca matriz, más las propias específicas de ella que se vayan produciendo en el futuro.
- Que en cuanto a *titularidad*, si bien en un primer momento se producirá coincidencia de titularidades entre la finca matriz y las que la componen, con el tiempo, ya hemos dicho que la titularidad de la finca matriz se convertirá en meramente histórica, y cada entidad tendrá su propia titularidad, fruto de las propias vicisitudes de su historial.

La forma de consignarse registralmente la conexión es similar al caso anterior, si bien, en lugar de reflejar que se trata de finca que procede o se forma de una determinada matriz, aquí hay que reflejar la actualidad de la conexión, diciendo que «forma parte de dicha finca matriz». Esto se reflejará tanto en la nota marginal de la finca matriz en que conste la referencia registral de los distintos departamentos que la componen, como en las inscripciones de cada una de las nuevas fincas en que se expresará que forman parte de aquélla.

A veces se produce *simultáneamente en la propiedad horizontal supuesto de conexión histórica con una finca matriz y conexión permanente con otra finca matriz*.

Nos referimos al supuesto de división o segregación de entidades de la propiedad horizontal, pues en tal caso, los nuevos departamentos mantienen una conexión meramente histórica en cuanto a las cargas de procedencia respecto al departamento matriz del que derivan, pero al quedar formadas

como nuevas entidades de la propiedad horizontal mantienen una conexión permanente con el edificio matriz.

Acerca de estos supuestos de división o segregación, se han producido doctrinas diferentes por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues mientras la primera admite la validez e inscribibilidad de la norma estatutaria que permite tales operaciones al propietario o propietarios sin necesidad de consentimiento de la Junta de Propietarios, el Tribunal Supremo viene señalando de modo contundente y continuado que tales cláusulas estatutarias son nulas por ser imperativo en este punto el artículo 8-2 de la Ley de Propiedad Horizontal. Para compaginar ambas doctrinas, y teniendo en cuenta que las sentencias del Tribunal Supremo se producen en casos en que ha habido perjuicios para elementos comunes del inmueble, convendría que la cláusula de los Estatutos se redactase de forma que permitiese tales operaciones «siempre que no se perjudicasen elementos comunes del inmueble» (6).

No cabe descartar tampoco *conexión doble o triple* con sucesivas fincas matrices en forma similar a como veremos puede ocurrir en los conjuntos inmobiliarios, cuando la subdivisión de un departamento se combina con el establecimiento de unas normas y elementos comunes y cuotas especiales para todas las nuevas entidades formadas por subdivisión de él, con lo que existirá un doble supuesto de conexión permanente: con la finca matriz de la que derivan, y con el total edificio matriz, de cuya propiedad horizontal forman parte.

Otra especialidad en las conexiones es *el supuesto de la Resolución DGRN de 27 de mayo de 1983*, que se refiere a la agrupación de cinco fincas formando una finca destinada a garaje, perteneciendo tres de las fincas agrupadas a tres propiedades horizontales distintas.

La finca resultante de la agrupación tiene conexión «histórica» con las fincas agrupadas; pero la especialidad es que dichas fincas agrupadas mantienen conexión «permanente» con cada una de las propiedades horizontales en que están integradas, sin que sea obstáculo a ello la existencia de la agrupación. Por tanto, las fincas agrupadas tienen una doble conexión: con la finca resultante de la agrupación y con los edificios matrices de los que forman parte; y a través de dichas fincas, la resultante también queda conectada con el total edificio matriz.

Así, la citada Resolución señala:

«Considerando que característica general de todas estas agrupaciones excepcionales es la de que, no obstante, la agrupación, una o varias o todas las fincas agrupadas no se extinguen totalmente desde el punto de vista

(6) En favor de la validez de la cláusula, las Resoluciones DGRN de 31-8-1981 y 26-2-1988. En contra, las Sentencias TS de 7-2-1976, 31-1-1987 y 19-7-1993.

sustantivo, sino que subsisten a ciertos efectos y en el orden registral su folio particular anterior no queda cerrado».

«Considerando que la diferencia existente entre el supuesto concreto de este recurso, y las anteriores agrupaciones excepcionales examinadas se deriva del hecho de que en estas últimas todas las fincas se encuentran integradas en una única y armónica agrupación, mientras que en las primeras un mismo local o finca independiente forma parte a la vez de su respectiva propiedad horizontal y también de la nueva finca creada por agrupación, dificultad que formalmente podría salvarse sin mengua del principio de especialidad a través de la coexistencia del antiguo folio registral referido al local integrado en una propiedad horizontal y del nuevo folio donde constará la total finca resultante de la agrupación».

Por lo que se refiere a los conjuntos inmobiliarios y urbanizaciones particulares, la conexión de finca matriz y fincas nuevas es similar al supuesto de propiedad horizontal, con las especialidades propias del caso.

En el V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Roma del 8 al 12 de noviembre de 1982, se definen los conjuntos inmobiliarios diciendo que «se caracterizan por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes».

También se dijo en dicho Congreso que «si bien el régimen de la propiedad horizontal viene siendo aplicado en la generalidad de los países para regular los conjuntos inmobiliarios, se estima que los caracteres especiales de dichos conjuntos exigen el establecimiento de una normativa específica que atienda adecuadamente sus peculiaridades». Se aludía con ello al régimen de mayorías y a la creación de un órgano diferenciado de gestión dotado o no de personalidad jurídica.

En cuanto a *la diferenciación entre propiedad horizontal y conjunto inmobiliario*, ARNÁIZ la cifra con acierto en que en la propiedad horizontal, aunque sea compleja, existe una única Comunidad, mientras que en el conjunto inmobiliario existen varias Comunidades bajo la idea de una general y otras que son propiamente subcomunidades (7).

Sea de ello lo que fuere, en el aspecto de las fincas conexas que aquí nos interesa, existirá también aquí la finca matriz o común en cuyo folio constarán los Estatutos del Conjunto Inmobiliario o Urbanización, y luego, los diferentes bloques, parcelas o chalets.

La formación sucesiva de fincas dependerá de cada supuesto de la realidad. Pero el caso más complejo lo estudia *la Resolución DGRN de*

(7) *Ob. cit.*, pág. 51.

2 de abril de 1980, que prevé lo que se ha denominado «el triple folio», del modo siguiente:

1.º *Apertura de un folio general* para toda la urbanización o conjunto inmobiliario, en donde se detallan los Estatutos y elementos comunes del conjunto. Es la finca matriz general.

2.º *Apertura sucesiva de otro folio separado para cada uno de los edificios o bloques construidos dentro del conjunto*, con la consignación de su específico régimen de elementos comunes, normas comunes y cuotas. Es otra finca matriz de grado inferior. El folio de esta finca ha de estar conectado con la finca matriz general y con las entidades que la forman.

3.º *Apertura de folios separados para cada una de las entidades* que forman parte de cada bloque, conectados con la finca matriz de segundo grado, de la que forman parte, y con la finca matriz general.

Una vez configurado este esquema registral, hay que tener en cuenta que las sucesivas transmisiones y actos de gravamen, relativos a titularidad, se consignan exclusivamente en cada folio respectivo de las entidades.

Pero la especialidad consiste en que los sucesivos titulares de tales entidades adquieren las mismas como conexas a las respectivas fincas matrices y sujetas a los Estatutos respectivos y con las cuotas correspondientes.

Naturalmente, si el supuesto no es tan complejo, se producirá un supuesto de folio doble, en lugar de triple, como en la propiedad horizontal ordinaria. Y también cabe que este sistema de triple folio se dé igualmente para ciertas propiedades horizontales complejas.

Otra especialidad de las urbanizaciones y conjuntos inmobiliarios podría ser la constitución como fincas especiales con su propio folio conectado al folio general de los elementos comunes, para conseguir así una mayor clarificación y descripción de los mismos, evitando engaños y confusiones para los terceros. Pero esta posibilidad actualmente no está permitida, apareciendo únicamente proyectada en un Anteproyecto del Ministerio de Justicia sobre esta materia.

En esta enumeración de supuestos de conexiones de fincas no puede faltar una referencia a los supuestos de *titularidad «ob rem»*, en que se configura la titularidad dominical de una finca por referencia al o a los que sean propietarios de otra finca. Cabe que la conexión por titularidad «ob rem» se produzca dentro de una misma propiedad horizontal (ejemplo: las plazas de garaje respecto a las viviendas) o respecto a fincas sitas en propiedades horizontales distintas. Incluso cabe que la finca de la que se predica la titularidad «ob rem» no radique en ninguna propiedad horizontal, siendo la otra finca determinante de la titularidad la que se inserta en una propiedad horizontal.

La titularidad «ob rem» ha de reflejarse en ambas fincas, de tal modo que permita controlar en el futuro los actos de transmisión y gravamen, pues éstos han de referirse de modo conjunto e inseparable a ambas fincas y no a una sola.

Aunque la titularidad «ob rem» determina en todos estos casos una conexión de fincas registrales, su estudio detenido corresponde al capítulo de la titularidad registral y no propiamente al de la finca, pues se trata de una «titularidad especial».

IX. FINCAS ORIGINARIAS Y FINCAS RESULTANTES

La contraposición entre *fincas originarias* y *fincas resultantes* se produce en los supuestos en que opera la subrogación real, propio de los sistemas de gestión urbanística y de la Concentración Parcelaria.

Pero, a efectos registrales, existen diferentes modalidades, pues en algunos casos, se produce un nexo entre las fincas originarias y las resultantes, y en cambio, en otros casos, se rompe desde el punto de vista registral, aunque no desde el sustantivo, toda conexión entre las antiguas fincas y las nuevas. Y no faltan supuestos intermedios en que puede producirse o no conexión según los casos.

a) *Se mantiene el nexo entre fincas originarias y resultantes en los supuestos de reparcelación y compensación urbanística.*

Sin embargo, aquí caben dos modalidades:

a') *O bien proceder a la agrupación instrumental de todas las fincas antiguas u originarias formando una nueva finca, de la que simultáneamente se forman por nueva división las fincas resultantes. La conexión aquí se produce a pesar de la interposición de una finca intermedia que es la formada por agrupación instrumental de todos los terrenos que forman parte de la unidad reparcelable u objeto de compensación, pues las fincas resultantes de la división han de corresponder con cada una de las fincas aportadas, salvo que no haya correspondencia con ellas en los casos en que se produzca adquisición originaria. En realidad, la única diferencia con el supuesto que ahora se expondrá es la existencia de esa agrupación instrumental intermedia, pues las fincas que se forman por división han de corresponder por subrogación real con las originarias. Esta modalidad de inscripción a través de una agrupación y simultánea división de la misma en fincas resultantes deriva de la definición misma de reparcelación como «la agrupación de fincas*

comprendidas en la unidad de ejecución para su nueva división ajustada al planeamiento, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados en proporción a sus respectivos derechos» (art. 164 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 25 de junio de 1992). Aunque tiene sus precedentes en el antiguo Reglamento de Reparcelaciones de 8 de mayo de 1966, hay que tener en cuenta que actualmente la agrupación no consta que haya de practicarse a favor del Ayuntamiento actuante; y además, la formación de fincas por división es *simultánea* y en virtud del mismo título de reparcelación, sin que se produzca por el sistema de segregaciones sucesivas que preveía el antiguo Reglamento de Reparcelaciones, debiendo considerarse no vigentes los apartados 3 y 4 del artículo 34 del mismo, pues, aunque el Real Decreto 304/1993 declara vigente dicho precepto, entre otros, es «en lo que no se opongan al contenido del artículo 310 del TR de 1992», y según este precepto, el título de reparcelación es bastante para la inscripción de agrupación y las divisiones, prescindiéndose de las segregaciones sucesivas en distintos tiempos.

- b') *La otra modalidad es conectar directamente las fincas antiguas originarias con las resultantes*, mediante dos operaciones registrales simultáneas: la cancelación de la hoja registral de la finca originaria con expresión de los datos registrales que correspondan a las nuevas fincas; y la apertura de nueva hoja registral para la finca resultante, en la que se hacen constar las cargas y titularidades de las fincas antiguas anteriores a la nota marginal de iniciación de la reparcelación o compensación; y constancia por nota marginal en la finca resultante de la cancelación de las titularidades y cargas posteriores a dicha nota, a modo de reserva de rango en espera de la nueva inscripción en dicha finca resultante de esas titularidades y cargas posteriores.

En ambos supuestos, hay que tener en cuenta que se aplica la figura de la subrogación real, en cuanto al traslado de titularidades de dominio y de derechos reales, salvo los supuestos de *adquisición originaria* (caso excepcional para cuando la finca adjudicada no responda a una finca originaria: adjudicación a empresas urbanizadoras o excesos o defectos desorbitados de adjudicación), o de *incompatibilidad de cargas con el planeamiento* (art. 168-2 del Texto Refundido), o de *incompatibilidad de cargas por razones civiles o hipotecarias*, regulada en el apartado 3 del artículo 168 del Texto Refundido (ejemplo: finca resultante que se corresponde con dos fincas originarias, una de ellas con derecho de opción y la otra no).

Respecto a las titularidades de dominio y derechos reales posteriores a la nota marginal de reparcelación o compensación, y a la «cancelación» en la hoja de la finca originaria y al «traslado» o «mención» en la nota marginal de la finca resultante a que se refiere el artículo 310-4 del Texto Refundido citado, me remito a la crítica que hice en otro lugar, considerando acertada la regulación respecto a las titularidades de dominio, pero muy criticable respecto a los derechos reales limitados, pues estos últimos deberían ser objeto de traslado directo al folio de las fincas resultantes en virtud del principio de subrogación real, que debería ser de aplicación imperativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167-*b* y «a contrario» en el artículo 168-1, ambos del Texto Refundido de la Ley del Suelo (8).

b) *En segundo lugar, y al contrario del supuesto anterior, se prescinde del nexo registral directo entre fincas originarias y resultantes en los supuestos de concentración parcelaria*, ya que si bien las titularidades registrales de las fincas antiguas son tenidas en cuenta en el expediente, las nuevas fincas resultantes, que aquí se denominan por la legislación agraria, fincas de reemplazo, son objeto de inmatriculación, sin conexión registral con las antiguas.

Así, la norma 1.^a del artículo 235 del Texto Refundido aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973 establece que «todas las fincas de reemplazo serán inscritas sin hacerse referencia, salvo los casos determinados en la presente Ley, especialmente por el artículo 193, a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican, aun cuando estas parcelas aparezcan inscritas a nombre de personas distintas de aquéllas con quienes a título de dueño se entendió el procedimiento de concentración».

No obstante, existe una cierta conexión respecto a las cargas, si bien han tenido que ser acreditadas en el expediente, pues la propia norma expresa que «en la misma inscripción se harán constar las cargas y situaciones jurídicas inscribibles acreditadas o constituidas en el expediente y que, por afectar a la finca de que se trate, se hayan consignado en el título relativo a la misma».

Con este sistema se establece lo que RAFAEL ARNÁIZ ha denominado acertadamente «doble inmatriculación controlada», pues las antiguas fincas siguen inscritas a nombre de sus titulares, a pesar de que constan inscritas a su nombre las nuevas fincas de reemplazo.

Ahora bien, las fincas antiguas quedan en realidad muertas en el folio registral a efectos del tráfico inmobiliario, pues el Registrador habrá recibido la comunicación del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario en el

(8) Puede verse, «Problemas que plantea la llamada "cancelación" de asientos posteriores a la nota marginal de reparcelación o compensación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 618, septiembre-octubre de 1993, págs. 1545 y sigs.

que exprese los términos municipales afectados por la Concentración y el perímetro de cada zona y sus rectificaciones, por lo que no cabrá ya ningún asiento de transmisión o gravamen en las fincas antiguas constando ya inscrita la finca de reemplazo.

Por otra parte, los titulares de derechos y situaciones jurídicas sobre las fincas antiguas que no hayan sido incluidos en las fincas de reemplazo, pueden acudir a la jurisdicción ordinaria (art. 232 del TRLRDA) y también cabe la solicitud de traslado a la finca de reemplazo con los requisitos y por los trámites previstos en el artículo 233 del TRLRDA. Otra posibilidad es la «expresión registral de contradicción» a que se refiere el artículo 194-2 de dicho Texto.

c) *Un supuesto intermedio entre los dos anteriores es el de las expropiaciones urbanísticas seguidas por el sistema de tasación conjunta*, pues aquí cabe, o bien la conexión registral directa entre las fincas expropiadas y las fincas resultantes mediante la constancia de nota marginal de agrupación en cada una de las antiguas fincas expropiadas, o bien, respecto a las fincas no identificadas en el expediente, cabe que se produzca un supuesto de esos que denomina RAFAEL ARNÁIZ de «doble inmatriculación controlada», puesto que el artículo 224 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, regula los derechos de titulares inscritos que hagan alegaciones con posterioridad a la inscripción a favor de la Administración, estableciendo que conservan acciones de carácter personal, pudiendo incluso practicarse la cancelación de sus asientos con la obligación por parte de la Administración de compensar económicamente a dichos titulares. En este último caso, se prescinde de la conexión entre finca antigua y finca resultante, y se salvaguardan los derechos del titular de la antigua finca refiriéndolos al dinero en que consiste el justiprecio (art. 223 del TR de la Ley del Suelo).

X. LAS FINCAS ESPECIALES

Vamos a incluir en este grupo una serie de fincas que se apartan claramente del concepto general de finca antes expresado, por existir toda una serie de especialidades referidas fundamentalmente al concepto de delimitación física, que no se dan del todo en estas fincas especiales, por referirse a supuestos en que predomina el concepto jurídico de objeto de derecho y de tráfico no referido a un espacio delimitado físicamente.

Dentro de este grupo de fincas especiales cabe aludir a las aguas, la medianería horizontal, las cuotas de la multipropiedad, el aprovechamiento urbanístico en algunos supuestos y las cuotas indivisas de garaje y las concesiones administrativas.

a) *El agua como finca y como objeto de apropiación privada*

Hay que distinguir la situación existente antes y después de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, que entró en vigor el 1 de enero de 1986, y respecto a la cual hay que tener en cuenta la Sentencia TC de 29 de noviembre de 1989, que la declaró constitucional, pero hizo una serie de matizaciones interesantes sobre la misma (9).

En la legislación anterior existían numerosos supuestos de aguas privadas que se podían encontrar, a efectos registrales, en una de estas tres situaciones: o bien el agua se configuraba como *finca independiente* del predio que ocupaba o en que había nacido; o el agua era *parte integrante o cualidad* de la finca en que naciere o ocupare; o el agua era *el derecho de una finca sobre otra* como servidumbre de aguas.

En los dos últimos supuestos, el agua no era finca, sino cualidad, parte integrante o gravamen de una finca.

La configuración del agua como finca independiente se explicaba por la importancia del agua como bien de dominio privado en la legislación anterior, que podía ser objeto de tráfico independiente de la finca en que se encontraba, de tal manera que una persona podía conservar la finca y vender o gravar el agua o formar una comunidad de regantes con cuotas sobre el agua a favor de cada partícipe.

Además, respecto a las comunidades de regantes existía la especialidad de que cada una de las cuotas o turnos del agua se configuraba como finca independiente especial que abría folio, para consignar en él con separación todas las transmisiones y gravámenes relativos a dicha cuota (art. 66 RH).

Aparte de ello, respecto a las aguas de dominio público, cabían aprovechamientos privados, bien a través de la figura de la *concesión administrativa* o de los *aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción*, que se formalizaban por acta notarial del artículo 65 RH, con posibilidad de obtener anotación preventiva por plazo de cuatro años, y una vez inscritos en el Registro de Aguas, cabía la conversión en inscripción definitiva.

A partir de la entrada en vigor de la citada Ley de Aguas de 1985, la regla general es que todas las aguas son de dominio público estatal, si bien se producen algunas excepciones, sea de carácter permanente o de derecho transitorio.

Respecto a las aguas de dominio privado que se admiten por la nueva Ley de Aguas, están los supuestos siguientes:

(9) En Canarias hay que tener en cuenta la Ley de Aguas de Canarias, de 5 de mayo de 1987, declarada constitucional por Sentencia del TC de 7 de febrero de 1990.

- El del artículo 10, que se refiere a *las charcas* del modo siguiente:
«Las charcas situadas en predios de propiedad privada se considerarán como parte integrante de los mismos, siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios».
Este precepto configura las charcas como «*parte integrante*» de la *finca*, y no como *finca independiente*.
- *El de la disposición adicional primera de la Ley de Aguas*, que dice:
«Los lagos, lagunas y charcas, sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, conservarán el carácter dominical que ostenten en el momento de entrar en vigor la presente Ley».

Aquí se respeta íntegramente la legislación anterior, de tal modo que cabe que tales lagos, lagunas y charcas figuren como cualidad de una finca o bien como finca independiente del predio que ocupe.

- *Otro supuesto de propiedad privada de las aguas es el de la propiedad temporal de aguas* a que hacen referencia las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a, en relación con las aguas de manantiales y pozos, en las que se prevé que continúen como de propiedad privada durante cincuenta años, siempre que dentro de los tres primeros años desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas hubieran solicitado su inscripción en el Registro Administrativo de Aguas. En tal caso, aparte de continuar en esa propiedad temporal, la Ley les concede la protección administrativa y prueba de su derecho, así como un derecho preferente para obtener concesión administrativa al finalizar el plazo de los cincuenta años.

Ahora bien, la sentencia del TC de 29 de noviembre de 1989 ha considerado que es optativo para los titulares de pozos o manantiales inscribirse en el Registro Administrativo de Aguas o acreditar su título por otro medio, en cuyo caso, algunos autores han entendido que el supuesto quedaba fuera de la regulación de la propiedad temporal de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a y, en consecuencia, la propiedad de esos pozos o manantiales sería perpetua.

Si esto fuera así, la regulación de la Ley de Aguas en estas disposiciones transitorias sería un contrasentido, pues resultaría que habría sido preferible no instar la inscripción en el Registro Administrativo de Aguas. Incluso habría que plantear que, aun habiendo solicitado y obtenido tal inscripción, el interesado podría instar el traslado de inscripción al Catálogo de Aguas Privadas, y a través de éste, al Registro de la Propiedad, como propiedad privada ordinaria de tales pozos y manantiales.

- Otro supuesto es el del «*uso privativo*» de las aguas pluviales y estancadas dentro de los linderos de una finca y de aguas subterráneas en predios de propiedad particular, cuando el volumen anual total no sobrepase los 7.000 metros cúbicos (art. 52 de la Ley de Aguas). Se trata de un supuesto no de propiedad privada de tales aguas, sino de un derecho de uso privativo de las mismas derivado de la Ley, e inscribible en el Registro de la Propiedad, no como finca, sino como cualidad de una finca, siempre que existe prueba suficiente de tales requisitos.
- Otro supuesto es el de *los antiguos heredamientos de aguas en Canarias*, que se admiten conforme a las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, pero que a partir de la Ley de Aguas de la Comunidad de Canarias de 5 de mayo de 1987, no se trata de situaciones de propiedad, sino de constitución de «Comunidades de usuarios».
- Por último, respecto a los *aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción*, acreditados antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas, o que se hubieren acreditado en los tres primeros años desde la entrada en vigor de ella, se admite una titularidad temporal durante setenta años desde dicha entrada en vigor, lo que el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia de 29 de noviembre de 1989 ha considerado constitucional.

b) *La medianería horizontal*

La especialidad de la finca en situación de medianería horizontal deriva de su especial configuración física y de los efectos de una situación jurídica también especial.

Se trata de fincas empotradas o a caballo respecto a las colindantes, de tal modo que alguna parte del espacio superior no coincide con la delimitación de la finca en el terreno. En ellas existe esa especial situación jurídica de medianería horizontal, en el sentido de que se apoyan recíprocamente entre sí, o una de ellas se apoya sobre la otra, introduciendo una parte de ella en la otra.

Por tanto, la especialidad de esta finca se encuentra en su descripción y en sus límites que en parte entran en los de la colindante, que la soporta en esa situación de medianería horizontal.

Esta clase de fincas ha de diferenciarse de las que se encuentran en propiedad horizontal, pues la única conexión existente entre ellas es la de la medianería horizontal, pero sin que existan elementos comunes, ni entrada ni escaleras comunes, por lo que han de ser inscritas con separación sin formar entre ellas propiedad horizontal, sino sólo con esa conexión jurídica resultante de la medianería horizontal.

De esta clase de fincas se ha ocupado el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de mayo de 1943 y 28 de abril de 1972 (10). La Dirección General de los Registros y del Notariado tuvo ocasión de ocuparse de esta figura en Resolución de 6 de noviembre de 1985, llegando a la conclusión de que no puede exigirse respecto a dichas fincas, a efectos de inscripción, la constitución de las mismas en régimen de propiedad horizontal conjunta, por tratarse de dos fincas independientes, si bien en esa situación especial. Ahora bien, esta interesante Resolución, fue anulada por Resolución DGRN de 7 de diciembre de 1985, por la razón formal de que cuando se interpuso la apelación había transcurrido ya el plazo de recurso (11).

c) *Las cuotas de la multipropiedad*

La multipropiedad o propiedad por períodos de tiempo representa una figura especial, que es objeto de estudio detenido en otra parte del Derecho Inmobiliario, pues tiene relación con la comunidad de bienes y con las figuras de titularidad real creadas al amparo del *numerus apertus* ante su falta de regulación legal.

Pero tiene relación con las fincas especiales, pues *cada cuota de la multipropiedad ha de abrir folio registral* en cumplimiento del principio de especialidad, porque es objeto de tráfico independiente y hay que evitar, de modo similar a la propiedad horizontal y a los conjuntos inmobiliarios, el amontonamiento de titularidades en un mismo folio sobre distintos objetos de derecho.

Además, la cuota de la multipropiedad, como se ha dicho acertadamente (12), tiene especialidades respecto a la comunidad ordinaria, ya que lleva consigo *como vinculación esencial e institucional, el uso por turnos, y al mismo tiempo, la cuota determina los gastos a pagar por cada cotitular*. En la comunidad ordinaria, el uso por turnos que ya preveía Ulpiano, es accidental e instrumental. Puede pactarse o no, pero no es de esencia de la comunidad, y no excluye que haya excesos de uso fuera del turno si no se perjudica a los demás, cosa que en la multipropiedad no hay esta posibilidad.

(10) Puede verse mi comentario a dichas sentencias en el libro *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo*, 1982.

(11) Por eso, dicha Resolución no ha sido recogida en el Anuario del Ministerio de Justicia ni en las colecciones de resoluciones de AMORÓS-PAU, pero sí en el de ARANZADI. Por ello, puede verse su interesante contenido en esta última publicación, pero teniendo en cuenta que es una Resolución anulada.

(12) ANTONIO PAU PEDRÓN, «La multipropiedad en el Derecho Comparado», en *Revista de Derecho Registral*, núm. 10, 1984, págs. 23 y sigs., y también en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1988, núm. 584, págs. 9 y sigs.

Y por esa vinculación esencial e institucional de la cuota al uso por turnos es posible la apertura de folio separado a la cuota con especificación del uso y el turno, como finca especial conexas además, con el conjunto o finca matriz.

De esta figura especial en relación con el Registro se ha ocupado extensamente la Resolución DGRN de 4 de marzo de 1993, entendiéndose que no cabe la acción de división ni el retracto de comuneros porque no hay comunidad «en el mismo derecho», pues cada derecho recae sobre distinta «unidad inmobiliaria». Esta referencia a la «unidad inmobiliaria» consagra la configuración de cada cuota como finca especial, en los términos indicados.

d) *El aprovechamiento urbanístico como finca especial*

El aprovechamiento urbanístico, tal como lo regula la reciente legislación del Suelo de 1990 y TR de 1992, no constituye en principio finca registral, pues se trata de una de las «facultades» de la propiedad urbanística, que es objeto de adquisición gradual y escalonada, cuando se han cumplido por el propietario los deberes de cesión de terrenos, de equidistribución y de urbanización, consistente en la adquisición de los usos e intensidades permitidos, que se concretarán en la facultad de edificación con sujeción a licencia municipal, y terminará en la patrimonialización de la edificación resultante, que es el último escalón de las facultades urbanísticas relativas a la propiedad inmobiliaria.

Cabe distinguir en este punto entre «*aprovechamiento urbanístico-cualidad de la finca*» y «*aprovechamiento urbanístico-objeto de tráfico*», y en este último caso puede producirse o bien un supuesto de transferencia o de distribución del aprovechamiento de una finca a otra (fincas de origen y de destino, respectivamente), o bien la configuración del aprovechamiento como finca, por tratarse de un «aprovechamiento volante» que no tiene todavía un destino determinado en otra finca.

Para comentar brevemente estos aspectos, hay que hacer una alusión a otra clasificación del aprovechamiento urbanístico.

- Por una parte, está el «*aprovechamiento urbanístico real*», *material o «diseñado»* por el Plan, que es el que permite el planeamiento sobre determinada parcela.
- Por otra parte, está el «*aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación*» por el propietario de la parcela, que puede ser diferente del anterior y normalmente lo será, y que consiste en el 85 por 100 del aprovechamiento tipo, que señalamos a continuación.

- En tercer lugar, y para poder calcular el aprovechamiento apropiable, está ese «*aprovechamiento tipo*», que es el previsto por el planeamiento para cada área de reparto y consiste en una proporción de metros construibles dividido por la superficie del área de reparto, hallando la media en todo el área con los correspondientes coeficientes correctores.

Por tanto, el aprovechamiento urbanístico susceptible de «apropiación» no es la totalidad del permitido por el planeamiento sobre la finca en cuestión, sino que, como regla general, es el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto, sin perjuicio de la posibilidad de reducciones de ese porcentaje, en casos especiales de incumplimiento de los deberes urbanísticos.

Al comparar dicho aprovechamiento susceptible de apropiación con el permitido por el planeamiento sobre determinada parcela, es decir, con el «aprovechamiento material o real», puede producirse *un exceso o defecto de aprovechamiento en esa finca*. Y es en este campo de las llamadas «actuaciones asistemáticas» donde se pueden producir transferencias de aprovechamientos, en cuyo caso el aprovechamiento aparece como objeto de tráfico entre propietarios entre sí, que pueden pasar de una finca a otra, así como el tráfico con la Administración urbanística.

También pueden producirse excesos o defectos de aprovechamiento en actuaciones sistemáticas, es decir, cuando se actúa por un sistema en relación con una unidad de ejecución, lo que determina que hayan de ser cedidos los excesos a la Administración actuante, y en cuanto a los defectos, la propia Administración ha de compensar de distintas maneras a dichos propietarios.

Por último, se puede producir también una atribución y desvinculación de aprovechamientos cuando la Administración ocupa una o varias fincas para sistemas generales o dotacionales a través del correspondiente expediente, y en este caso, el aprovechamiento correspondiente a esos propietarios cuyos terrenos han sido ocupados por la Administración tiene la consideración de finca especial, pues la propia legislación urbanística prevé la apertura de folio para el mismo (art. 203-6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo).

En este caso, la finca ocupada es objeto de inscripción a favor de la Administración actuante, y simultáneamente se abre folio a las unidades de aprovechamiento correspondientes a cada propietario.

La especialidad del supuesto es que el aprovechamiento urbanístico se configura como finca en situación provisional, que ha de mantenerse como tal mientras se adjudica la finca en la que han de concretarse las unidades de aprovechamiento.

Además de este último caso, en que está previsto legalmente que el aprovechamiento urbanístico abra folio registral, en un anteproyecto de Reglamento Hipotecario que tramitaba el Ministerio de Justicia se aludía a otros dos supuestos en que el aprovechamiento debería abrir folio registral: *el de las cesiones de aprovechamiento a la Administración actuante*; y el de la adjudicación de unidades de aprovechamiento a las empresas urbanizadoras.

En los referidos supuestos de apertura de folio registral al aprovechamiento existen en realidad tres clases de fincas, apareciendo el aprovechamiento urbanístico como una finca especial en situación de tránsito desde una finca de origen hacia otra pendiente todavía de concretar.

Así, aparece en primer lugar la finca o fincas de «origen» de los aprovechamientos. En segundo lugar, está la finca especial, consistente en las unidades de aprovechamiento correspondientes, a la que se trasladan incluso los derechos reales que existían sobre la finca originaria. Y en tercer lugar, existirá la finca «de destino», en la que se concretarán en el futuro los aprovechamientos, y que será en su día susceptible de adjudicación al titular de tales aprovechamientos.

En todos estos casos, se justifica la apertura de folio para el aprovechamiento, pues aparece también el aprovechamiento como figura de tránsito en espera de posarse en una futura finca a favor de su titular (13).

e) *Las cuotas indivisas de garaje como finca especial*

El local garaje de una edificación o grupo de edificaciones puede encontrarse en diferentes situaciones, algunas de las cuotas no tienen diferenciación como finca especial de otras de una propiedad horizontal o conjunto inmobiliario.

Para que el local garaje tenga el carácter de finca especial, diferenciada de esos supuestos, hemos de llegar al caso del artículo 68 RH.

En primer lugar, ha sucedido alguna vez en otros tiempos en que las plazas de garaje no tenían el valor que hoy tienen y en supuestos de comunidades muy limitadas, que el garaje haya sido configurado como elemento común de una propiedad horizontal.

En tal caso, no hay finca especial sino *elemento común* situado en la finca matriz, sin perjuicio de la posible asignación de uso específico sobre espacio determinado, siempre que así lo regulen los Estatutos.

(13) Sobre todos estos supuestos, véase el interesante estudio de RAFAEL ARNÁIZ, «El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico», en el libro *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores, 1991, págs. 216 y sigs.

Este primer supuesto está completamente abandonado en la práctica, dada la importancia económica y jurídica de las plazas de garaje en la actualidad.

En segundo lugar, cabe configurar como plaza de garaje como *anejo de determinada vivienda o local de la propiedad horizontal*. Esta posibilidad tiene perfecto encaje en aquellas situaciones en que se pretende que no se especule con la enajenación independizada de plazas de aparcamiento, como ocurre en los supuestos de viviendas de protección oficial (así, art. 7 del Real Decreto 1932/1991, de 21 de diciembre). Pero no se adapta a los casos normales en que se pretende una posibilidad de enajenación como objeto de tráfico independiente, dado su valor económico, de la plaza de aparcamiento, respecto a la vivienda.

En tercer lugar, cabe que el total local garaje sea *elemento privativo de una propiedad horizontal* y sea objeto de subdivisión formando cada plaza finca en folio separado, pero con conexión permanente con la finca matriz-local garaje, en cuanto a los Estatutos y elementos comunes del mismo y con la finca matriz-edificio o conjunto inmobiliario, en cuanto a los Estatutos y elementos comunes de la total propiedad horizontal o conjunto inmobiliario. Es el supuesto de triple folio de la Resolución DGRN de 2 de abril de 1980, anteriormente citada.

En cuarto lugar, cabe que cada una de las plazas sea *una entidad dentro de la total propiedad horizontal, sin intermedio de la finca-local garaje*, y parangonada con las demás viviendas y locales del edificio, configurándose entonces las zonas de pasos y maniobras como elementos comunes del total conjunto. No parece que esta configuración sea la adecuada, pues no puede ponerse en un mismo plano una plaza de garaje con una vivienda o local, al existir en la realidad una serie de zonas y elementos comunes que están relacionados exclusivamente con la plaza y no con la vivienda o local.

Cabe incluso que *la vivienda y el local garaje constituyan fincas separadas dentro de la propiedad horizontal, pero que se conecten a través de una titularidad «ob rem»*, de tal modo que la transmisión o gravamen de la una lleven consigo una cuota de la otra, por configurarse como tal titularidad, es decir, que quien sea propietario de una vivienda o local del edificio tendrá la titularidad de una cuota indivisa equis del local garaje.

Y cabe por último, la posibilidad prevista en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982, en que se configura *como finca especial la cuota indivisa del local garaje siempre que se adscriba a dicha cuota el uso de una o más plazas determinadas*.

Concretamente, el artículo 68 RH, incluido dentro de la sección de «fincas especiales», establece:

«La inscripción de la transmisión de cuota indivisa de finca destinada a garaje o a estacionamiento de vehículos, que lleve adscrita el uso de una o más plazas determinadas, podrá practicarse en folio independiente, que se abrirá con el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota. Dicha inscripción se realizará a solicitud del titular registral o del adquirente, o cuando el Registrador lo considere necesario para mayor claridad de los asientos. La apertura de folio se hará constar por nota al margen de la inscripción de la finca matriz».

Se trata de un supuesto de «*conexión permanente*» de la cuota indivisa con la finca matriz de la que forma parte, es decir, con el local garaje correspondiente.

Pero tiene especialidades respecto a los demás supuestos de «conexión permanente» que vimos anteriormente, y de ahí la configuración de finca especial.

La finalidad de configuración de la cuota indivisa como finca especial fue *clarificar el folio registral* del garaje para evitar el amontonamiento de titularidades registrales en un mismo folio, que podían llegar a cuatrocientas, ochocientas o más inscripciones, en perjuicio de la claridad del sistema, lo que obstaculizaba la busca de titularidades y la clarificación del tracto sucesivo.

Y la necesidad de la reforma se hacía todavía más necesaria debido a que en la práctica era la fórmula comúnmente utilizada por las promotoras inmobiliarias, que no practicaban la subdivisión del local garaje en plazas determinadas por una razón meramente coyuntural de gastos fiscales, notariales y registrales, que lleva consigo toda subdivisión en numerosas plazas.

Ante esa situación de la práctica, y para conseguir la clarificación, surgió la idea en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, de configurar cada cuota indivisa como finca especial, abriendo folio conectado con el del local garaje. Y dicha idea fue aceptada por los redactores del Anteproyecto de Reglamento y, después, por el Real Decreto que lo aprobó.

Por tanto, no tenía finalidad sustantiva o civil, ni mucho menos puede equipararse la situación jurídica a la de formación de plazas de parking como fincas independientes.

Debe mantenerse una jerarquía sustantiva de posibilidades:

- a) *La situación ideal, que es la formación de plazas independientes por vía de subdivisión del local garaje*, con lo que se consigue no sólo una completa clarificación de historiales de cada plaza, sino que los respectivos titulares tengan la plena propiedad de la misma y no únicamente el uso, evitando además, el retracto de comuneros con ocasión de cada transmisión, pues es objeto de

tráfico la plaza de garaje perfectamente delimitada y no una cuota indivisa.

- b) *La situación de mantenimiento de cuotas indivisas sobre el total garaje, en forma de comunidad, pero con adscripción del uso de una o más plazas determinadas a la cuota de garaje.* Aunque algunos autores y alguna sentencia aislada (14) hablan aquí de «comunidad funcional», que impediría el retracto de comuneros y la acción de división, no parece que el artículo 68 RH, que no deja de ser una norma reglamentaria clarificadora del folio registral, sea suficiente para impedir la mecánica del retracto de comuneros y de la acción de división.

No cabría negar a cualquiera de los comuneros que solicitara la acción de división para conseguir la solución ideal de ostentar su plaza de garaje perfectamente delimitada como objeto de propiedad en sustitución de la cuota indivisa, que es siempre una titularidad de inferior rango por implicar una atribución de uso y no de propiedad de plaza determinada.

En segundo lugar, no habría tampoco base para negar el retracto de comuneros del Código Civil, a quien vende una cuota indivisa del local garaje, por mucho que tuviera asignado el uso exclusivo de una plaza de parking, pues no deja de ser una comunidad por cuotas, a la que sería aplicable el artículo 1.524 del Código Civil, sin que haya argumentos suficientes para excluirlo.

Distinto problema es que puedan existir especialidades de esa comunidad, que la aproximen al concepto de «funcionalidad» a través de la existencia de unos Estatutos especiales del local garaje y de unos gastos a distribuir entre los distintos cotitulares, así como de la existencia de unas zonas de paso y maniobra, cuyo uso o destino ha de ser respetado por todos los cotitulares, pero cuya copropiedad va incluida en la cuota indivisa que a cada uno corresponde.

Evidentemente, la configuración de esta finca especial puede plantear algunas dificultades en la práctica, todas las cuales se van resolviendo sin ningún problema, por lo que puede decirse que la innovación reglamentaria ha constituido, al menos de momento, un completo éxito de clarificación de titularidades en sus resultados.

Como aspectos concretos a tener en cuenta pueden señalarse, entre otros, los siguientes:

(14) Véase el importante libro de RAFAEL ARNÁIZ, *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Cuadernos Civitas, 1993, págs. 140 y sigs., donde cita la Sentencia del TS de 24 de diciembre de 1990.

1.º Ha de evitarse a toda costa reflejar en el Registro errores que, sin el adecuado control registral, podrían producirse en la práctica de las escrituras, como por ejemplo, *asignar a una cuota el uso de una plaza que ya estuviese asignada con anterioridad*. Para ello, cada Registrador de la Propiedad ha de tomar las medidas auxiliares adecuadas para evitarlo, entre las cuales puede ser útil reflejar en una hoja cuadrículada para cada plaza, aquéllas cuyo uso ya ha sido atribuido.

2.º En aquellos casos en que los documentos de transmisión aluden a un plano en que consta grafiada la plaza, el Registrador ha de exigir, conforme al artículo 51-4.ª RH, *que se aporte la copia del plano autenticada notarialmente* para su reflejo en la inscripción y su archivo en el Registro.

3.º Como la decisión última en cuanto a la apertura de folio queda a la decisión del Registrador, teniendo en cuenta las necesidades de clarificación del folio registral conforme al principio de especialidad, *ha de tener una serie de criterios en este punto*, que podrían ser el no abrir folio registral a aquellas cuotas indivisas que comprenden *una multiplicidad de plazas*, pues, aunque el artículo 68 RH no contiene normas restrictivas en esta materia, parece evidente que si a una cuota indivisa se le asigna el uso de veinte plazas, ha de mantenerse esta cuota en el folio general del local garaje a la espera de que se transmitan cuotas más reducidas con adscripción de una, dos o tres plazas determinadas.

Por otro lado, no hay inconveniente en que el Registrador abra folio a una cuota indivisa a la que se adscriba, por ejemplo, el uso de dos plazas, y seguidamente, en el futuro, el titular de la cuota transmita la mitad de cada cuota a distintos adquirentes, en cuyo caso ha de aprovecharse en aras a la claridad, para abrir folio a cada cuota correspondiente al uso de una plaza.

Si se hipotecase la cuota indivisa a la que se adscribe el uso de varias plazas, queda a la voluntad del hipotecante hipotecar la cuota como objeto unitario sin distribuir la responsabilidad entre las plazas, o hipotecar varias cuotas indivisas con adscripción de plaza, pues al no tener asignado folio independiente cada plaza, ni tampoco pertenecerle en propiedad las plazas, cabe que configure el objeto hipotecado a su elección.

Si constituyó hipoteca sobre el conjunto, será objeto de ejecución dicho conjunto; y si hipotecó por cuotas indivisas más pequeñas, se ejecutará cada cuota con separación, lo que dará lugar en su día a la apertura de folio separado para cada una, pues en el momento de la constitución de hipoteca no cabe apertura de folio, dado que el artículo 68 RH se refiere a los actos de transmisión y no de gravamen.

4.º En el supuesto en que, además del número de la plaza asignada a la cuota indivisa, se hagan *referencias a superficie y linderos*, esta constan-

cia, al no estar prevista ni controlada legalmente, pues se trata de referencias que se van consignando de modo sucesivo sin posibilidad de control, han de consignarse en el Registro *como mera manifestación de los interesados*, sin que se consignen como dato acreditado. Por ello, deberán expresarse frases como «según manifiestan las partes», sin consignarlo en el acta de inscripción.

Otra cosa es que, antes de la venta de cuotas indivisas, el promotor inmobiliario hubiera hecho constar en el título constitutivo la superficie y linderos de cada plaza adscrita en uso a la cuota indivisa.

5.º *El Registrador ha de evitar la aplicación de la analogía de ese artículo 68 RH a situaciones que podría pensar que son similares pero que no lo son.*

Se trata de un supuesto de finca muy «especial» en que no cabe la analogía, ya que tal aplicación analógica podría dar al traste con la propiedad horizontal o con los conjuntos inmobiliarios, pues siempre cabría extender el precepto de modo interminable a situaciones que ya tienen una regulación clara y específica.

El origen de la norma fue facilitar la clarificación del tráfico de las plazas de garaje como elementos que no dejan de ser accesorios, pero de ninguna manera extenderlo a unidades inmobiliarias, como los pisos y locales, que tienen su regulación imperativa en la Ley de Propiedad Horizontal.

Únicamente, tratándose de *trasteros*, que incluso pueden estar sitios en el mismo local de aparcamiento, aceptamos la aplicación del artículo 68 RH, por «identidad de razón», teniendo, además, en cuenta, la escasa consideración económica de tales elementos.

f) *Las concesiones administrativas como fincas especiales*

Los artículos 60 y siguientes del RH incluyen entre las fincas especiales las concesiones administrativas, siendo también objeto de regulación en el artículo 31 del mismo Reglamento.

La especialidad de estas fincas reside en que han de abrir folio independiente del terreno o terrenos a que se refieren, teniendo en cuenta lo siguiente:

1.º Que el terreno, al ser bien de dominio y uso público, *no suele ser objeto de inscripción*, dada su ostensibilidad, por lo que ha de ser objeto de inmatriculación la concesión como derecho real administrativo otorgado por la Administración sobre un bien de dominio y uso público.

2.º Que, aun en el supuesto actualmente frecuente de que los bienes de dominio y uso público consten inmatriculados en el Registro, *la concesión*

administrativa puede seguir una suerte diferente de la inmatriculación de tales bienes, ya que conforme al artículo 6 RH cabe que tales bienes sean objeto de «desinscripción», con lo que se plantearían problemas respecto a las concesiones administrativas si estuvieran inscritas en el mismo folio que tales bienes, y de ahí que haya que considerar acertada la posición del Reglamento Hipotecario que prevé la apertura de folio para las concesiones administrativas.

Ello no obsta, sino todo lo contrario, para que *se conecten* a través de una nota marginal en la inscripción del bien de dominio y uso público, éste con la concesión administrativa correspondiente.

Las concesiones administrativas pueden ser de varias clases, siendo fundamentalmente las que interesan a efectos registrales las siguientes:

1.^a *Las concesiones administrativas de obras públicas.* Estas consisten en el otorgamiento de la facultad de construcción y ulterior explotación de una obra pública. Así, las concesiones administrativas de ferrocarriles, carreteras, autopistas.

2.^a *Las concesiones administrativas de aprovechamiento sobre bienes de dominio y uso público.* Dentro de este grupo están las concesiones de minas, las de aguas, las de la zona marítimo-terrestre, y recientemente, son muy frecuentes las concesiones de construcción y explotación de garajes o aparcamientos sobre el subsuelo existente sobre una calle, plaza o jardín público.

Las concesiones de garajes pueden configurarse directamente como concesiones, o bien utilizar la figura del régimen de gestión directa a través de una sociedad municipal, y prever en el pliego de condiciones que se considerará otorgada la concesión cuando dicha sociedad transmita las plazas o participaciones indivisas correspondientes.

En estas concesiones de garajes, actualmente en auge, dada la importancia de los aparcamientos en las grandes ciudades, cabe configurar las plazas como fincas independientes en régimen de concesión administrativa, conectadas con la concesión como finca matriz, o bien utilizar el sistema de transmisiones de participaciones indivisas del artículo 68 del Reglamento Hipotecario, con adscripción del uso de plaza determinada. En todo caso, al tratarse de supuestos que están comprendidos en la concesión administrativa, el folio separado de cada plaza o participación indivisa ha de encabezarse con las palabras «Concesión administrativa», para evitar confusiones sobre la naturaleza del derecho.

Las principales características comunes a todas las clases de concesiones son las siguientes:

1.^a *Que abren folio registral, aunque no se trate del dominio, sino de un derecho real especial como es la concesión administrativa.* Así resulta de

los artículos 44-6.º, 31 y 60 RH, y del propio artículo 334-10.º del Código Civil, que califica a las concesiones como bienes inmuebles.

2.ª *Que como tales fincas pueden ser objeto de tráfico unitario*, y concretamente, pueden ser hipotecadas como tal unidad, conforme al artículo 107-6.º LH, siempre que se permita en el título de concesión, pues en otro caso, está sujeto al régimen de autorización administrativa. Por otra parte, la especialidad de la hipoteca es que queda pendiente de la resolución del derecho del concesionario, con aplicación de la normativa de la subrogación real a favor del acreedor hipotecario respecto a la indemnización que en su caso corresponda al concesionario.

3.ª *Cabe que se incorporen terrenos* para ser afectados a la concesión, bien por el mecanismo de la expropiación forzosa o por cualquier otro título. Tales adquisiciones han de ser inscritas en el folio que corresponda al terreno, sin perjuicio de hacer constar la afectación a la concesión a través de la correspondiente nota marginal en la inscripción de los terrenos, conforme al artículo 31 del Reglamento Hipotecario.

4.ª Otra característica, si bien ésta sólo aplicable a algunas concesiones y no a todas, es la especialidad de las *inscripciones principales y de referencia*, cuando atraviesen varios términos municipales, haciéndose constar la inscripción principal de la concesión en el Registro correspondiente al punto de arranque, y en los demás Registros que atraviese la concesión se practicarán las correspondientes inscripciones de referencia.

XI. LA DESCRIPCION DE LA FINCA: CARACTERES

La descripción de la finca es la expresión de los datos o circunstancias de la finca que permiten su identificación.

La descripción es, por tanto, un concepto al servicio de la identificación de la finca. La posibilidad de identificación ha de actuar en un doble sentido: por una parte, la descripción registral ha de permitir la identificación de una finca sobre el terreno; por otra parte, ante una descripción tomada de la realidad en un momento dado, habría de permitirse que se identificase con un determinado folio registral. Estos son los *desideratum* de todo buen sistema registral, que se consigue con descripciones adecuadas y con actualizaciones descriptivas, además de con la plena coordinación Catastro-Registro.

La importancia de la descripción de las fincas se destaca desde cuatro puntos de vista o intereses (15):

(15) Véase RAFAEL ARNÁIZ, acerca de los tres primeros que se indican a continuación en el texto, en *RCDI*, núm. 610, pág. 1272.

1.º *El interés del propietario* como titular de la finca, para tener garantizado el derecho que, en definitiva, recae sobre la finca, y para que ésta pueda operar como tal objeto en el tráfico y en el proceso.

2.º *El interés de los colindantes* para evitar cualquier extralimitación o confusión de linderos y superficie.

3.º *El interés de la Administración*, que actúa en expedientes que requieren la plena identificación de las fincas, como por ejemplo, los expedientes de expropiación forzosa en el ámbito urbanístico.

4.º *El interés de los terceros* en el tráfico jurídico inmobiliario, a los que no sólo les interesa la inatacabilidad del derecho adquirido conforme al Registro, sino también del objeto de ese derecho delimitado por su situación, superficie y linderos. En este sentido, la Resolución DGRN alude a la descripción como «presupuesto básico de la eficacia sustantiva del Registro». Los caracteres de la descripción son los siguientes:

A) Desde el punto de vista *del título*, la descripción es uno de los requisitos o circunstancias de la inscripción en el Registro que, por ser trascendental para la mejor identificación de la finca, *requiere su adecuada constancia en el título y la calificación del Registrador*.

Numerosas resoluciones DGRN han puesto de relieve la importancia de la función registral calificadora en este ámbito descriptivo de las fincas:

- a) *La Resolución de 13 de junio de 1952* exige que se describa adecuadamente el resto de una finca como requisito necesario para que se pueda practicar una anotación de embargo por no determinar suficientemente el mandamiento la identidad de la finca al describirla, tal como constaba en el Registro antes de una serie de segregaciones, sin más que añadir la superficie aproximada actual.

Esta Resolución hace una serie de declaraciones fundamentales sobre la descripción de la finca:

«La finca constituye la entidad básica de sistemas inmobiliarios como el español, y si bien los datos físicos no se hallan amparados por la fe pública, ni aun en aquellos regímenes hipotecarios más perfectos, como el alemán, que se funda sobre un Catastro bien organizado, nuestra Ley procura una perfecta identificación, que generalmente se obtiene en virtud de las manifestaciones de los otorgantes y del contenido del Registro, ya que se trata de un requisito esencial, así reconocido en varias Resoluciones».

«Supuesta la mutabilidad de las circunstancias físicas, el legislador, para evitar que los datos descriptivos de los inmuebles queden “cristalizados”, dispuso que cuando se practiquen nuevos asientos se comparen los que figuren en los documentos con los que resulten de los asientos, y así el artículo 51. regla cuarta, párrafos 2.º y 3.º. del Reglamento Hipotecario ordena

que si los requisitos exigidos constan ya en las inscripciones y anotaciones anteriores no se expresen de nuevo si coincidieren con los del título que provoca el nuevo asiento y, en caso de disconformidad, se indiquen las diferencias resultantes, con lo cual se pretende, merced a esta rectificación sucesiva, mantener la armonía entre los asientos del Registro y la realidad, y se evita la repetición de anticuadas descripciones».

«Las anotaciones preventivas de embargo son configuradas en algunas legislaciones como hipotecas judiciales o forzosas, advierten a los futuros adquirentes de las resultas de un juicio, limitan el poder dispositivo del deudor al impedir que enajene como libres fincas o derechos, y, cuando hubiesen pasado a un tercer poseedor, son de aplicación los artículos 38 de la Ley y 143 del Reglamento Hipotecario, por lo que tiene especial importancia la perfecta identificación de la finca sobre la que debe recaer la anotación que ha de producir tales efectos».

«El artículo 74 de la Ley Hipotecaria prevé el supuesto de que en el documento que disponga la anotación preventiva no se consigne alguna de las circunstancias necesarias para su validez, entre las cuales, señala el artículo 75 de la misma Ley, figuran las que den a conocer la finca y, por tanto, en el presente caso pudo observarse tal precepto con un sencillo procedimiento que hubiera permitido subsanar el defecto señalado».

Aunque en materia de anotaciones preventivas la Resolución DGRN de 28 de marzo de 1969 ha permitido una cierta flexibilidad en las descripciones de los mandamientos, ello es siempre que no se impida la identificación de la finca, y desde luego que tratándose de embargo de resto de finca es imprescindible la identificación para evitar que luego pueda salir a pública subasta una porción completamente indeterminada, máxime teniendo en cuenta que a veces los restos no dan lugar a finca en la realidad, pues aunque quede superficie registral, se trata de una porción de metros ocupada por una calle o plaza.

- b) *La Resolución de 17 de septiembre de 1969* se ocupa de un caso de actualización descriptiva en el título que no sólo planteaba dudas sobre la identidad con la propia finca inscrita, sino también con otros solares inscritos a nombre de personas distintas.

Es el difícil problema de la «actualización descriptiva», que fue objeto de calificación por el Registrador y que la Dirección General confirmó haciendo las siguientes declaraciones de gran interés:

«La cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si puede accederse a que, en los libros registrales se haga constar la que se presenta como descripción actual de la finca, cuando esta descripción no permite la identificación de aquélla y concuerda además con la de otras ya inscritas».

«Esta situación puede resultar agravada si por el transcurso del tiempo las características del inmueble resultan modificadas por los cambios que haya

podido experimentar, ya que al faltar un sistema eficaz de comprobación, las variaciones sobrevenidas se hacen constar por las simples declaraciones de las partes —Reglamento Notarial— con lo que puede alterarse dato tan fundamental como los linderos y dar lugar a que se dificulte enormemente la identificación de la finca e incluso a que se practique una doble inmatriculación»

«La determinación de que se trata de un mismo inmueble el que aparece en el Registro y el que con la nueva descripción figura en la escritura presentada, es materia que debe ser discrecionalmente apreciada por el Registrador, quien al calificar, tendrá en cuenta todos los elementos necesarios y los documentos aportados que pretendan justificar el cambio operado, pero todo ello ha de entenderse sin perjuicio de lo que, en definitiva, y tal como declaró la Resolución de 26 de enero de 1955, decidan sus superiores jerárquicos acerca de la procedencia o improcedencia de la calificación al resolver el recurso gubernativo».

«Las dudas del Registrador aparecen racionalmente fundadas por tratarse de un caso en que, por la transformación de la finca de rústica en urbana y el lapso de tiempo transcurrido, la descripción actual es totalmente extraña a la primitiva, sin que los documentos complementarios aportados sean lo suficientemente reveladores para establecer la identidad, ya que el certificado del Instituto Geográfico y Catastral no desvanece la duda de que puede tratarse de terrenos distintos al limitarse a expresar que hay coincidencia en los parajes y de la Certificación de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial y oficio del Ayuntamiento de Madrid, Sección de Rentas y Exacciones, aparece que el alta para la tributación del solar discutido tuvo lugar en 21 de mayo de 1964, y lo mismo resulta del acta notarial levantada que se concreta a la transcripción de las declaraciones hechas por los requirentes».

«La posible coincidencia de la descripción con la de otros inmuebles ya inscritos pertenecientes a otros propietarios, justifica la prudencia del funcionario calificador, pues tales asientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria están bajo la salvaguardia de los Tribunales, sin que pueda procederse a su cancelación a no ser que consientan sus titulares o en su defecto recaiga resolución judicial firme».

«Todo ello no impide que los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria puedan acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos que hubieran podido provocar las inscripciones que se estiman contradictorias, o que, solicitada la inscripción con arreglo a la descripción registral, por estimar existe doble inmatriculación, se pueda, de acuerdo con el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, siempre que se pruebe la identidad de la finca, acudir al Juez de Primera Instancia del lugar en que radique el Registro, para que se adopten las medidas que el referido precepto establece».

- c) *La Resolución de 14 de julio de 1963*, en un supuesto de compra-venta de cuota indivisa, insiste en la necesidad de describir adecuadamente los restos de fincas, sin que baste remitirse a las descripciones registrales:

«Una de las finalidades de las disposiciones hipotecarias ha sido procurar que los inmuebles se describan en los libros registrales de manera que sea posible su identificación, puesto que son la base sobre la que descansan los derechos inscribibles en sistemas como el español, que no pueden apoyarse plenamente sobre el Catastro y por ello, tanto el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, apartado primero, como el artículo 51, apartados 2 y 3 de su Reglamento, preceptúan que las inscripciones expresen la situación, linderos, medida superficial y cualquier otra circunstancia que contribuya a identificar las fincas».

«En los supuestos de segregación, los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario exigen describir la porción restante, “cuando esto fuese posible”, y como el Notario autorizante del instrumento debe identificar la finca, solicitará de las partes los antecedentes y datos que contribuyan a su determinación, con el fin de que queden claramente determinadas, tanto la parte segregada como el resto, de manera que éste se pueda identificar posteriormente en el Registro y se facilite la calificación de títulos, quedando limitada la aplicación de la simple modificación de extensión y linderos a los casos excepcionales en que sea imposible cumplir los requisitos de general observancia».

«En las modificaciones de las fincas que alteren su fisonomía, el Notario procurará, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 170 y 171 del Reglamento Notarial vigente, que se consignen con claridad y precisión los datos que permitan identificar, tanto la finca matriz como la porción segregada, y cuando autorice títulos después de cualquier modificación sufrida en la extensión o linderos de los inmuebles, ya acepte los datos facilitados por las partes ya los recoja de otros documentos, deberá actualizar las descripciones con el fin de mantener el más exacto paralelismo entre la realidad jurídica y los pronunciamientos registrales».

- d) *La Resolución de 23 de octubre de 1965 alude al principio de especialidad y a la finca como elemento básico* sobre la que se centran todos los derechos inscribibles que exigen sea descrita con arreglo a las prescripciones legales, a fin de que pueda ser identificada con toda precisión, debiendo cuidar el Notario de expresar con la mayor exactitud posible las circunstancias y requisitos imprescindibles y rectificar los datos equivocados o que hubieran sufrido variación por el transcurso del tiempo, pero en el caso contemplado no consideró posible la descripción del resto. Pero esta Resolución tiene explicación porque el acto jurídico realizado no se refería a la finca resto, sino a la finca segregada que se describía perfectamente. Por tanto, de ella se deduce que puede esperarse a la realización de alguna operación jurídica sobre el resto para hacer la descripción completa del mismo.
- e) *La Resolución de 26 noviembre de 1971, en un supuesto de consignación de cambio de nombre de una sociedad mercantil por nota al margen de las fincas, advierte de la necesidad de expresar la des-*

cripción completa de los inmuebles, sin que baste la simple remisión a datos registrales:

«Conforme a reiterada doctrina de este Centro Directivo, los títulos que pretenden tener acceso al Registro deben contener la descripción de las fincas a que los mismos se refieran, sin que ni siquiera sea suficiente, como regla general, la simple consignación de los datos registrales y sólo en algunos supuestos excepcionales se admite por la legislación hipotecaria practicar asientos respecto a todos los bienes inscritos a nombre de una persona en virtud de títulos que no los describan».

f) *Las Resoluciones de 21 y 22 de marzo de 1973* ponen límite a algunas exageraciones en la calificación, pues se trataba de defectos nimios de la descripción, que no afectaban a la identidad de la finca.

g) *La Resolución de 2 de julio de 1980*, en relación con un auto de expediente de dominio sobre inmatriculación de finca, consideró no inscribible el auto, porque nada aclaraba sobre las dudas que expresó el Registrador en la certificación registral respecto a la identidad de la finca con otra inscrita, y porque al referirse uno de los linderos a «otros propietarios de la calle equis», esto no es suficientemente identificador, aparte de que tales propietarios, como colindantes, tenían que haber sido citados en el expediente.

He aquí lo más significativo de esta Resolución:

«Una de las mayores preocupaciones del legislador en materia inmobiliaria se concreta en el acceso del elemento finca a los libros registrales por ser la base sobre la que descansa nuestro sistema hipotecario, y por eso trata de adoptar todo tipo de garantías en tanto la institución catastral no esté debidamente coordinada con el Registro de la Propiedad (como pretende el reciente Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo) y de ahí que en reiteradas Resoluciones este Centro haya señalado el especial cuidado que en este extremo han de poner los funcionarios calificadores, a fin de evitar los perjuicios que se derivarían de una doble inmatriculación».

«La lectura del auto aprobatorio pone de relieve que no ha sido desvirtuada la consignación hecha en la certificación registral acerca de la coincidencia del inmueble, cuyo dominio se pretendía justificar con otra finca que aparece inmatriculada en el mismo Registro, lo que hubiera obligado, caso de ser así, a cumplir las normas establecidas por la Ley en este artículo 201 para la reanudación del tracto, y ordenar en su caso la cancelación de las inscripciones contradictorias, según dispone el artículo 202, y únicamente en el caso de que se hubiera declarado la falta de previa inscripción del inmueble que se pretende inmatricular es cuando sería procedente la aplicación —además de las normas comunes— de aquellas otras especiales que el mencionado artículo 201 establece para este supuesto».

«Tras lo expuesto cobra especial relieve el defecto número 1 de la nota, relativa a no haberse descrito correctamente el inmueble discutido según exigen los artículos 9 de la Ley y 51-3 de su Reglamento, ya que, si bien en general, la expresión incompleta de un lindero no constituye obstáculo decisivo para la práctica de la inscripción cuando la finca está plenamente iden-

tificada —según ha declarado este Centro—, no sucede lo mismo en este caso concreto al encontrarse en entredicho su propia identificación, por lo que aparece justificada la cautela del Registrador que ha tendido a salvaguardar el principio de especialidad tan fundamental en nuestro sistema».

«Igualmente y en relación al defecto número 5 y en el caso de que se hubiera justificado la falta de previa inscripción de la finca que se pretende inmatricular, es indudable que se ha omitido la citación a los colindantes —sean o no titulares registrales— exigida por la regla 3ª del artículo 201 de la Ley».

«Por último, en los documentos expedidos por la Autoridad judicial, los Registradores han de actuar para su calificación dentro de los límites que señala el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, pues de no ser así se extralimitarían en su cometido, lo que no ha tenido lugar en el presente caso, en donde el funcionario calificador se ha limitado a señalar —lo que ya advirtió previamente— una posible doble inmatriculación, es decir, un obstáculo registral, así como la no observancia al tramitarse expediente de alguna de las reglas del procedimiento».

- h) *La Resolución de 23 de mayo de 1986* entiende que, estando ya inscrita la superficie en unas segregaciones practicadas, no cabe inscribir otra segregación, aunque en el Plan Parcial de determinada urbanización tenga subsistencia administrativa, pues está a nombre de distintas personas y una determinada porción de la superficie terrestre no puede ser al mismo tiempo parte integrante de dos fincas independientes.
- i) *La Resolución de 12 de diciembre de 1986* considera importante la descripción de una agrupación de varios locales, unos sitios en planta baja y otros en el sótano, sin que se expresara en la descripción de la agrupación esa doble situación en planta baja y sótano:

«En cuanto al tercero de los defectos de la nota recurrida, imperfecta descripción del local resultante de la agrupación, debe tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: *a)* la exigencia de la más perfecta identificación de los inmuebles objeto del derecho real inscribible (art. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), en la medida en que así lo permiten los avances tecnológicos sobre la materia y las peculiares circunstancias del bien concreto, como presupuesto básico de la eficacia sustantiva del Registro de la Propiedad; *b)* que tratándose de identificación de volúmenes, cual ocurre en la propiedad horizontal, no pueden olvidarse los datos definidores relativos a la tercera dimensión (altura), y de ahí que el artículo 5-1.º, *in fine*, de la Ley de Propiedad Horizontal, en función de la usual división del volumen total delimitado por el edificio primero horizontalmente, y después de modo vertical, exija únicamente la reseña de la planta en que se halle cada piso o local; pero cuando —como en el supuesto contemplado— el local único se extiende por dos plantas colindantes verticalmente, su perfecta identificación, a efectos registrales, exigirá la expresión de la circunstancia de que se extiende a dos plantas, así como la de la superficie y linderos del

espacio ocupado en cada una de aquéllas y ello con independencia del modo de aprovechamiento o de la configuración física de cualquiera de ellos (ya sea para rampa, ya como hueco, etc.)».

- j) *La Resolución de 29 de diciembre de 1992*, en relación con un auto de un expediente de dominio sobre inmatriculación de finca, insiste en que la finca es la base sobre la que se asientan las sucesivas operaciones, por lo que debe garantizar de modo preciso e inequívoco su identificación y localización. Y considera insuficiente la descripción de la finca que consiste en aludir a 160 metros cuadrados enclavados en el polígono 35, parcela 190, con expresión de unos linderos con referencia a metros y no a nombres, porque imposibilita la apreciación de las características del inmueble cuya inmatriculación se pretende y su identificación y localización.
- k) *La Resolución de 7 de enero de 1994* trata de «echar por la borda» toda la minuciosa doctrina anterior sobre precisión en las descripciones, pues llega a la conclusión de que no es necesario describir el resto de unos locales en propiedad horizontal, a pesar de que era objeto de atribución en forma de «titularidad ob rem» a favor de los titulares de diecisiete Comunidades.

Con esta última Resolución, el comentarista no tiene más remedio que mostrarse muy duramente por responder a esta última época caracterizada por el descarado deterioro o desconocimiento del sistema registral inmobiliario, según he destacado en otra ocasión (16), por lo que merece ser olvidada.

Como crítica a la misma pueden hacerse estas consideraciones:

- *Es contradictoria consigo misma*, ya que por una parte, está reconociendo la necesidad de que la descripción de las fincas sea completa «como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral», por exigirlo «el principio de especialidad y la concreta regulación legal en esta materia (arts. 9 y 30 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario)». Pero a pesar de ello, los locales que se atribuyen en titularidad «ob rem» no son objeto de descripción que dé claridad y certeza, y la nota calificadora que denunciaba ese defecto es revocada en este aspecto.
- *Trata de acogerse a un pretendido defecto de los datos del Registro*, que con anterioridad no expresaba la «descripción como restos» de

(16) En «El deterioro del sistema inmobiliario registral: la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1994», en *RCDI*, julio-agosto de 1994, núm. 623, págs. 1645 y sigs

esos locales, y trata de «agarrarse» a la idea de que la escritura ahora presentada era de «subsanción» de otra ya inscrita, por lo que había de estarse a lo que resultaba del Registro, que era la no descripción completa.

Con ello, *los redactores de la Resolución* no tienen en cuenta que en el Registro no había ningún error, pues una cosa es que en las notas marginales de descripción de resto, cuando no se hace ninguna operación jurídica sobre el resto, no figure la descripción completa del mismo, y otra diferente que cuando se otorgue tal operación jurídica, como lo era en el caso la atribución de titularidad «ob rem» sobre ese resto, sea totalmente imprescindible y no sólo conveniente, expresar la descripción completa, porque lo exige no sólo «el principio de especialidad y la concreta regulación legal en esta materia resultante de los artículos 9 y 30 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento», sino también la propia Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que no permite que un local de una propiedad horizontal quede sin describir adecuadamente.

Dejando, pues, aparte, esta última Resolución, que ha de ser olvidada rápidamente, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido manteniendo acertadamente a lo largo de los años la necesidad de una correcta descripción de las fincas en los títulos y en el Registro, que permitan su identificación y localización, conforme al principio de especialidad.

B) *La segunda característica de la descripción de las fincas es que se trata de una «descripción literaria», combinada en algunos casos con la «descripción planimétrica», si bien ésta aparece unas veces como excepcional y otras como potestativa.*

La descripción exigible es en principio «literaria» porque basta relatar en el documento la situación, superficie y linderos de las fincas, sin necesidad de aportar un plano.

El legislador ha estado acertado con la simple exigencia, por regla general, mientras no se produce la coordinación Catastro-Registro de la descripción literaria, porque no podía exigir en todos los supuestos la descripción planimétrica, debido a que hubiera planteado un gasto excesivo a los particulares, dado el coste que tienen los planos para ser perfectos.

Ha seguido una interesante vía media: la exigencia de planos sólo se produce en supuestos especiales en que, dadas las características de la situación, estos planos existen en la realidad y sólo había que establecer la norma de que se aportasen al Registro para archivarlos.

Así, *la exigencia de planos se produce en los siguientes supuestos:*

- a) *En la legislación urbanística*, en relación con las inscripciones a practicar como consecuencia de los expedientes de reparcelación, compensación y expropiación.
- b) *En la legislación agraria*, respecto a las fincas resultantes de la concentración parcelaria (arts. 223, 235-2.º y 238 del Texto Refundido aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973).
- c) *En la legislación de montes*, respecto a la inmatriculación de montes de utilidad pública (art. 11-1 de la Ley de Montes y art. 71-2 de su Reglamento).
- d) *En la legislación del dominio público marítimo-terrestre*, ya que el artículo 31-2 del Reglamento de Costas establece: «Si en la descripción de la finca se expresa que no linda con el dominio público marítimo-terrestre o no se hace declaración alguna a este respecto, el Registrador requerirá al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por la Administración del Estado. Si de dicha identificación resultase la no colindancia, el Registrador practicará la inscripción haciendo constar en ella ese extremo».
- e) *En términos generales, el artículo 51, regla 4.ª del Reglamento Hipotecario*, después de la reforma de 12 de noviembre de 1982, establece: «Cuando la identificación de la finca se complementa con referencia a un plano incorporado a la escritura se acompañará una copia autenticada de éste para su archivo en el Registro».

En todos estos supuestos, en la parte de la inscripción relativa a la descripción de la finca, ha de recogerse la referencia a la aportación de un plano de la finca, así como al número del legajo en que se archive. Entendemos que, dada la especialidad del supuesto, debe formarse un legajo exclusivo de planos, pues en otro caso se produce un gran confusio-nismo en el Archivo del Registro, no sólo por no poderse mezclar docu-mentos de naturaleza distinta, sino porque al tratarse de remisiones descrip-tivas vigentes no pueden dejarse en carpetas muy antiguas que dificulten su uso y pronta localización. Y es que el artículo 410 RH contiene una laguna en esta materia que ha de llenarse aplicando lo dispuesto en el artículo 51-4.ª RH, que parte de un legajo de planos al exigir su archivo en el Registro.

Aparte de estos supuestos de planos, hay que tener en cuenta, según dijimos, que la descripción es «literaria», es decir, opera sobre datos rela-tados en los documentos que hacen referencia a naturaleza, situación, su-perficie y linderos. Veamos esta serie de datos descriptivos, tal como los regula la Ley Hipotecaria en su artículo 9-1.ª y el Reglamento Hipotecario en las circunstancias 1.ª a 4.ª del artículo 51:

a) *La naturaleza de la finca*

Tanto el artículo 9-1.º LH como el artículo 51-1.º RH exigen la expresión de la naturaleza de la finca.

Esto significa, en primer lugar, declarar si se trata de finca *rústica o urbana*, lo que se hace por la manifestación de las partes en la escritura, y así lo reflejará el Registrador en la inscripción, sin perjuicio de aplicar la Ley que corresponda si tiene datos para suponer que la finca es rústica o urbana según los criterios de diferenciación antes señalados.

En segundo lugar, la naturaleza de la finca significa, además, expresar «*el nombre con que las de su clase sean conocidas en la localidad*» (art. 51-1.º RH). Habrá, por tanto, que expresar en caso de finca rústica si es tierra, prado, monte, etc.; y si urbana, almacén, edificio, solar, vivienda, oficina, despacho, local de negocio, etc.

La reforma de la regla 2.ª del artículo 51 RH por Decreto de 17 de marzo de 1959, añadió en dicha regla lo siguiente: «*se hará constar la clase de cultivo a que se refiere la finca*». Esto puede constituir un dato adicional interesante para la identificación de la finca, si bien en zonas de monocultivo no sirve para mucho, y además, la posible variación de cultivos resta eficacia a este elemento de identificación.

También hay que expresar en el título y en la inscripción, si las fincas se dedican al *cultivo de secano o de regadío*, y, en su caso, la superficie aproximada destinada a uno y otro. Esto lo exige también la legislación de Unidades Mínimas de Cultivo (art. 47 del Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, publicado por Decreto de 12 de enero de 1973). Conforme a esta legislación, se viene recogiendo en la inscripción de las fincas rústicas la referencia a la indivisibilidad de la finca, en su caso. En cuanto a las fincas urbanas, la indivisibilidad resultante del plan puede reflejarse en el Registro, bien por las declaraciones de los interesados o por la comunicación del Ayuntamiento respectivo con referencia a los datos del Plan de Ordenación, pero en este caso parece que ha de constar la conformidad o solicitud del titular registral.

b) *Situación*

La situación de las fincas tanto rústicas como urbanas se expresa de modo genérico, indicando el término municipal en que se encuentra. El documento debe señalar esta indicación, máxime teniendo en cuenta que la organización de los libros del Registro atiende a los respectivos términos municipales. En la inscripción se debe recoger también la referencia al término municipal, pues así lo exige la regla 2.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

Caso de que un término municipal comprenda varias aldeas o parroquias debe expresarse también esta subdivisión del término municipal.

En un plano más específico, la situación de las fincas rústicas se debe determinar indicando, además, *el pago, partido o paraje* con que sea conocido el lugar en que se halle la finca. Se trata de nombres no oficiales, sino vulgares o consuetudinarios. Pero es fundamental este dato, pues la ordenación actual de los índices de fincas rústicas responde a esta circunstancia. Por eso, la antigua doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que atenuó la importancia del nombre del pago o paraje debe considerarse superada por los claros términos del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, de aplicación ineludible (17).

Tratándose de fincas urbanas, la situación ha de completarse con la referencia a *la calle y número*, y en su caso, a *la planta en que se hallare*. En relación con la calle y número, ha de tenerse en cuenta el artículo 437 RH, que impone a los Alcaldes la obligación de comunicar a los Registradores las alteraciones introducidas en los nombres y numeración de calles y edificios y de cualquier otra que afecte a la determinación de las fincas, para que se haga constar en los índices registrales.

El artículo 51, regla 2.^a añade, después de la reforma del Decreto de 17 de marzo de 1959: «*si constare, se consignarán los números de polígono y de la parcela*». Esto significa que sólo ha de consignarse este dato si resulta del documento, lo que es bastante criticable actualmente, pues debería exigirse la mención de tal circunstancia en todo caso, para así progresar en la deseable coordinación Catastro-Registro. Tratándose de fincas urbanas, ha de seguirse el mismo criterio en cuanto a la «referencia catastral», por imperativo de la regla 3.^a del propio artículo 51, según reforma del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que también lo exige «*si constare*».

c) *Linderos*

Son importantísimos para la identificación de la finca, pues, por un lado, sirven para concretar la situación de la finca, y por otro lado delimitan el perímetro de la misma, al marcar la línea poligonal o delimitación de su contorno.

La importancia de este elemento descriptivo la reconoce el propio Código Civil en el párrafo segundo del artículo 1.471, que dice lo siguiente: «*si además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor*

(17) Me refiero a las Resoluciones de 18 de marzo de 1867 y 12 de febrero de 1896.

estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrato; y, si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio, proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló».

En la práctica inmemorial, los linderos se expresan por el nombre y apellido o apellidos de los propietarios colindantes, salvo cuando se trata de linderos «fijos», como caminos, arroyos, etc., o pisos de la propiedad horizontal. El Reglamento añade la «naturaleza de las fincas colindantes», pero las Resoluciones de 21 y 22 de marzo de 1973 han restado importancia a ese requisito, «si la descripción (del documento) coincide con la de los libros registrales y no puede surgir ninguna duda respecto de la identidad de la finca». Creo que estas resoluciones no pueden servir de pretexto para cometer imprecisiones en otros datos descriptivos, pues por esa vía se puede llegar a una penuria de descripciones, lo que puede repercutir en el futuro cuando se plantee un problema serio sobre identificación de la finca.

d) *El nombre de la finca*

Esta circunstancia sólo es exigible si constare en el título, dado lo dispuesto en el artículo 9-1.ª LH y en el artículo 51 RH, y puede aplicarse lo mismo a fincas rústicas que a urbanas.

e) *Medida superficial*

La regla 4.ª del artículo 51 RH exige la expresión de la medida superficial «en todo caso» y conforme al sistema métrico decimal, sin perjuicio de que pueda constar también la equivalencia en las medidas de la región.

Esta regla contradice lo dispuesto en la circunstancia 1.ª del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que sólo exige la constancia de la medida superficial «si constare».

Ahora bien, actualmente no puede decirse que la exigencia reglamentaria vaya contra Ley, puesto que de diferentes leyes posteriores resulta la necesidad de expresar la medida superficial en todo caso.

Así, respecto a fincas rústicas, el artículo 47 del Texto Refundido de legislación agraria antes citado, dice que «en toda inscripción de finca rústica se expresará la medida superficial».

Y respecto a fincas urbanas, el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal exige tal expresión para los pisos y locales de un edificio, y aparte de que puede aplicarse por analogía respecto a los edificios y solares por

la potencial posibilidad ulterior de albergar pisos y locales, es que de la propia legislación del Suelo resulta la necesidad de expresar la medida superficial, pues prevé una normativa sobre constancia en la finca registral de la parcela mínima, lo que, independientemente de su cumplimiento, parte de la necesidad de que conste en el Registro la medida superficial, pues sólo así se podrá plantear la constancia de la parcela mínima.

f) *La expresión del carácter de indivisible*

Tanto la legislación agraria (art. 47 del Decreto de 12 de enero de 1973), como la legislación urbanística (art. 258 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992), exigen que conste, en su caso, que la finca es indivisible.

Respecto a las consecuencias de esa constancia y las diferencias entre legislación agraria y urbanística, me remito a lo que anteriormente se dijo al tratar de la finca funcional.

Por lo que se refiere a los modos de hacer constar en el Registro que una finca es indivisible, el más normal es por su reflejo en los títulos inscribibles en base a las declaraciones de los interesados.

Otra posibilidad, sobre todo a efectos de la legislación urbanística, es que se haga constar en el Registro con posterioridad a través de una nota marginal, bien en base a la solicitud o instancia del titular registral, o bien en base a una certificación administrativa en que, con referencia al planeamiento o a instrumentos de ejecución del mismo conste la parcela mínima en relación con una finca determinada. Pero en este último caso, ha de constar que se ha notificado el acto al titular registral, salvo que éste solicite expresamente tal constancia. Me baso en que el artículo 307 TRLS, número 8, prevé la constancia de actos administrativos relativos a la descripción de las fincas en desarrollo o ejecución del planeamiento y que el artículo 308 TRLS prevé como título inscribible la certificación administrativa, pero con remisión a la legislación hipotecaria en cuanto a las circunstancias de personas, lo que, complementado con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario exige, además de los nombres, la expresión de que ha tenido intervención en el acto el titular registral (art. 20 de la Ley Hipotecaria).

g) *Cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba o que sirva para distinguirla de otra*

Este requisito lo prevén las reglas 2.^a y 3.^a, con variantes de redacción para las fincas rústicas y urbanas.

Aunque no siempre ha merecido atención por parte de la doctrina, consideramos fundamental estas circunstancias, porque, aunque es algo genérica, revela el grado de inquietud del legislador por el problema de la identificación (18).

Además, puede ser interesante para destacar las medidas lineales de los linderos, sobre todo tratándose de solares o fincas de importancia y no muy extensas.

C) *La tercera característica de la descripción de las fincas en nuestro sistema es que no está plenamente coordinada con el Catastro*

Existen algunos *indicios de coordinación* en la legislación registral que no han de ser minusvalorados, pues su generalización podría abrir el camino hacia esa deseada y nunca conseguida coordinación.

Así, respecto a la *inmatriculación por título público*, en que el artículo 205 LH exige un doble título transmisivo sucesivo, el artículo 298-3.º RH ha previsto que pueda practicarse por la última escritura de transmisión acompañada de una certificación catastral en que la finca figure en el Catastro o amillaramiento a nombre del transmitente. No es precisamente el medio adecuado de coordinación, ya que la certificación catastral no puede servir de prueba dominical en Derecho Civil e Hipotecario.

En *expedientes de dominio*, cualquiera que sea su finalidad, se prevé la necesidad de aportación de la certificación catastral y de citación al titular que figure en ella. Aparte de ello, conforme al artículo 274 RH, si la finca no figurase catastrada, se precisa como requisito para inscribir el auto aprobatorio del expediente de dominio que se dé de alta la finca en el Catastro.

Lo mismo ocurre en *las actas de notoriedad para reanudación de tracto sucesivo interrumpido y para acreditar excesos de cabida*.

En la regulación de *los excesos de cabida* se prevé que puedan acreditarse tales excesos si coinciden con los datos catastrales (art. 298, núm. 5.º-B y C en relación con el núm. 3.º RH).

En *la descripción de las fincas* hemos visto que el artículo 51 RH prevé que se haga constar en la inscripción el número de polígono y parcela en las rústicas, y la referencia catastral en las urbanas, pero todo ello siempre que constare en el documento, lo que resta valor a estas disposiciones.

Más recientemente, el artículo 398-b RH, según reforma del Real De-

(18) Resaltamos en su día esta circunstancia en el artículo «Identificación de fincas rústicas», de FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en *RCDI*, núm. 505, 1974.

creto 4301/1990, de 30 de marzo, ha previsto que los Registros de la Propiedad utilicen *como base gráfica para la identificación de las fincas, la Cartografía Catastral oficial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria en soporte papel o digitalizado*, pero aplaza la implantación de las bases gráficas hasta la aprobación del plan que fijen la Dirección General de los Registros y del Notariado en coordinación con el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria.

Realmente, en los momentos actuales sería muy fácil articular la coordinación Catastro-Registro del modo siguiente:

- a) *Se introduciría el requisito de que las escrituras y demás documentos que accedan al Registro de la Propiedad expresen la referencia catastral como requisito obligatorio para poder inscribir, salvo en aquellas zonas en donde no esté implantado de modo perfeccionado el Catastro.*
- b) *Se impondría la obligación al Registrador de la Propiedad de remitir al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, los nombres de los titulares adquirentes de toda clase de fincas, con lo que se evitaría a los particulares la molestia de tener que darse de alta en el Catastro y agilizaría la tramitación. Al mismo tiempo, el Registrador remitiría a dicho Centro las modificaciones de fincas por segregación, agrupación, agregación o división, y una vez asignada a esas nuevas fincas referencia catastral, el Catastro lo comunicaría al Registro para que lo consignase por nota marginal.*
- c) *El Centro de Gestión Catastral y de Cooperación Tributaria remitiría a los Registros de la Propiedad la base gráfica de las parcelas catastrales, para que estos últimos pudieran incorporar a la inscripción el sistema de descripción planimétrica, conforme a lo dispuesto por el vigente artículo 398-b RH.*

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

El saneamiento del Registro en la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944

SUMARIO 1. NECESIDAD DE LA EXACTITUD DEL REGISTRO PARA LA EFICACIA DE LA PUBLICIDAD. 2. EL SANEAMIENTO DEL REGISTRO EN LAS LEYES DE 1861 Y 1909. 3. LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944 ANTE EL PROBLEMA DEL SANEAMIENTO DEL REGISTRO. 4. LOS INSTRUMENTOS LEGALES DEL SANEAMIENTO: 4.1. EL EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DE TRACTO COMO MEDIO DE PURGA DEL REGISTRO. 4.2. LA CADUCIDAD, INSTRUMENTO JURÍDICO PACÍFICO DEL SANEAMIENTO DEL REGISTRO: A) *Caducidad legal*. B) *Caducidad pactada*. 4.3. EL ARTÍCULO 355 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1947 (HOY 353.3), BRAZO EJECUTOR DE LA CADUCIDAD: A) *Fundamento* B) *Antecedentes y evolución del artículo 355 del Reglamento Hipotecario*. C) *Eficacia*. 4.4. EL EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN, INSTRUMENTO JURÍDICO BELIGERANTE DEL SANEAMIENTO DEL REGISTRO. 5. LOS OBJETIVOS BASICOS DEL SANEAMIENTO: 5.1. LAS MENCIONES. PERO, ¿SIGUEN PRACTICÁNDOSE MENCIONES?: A) *Antecedentes*. B) *Problema registral de las menciones*. 5.2. LAS INSCRIPCIONES EN GENERAL. PERO, ¿NO ES LA INSCRIPCIÓN UN ASIENTO DEFINITIVO? 5.3. LA HIPOTECA. ¿ES OPORTUNO DAR CARÁCTER PERMANENTE A LA VIGENTE NORMA DE DERECHO TRANSITORIO?: A) *Caducidad legal de la inscripción de hipoteca* B) *Caducidad pactada de la inscripción de hipoteca* 5.4. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS: SU CADUCIDAD. UN LOGRO DE LA LEY DE REFORMA DE 1944. ¿DEBE REVISARSE EL PLAZO DE CUATRO AÑOS? 6. OTROS OBJETIVOS DEL SANEAMIENTO DEL REGISTRO: 6.1. DERECHOS PERSONALES. 6.2. MENCIONES DE LEGÍTIMA O AFECCIONES POR DERECHOS LEGITIMARIOS Y LEGADOS NO LEGITIMARIOS. 6.3. EXPRESIÓN REGISTRAL DEL APLAZAMIENTO DE PAGO DEL PRECIO: A) *Simple expresión sin garantía*. B) *Expresión con garantía*. 6.4. RETRACOS CONVENCIONALES. 6.5. ARRENDAMIENTOS. 6.6. RÉGIMEN DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. 6.7. URBANISMO: A) *Obligaciones generales del sistema de actuación* B) *Garantías registrales de la cuenta de liquidación* BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

1. NECESIDAD DE LA EXACTITUD DEL REGISTRO PARA LA EFICACIA DE LA PUBLICIDAD

«La seguridad del crédito exige la seguridad del tráfico inmobiliario. La seguridad del tráfico inmobiliario se hace desde los derechos, no contra ellos. La seguridad del tráfico, si es cometido atribuido al Registro, exige dotar al asiento de valor sustantivo. En fin, si se quiere que el asiento tenga valor sustantivo, es preciso disponer de instrumentos adecuados que garanticen la exactitud de sus contenidos.»

Las palabras entrecomilladas pertenecen a un reciente trabajo (*RCDI*, enero-febrero 1993: ver al final bibliografía), de CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ, que nos va a servir de introducción al tema propuesto.

Estudia en el mismo la génesis del sistema hipotecario español, colocando el punto de inflexión en el tránsito del modelo de organización que permite la publicidad simultánea de derechos incompatibles, tomándose razón de todos los títulos unos a continuación de otros, a aquel otro en el que esto no es posible, al publicar el Registro un mapa coherente de titularidades sobre cada finca, donde cada asiento extingue la publicidad de titularidades inscritas que le sean contradictorias. De esta dicotomía, PARDO NÚÑEZ extrae una especie de teorema: el efecto civil de la inscripción está en función de la estructura organizativa del Registro que la produce, es decir, existe una correspondencia directa sobre los efectos registrales y los materiales que cada sistema concede a sus inscripciones.

La publicidad es elemento necesario a la seguridad, pero —como dice el autor— no se confunde con ella. Si es confusa o contradictoria, no produce obviamente seguridad; debe garantizarse su exactitud, definirse con suficientes garantías el contenido de los derechos publicados. En la búsqueda de un sistema fiable para conocer las cargas que cada finca soportaba y la identidad de sus titulares, había que dispensar al adquirente de hacer llamamientos individuales a juicio a todos los titulares de derechos sobre el inmueble, conclusión que está en la base de todos los modernos Registros de la Propiedad. En la publicidad como función estatal no hay más derechos que los constatados en los libros; sólo ellos han de ser llamados a la «purga» (nombre que recibe en el Derecho francés). Los que no están inscritos, no están contados y por ello no merecen ser *conservados* (obsérvese que los Registradores franceses son llamados *Conservadores* y los Registros *Conservadurías de Hipotecas*).

Pero a las estructuras registrales sencillas —resumimos a PARDO NÚÑEZ—, de mero orden cronológico, que sirven a esta finalidad, habrían de sustituir otras más complejas, en las que el Registro no se limita a

publicar los títulos con posible eficacia real, sino que, además, los selecciona sobre cada finca. Esto suponía el paso de un sistema de registro de documentos, a otro de bienes, que exige que los libros y los asientos precisen detalladamente los titulares de todos los derechos que recaen sobre cada una de las fincas del territorio nacional.

Este planteamiento coincide con el paso de un sistema de *Registro de cargas* a otro de *Registro de propiedad*. El «Registro de censos, tributos e hipotecas» (Real Pragmática de Don Carlos y Doña Juana, Cortes de Toledo de 1539) y los «Oficios o Contadurías de Hipotecas» (Pragmática-Sanción de Carlos III de 31 de enero de 1768), se producen dentro de los esquemas residuales del régimen feudal, acusada prepotencia de la riqueza pecuaria sobre la riqueza inmueble y fuerte resistencia social a la publicidad. Por eso, como tales Registros, fracasaron. Pero en el siglo XIX aparece el concepto del hombre como sujeto de derechos innatos, fruto de la Revolución, surge un nuevo reformismo agrario e industrial, se produce el desplazamiento del centro de gravedad del interés del mercado de capitales al de inmuebles, se internacionaliza el comercio y las necesidades de financiación dan lugar al nacimiento de las instituciones de crédito territorial, como es el Banco Hipotecario.

Ahora bien, como se ha repetido, no hay crédito sin garantía y las viejas estructuras de los Registros de cargas no servían a esta finalidad. Había necesidad de «dar certidumbre al dominio», frente a una tradición registral de «censos, tributos, mayorazgos, memorias, obras pías». Un Registro al que la tradición romanística —como dice BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ— arrastró a sus folios una ingente cantidad de cargas, confusas unas, más claras otras; inscritas algunas, mencionadas o aludidas las más; muertas, risibles, muchas; vivas y bien vivas, otras muchas también. Había que «purgar» el Registro.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 se leen las siguientes frases: «La Real Orden de 10 de agosto de 1855 manifestó el deseo de que la nueva Ley partiera del principio de publicidad, que no se reconocieran para lo sucesivo hipotecas generales..., que se meditase con detención la conveniencia o inconveniencia de suprimir las hipotecas legales... El antiguo sistema de las hipotecas ocultas... es incompatible con el crédito territorial... Los principios de publicidad y especialidad... únicos para lo sucesivo.»

Y especialmente: «Ha creído la Comisión que debía establecer reglas para *libertar la propiedad de cargas* que, aunque resultan de sus títulos sin que conste su redención, han dejado a veces por el transcurso de los siglos de afectar de hecho a las fincas sobre las

cuales se impusieron... Se introduce la presunción legal de que las fincas están libres de las cargas que ha anulado una prescripción secular..., proponiéndose medios de publicidad para esta liberación.»

2. EL SANEAMIENTO DEL REGISTRO EN LAS LEYES DE 1861 Y 1909

La Ley de 1861 y las posteriores —dice MENCHÉN BENÍTEZ— han sido tímidas en las normas purgadoras. La razón hay que buscarla en la necesidad de respeto a los derechos adquiridos, hasta el punto que —como señala PARDO NÚÑEZ— en la Ley de 1861 hay, en realidad, dos Leyes: la que contiene el sistema hipotecario del futuro y la que establece las normas de tránsito del antiguo al nuevo sistema.

Estas normas se dictan, ciertamente, con la obsesión del *respeto a los derechos adquiridos*. La Exposición de Motivos de la Ley expresaba que el Derecho Transitorio trata de proteger «los derechos adquiridos, porque de otro modo su obra sería efímera y caería ante las justas reclamaciones de los perjudicados». Los Reglamentos de 1861 y 1870 otorgaron a los asientos de los antiguos Registros los efectos de las nuevas inscripciones. El artículo 307 del Reglamento de 1870 decía: «Las inscripciones contenidas en los Registros anteriores a 1 de enero de 1863 surtirán, en cuanto a los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las inscripciones posteriores a la expresada fecha, aunque carezcan aquellas de algunos de los requisitos que, bajo pena de nulidad, exigen los artículos 9 y 13 de la Ley, y no se lleguen a trasladar a los Registros modernos». Este traslado era, además, potestativo: «... podrán solicitar que se trasladen», decía el artículo 312 del citado Reglamento de 1870.

Esta disposición —señala PARDO NÚÑEZ— era gravísima porque había asientos en los viejos libros en los que no podía precisarse a qué finca o derecho se referían, con lo que se introducía confusión en los libros y preocupación para el tercer adquirente.

La misma línea siguen los artículos 31 y 32 de la Ley de Reforma de 21 de abril de 1909 (401 y 402 de la edición oficial de diciembre del mismo año) y 508 del Reglamento de 1915. Este último distinguía: *a)* Que se tratara de menciones de derechos de las antiguas Contadurías *no consignadas en los títulos*; en este caso, quedaban caducadas y se cancelaban de oficio si no se hubiera hecho la traslación en los plazos previstos: cinco años, si se trataba del dominio, y dos años, si de los demás derechos reales, a contar desde la promulgación de la Ley; *b)* que *consten en títulos inscritos* en el moderno Registro, aun cuando procedan de asientos de las antiguas

Contadurías; en este segundo caso, subsistirán como comprendidas en el artículo 29 de la Ley, continuando produciendo los efectos que en él se determinan, sin perjuicio de la obligación de inscribir especial y separadamente, prevista en el mismo artículo 29.

Estas disposiciones —dice MENCHÉN— determinaron que los folios registrales se llenaran de menciones y alusiones a cargas y gravámenes de todo orden, muchos de ellos caducados y muertos, pero otros no. El Registro pudo ser calificado de «panteón de cargas muertas»; muertas, pero no enterradas; muertas, pero no canceladas.

La Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 acometería decididamente, por primera vez, el saneamiento del Registro de la Propiedad del lastre histórico que aquellas cargas suponían.

3. LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944 ANTE EL PROBLEMA DEL SANEAMIENTO DEL REGISTRO

De la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 —apuntaba DE LA RICA, uno de sus más prestigiosos exégetas y miembro de la Comisión redactora del Texto Refundido de 1946—, pueden predicarse tres logros fundamentales: vigorizar la protección de los derechos inscritos, con una más precisa regulación del principio de legitimación registral; facilitación de los procedimientos de ingreso y reingreso de los títulos, con las nuevas reglas del tracto e inmatriculación de fincas; y liberación del Registro de infinidad de gravámenes, anotaciones, menciones, etc., que, sin existencia real, tenían constancia registral y entorpecían la contratación, con cuya purga se contribuye al deseado acuerdo entre la realidad jurídica y el Registro. Como puede observarse, dos de estos logros tiene relación directa con la cuestión de saneamiento del Registro.

El saneamiento del Registro —sigue DE LA RICA—, fue una de las más acusadas finalidades de la reforma. Se trataba de establecer normas concretas de caducidad de determinados asientos y menciones del Registro, sin plazo de vigencia, que se eternizaban en los libros de inscripciones, constituyendo obstáculo al comercio inmobiliario, por representar cargas, gravámenes o restricciones que, aunque inexistentes en la realidad, subsistían vivas y amenazadoras en los folios registrales. Eliminar del Registro el peso muerto de afecciones jurídicas pretéritas e ineficaces, «purgarles», según la expresión francesa, de lacras tan inútiles como perjudiciales, era labor meritoria de saneamiento inmobiliario, constantemente reclamada por la ciencia y la práctica, por los tratadistas y profesionales.

Más específicamente, MENCHÉN BENÍTEZ, resume las medidas que adopta

la Ley de Reforma de 1944, como uno de sus fines principales, para liberar al Registro «de las innumerables cargas prescritas, que abrumaban sus libros» y que constituye todo un programa para analizar la profundidad de la reforma en esta materia:

- Negación de efectos a las menciones.
- Negación de efectos reales a los simples aplazamientos de pago de precio.
- Negación de efectos a los derechos personales.
- Negación de efectos a los legados no legitimarios no anotados en plazo.
- Regulación de la caducidad de las anotaciones preventivas.
- Normas transitorias para la cancelación de menciones, hipotecas y anotaciones preventivas.
- Concesión —por vía reglamentaria: nuevo art. 355— de facultades al Registrador para cancelar, sin solicitud de los interesados, menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado.

Para ROCA SASTRE, la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944 acomete el problema del saneamiento del Registro: Estableciendo los medios conducentes a la reanudación del tracto registral interrumpido o paralizado (arts. 200 y sigs.); fijando la duración y caducidad de las expresiones registrales de ciertos tipos de legítima (art. 15); estableciendo la caducidad de las anotaciones preventivas (art. 86); negando efecto de gravamen a los derechos personales registrados, a las menciones registrales propiamente dichas y a los legados no legitimarios sin anotar (art. 98); estableciendo un procedimiento de liberación de cargas y gravámenes que se hallaren prescritos (arts. 209 y 210); y dictando normas transitorias para la caducidad de menciones, de inscripciones de hipoteca, de ciertas expresiones registrales de legítimas y de anotaciones preventivas anteriores a la Ley (Disposiciones Transitorias 1.^a, 2.^a, 3.^a y 6.^a).

La doctrina parte de un concepto amplio sobre la materia registral perturbadora y que ha de ser objeto de saneamiento: limitaciones, condiciones o restricciones de cualquier clase, derechos personales o reales que afecten al dominio y que estén aludidos, mencionados o inscritos en el Registro de la Propiedad (MENCHÉN).

Las nociones de *carga* y *gravamen* son difíciles de diferenciar y suelen emplearse como sinónimos. El art. 98 de la Ley Hipotecaria niega la condición de gravámenes, indistintamente a las menciones, derechos personales no asegurados y legados no legitimarios no anotados preventivamente.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 1925 declaraba sobre el sentido de la expresión *cargas de la finca*: En el antiguo Derecho español se entendía por *cargas públicas o privadas* los tributos o censos impuestos sobre tierras y casas, cuyas características parecían ser: una prestación periódica y la imposición real sobre una finca; pero en la práctica notarial se ha pasado desde admitir la afirmación «que se grava la finca con la responsabilidad de las fianzas o de los mandatos judiciales de embargo», hasta presumir que con la frase «libre de cargas» se declaraba la no existencia de asientos hipotecarios que disminuyesen el valor económico de la finca. Este criterio no ha sido unánimemente aceptado. El 131 de la Ley contrapone los gravámenes a anotaciones en general, y las cargas a los derechos reales. Debe, pues, atribuirse a la frase «libre de cargas» el sentido que resulte del conjunto.

4. LOS INSTRUMENTOS LEGALES DEL SANEAMIENTO

Vamos a distinguir entre los instrumentos o medios para lograr el saneamiento del Registro y los objetivos finales a purgar. Haremos una breve alusión al expediente de reanudación de tracto, antes de ocuparnos de la caducidad, como medio pacífico y más o menos fulminante o automático para sanear los libros de asientos y contenidos inútiles; y del expediente de liberación, como medio beligerante y más laborioso.

4.1. EL EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DE TRACTO COMO MEDIO DE PURGA DEL REGISTRO

Es de observar cómo la doctrina incluye los nuevos medios para *reanudación del tracto registral interrumpido*, regulados en la Ley de Reforma de 1944, entre los instrumentos del saneamiento. Efectivamente, además de concordar Registro y realidad, la regulación del expediente de dominio para reanudación de tracto comporta un importante efecto purgatorio: «El auto aprobatorio del expediente de dominio, cuando se trate de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, dispondrá la cancelación de las inscripciones contradictorias...» (art. 286 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 202 de la Ley).

Es decir, la relación entre la última inscripción de dominio y la inscripción que resulta del auto aprobatorio del expediente, no es la propia de las

inscripciones de transferencia, sino que, aunque pueda parecer paradójico, es una reanudación *ex novo*. La razón que justifica este fenómeno está en el efecto cancelatorio de las inscripciones contradictorias, cuyos titulares han sido citados en el expediente, para ofrecer al reanudante una titularidad purificada. Pues no puede olvidarse, como ha declarado la Resolución de 12 de julio de 1956, que las situaciones jurídicas que se reflejan en los asientos, una vez cancelados, no pueden servir de fundamento para la calificación registral.

El deseo de que el efecto de purga se produzca es tan enérgico que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha sentado la doctrina de que no es preciso que el auto contenga expresamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias, pues la omisión puramente formal padecida puede ser fácilmente subsanada, completándose el auto aprobatorio a petición de la parte actora (Resolución de 7 de marzo de 1979).

4.2. LA CADUCIDAD, INSTRUMENTO JURÍDICO PACÍFICO DEL SANEAMIENTO DEL REGISTRO

A) *Caducidad legal*

Señala RUIZ ARTACHO que las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869 sentaron el principio (art. 82) de que las inscripciones en general no podían ser canceladas más que por resolución judicial firme, en todo caso, y las que se hubieren practicado por escritura pública, además, por otra escritura pública en que el titular, su causahabiente o representante, prestare consentimiento para tal cancelación. Es decir, fueron rígidas en admitir que los derechos no sólo se extinguen por la voluntad humana, sino que, especialmente los derechos sobre cosa ajena, a veces su aniquilamiento, se produce por declaración legal o por la naturaleza o contextura misma del derecho, o por pactos o estipulaciones anteriormente establecidos (que agruparemos bajo la expresión *caducidad pactada*).

El Reglamento Hipotecario de 1870 —dice RUIZ ARTACHO— quiso mitigar tal rigor, pero fue el Real Decreto de 20 de mayo de 1880, cuyo contenido pasó al Reglamento Hipotecario de 1815, el que admitió y dio carta de naturaleza en nuestro Derecho a la caducidad de los derechos inmobiliarios inscritos.

El artículo 150 del Reglamento de 1915 —antecedente del art. 82, párrafo 2.º de la vigente Ley Hipotecaria—, decía: «Las inscripciones verificadas en virtud de escritura pública podrán

cancelarse, sin que preste su consentimiento la persona a cuyo favor se hayan hecho, o sus causahabientes o representantes legítimos, y sin necesidad de que recaiga la providencia ejecutoria a que se refieren los artículos 82, párrafo primero, y 83, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria, cuando quede extinguido el derecho inscrito por declaración de la ley o resulte así de la misma escritura inscrita.»

La especial naturaleza de la caducidad ha determinado que el legislador acuda a ella como el más idóneo instrumento para el saneamiento del Registro de cargas y gravámenes inútiles.

Es de observar que la Ley Hipotecaria vigente, Texto Refundido de 1946, al exponer las causas generales de extinción de inscripciones y anotaciones preventivas, en cuanto a las primeras, dice: «Las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero sino por su *cancelación* o por la *inscripción de transferencia* del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona» (art. 76). No alude, pues, a la caducidad. En cambio, respecto de las anotaciones, dispone: «Las anotaciones preventivas se extinguen, por *cancelación*, por *caducidad* o por su *conversión* en inscripción» (art. 77).

Sin embargo, el artículo 82, párrafo 2.º, se refiere a la cancelación de las inscripciones y anotaciones preventivas «cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva». Una de estas causas, legales o voluntarias, puede efectivamente ser la caducidad. Es decir, el artículo 76 se refiere a la cancelación por extinción del *asiento* de inscripción, no sujeto a caducidad (como regla general; veremos las excepciones) y el artículo 82, párrafo 2.º, a la cancelación por extinción del *derecho*, sujeto a caducidad, también como regla general.

Debe, pues, separarse la caducidad de los asientos registrales de la caducidad que puede afectar a los derechos, aunque tanto una como otra puedan producir el mismo efecto de extinción del asiento como unidad registral. En la *caducidad de derechos* la extinción del asiento es consecuencia de la previa extinción de su contenido sustantivo. En la *caducidad de asientos* éstos se extinguen directamente, con independencia de la subsistencia o no del derecho amparado por el asiento.

La caducidad, que opera por ministerio de la ley y transcurso del tiempo (ROCA), tiene la enorme ventaja de su efecto automático: al producirse, el asiento deja de surtir efectos y queda jurídicamente extinguido, aún cuando subsista su expresión material. Sin embargo, como veremos, éste era el problema, pues la cancelación de asientos caducados exige la solicitud del interesado o el mandamiento judicial. Sería el artículo 355 del Reglamento

Hipotecario de 1947 el que permitiría la actuación de oficio del Registrador en determinados casos (más adelante se estudiará separadamente dicho artículo).

RUIZ ARTACHO, al comentar la Reforma de 1944, dice que, si se acepta la tesis (ROCA SASTRE, ARAGONÉS) de que los asientos del Registro son entes que nacen, viven y mueren en los libros hipotecarios, hay que admitir como normal la caducidad: extinción de un asiento por ministerio de la ley y transcurso del tiempo. Si, por el contrario, se sostiene que los asientos son sólo de carácter formal o adjetivo, que carecen de vida propia, que protegen la del derecho inscrito, la caducidad sería inadmisibile. De modo que en el Registro hay que distinguir entre la caducidad del derecho inscrito, sometida a las normas de toda extinción de derechos inmobiliarios, y la caducidad de menciones y asientos, que no causaba la extinción del derecho, sino solo su presunción. Producida la caducidad, quedaba sin efecto el asiento o mención, y ello aunque no se hiciese constar su muerte hipotecaria.

Para RUIZ ARTACHO, la nota indicando la caducidad no equivalía a una cancelación abreviada, pues la nota no es asiento formal de cancelación, ni la cancelación arrancaba de él, ni dejaba de producirse aunque se omitiera la cancelación formal. No obstante, la opinión de RUIZ ARTACHO, chocaría con el artículo 355 (hoy 353.3) del Reglamento Hipotecario de 1947, al disponer que «la cancelación..., se practicará mediante extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria...»

Resume RUIZ ARTACHO afirmando que una de las más plausibles innovaciones de la Ley de Reforma de 1944 fue la que, con relación a la caducidad, se contiene en las tres primeras Disposiciones Transitorias: a) Se regula en ellas la *caducidad de asientos*, pero no la *caducidad de derechos inscritos*. b) Se establece el respeto a los derechos *adquiridos*, señalando plazos especiales o el propio de *vacatio legis*. c) Se trata de *caducidad de pleno derecho*, aunque puede provocar situaciones confusas.

La Reforma de 1944 apeló a la caducidad para expulsar del Registro las menciones, anotaciones e hipotecas antiguas. Pero hizo algo más: reguló la que MENCHÉN BENÍTEZ llama «caducidad hacia atrás». En efecto, establece que las menciones de cualquier clase que «al entrar en vigor esta Ley tengan más de quince años de fecha, *habrán incurrido en caducidad*»; que caducarán las menciones de legítima o afecciones por derechos legitimarios que se refieran a sucesiones causadas con más de treinta años de antigüedad «a la promulgación de la Ley»; y que caducarán las anotaciones pre-

ventivas que «*al entrar en vigor la Ley* cuenten quince o más años de fecha.»

La expresión «caducidad hacia atrás» es, por tanto, acertada. Ciertamente, no estamos ante la extinción de un derecho por ministerio de la ley y transcurso del tiempo, pues no había tiempo prefijado o limitado para el ejercicio de aquél. Se trata de extinción por disposición legal, sin más, o, si se quiere, la que podríamos llamar *caducidad instantánea o por decreto*.

La caducidad opera automáticamente (Resoluciones de 16 de marzo de 1959, 1 de enero y 2 de febrero de 1960, 15 de abril y 16 de mayo de 1968, 31 de diciembre de 1986, 9 de septiembre de 1991 y 25 de septiembre de 1992, entre otras).

A diferencia de la caducidad, la prescripción no obra sólo por ministerio de la Ley: su carácter, tiempo fijado para la misma, manera de computarlo, interrupción y efectos, son cuestiones que ha de decidir el Juez, sin que sean competentes para ello los Registradores de la Propiedad (Resoluciones de 13 de julio de 1933 y 8 de noviembre de 1951)

B) *Caducidad pactada*

La caducidad como causa de cancelación automática de asientos sin el consentimiento del titular registral, por extinción del derecho inscrito, ofrece el interesante problema de la llamada *caducidad convencional*. ¿Es posible pactar un plazo de caducidad de los derechos inscritos, de tal modo que, transcurrido aquél, habrían incurrido en caducidad y procedería su cancelación? ¿Pueden las partes interesadas establecer el procedimiento y reglas para la cancelación, al margen de las normas registrales establecidas?

RUIZ ARTACHO y MENCHÉN BENÍTEZ hablaban de *rigidez* y *timidez* de las primeras Leyes Hipotecarias en admitir que la extinción de los derechos inscritos y su subsiguiente cancelación pueden producirse no sólo por declaración de la ley, o por la naturaleza misma del derecho, sino también por pactos o estipulaciones previamente establecidos.

La Dirección ha encarado principalmente el problema de la caducidad pactada en dos supuestos: la vida de la hipoteca y las condiciones en garantía del precio aplazado en la compraventa (que estudiaremos más adelante). Debemos afirmar ya que la Dirección no mantiene una doctrina clara y definitiva sobre la posibilidad de cancelación automática en caso de caducidad pactada del derecho

Rodríguez López —en una razonable posición ante el problema— acepta la validez del acuerdo de fijación de un término convencional y la licitud

del consentimiento anticipado, pero rechaza el establecimiento por pacto de la vía formal para la cancelación, que no corresponde ni a los interesados ni al Registrador. Debe acudirse a las normas de la legislación hipotecaria.

4.3. EL ARTÍCULO 355 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1947 (HOY 353.3), BRAZO EJECUTOR DE LA CADUCIDAD

A) *Fundamento*

En sus breves pero espléndidos trabajos sobre la Reforma de 1947 en lo relativo al saneamiento del Registro, tanto RUIZ ARTACHO como MENCHÉN BENÍTEZ, criticaban duramente la exigencia de que la caducidad sólo pudiera hacerse constar en el Registro a instancia de los interesados. Su crítica la apoyaban en una serie inmejorable de argumentos, que hoy tienen plena actualidad y que justifican la amplitud de las facultades cancelatorias que al Registrador otorgaría el artículo 355 del Reglamento Hipotecario de 1947.

MENCHÉN BENÍTEZ rechazaba la necesidad de rogación expresa para la cancelación de cargas caducadas, apoyándose en las diferencias caducidad-prescripción. La *caducidad* supone la extinción tajante de un derecho por el transcurso del plazo previamente fijado para su ejercicio. Cuando la Ley Hipotecaria afirma que una carga está caducada, lo que quiere decir es que ha dejado de existir para el Derecho por el mero transcurso del tiempo, sin necesidad de cumplir ningún otro requisito, ni de intervención de nadie. En la *prescripción*, en cambio, el derecho sólo está paralizado mediante una excepción. Resulta ilógica, desairada y hasta absurda, por totalmente ineficaz, la actuación del Registrador al arrastrar en asientos nuevos cargas caducadas. O que las certificaciones fueran repletas de gravámenes caducados, por la sola causa de que el interesado, tal vez con su malicia, no hubiese solicitado la cancelación.

RUIZ ARTACHO resumía su tesis, favorable a la cancelación de oficio por el Registrador de las cargas caducadas, con la siguiente argumentación:

- a) Porque no puede darse al consentimiento del interesado más importancia que al precepto legal que decreta la caducidad.
- b) Porque la validez y subsistencia de los asientos no es negocio privado sino de carácter público, de modo que no tiene fundamento que la sola voluntad individual pueda prolongar la vida de los asientos cuando la misma ley quiso que desaparecieran en interés general.
- c) Porque confiar al cuidado y diligencia (o mejor, negligencia) de los

propietarios la gran obra de saneamiento del Registro es hacerla interminable.

- d) Porque el temor al pago del impuesto llevará también a rehuir la petición de constancia registral de la caducidad.

Faltaba el instrumento legal que autorizara a los Registradores a sanear los libros de las cargas y gravámenes caducados. Este medio fue el artículo 355 del Reglamento de 1947.

B) *Antecedentes y evolución del artículo 355 del Reglamento Hipotecario*

Tiene su precedente en la Real Orden de 22 de febrero de 1919 sobre cancelación de gravámenes mencionados en el Registro y procedentes de las antiguas Contadurías de Hipotecas.

El texto primitivo, que estaba incluido dentro del epígrafe «Certificaciones de cargas» y que ha sido objeto de dos reformas posteriores, decía así:

«Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación. A este efecto se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación y se practicará mediante la extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla.»

El Decreto 353/1959, de 17 de marzo, añadió lo siguiente:

«Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.»

Este nuevo supuesto lo había propuesto MENCHÉN BENÍTEZ (en el primero de sus trabajos sobre estas cuestiones que data de 1948: ver bibliografía al final) y tuvo su justificación inmediata en el criterio de la Resolución de 9 de noviembre de 1955 que, en relación con el caso ya recogido de expedición de certificaciones, señaló que «la razón es idéntica y, de lo contrario, en perjuicio de la claridad del Registro, se obligaría a arrastrar unas cargas que, al certificar, deberán ser canceladas.»

Introdujo también la Reforma de 1959 un nuevo párrafo relativo a la conversión en inscripciones de dominio de las de posesión, si hubiesen transcurrido más de diez años desde que ésta fue inscrita y no existiere asiento contradictorio,

El Real Decreto 3503/1983, de 21 de diciembre, vació el artículo 355 en el artículo 353.3, quedando con la siguiente redacción:

«Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación. A este efecto se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación y se practicará mediante la extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.»

«Cuando se solicite certificación de fincas que hayan obtenido la calificación definitiva de “Viviendas de Protección Oficial”, no se comprenderán en aquélla, y se podrá proceder a su cancelación en la forma prevenida en el párrafo anterior, las afecciones que por este concepto, sean anteriores a la nota marginal por la que se haya hecho constar en el Registro dicha calificación definitiva.»

«Cuando se extienda alguna inscripción relativa a las fincas o se expida una certificación a solicitud del titular de la misma, se convertirán en inscripciones de dominio las de posesión, si hubiesen transcurrido más de diez años desde que ésta fue inscrita y no existiere asiento contradictorio.»

C) *Eficacia*

DE LA RICA comentaba que el nuevo texto era el medio más eficaz para que el saneamiento del Registro llegara ser una realidad, pues obliga al Registrador a no incluir en las certificaciones de cargas que expida asientos y menciones caducados y, para hacerlo así, es imprescindible que antes de expedir aquellas proceda a la cancelación.

El procedimiento es un tanto violento —explicaba—, desarticulador de nuestro sistema voluntario de rogación, que puede originar alguna dificultad, por apoyarse en una ficción o presunción forzada: la de que por pedirse la certificación se reputa pedida la cancelación de lo caducado o que deba cancelarse, máxime que la certificación pueden pedirla personas distintas del dueño de la finca gravada, a las que se atribuye una declaración de voluntad que repercute en el inmueble.

Creemos que las preocupaciones de DE LA RICA deben hoy superarse. El procedimiento registral es, ciertamente, un procedimiento rogado. Puede afirmarse que el Registrador nunca lo impulsa de oficio. Las supuestas excepciones a la rogación (numero hasta 12 casos en mi libro de *Derecho Registral Inmobiliario*, vol. II, págs. 514 y 515), constituyen uno de tantos mitos o tópicos hipotecarios. Siempre existe una petición o impulso inicial extrarregistral, limitándose el Registrador, según las incidencias del respec-

tivo procedimiento, a practicar las operaciones que, previamente, le vienen ordenadas o permitidas por el ordenamiento jurídico general que, como tal, no puede ser desconocido por los interesados. Es decir, la práctica de aquellas operaciones incidentales, distintas de la operación final propiamente solicitada, por la propia naturaleza del procedimiento registral, está incluida dentro de la rogación, expresa o tácita, de la operación principal. En los supuestos del artículo 353.3 RH la rogación queda cumplida con la solicitud de certificación o de que se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectados. La cancelación que autoriza es un efecto legal o parte del procedimiento registral certificador o general. Es una norma interna que la ley dirige al Registrador. No es necesario fingir, ni presumir solicitud de cancelación de cargas caducadas por parte de quienes pidan la certificación o la práctica del asiento. La cancelación es un efecto *ex lege* del trámite certificador o registral general.

Es también de destacar que, habida cuenta que la certificación de cargas puede ser solicitada no sólo por el propietario o por las personas legitimadas para pedir un asiento (*vid.* art. 6 LH), sino por «quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos» (art. 221 LH), se amplía así el concepto de interesado a efectos de obtener la cancelación por caducidad en el supuesto estudiado.

El artículo 353.3 o 355 antiguo recoge una lista abierta de derechos cancelables automáticamente por caducidad —«cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado...»—, además de enumerar específicamente otros, de algunos de los cuales nos ocupamos en otra parte de este estudio: menciones, anotaciones preventivas, o inscripciones de hipoteca.

Entendía DE LA RICA que la disposición debe aplicarse a las *adjudicaciones para pago de deudas*, cuando no se haya establecido garantía de naturaleza real en favor de los acreedores o no se haya anotado el derecho de estos (art. 354 en el texto del Reglamento de 1947, actualmente art. 353.2).

4.4. EL EXPEDIENTE DE LIBERACION, INSTRUMENTO JURIDICO BELIGERANTE DEL SANEAMIENTO DEL REGISTRO

La petición de los interesados y la actuación de oficio del Registrador (arts. 98 LH y 355 —hoy 353.3 RH—, principalmente), serán los más importantes instrumentos pacíficos o en vía de «jurisdicción voluntaria» para el saneamiento del Registro de menciones, derechos personales, hipotecas, etc. Las resoluciones judiciales, en general, y, particularmente, el

expediente de liberación, lo serán en vía jurisdiccional, contenciosa o en situación de disputa o beligerancia entre los posibles interesados.

La Ley de 1861 estableció un juicio de liberación limitado a las hipotecas legales tácitas y acciones resolutorias y rescisorias procedentes de derechos que en adelante no habrían de surtir efectos en cuanto a terceros si no se inscribían en el plazo de un año (arts. 359, 365 y sigs.). El propietario del inmueble podía acudir al Juez competente con expresión de la clase de hipoteca legal o gravamen oculto y la pretensión de liberarlo de tales cargas. El expediente tenía un preferente carácter transitorio y, por tanto, como dice DE LA RICA, muy restringido.

La reforma de 1869 amplió el alcance del juicio de liberación y lo dotó de carácter permanente. Se instruía por el propio Registrador y se extendía a liberar no solo hipotecas legales tácitas, sino también cualquier carga procedente de los derechos que dejarían de surtir efecto de no inscribirse, derechos procedentes de asientos de las Contadurías cuando no pudieren determinarse las fincas a que afecten y todas las acciones rescisorias y resolutorias.

La Ley de 1909 le dedica el Título XIII, artículos 347 al 388, limitándose la liberación a hipotecas legales o derechos no inscritos, a cargas no aseguradas ni inscritas, a derechos procedentes de las antiguas Contadurías de hipotecas y acciones rescisorias y resolutorias (art. 355). Compete exclusivamente al Juez declarar la liberación (art. 357).

En la Ley de Reforma de 1944 se le dedican dos artículos 353 y 354 (que en el Texto Refundido de 1946 serían los arts. 209 y 210), ampliando el ámbito de la liberación: «Cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituídos sobre cosa ajena, que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil según la fecha que conste en el Registro.»

Veremos cómo esta idea de cancelación por prescripción declarada por los Tribunales, esencia del expediente, se tergiversará convirtiendo el expediente en un puro instrumento cancelatorio.

En el discurso de presentación a las Cortes del Proyecto de Ley de Reforma, el Presidente de la Comisión de Justicia decía: «Se había creído que la cancelación voluntaria, de una parte, y las providencias judiciales, de otra, constituían medios suficientes para obtener la cancelación de todos los gravámenes que habían quedado sin efecto... Transcurridos ochenta años desde la Ley de 1861, la realidad ha demostrado que una gran cantidad de cargas extintas no habían sido debidamente canceladas. A la solución de

este problema atiende el procedimiento de liberación de cargas que se establece.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944 se hacía un acto de fe en las bondades del expediente: «Prescindimos —decía— del llamado expediente de liberación que según opinión acorde de la doctrina no cumple hoy finalidad alguna. En su lugar se regula el de cancelación de cargas prescritas. El farragoso lastre de las que inútilmente continúan mencionándose y arrastrándose en el Registro, en detrimento de la contratación, principalmente en las regiones españolas en que la inscripción es una realidad viva, podrá ser extinguido o aligerado sin recurrir a lentos y dispendiosos procesos, con indudable beneficio para los titulares registrales.»

Si comparamos el alcance del expediente de liberación en la Ley actual y en las precedentes, se observa el distinto objetivo. En la actual se trata de «cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena que hayan prescrito» (art. 209 LH), es decir, la pretensión es liberar el dominio de cargas inscritas, pero inexistentes. Por el contrario, en el expediente de liberación de las Leyes anteriores, se trata de «purgar» el dominio, utilizando la terminología francesa, *conservando* sólo aquellos derechos, inscritos o no inscritos, que, en el tránsito de una legislación a otra, deben mantenerse. La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 decía que la liberación venía a satisfacer la necesidad de «sujetar a ciertas formalidades la declaración y conservación de derechos preexistentes... Poner en claro el verdadero estado de la propiedad...»

CELESTINO R. PARDO NÚÑEZ ha ahondado especialmente en estas diferencias. Recoge las opiniones de don BIENVENIDO OLIVER: «Poner en claro el verdadero estado civil de las fincas»—. Y del Ministro FERNÁNDEZ NEGRETE: «Este medio es una imitación del que se inventó en Francia con el Edicto de 1771 y lo llaman *purga*, sistema de liberación en el que la Ley, al tiempo que protege todos los derechos, escogita todos los medios posibles para hacer que queden lo menos gravadas...»

Señala PARDO NÚÑEZ que, con el expediente, se superaban todas las inseguridades del período transitorio, pero la eficacia legitimadora de la inscripción no existe, porque no es necesaria. El expediente de liberación es mucho más poderoso, porque no hay otra realidad fuera de la sentencia pública: realidad y Registro coinciden; el expediente es un proceso cuya fortaleza se apoya en el concurso de todos los posibles perjudicados, inscritos y no inscritos. Solo la Ley de Reforma de 1944 —resume el autor— encara decididamente la cuestión, en el sentido de devolver al Registro su protagonismo original: la publicidad unívoca que el Registro realiza es

legitimadora y frente a terceros, sin necesidad de forzar la renuncia de todos los posibles perjudicados a sus derechos o acciones de impugnación. En la Reforma de 1944 el expediente fue sometido a reconversión: ya no será un medio para obtener la legitimación de los derechos inscritos, sino precisamente para extinguirla.

La pregunta podría ser si el expediente es hoy un medio eficaz para el saneamiento del Registro. DE LA RICA se mostraba ya escéptico, al comentar la Ley de 1944. Se llevan a esta clase de expedientes —explicaba— lo que en rigor podría haber sido objeto de cancelación automática en determinados casos y con las debidas garantías, sistema que hubiera sido más eficaz, más sencillo y más económico. Algo semejante a lo legislado en régimen transitorio respecto de las hipotecas con más de treinta años de antigüedad.

La pretensión de la Ley de Reforma de 1944 fue aplicar el expediente a «cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena, *que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil según la fecha que conste en el Registro*». Por eso, la doctrina habla del expediente de liberación como un «juicio especial de prescripción».

No es, pues, el expediente un puro instrumento cancelatorio que juegue al margen de la existencia extrarregistral del derecho cancelado (*vid.* art. 97 Ley Hipotecaria). La cancelación en el expediente es consecuencia de la previa declaración por los Tribunales de la extinción *por prescripción* del derecho.

No parece haberlo entendido así la Resolución de 30 de julio de 1993, amparándose no en la cuestión de fondo, sino en los límites que, ciertamente, tiene el Registrador en la calificación de los documentos judiciales (*vid.* art. 100 Reglamento Hipotecario). Seguido expediente para la cancelación de hipoteca cambiaria, la Dirección ha declarado: El Registrador no puede calificar si el órgano judicial se ha limitado en el mismo a apreciar la prescripción, con arreglo a la legislación civil, según la fecha que conste en el Registro. Tampoco, si la hipoteca como derecho accesorio, prescribe cuando lo hace, según la fecha que conste en el Registro, el derecho principal garantizado (el crédito cambiario). Son cuestiones —dice el Centro Directivo— que pertenecen a los fundamentos de la resolución judicial.

A pesar de esta doctrina, nos queda la duda de cuál habría sido la postura de la Dirección si el Registrador, amparándose en el propio artículo 100 del RH, hubiera calificado la falta de «congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado».

5. LOS OBJETIVOS BASICOS DEL SANEAMIENTO

5.1. LAS MENCIONES. PERO, ¿SIGUEN PRACTICÁNDOSE MENCIONES?

En el vigente *Texto Refundido de 8 de febrero de 1946* son tres las principales medidas que se toman para sanear el Registro de las menciones de derechos:

a) *Disposición Transitoria Primera:*

«Caducarán y no surtirán efecto alguno, siendo canceladas de oficio o a instancia de parte, aunque hubiesen sido relacionadas o referidas en títulos o inscripciones posteriores:

A) Las menciones de cualquier clase que en 1 de julio de 1945 tuvieren quince o más años de fecha.

Cuando las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada tengan menos de quince años de fecha, y dentro del plazo de dos años, a contar desde el 1 de enero de 1945, no hubiesen sido inscritas o anotadas en la forma procedente..., caducarán y no surtirán efecto alguno una vez transcurrido el citado plazo de dos años, pasado el cual deberán ser canceladas por los Registradores, de oficio o a instancia de parte.»

b) *Artículo 29.*

«La fe pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial».

c) *Artículo 98:*

«... las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada..., no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados (as) por el Registrador a instancia de parte interesada.»

A) *Antecedentes*

Los trabajos legislativos que culminaron con la supresión de las menciones en la Ley de Reforma de 31 de diciembre de 1944, reflejan el unánime criterio favorable a eliminar uno de los más graves obstáculos para el saneamiento del Registro.

En el Proyecto de Ley remitido a las Cortes por el Consejo de Ministros el 26 de mayo de 1944, se recogían las siguientes palabras, íntegramente reproducidas en la Exposición de Motivos del

texto definitivo de la Ley de 30 de diciembre de 1944: «La mención en el Registro de aquellas circunstancias que constituyen especiales modalidades de la relación que se trata de inscribir, es un requisito indispensable en un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del *numerus clausus*, y en el que las características de los derechos reales no están predeterminadas por la legislación civil. Por el contrario, ninguna razón abona que continúen mencionándose en el Registro los derechos susceptibles de inscripción separada y especial. Su consignación en el mismo, según la forma actual, dificulta el comercio inmobiliario y el crédito territorial.»

«No se concibe cómo nuestro derecho, tan escrupuloso en la calificación e ingreso de los derechos inscribibles, permite que puedan adquirir naturaleza de verdaderos rangos hipotecarios derechos inciertos, de eficacia dudosa y, muchas veces, de no fácil identificación.»

En el trámite de enmiendas, el señor REYES MORALES, propuso que en el proyecto de Disposición Transitoria se la distinguiera entre las menciones procedentes de los libros de las antiguas Contadurías de Hipotecas, que se entenderían caducadas automáticamente, sin producir efecto registral alguno, debiendo ser canceladas de oficio o a instancia de parte; y las menciones procedentes de los títulos que produjeron las inscripciones o anotaciones, que caducarían a los dos años, si no eran objeto de inscripción separada y especial. La enmienda no prosperó.

En el discurso del Presidente de la Comisión de Justicia, en defensa del Proyecto, se decía: «En materia de menciones, se declara expresamente en la Ley que sólo podrán ser objeto de referencia registral los derechos no susceptibles de inscripción separada y especial. Los derechos reales perfectos, aptos para figurar en el Registro bajo asiento especial, no pueden mencionarse; deben inscribirse. En cambio aquellos que fueren inciertos, de eficacia dudosa, carentes de algunos de los requisitos que la Ley señala para su inscripción, no podrán ingresar en el Registro mientras su naturaleza, alcance y validez estén suficientemente determinados... Como, a pesar de todo, es siempre posible que figuren en el Registro derechos que no debieran haber figurado, se establece... perderán la condición de gravámenes..., debiendo ser cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada... Con ello se evita tener que acudir a procedimientos contenciosos, al estar los asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales, para cancelar derechos que no debieran haber ingresado en el Registro ni pueden gozar de su protección».

Por último, la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de 30 de diciembre de 1944 recogió la redacción que, con leves modificaciones, pasaría al Texto Refundido de 1946:

«1.^a Las menciones de cualquier clase que al entrar en vigor esta Ley tengan más de quince años de fecha habrán incurrido en caducidad y serán canceladas de oficio o a instancia de parte.

Cuando tengan menos de quince años de fecha las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada que, dentro del plazo de dos años, a contar desde la publicación de esta Ley, no hayan sido inscritas o anotadas en la forma precedente, y las de derechos personales que existan en los Registros de la Propiedad en la fecha de esta publicación, caducarán y no surtirán efecto alguno una vez transcurrido el citado plazo de dos años, pasado el cual podrán ser canceladas por los Registradores de oficio o a instancia de parte.»

En el Dictamen del Consejo de Estado al proyecto de nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria de 1946, se pone de relieve que, en los casos en que la Ley de Reforma de 1944 alude a la fecha de publicación o promulgación de la Ley —1 de enero de 1945—, el texto de 1946 sustituye sistemáticamente esta fecha por la de 1 de julio de 1945 —fecha de entrada en vigor de la Ley de 1944, según su Disposición Adicional 1.^a—. Aunque estas modificaciones —decía el Consejo de Estado tienden a evitar el sistema poco recomendable de vigencias parciales establecidas en la Ley de Reforma, habida cuenta de que tales preceptos están en vigor y que las facultades concedidas al Gobierno no se extienden a su derogación, dichas modificaciones se deben suprimir y mantener las fechas de vigencia consignadas en la Ley de 1944. Así se haría en el texto de 2 de febrero de 1946.

B) *Problema registral de las menciones*

Aunque los hipotecaristas suelen estudiar las menciones en la parte que dedican a los asientos registrales, la mención no es ni un asiento, ni tampoco un requisito que deban contener los asientos para su validez como parte del negocio que se inscriba. Actualmente, las menciones son un elemento de perturbación para la credibilidad y la confianza en los efectos del sistema registral. No son más que una alusión o referencia a una carga o gravamen real, que se suponen constituídos en el pasado y que, de

reunir todas sus circunstancias, serían inscribibles por sí mismos, en asiento propio.

Las menciones —decía DE LA RICA en sus Comentarios a la Reforma de 1944— representaban una primacía del principio de publicidad sobre el de inscripción. De prevalecer éste, no podrían surtir efecto contra tercero sino las relaciones jurídicas inscritas; lo no inscrito carecía de realidad registralmente. Y no cabía admitir zonas intermedias entre la inscripción y la no inscripción, que eso era lo que la mención representaba en nuestro sistema: una solución ecléctica en la que se concedían efectos registrales, aunque limitados, a relaciones jurídicas no inscritas que habían tenido acceso al Registro con ocasión de la inscripción de otro derecho, beneficiándose con ello de la absorbente fuerza en nuestro sistema del principio de publicidad.

Como decía DÍAZ MORENO, la mención estaba llamada a desaparecer, pues desentonaba en un sistema de técnica depurada, como forma híbrida, andrógina, intermedia entre el ser y no ser.

El artículo 29 de la Ley Hipotecaria de 1909 les otorgaba efectos contra terceros, de modo que la mención funcionaba registralmente como un pretendido asiento, escondido o enmascarado en un verdadero asiento principal de inscripción o anotación preventiva.

La Dirección General de los Registros atribuía efectos a las menciones de cargas existentes en el moderno Registro que, aunque no hubieran estado inscritas en las Contadurías, quedaban asimiladas a las comprendidas en el artículo 29 de la Ley (Resolución de 22 de octubre de 1920). Este artículo 29 de la Ley de 1909 decía: «El dominio o cualquier otro derecho real que se mencione expresamente en las inscripciones o anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá efecto contra tercero..., sin perjuicio de la obligación de inscribir especialmente los referidos derechos y de la responsabilidad en que deba incurrir la persona que en casos determinados deba pedir la inscripción.

Las Resoluciones de 10 de octubre de 1927 y 3 de mayo de 1929 declararon, por su parte, la procedencia de la cancelación de cargas y gravámenes procedentes de asientos extendidos en las Contadurías de Hipotecas y que habían sido mencionados en inscripciones, si no se hubiera solicitado su traslación al Registro moderno o no hubieran sido objeto de inscripción separada y especial.

La Resolución de 21 de junio de 1944 negó, en cambio, la cancelación, mediante una simple instancia, de menciones de censos de las Contadurías, reconocidos formalmente por el titular perjudicado. Y las de 22 de enero de 1944 y 22 de noviembre de 1945 negaron la cancelación de menciones que pesaban sobre la finca adquirida como mejora por herencia, en tanto no se declare su nulidad, se decrete su caducidad o se rectifique el Registro.

La Reforma Hipotecaria de 1944 dictó sentencia de muerte contra las menciones: *a)* Les negó efectos: «La fe pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial» (art. 29, que pasaría al Texto Refundido de 1946 con la sola variación de sustituir la palabra «registral» por «del Registro»); *b)* Les negó la condición de gravamen e impuso su cancelación a instancia de parte interesada (art. 99, que sería el 98 del Texto Refundido del 46); *c)* Dispuso la caducidad de las menciones de más de quince años al entrar en vigor la Ley, así como las de menos de quince que en el plazo de dos años no hayan sido inscritas o anotadas en la forma procedente, que podrían ser canceladas por los Registradores de oficio o a instancia de parte (Disposición Transitoria 1.ª, que pasaría a ser la Disposición Transitoria 1.ª, letra A del Texto de 1946, antes transcrito). La cancelación de oficio procederá —cualquiera que sea la clase de mención— en los casos del artículo 355 del Reglamento de 1947 (hoy 353.3), cuando se expida una certificación o se practique algún asiento relativo a la finca que contenga la mención.

A esto debe unirse: que el art. 9.º, 2.º del Texto de 1946 suprime de las circunstancias que deben contener las inscripciones las relativas a las cargas del derecho que se inscriba; y que el artículo 51.7.ª del Reglamento de 1947 dispuso que «en ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley...»; y que «las cargas relacionadas en el título que no resulten inscritas o anotadas no se harán constar en la inscripción.»

Las Resoluciones de 30 de mayo, 15 y 26 de junio, y 11 y 14 de julio de 1961 declararon la procedencia de cancelar una mención de servidumbre de aguas, no inscrita especial y separadamente.

La conclusión debe ser que todas las menciones están hoy caducadas, ya no deben practicarse más menciones y las que excepcionalmente existan en los Registros deben cancelarse.

No obstante, la cancelación llamada de oficio (art. 353.3 actual del Reglamento Hipotecario) ofrece, a veces, ciertas dudas a los Registradores, pues la noción de mención roza con otras figuras, cuya definición concep-

tual ha de ser muy precisa para evitar una cancelación improcedente: *a)* La *estipulación a favor de terceros*, como acto constitutivo de un derecho real que espera la aceptación del llamado a adquirirlo, cual es el caso de la constitución de hipoteca unilateral (arts. 1.757 del Código Civil y 141 Ley Hipotecaria); *b)* Las *reservas legales de derechos*, como las hereditarias viudal y troncal (arts. 811 y 968 y sigs. Código Civil); *c)* Los *derechos personales*, derechos de crédito y pactos de carácter puramente obligacional que no son susceptibles de inscripción especial y separada (arts. 2.º y 29 Ley Hipotecaria, 9.º y 51.6.ª y 7.ª Reglamento Hipotecario); *d)* las *limitaciones contractuales* del derecho que se inscribe, v.gr. una condición resolutoria en garantía del precio aplazado, como elemento accesorio que integra el acto inscribible y que se inscribe con él (art. 51.6.ª y 7.ª Reglamento Hipotecario); *e)* los *derechos reales defectuosos* constituidos en el mismo título, que no son derechos de constitución pretérita.

La preocupación por el concepto de mención se mantiene incluso en la Jurisprudencia registral reciente. La Resolución de 24 de febrero de 1993 niega el carácter de mención a la servidumbre reflejada como cualidad de la finca en el predio dominante, figurando asimismo como gravamen en el predio sirviente, con descripción concreta y detallada de su alcance.

Por otra parte, la doctrina (GARCÍA GARCÍA) recoge algunos casos de constancia registral de derechos que rozan el concepto de mención: *a)* En materia de *foros*, si las fincas aparecen inscritas sin expresar el gravamen o con diferencias en cuanto a su extensión y condiciones, se hará constar en la inscripción la conformidad del solicitante de que no se extienda el derecho inscribible a las fincas que no aparezcan gravadas en debida forma (art. 73 RH), lo que supone, como posibilidad contraria, que conste «mencionado» tal gravamen; *b)* en materia de *unidades mínimas de cultivo*, el derecho de retracto de colindantes (arts. 44 y 45 LRDA 1973), para que afecte a terceros ha de constar en la inscripción de las respectivas operaciones (según opinión de HERNÁNDEZ CRESPO); lo cual supondría una especie de mención de un derecho establecido legalmente); *c)* en materia de *concentración parcelaria*, si en el período de investigación se manifiesta una discordancia entre interesados, «la expresión registral de la contradicción, producirá los efectos de la anotación de demanda...» (art. 194 LRDA, 1973), efecto que se acerca al de una mención inscribible, que permite anticipar el rango de la futura anotación de demanda, si se interpone y anota dentro del plazo de dos años de vigencia de la mención; *d)* en materia de *montes*, pues en el Catálogo se han de consignar «las cargas de todas clases que pesen sobre los predios catalogados (condominios, enclavados, servidumbres, ocupaciones, consorcios y demás derechos), detallándose la fecha de su legitimación o concesión, si fuere conocida, y la naturaleza jurídica, características, alcance y duración de las mismas (art. 39.3 Reglamento de Montes de 1962).

5.2. LAS INSCRIPCIONES EN GENERAL. PERO, ¿NO ES LA INSCRIPCIÓN UN ASIENTO DEFINITIVO?

La primera pregunta que podríamos hacernos es si, efectivamente, el asiento de inscripción es un asiento definitivo —como suele decirse al definirlo— y, por tanto, extraño a la idea de caducidad o duración temporal.

JOSÉ MARÍA CHICO, en un trabajo sobre la provisionalidad de los asientos, pone en tela de juicio el calificativo de *asiento definitivo* que se suele aplicar al asiento de inscripción. Entiende que el asiento verdaderamente definitivo es el de cancelación, que no acepta ni plazo ni caducidad, y que es un ataque al carácter definitivo del asiento de inscripción.

La única inscripción o asiento definitivo es el asiento inmatriculador, que inicia el folio real de la finca y constituye siempre el eslabón necesario para reconstruir el historial jurídico de la misma. Es, por tanto, un asiento firme, definitivo, perpetuo, nunca temporal. Aunque en ese historial figuren inscripciones de derechos —servidumbres, hipotecas, usufructos, etc.— que, al extinguirse, pueden provocar la correlativa extinción del asiento en que se contienen.

Recoge CHICO ORTIZ un caso muy especial de inscripciones sujetas a caducidad: el de las practicadas en base de un título nulo o anulable, por el juego del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, en relación con la protección del artículo 34 en favor del tercero, «aunque se anule o resuelva el derecho del otorgante...». Estima que esta inscripción afectada de nulidad no pasa de ser un asiento provisional con posibilidad de desaparecer, pero sin que esta destrucción pueda perjudicar a un adquirente posterior del artículo 34. El principio de tracto, a su juicio, sufre una excepción no contemplada por la Ley.

Este criterio ofrece perfiles muy discutibles. En realidad, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria lo que no convalida son los «actos y contratos», es decir, *los títulos* originadores del derecho: la escritura de compraventa, por ejemplo. Pero sí convalida, en favor del tercero del artículo 34, los derechos nacidos de esos títulos: el dominio a favor del comprador, en el caso propuesto. Con este fundamento, habida cuenta que, cualquiera que sea la postura que se mantenga sobre lo que se inscribe, no hay duda que se publican los derechos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (art. 38 LH), es muy dudoso que se dé verdadera interrupción de tracto y que proceda la cancelación del asiento que provocó el título nulo, porque el derecho no se habría extinguido. Este es, precisamente, el juego de la fé pública registral frente a las limitaciones civiles derivadas de la nulidad del título.

La Reforma Hipotecaria de 1944 si bien estableció normas cancelatorias por caducidad de gran alcance, no llegó a declarar —como dice DE LA RICA— la caducidad de las inscripciones de propiedad. A pesar de que tales asientos también devienen arcaicos, inservibles, desacordes con la realidad, por interrupción de tracto. Por ello, propone regular su caducidad, cosa no difícil, con las debidas garantías y precauciones, siempre a base de un largo plazo, de treinta años, v.gr., a contar desde la muerte del titular inscrito, cancelando el folio y abriendo uno nuevo, al inscribirse un título traslativo del dominio, previo un procedimiento fácil de depuración de gravámenes, en parte establecido en la Ley de Reforma. No debe olvidarse —decía— que la caducidad registral no es nunca sustantiva, no afecta al derecho reflejado en el asiento caduco, sino que se limita a declarar la extinción de la forma registral, del asiento mismo. El derecho puede vivir, pero su cobertura registral puede declararse muerta, extinguida y la ley disponer su cancelación.

En el mismo sentido, ROCA SASTRE se pronuncia por la caducidad de aquellos asientos que, por su antigüedad, acusan haber perdido su vitalidad hipotecaria: fecha remota, imposibilidad de existencia de los titulares registrales. Sería procedente establecer una caducidad general, sin que ello implique contradicción con el principio de rogación, porque la llamada voluntariedad de la inscripción debe circunscribirse a la fase de registración o ingreso de los títulos en el Registro. El legislador debe evitar —continúa ROCA—, por interés público, que los libros hipotecarios se transformen en un panteón de derechos fenecidos. Y propone: *a)* Fijar una caducidad de plazo amplio, treinta o más años; *b)* Excluir de la misma los asientos practicados a favor de personas jurídicas; *c)* Permitir que los titulares amenazados de caducidad hicieran constar en el Registro, antes de transcurridos los plazos determinados, su voluntad de permanecer bajo el amparo registral. Si bien la Reforma de 1944 —resume el Maestro— ha intensificado esta orientación, a través de los medios de reanudación de tracto, con la cancelación de inscripciones contradictorias, y del expediente de liberación de cargas y gravámenes, hubiera sido conveniente, adoptar más francamente y con mayor amplitud el criterio de caducidad de asientos registrales.

RUIZ ARTACHO destaca que la filosofía general de la legislación hipotecaria ha sido siempre favorable a la permanencia de los asientos. Prueba de ello es que, hasta la Reforma de 1944, no era admitida la caducidad de las anotaciones preventivas. En cuanto a las inscripciones, la caducidad ni existía; se señalaban como excepción las inscripciones no trasladadas de las Contadurías, las del 205 y las de herencia del artículo 27, pero, en realidad, la primera era un caso de derecho transitorio y las otras dos de supuestos en los que debió adoptarse la forma de anotación y no de inscripción, por su carácter no definitivo.

Vemos, pues, que la opinión de la doctrina autorizada es ampliamente favorable al establecimiento, bajo ciertas garantías, del principio de caducidad general de los asientos de inscripción.

5.3. LA HIPOTECA. ¿ES OPORTUNO DAR CARÁCTER PERMANENTE A LA VIGENTE NORMA DE DERECHO TRANSITORIO?

A) *Caducidad legal de la inscripción de hipoteca*

Actualmente, la caducidad de la hipoteca está prevista sólo como norma de Derecho Transitorio, en el *Texto Refundido de 8 de febrero de 1946, Disposición Transitoria Tercera*:

«Caducarán las inscripciones de hipoteca que en 1 de enero de 1945 cuenten con más de treinta años de antigüedad a partir de la fecha del vencimiento del crédito sin haber sufrido modificación, si dentro del plazo de dos años, contados desde el referido día 1 de enero de 1945, no han sido renovadas, interrumpida su prescripción o ejercitada debidamente la acción hipotecaria, y, asimismo, las que, constituidas con anterioridad a dicho día, vayan cumpliendo en lo sucesivo los treinta años de antigüedad, con las mismas condiciones y requisitos.»

El texto de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944 no coincidía exactamente con el anterior: «Asimismo —decía— caducarán las inscripciones de hipoteca que en esta fecha (la de publicación de la Ley, 1 de enero de 1945) cuenten con más de treinta años de antigüedad, a partir de la del vencimiento del crédito sin haber sufrido alteración, si dentro del plazo de dos años, contados en la forma señalada por la disposición anterior (es decir, a partir de la publicación de la Ley, 1 de enero de 1945 indicada), no han sido novadas, interrumpida su prescripción o ejercitada debidamente la acción hipotecaria.»

DE LA RICA —partidario del establecimiento de una caducidad general para las inscripciones de hipoteca— advertía que se trataba de una caducidad de Derecho Transitorio, pero incompleta, pues quedaban excluidas de la misma las inscripciones de hipoteca posteriores a 1 de enero de 1945. Pero tenía la esperanza de que como la caducidad podría aplicarse durante más de treinta años, «otra reforma venidera establezca la caducidad como norma permanente y definitiva».

De todas formas, el Texto Refundido de 1946 ampliaría el ámbito de la caducidad a un nuevo supuesto, no recogido en la Reforma de 1944: las hipotecas que, constituidas antes de 1 de enero de 1945, vayan cumpliendo

en lo sucesivo los treinta años de antigüedad, con las mismas condiciones y requisitos.

Es de advertir que ni en la Ley de 1944, ni en el Texto Refundido de 1946, se precisa si la cancelación por caducidad puede hacerse constar de oficio por el Registrador o a instancia de parte. El supuesto cae en el marco del artículo 355 RH (hoy 353.3), es decir se entenderá solicitada la cancelación de la hipoteca caducada por el solo hecho de expedirse certificación de cargas o practicarse algún asiento relativo a la finca (analizaremos separadamente dicho precepto reglamentario).

¿Por qué se estableció el plazo de treinta años y no el de veinte de prescripción de la acción hipotecaria? A la vista de los artículos 1964 del Código Civil y 128 de la LH esto hubiera sido lo lógico. Sin embargo, se adoptó el plazo de treinta años que, como dice DE LA RICA, hubiera sido más adecuado para la caducidad del dominio y otros derechos reales sobre inmuebles.

El criterio de la Dirección General venía siendo el de no interferir las cuestiones de caducidad y las de prescripción. Las Resoluciones de 11 de diciembre de 1917 y 3 de agosto de 1939 declararon: No constituye caducidad el mero transcurso del plazo de veinte años de la acción hipotecaria. La prescripción de la acción hipotecaria no puede estimarse como una causa extintiva de los derechos relativos de juego automático que produzca *ipso iure* sus efectos, sino como un medio de paralizar la acción misma, bien en virtud de excepción, bien provocando directamente el interesado una declaración judicial. Aún dada la conveniencia de facilitar la cancelación de los derechos inscritos, no se trata de una causa de caducidad, pues el artículo 128 de la Ley Hipotecaria emplea las palabras prescripción y acción. El Registrador, si bien «obra en cierta manera como Juez Territorial, carece de competencia para conocer de la existencia y repercusión de hechos y actos extrahipotecarios.»

El criterio de la Ley de Reforma de 1944 favorable a la caducidad de las inscripciones de hipoteca, se manifestó de manera específica en relación con las inscripciones de hipoteca unilateral no aceptada. En el discurso del Presidente de la Comisión de Justicia ante las Cortes, al presentar el Proyecto, se decía: «Un excesivo formulismo obligaba hasta ahora, en más de lo que demandaba la protección de estas situaciones, a obtener para la cancelación el consentimiento del titular, o en su defecto a alcanzar una providencia ejecutoria. Ahora se permite la *cancelación automática* cuando, previamente requerido el titular registral, no haya

hecho constar en debida forma la aceptación de la hipoteca a su favor constituida.»

Así lo establecía el artículo 139, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley de 30 de diciembre de 1944, que serían más tarde el artículo 141 del Texto Refundido de 1946.

En la evolución posterior, la interpretación del Centro Directivo es favorable al juego de la caducidad. La Resolución de 9 de mayo de 1959, aplica la Disposición Transitoria Tercera del Texto Refundido de 1946 a la cancelación de hipoteca en garantía de póliza de crédito y de efectos cambiarios, por el transcurso del plazo de caducidad.

Nos preguntábamos, al encabezar este epígrafe, sobre la *conveniencia* de establecer la caducidad de las inscripciones de hipoteca como norma general permanente, superando el carácter de Derecho Transitorio que actualmente tiene. La respuesta debe ser afirmativa. Es cierto que el creciente protagonismo del Registro de la Propiedad en la movilización del valor de los inmuebles, como instrumento de crédito y garantía financiera, determina el general interés de los titulares registrales por procurar la cancelación de las hipotecas extinguidas, por cumplimiento de la obligación asegurada. Pero no lo es menos que subsisten todavía en los libros registrales hipotecas, tanto anteriores como posteriores a 1 de enero de 1945, sobre fincas afectadas del fenómeno desinscribitorio, en las que la reanudación del tracto se agrava con la existencia de la carga hipotecaria. También es frecuente encontrar promociones enteras de viviendas, locales, plazas de aparcamiento, etc., gravadas con hipotecas a favor de sociedades extinguidas, que hacen a veces imposible encontrar a sus representantes legales —últimos Administradores, Liquidadores, Comisiones de Vigilancia, Ejecutivas o Liquidadoras, si estaban en suspensión de pagos o quiebra, etc.—, para que otorguen las correspondientes cartas de pago y escrituras de cancelación. Parece llegado el momento de hacer realidad el deseo de los comentaristas de la Ley de Reforma de 1944 (DE LA RICA, RUIZ ARTACHO, MENCHÉN BENÍTEZ y ROCA SASTRE) de establecer la caducidad de las inscripciones de hipoteca con carácter general, no como meras fórmulas de Derecho Transitorio, suprimiendo las limitaciones temporales discriminatorias ahora establecidas en la Ley Hipotecaria.

Con ello, se daría un mayor dinamismo al tráfico inmobiliario y a la financiación con garantía hipotecaria, sin perjuicio del respeto a las normas civiles sobre el derecho de hipoteca. Una fórmula cancelatoria podría ser: «Caducarán las inscripciones de hipoteca que cuenten con más de veinte años de antigüedad a partir de la fecha del vencimiento del crédito sin haber sufrido modificación y siempre que no constare del Registro haber sido

novadas, interrumpida su prescripción o ejercitada debidamente la acción hipotecaria, siendo canceladas de oficio o a instancia de parte.»

Con esta fórmula:

- a) Se ajustaría el plazo de caducidad del asiento de inscripción de hipoteca al de prescripción de la acción hipotecaria (arts. 1964 CC y 128 LH), lo cual supone respeto a las normas civiles y procesales sobre el derecho real de hipoteca.
- b) Quedan garantizados los derechos del acreedor hipotecario, titular registral, para los casos de modificación o novación de la hipoteca (arts. 144 LH y 240 RH), o que resulte del Registro el ejercicio de la acción hipotecaria (mediante la nota de expedición de la certificación de cargas correspondiente: arts. 131.4.^a LH, 235.3.^a y 353.1 RH). En caso de interrupción de la prescripción, aunque no está previsto, no hay duda que podrá pedirse u ordenarse al Registrador su constancia por la Autoridad judicial competente.
- c) Se establecería expresamente la cancelación formal a instancia del interesado, en todo caso, y de oficio por el Registrador, de conformidad con lo dispuesto en la legislación hipotecaria (arts. 82, párrafo 2.º LH, 174, párrafo 1.º y 353.3 Reglamento Hipotecario, principalmente).

B) *Caducidad pactada de la inscripción de hipoteca*

En materia de *cancelación de hipoteca*, dos Resoluciones dan solución diferente al problema de cancelación por caducidad pactada en la escritura de constitución del derecho real.

La Resolución de 31 de julio de 1989 permite la cancelación de la hipoteca, «en virtud de la petición del interesado acompañada del mismo título que la motivó», en el cual una cláusula establecía la subsistencia de la hipoteca «hasta que se extinga cualquier posición deudora, o en todo caso, hasta el plazo de tres años a contar desde hoy (fecha del otorgamiento) y concluye reiterando que, en todo caso, como queda indicado, la duración máxima de la misma será tres años». La regla general es que la rectificación del Registro —y la cancelación no es sino una modalidad— precisa el consentimiento del titular registral o resolución judicial firme dictada en el juicio declarativo correspondiente (arts. 1.º y 40 LH) —dice la Dirección—, lo que determina el carácter excepcional de la hipótesis del artículo 82, párrafo 2.º Por tanto, se exige «para su operatividad que la extinción del derecho inscrito, según la Ley o el título, resulte de manera clara, precisa e indubitada», requisitos que estimó se daban en este caso.

Sin embargo, en las Resoluciones de 6 de febrero y 18 de mayo de 1992, sigue la dirección contraria: La regla general —dice— es que la cancelación precisa consentimiento del titular registral o resolución judicial firme dictada en juicio declarativo (arts. 1, 38 y 40 LH); es, pues, excepcional la hipótesis del artículo 82.2 LH, cuya aplicación requiere que la extinción del derecho inscrito resulte de la Ley o del título de manera clara e indubitada; debe aparecer con la claridad precisa que las partes pactaran un supuesto automático de caducidad. Constituida una hipoteca como superposición de garantía de un préstamo hipotecario anterior estipulado por tres años, indicándose que la nueva hipoteca no nova la anteriormente constituida y que tendrá una duración de cinco años a contar desde la fecha de la escritura de constitución, no puede accederse, transcurrido el plazo de cinco años, a la cancelación de dicha hipoteca, que se solicita mediante instancia privada. El haberse pactado en la escritura de constitución, conforme al artículo 153 LH que el plazo de duración de la misma es de un año prorrogable, sólo significa que al vencimiento de dicho plazo puede el acreedor insatisfecho ejercitar la acción hipotecaria para hacer valer su derecho, pero nunca autoriza a estimar que la propia hipoteca ha quedado extinguida automáticamente pudiendo, en consecuencia, cancelarse a virtud de instancia privada del deudor al amparo del artículo 82.2 LH.

Es decir, el Centro Directivo no mantiene una doctrina clara y definitiva sobre la posibilidad de cancelación automática en el caso de caducidad pactada del derecho registrado. Tan sólo parece definido en la doctrina de la Dirección que los términos que establezcan la caducidad han de ser claros, de modo que no ofrezcan duda alguna acerca de la voluntad de las partes sobre la extinción del derecho de forma automática.

RODRÍGUEZ LÓPEZ —admite el pacto de caducidad convencional, pero la efectividad de la cancelación debe discurrir por los cauces sobre cumplimiento o incumplimiento de las condiciones (arts. 23 de la Ley, 56 y 177 del Reglamento), y no por la vía del art. 353.3 del Reglamento Hipotecario...

Ciertamente, este texto se refiere a «menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o *hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria...*». La restricción se reitera en relación con las anotaciones preventivas en particular, pues el artículo 206.13 del Reglamento Hipotecario, al enumerar las causas especiales de cancelación de las mismas, en relación con la caducidad, la limita al supuesto de que «caducare la anotación *por declaración expresa de la Ley*».

Estas limitaciones a la definición de la caducidad como causa de cancelación, reducida a los supuestos legalmente contemplados, suponen una seria base para excluir su aplicación por vía convencional, al tratarse de una materia que escapa al ámbito de la autonomía de la voluntad. En todo

caso, no parece que el Registrador pueda aplicar la cancelación automática y de oficio del artículo 353.3 RH, dado el carácter excepcional que ya tiene el supuesto de caducidad pactada de la hipoteca, frente a la norma del artículo 82, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria. Será necesaria, al menos, la solicitud del interesado y la presentación del título que motivó la inscripción de hipoteca (requisitos ya exigidos por la Resolución de 31 de julio de 1989, antes citada).

5.4. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS: SU CADUCIDAD, UN LOGRO DE LA LEY DE REFORMA DE 1944. ¿DEBE REVISARSE EL PLAZO DE CUATRO AÑOS?

El establecimiento de la caducidad de las anotaciones preventivas fue uno de los logros más importantes de la Ley de Reforma de 1944, con vistas al saneamiento del Registro. Sus instrumentos legales generales (aparte la caducidad especial de algunas anotaciones), en el *Texto Refundido de 8 de febrero de 1946*, son principalmente dos:

a) *Disposición Transitoria Segunda:*

«Habrán incurrido en caducidad y, por tanto, se cancelarán, a instancia de parte interesada, las anotaciones preventivas que en 1 de julio de 1945 cuenten quince años o más de fecha. Las anotaciones preventivas que en el mismo día tengan dos o más años y menos de quince de fecha podrán ser objeto de una prórroga cuatrienal única, dentro de los dos años siguientes, y, transcurrido este plazo o la prórroga en su caso, caducarán y serán canceladas a instancia de parte interesada. Las anotaciones preventivas de menos de dos años de fecha al entrar en vigor esta Ley se regirán por las prescripciones del artículo 76 (se recoge erróneamente el número de la Ley de Reforma; debe decir 86) de la misma.»

b) *Artículo 86:*

«Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo de caducidad más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las Autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento.

La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en

el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.»

Una de las más importantes novedades de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 fue, ciertamente, someter a caducidad, por primera vez en nuestro Derecho Registral, el asiento de anotación preventiva:

«Las anotaciones preventivas, cualesquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo que sean objeto de caducidad especial. No obstante, a instancia de los particulares o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento.»

«La extinción por caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado» (art. 76, párrafos 2.º y 3.º, que pasarían a ser el art. 86 del Texto Refundido de 1946).

Las cuestiones de Derecho intermedio se resolvían en la Disposición Transitoria 6.ª que, sustancialmente, pasaría a ser la Disposición Transitoria Segunda del Texto de 1946, antes transcrita. Es de observar que el plazo de caducidad de quince años que se fija para las anotaciones de quince o más años es el genérico de las acciones personales del artículo 1.965 del Código Civil.

DE LA RICA explicaba que la reforma era plausible, por responder a las razones de purga del Registro, y no había argumentos para mantener la legislación anterior que, a pesar del carácter transitorio, temporal y efímero de las anotaciones preventivas, no regulaba su caducidad, con lo cual se eternizaban asientos sin eficacia posible. En este sentido, es de destacar la opinión contraria de DIEZ PICAZO, que niega a la anotación preventiva carácter de asiento provisional, considerando que es un asiento definitivo, aunque con vigencia y plazo de duración limitados. Esta tesis, aplicada al asiento de inscripción, resolvería muchos de los problemas de eliminación de inscripciones de derechos inexistentes...

Se quiso ver contradicción —decía MENCHÉN BENÍTEZ— entre el artículo 83 de la Ley —en cuanto exige mandamiento judicial y providencia ejecutoria para la cancelación— y el artículo 86, al establecer la caducidad de las anotaciones a los cuatro años de su fecha «cualquiera que sea su origen». Sin embargo el artículo 83 regula una cancelación procesal y se refiere al juego *normal* de los títulos que producen cancelación. El artículo 86 contempla el caso *anormal* o especial de cancelación por caducidad, sin

título, que es también aplicable a las anotaciones decretadas por la Autoridad judicial (Sentencia TS 28 enero 1960).

Dos Resoluciones muy posteriores de la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmarían esta interpretación. La Resolución de 7 de febrero de 1986 declara que la *cancelación* de la anotación practicada en virtud de mandamiento judicial solo puede llevarse a cabo por igual documento. La de 26 de junio del mismo año, por su parte, expresa que la *cancelación por caducidad* es también aplicable a las anotaciones practicadas en virtud de mandamiento judicial.

El plazo de cuatro años —e incluso la prórroga por otros cuatro— era un plazo breve en relación con la duración de algunos procedimientos. La Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, por esta razón, estableció la duración de las anotaciones ordenadas y prorrogadas por la Autoridad judicial «hasta que haya recaído resolución definitiva firme». Comentaba MENCHÉN que, respecto de estas anotaciones, se acabó la caducidad propiamente dicha, porque ¿quién se acordará de traer al Registro la resolución definitiva firme necesaria para cancelar por caducidad? (A treinta y cinco años vista de la Reforma de 1959, hay que dar plenamente la razón al autor: esas resoluciones no aparecen nunca por los Registros.)

A pesar de estas deficiencias, hay que reconocer que la normativa sobre aplicación de la caducidad a la cancelación de anotaciones preventivas resuelve los problemas de eliminación de estas cargas del Registro (sin contar con la purga que producen los procedimientos de ejecución).

Por otra parte, es cierto que la exigencia de que la cancelación por caducidad hubiera de hacerse a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado» o «a instancia de parte interesada» (art. 86 y Disposición Transitoria Segunda de la Ley), pero no de oficio por el Registrador, originaba, como criticó RUIZ ARTACHO, una caducidad *sui generis*, sin mucha explicación. Pero este requisito quedaría mitigado por el artículo 355 RH (hoy 353.3), al considerar como parte interesada al que solicite una certificación del Registro (del art. 353.3 actual nos hemos ocupado más arriba).

En el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Españolas por el Consejo de Ministros el 26 de mayo de 1944 se decía: «Con idéntica aspiración (acabar con el farragoso lastre de cargas que continúan mencionándose y arrastrándose) se admite la caducidad de las anotaciones pasado cierto plazo..., coadyuvando así a la urgente e imprescindible tarea de saneamiento del Registro.» Este texto se reproduciría después literalmente en la Exposición de Motivos de la Ley.

En el discurso del Presidente de la Comisión de Justicia, al presentar el Proyecto de Ley de Reforma a las Cortes, se justificaba la implantación de la caducidad de las anotaciones de la siguiente manera: «Las anotaciones preventivas, tanto por su naturaleza como por su fin, son asientos de carácter transitorio. Lo mismo si se acepta la teoría de que reflejan meras vocaciones al derecho real, como la de que son supervivencias de antiguas cauciones, es indudable que se trata de situaciones provisionales, inaptas para perpetuarse en el Registro. El régimen ahora vigente admite ya, en algunos casos, la caducidad de las anotaciones; pero la cancelación de la mayoría de ellas exigía una providencia de la misma autoridad que hubiese ordenado su constitución, lo que generalmente daba lugar a que el titular de la finca o derecho sobre el cual se había impuesto la anotación se viese obligado, supliendo una manifiesta negligencia, a solicitar la cancelación de un acto que, sobre no haberlo solicitado, perturbaba su propia situación hipotecaria. Era pues necesario, tanto por el carácter provisional de dichos asientos, como para obviar las anomalías mencionadas, que se estableciera un plazo de caducidad lo suficientemente largo a fin de evitar que quedasen indefensas situaciones dignas de protección, pero impidiendo a la vez que por la pasividad o mala fe del que las hubiese solicitado, llegasen a perturbarse situaciones jurídicas que razones de interés particular y del tráfico inmobiliario imponen considerar como meramente transitorias.»

6. OTROS OBJETIVOS DEL SANEAMIENTO DEL REGISTRO

Los grandes objetivos del saneamiento del Registro en la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 fueron, indudablemente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada; las inscripciones antiguas de hipoteca, en las que no había ninguna duda de la prescripción de la acción hipotecaria (aunque ésta no fuera una cuestión registral, sino judicial); y las anotaciones preventivas que, a pesar de su naturaleza de asientos que tratan de asegurar una situación jurídica provisional o transitoria, eran de duración indefinida. De estos supuestos nos hemos ocupado ya.

Pero existen otros claros objetivos del saneamiento, recogidos en la propia Ley de Reforma de 1944, o que se han hecho evidentes en la evolución posterior. De algunos de ellos nos vamos a ocupar sucintamente a continuación.

6.1. DERECHOS PERSONALES

Los derechos personales son, en sí mismos, materia extraña al Registro que nuestros legisladores han tratado de establecer desde 1861, es decir, un Registro cuya función es la publicidad jurídica del dominio, como derecho real pleno, y de los derechos reales limitados (arts. 2, núms. 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria vigente, 9.º y 51.6.ª de su Reglamento). Los derechos personales juegan entre partes y tienen su apoyo y defensa en el título constitutivo. El Registro de la Propiedad, en cambio, está pensado para terceros, pues una vez publicado el derecho real, se hace realidad el efecto *erga omnes* que les es propio, que, sin publicidad oficial, quedaría en pura declaración romántica.

A pesar de todo, es bastante frecuente encontrar mencionados derechos personales, que perturban la claridad de los asientos e introducen la duda en quien los consulta.

La Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 se preocupó por sanear el Registro de los derechos personales. En primer lugar, negando la consideración de gravámenes a los derechos personales no asegurados especialmente y disponiendo que «deberán ser cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada» (art. 99, que sería el art. 98 en el Texto Refundido de 1946). Y en segundo lugar, estableciendo en su Disposición Transitoria la que «... las menciones... de derechos personales que existan en los Registros de la Propiedad en la fecha de esta publicación, caducarán y no surtirán efecto alguno una vez transcurrido el citado plazo de dos años, pasado el cual podrán ser canceladas por los Registradores, de oficio o a instancia de parte.» El artículo 355 del Reglamento de 1947 (actualmente, art. 353.3), incluye, además, expresamente los derechos personales entre las circunstancias que no deben recogerse en la certificación de cargas y cuya cancelación el Registrador entiende solicitada por el solo hecho de expedirse aquella (en el texto vigente, también cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado).

En realidad, la *mención* en sentido técnico registral ha de ser de un derecho que, de cumplir todos sus requisitos, puede ser objeto de inscripción separada en asiento propio. Los derechos personales, en cambio, nunca debieran inscribirse. Pero, aparte esta imprecisión, el deseo de los legisladores de 1944 en la eliminación de los derechos personales era patente, como resulta de los medios puestos en juego para ello.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, confirmando lo expuesto, ha declarado que los derechos personales no tienen acceso al Registro, salvo que se asegure su cumplimiento con hipoteca u otra forma de garantía real (Resolución de 4 de noviembre de 1968).

Concretamente, tratándose de una condición resolutoria a título personal, la Dirección declara que puede cancelarse por solicitud o al expedirse certificación de cargas (Resoluciones de 19 de julio y 10 de octubre de 1973).

Del mismo modo, en caso de *tanteo y retracto de carácter personal*, no tienen la consideración de gravámenes y pueden cancelarse por aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria (Resolución de 19 de septiembre de 1974).

6.2. MENCIONES DE LEGÍTIMA O AFECCIONES POR DERECHOS LEGITIMARIOS Y LEGADOS NO LEGITIMARIOS

Texto Refundido de 8 de febrero de 1946. Disposición Transitoria Primera:

«Caducarán y no surtirán efecto alguno, siendo canceladas de oficio o a instancia de parte, aunque hubiesen sido relacionadas o referidas en títulos o inscripciones posteriores:

B) Las menciones de legítima o afecciones por derechos legitimarios que se refieran a sucesiones causadas con más de treinta años de antigüedad en 1 de enero de 1945. Para las menciones de esta clase, de origen más reciente, el plazo de caducidad establecido en el artículo 15 comenzará a contarse desde el 1 de julio de 1945, sin que en ningún caso exceda de treinta años, contados desde la fecha de defunción del causante.»

Reguladas en el artículo 15 de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, las impropiaamente llamadas «menciones de legítima o afecciones por derechos legitimarios» (*vid.* arts. 15 de la Ley Hipotecaria vigente, 83 a 88 de su Reglamento) que se practican en la inscripción de los bienes hereditarios cuando la herencia tenga ingreso en el Registro antes de transcurridos veinte años desde el fallecimiento del causante, realmente, no son menciones, sino una verdadera carga real que se constituye en garantía del pago de las legítimas (ROCA). Si bien, como decía DE LA RICA, resulta incongruente, en una Ley que suprime las menciones, regular una nueva forma de las mismas. Ofrecen la particularidad de que se establece su caducidad, en régimen normal, cumplidos veinte años pero que se cuentan desde el fallecimiento del causante, dato extrarregistral que supone un obstáculo a la cancelación automática por aplicación del artículo 353.3 (antiguo art. 355) del Reglamento Hipotecario. En régimen transitorio, hemos visto cómo se estableció que el plazo de caducidad en ningún caso

podía exceder de treinta años, contados también desde la defunción del causante, variante añadida por el Texto Refundido de 1946 al de la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley de Reforma.

En cambio, el artículo 98 de la Ley Hipotecaria incluye también entre los derechos que no tienen la consideración de gravámenes «los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal». Si transcurren los ciento ochenta días que la Ley concede a los legatarios de dicha clase (arts. 48 y 49 LH) para hacer constar su derecho, sin que lo hicieren, inscribiéndose después la herencia con la expresión registral del legado (que el art. 51.7 del Reglamento prohíbe), esta expresión no puede considerarse como mención ni como gravamen. Así resulta del artículo 98 de la Ley, aunque se trata de una figura próxima a la mención y que recibe su mismo tratamiento cancelatorio, siéndole igualmente de aplicación la cancelación automática del artículo 353.3 RH (art. 355 en el texto reglamentario de 1947, como venimos reiterando).

Se refiere también el texto —comentaba DE LA RICA— a los *legados* como asientos susceptibles de cancelación por caducidad, y debe entenderse que alude las *menciones de legados no legitimarios* (de cantidad, de pensiones, etc.), que suelen mencionarse en las inscripciones de herencia. Si han sido objeto de anotación preventiva, la caducidad será la general de las anotaciones; y si han sido inscritos especialmente, no están sujetos a caducidad.

6.3. EXPRESIÓN REGISTRAL DEL APLAZAMIENTO DE PAGO DEL PRECIO

A) *Simple expresión sin garantía*

Recuerda MENCHÉN BENÍTEZ cómo la doctrina notarial (FLÓREZ DE QUIÑONES, GONZÁLEZ PALOMINO y SANZ FERNÁNDEZ) era contraria a la constancia registral de la forma de pago del precio, cuando no está garantizado en forma «real», por temor a que el adquirente no fuera considerado tercero de buena fe.

El artículo 11 de la Ley de Reforma de 1944 dispuso, con toda claridad, que «la sola expresión del aplazamiento del pago del precio no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice su efectividad con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa».

Tras la reforma, los artículos 10 y 11 del Texto Refundido de 1946 no dejan ya lugar a dudas. Es la propia Ley la que prescribe la constancia registral de la forma de pago (art. 10) y la no producción de efectos en perjuicio de tercero si no se asegura con hipoteca o con-

dición resolutoria (art. 11), sin que el simple conocimiento de haberse aplazado el precio implique complicidad en el fraude o pérdida de la buena fe (art. 37.4.b) LH).

La Jurisprudencia Hipotecaria ha confirmado ampliamente los textos legales.

La Resolución de 30 de abril de 1958 explica que el aplazamiento de pago no es una mención en sentido técnico, sino una circunstancia que forma parte del contenido del negocio inscribible. Por ello, confirmó la nota del Registrador que se negó a cancelar un precio aplazado anterior a la reforma no asegurado especialmente.

En la de 24 de julio de 1991, el Centro Directivo declara que la expresión en la inscripción de la compraventa del aplazamiento de pago del precio que no esté garantizado especialmente con hipoteca o condición resolutoria, no perjudica a terceros, pero es circunstancia que la ley obliga a consignar en el asiento y, por ello, no constituye una mención en sentido técnico que pueda ser cancelada por simple solicitud o instancia suscrita por el comprador, siendo preciso acudir a la norma general para extender la nota prevista en el art. 58 RH, que constate que el pago ha tenido lugar.

Para coordinar el artículo 51.7.^a del Reglamento Hipotecario («En ningún caso se indicarán... los aplazamientos de precio no asegurados especialmente.»), con el artículo 10 de la Ley, proponía MENCHÉN la siguiente fórmula: «... vende, por precio de 10.000 pesetas, pagadas 5.000 al contado y quedando aplazado el pago de las otras 5.000 en condiciones que no se transcriben por carecer de trascendencia real». Lo cual no es obstáculo para que si se presenta el documento notarial de pago se haga constar por nota marginal (conforme al art. 58.1 RH).

B) *Expresión con garantía*

La Resolución de 11 de diciembre de 1974 rechazó la inscripción del pacto en el que «la caducidad del derecho que en su día se pretende sea cancelado, tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Se trataba de una venta con condición resolutoria a la que se fijaba un plazo de treinta y cinco meses, desde la fecha de la escritura, si antes no se ejercitaba el derecho a la resolución, consintiendo expresamente el vendedor para la cancelación automática de la condición por aplicación (convencional) del artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

En cambio, la propia Dirección General, en la Resolución de 28 de noviembre de 1978 —en un caso sustancialmente idéntico—, permite la inscripción de la cláusula, para «evitar que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que, según los propios asientos del Registro está extinguida; y en esto se diferencia del supuesto que motivó la Resolución de 11 de diciembre de 1974, que versaba sobre cancelación automática por caducidad del asiento» (penúltimo Considerando).

Al estudiar la posible eficacia de la caducidad pactada en materia de inscripciones de hipoteca, decíamos que el Centro Directivo no mantiene una doctrina clara y definitiva sobre el particular (*vid.* más arriba, epígrafe 5.3). Lo allí dicho estimamos que es aplicable, *mutatis mutandi*, al supuesto ahora contemplado: si el término que establezca la caducidad es claro, de modo que no ofrezca duda de la voluntad de las partes sobre la extinción de la garantía del precio aplazado que implica la condición, la cláusula sería inscribible; pero la realidad de la cancelación, la técnica registral para hacerla efectiva, es algo que escapa a la voluntad de las partes y debe discurrir por los cauces generales de la legislación hipotecaria, en especial, las normas sobre cumplimiento o incumplimiento de condiciones (arts. 23 de la Ley, 56 y 177 del Reglamento) y no por la vía del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario, que está pensado para la caducidad que se produce «con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

6.4. RETRACTOS CONVENCIONALES

Los retractos convencionales, configurados con trascendencia real, son un caso representativo de caducidad, al constar en el Registro el término estipulado para la retroventa. Su cancelación es procedente por aplicación del art. 82, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria.

MENCHÉN estimaba excesivas las exigencias del Reglamento de 1915 de reclamación al Registrador presentando el título que produjo la inscripción. No obstante, del actual art. 174 del Reglamento Hipotecario se sigue la necesidad de presentar la misma escritura de constitución del derecho de retracto convencional, pues de ella es de la que resulta que el derecho ha caducado o se ha extinguido.

5. ARRENDAMIENTOS

En el segundo de sus trabajos sobre cancelación de cargas caducadas (*RCDI*, 1962: ver Bibliografía, al final), BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ se ocupó de la cancelación de los *arrendamientos inscritos*. Son asientos can-

celables —señalaba—, a tenor de lo dispuesto en el artículo 82, párrafo 2.º LH (RR 5-12-1900, 13-8-1908, 30-11-1900). El trámite será el del artículo 174 RH: «La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción será título suficiente para cancelarla si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido». Ahora bien, esa escritura de un arrendamiento antiguo es, a veces, de imposible o muy difícil localización. Se recurría a la técnica de solicitar una del Registro para presentarla como título suficiente, solución rechazable. O se cancela sin más, sobre la base de que el derecho ya está extinguido.

En este último sentido, la Resolución de 24 de marzo de 1959 estimó suficiente una instancia, argumentando: que el excepcional trato de derecho real otorgado al arrendamiento, no puede extenderse ilimitadamente una vez transcurrido el término fijado en el contrato, cuando de los términos de la inscripción no se deduzca directamente la posibilidad de que el plazo se prorrogue con fuerza real, y mucho menos, si se tiene en cuenta que en nuestra técnica hipotecaria el usufructo, derecho real indiscutible de mayor densidad y características más tradicionales, se cancela mediante la prueba auténtica de su extinción por el transcurso del tiempo o causa análoga.

Todo esto llevaba a MENCHÉN a admitir la cancelación de arrendamientos mediante instancia.

Más recientemente, el problema ha sido exhaustivamente estudiado, en un excepcional trabajo sobre la «Cancelación de Arrendamientos» (RCDI 1974, núm. 504), por el malogrado Registrador de la Propiedad CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ. Planteaba así el problema del saneamiento del Registro de los arrendamientos ya desaparecidos en la realidad jurídica extrarregistral: cuando no son meras menciones —decía— hay que certificar de ellos como subsistentes, si no fueron oportunamente cancelados, pese al íntimo convencimiento del Registrador de su extinción (como es el caso del arrendamiento antiguo sobre una finca rústica hoy urbana edificada con el arrendamiento arrastrado sobre cada uno de los pisos).

Tratándose de *arrendamientos rústicos ordinarios*, la dificultad que para la cancelación pueda suponer la posible prórroga a espaldas del Registro está resuelta por la Jurisprudencia. La Dirección General de los Registros ha reiterado (Resoluciones de 30 de noviembre de 1900, 13 de agosto de 1908, 24 de marzo de 1919) que el transcurso del plazo convenido es suficiente para la cancelación, sin que el hecho de haberse prorrogado el contrato, según la mera opinión del Registrador, puede impedir aquella, al tener que calificar este funcionario por los libros del Registro y los documentos presentados. El Tribunal Supremo, por su parte, declara que el arrendatario no desahuciado, pero ocupante de una finca con arrendamiento extinguido, tiene el concepto de precarista (Sentencia de 23 de junio de 1919); y que el retraso del arrendador en el desahucio no supone

prórroga en favor del arrendatario (Sentencias 17 de enero y 25 mayo de 1946; 8 de julio de 1963; 25 de mayo de 1964, entre otras). Si se diera el caso de que el arrendatario no desahuciado pague la renta al arrendador y éste la acepte, estaríamos —dice GARCÍA RODRÍGUEZ— ante una nueva relación jurídica que, aunque fuese estimada como modificativa del anterior contrato, no tendría trascendencia registral sin una nueva inscripción.

Tratándose de *arrendamientos rústicos especialmente protegidos, protegidos y no protegidos*, GARCÍA RODRÍGUEZ estudia detalladamente los diferentes supuestos, atendiendo principalmente a la cuantía de la renta, fecha del contrato y diferente legislación aplicable. A su minucioso estudio, imposible de resumir aquí, nos remitimos.

Otro tanto haremos en relación con los *arrendamientos urbanos*, en los que —como dice nuestro autor— es regla general la prórroga obligatoria desde la Ley de 31 de diciembre de 1944, lo cual tiene indudable trascendencia cuando lo que se trata es de cancelar los arrendamientos por vencimiento del plazo contractual. Las vicisitudes por las que ha pasado la prórroga legal encontraron su punto álgido en el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, cuyo artículo 9.º permite estipular libremente la duración del contrato de arrendamientos de viviendas y de locales de negocios.

En el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 9.º) se establece una duración mínima, como regla general, de cuatro años. El Proyecto establece, no obstante, la subsistencia durante cuatro años de los arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca, sin que se prevean medios registrales de publicidad de tales arrendamientos. Lo cual —como explica GARCÍA GARCÍA— va a repercutir negativamente en la necesaria transparencia de las subastas, pues el postor no podrá conocer la existencia de un arrendamiento no inscrito. Es muy conveniente establecer el requisito de publicidad registral de los arrendamientos para su eficacia en el procedimiento de ejecución hipotecaria, lo cual haría innecesaria la propuesta reforma del artículo 131 LH para dar entrada en uno de sus trámites al arrendatario de la finca hipotecada (*vid.* sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992, de 16 de enero). La Ley Hipotecaria evitaría, igualmente, que cualquier persona interesada en un procedimiento de ejecución, pueda caer en indefensión (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992), pues la ignorancia de la Ley Hipotecaria no excusa de su cumplimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1992).

6.6. RÉGIMEN DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

La constancia registral en las fincas de su afectación a algún régimen de Viviendas de Protección Oficial, da lugar a no pocas dudas sobre su subsistencia, cuya consecuencia más importante es la limitación que supone para el titular en la movilización financiera del inmueble. El saneamiento del Registro de estas limitaciones constituye un problema de particular urgencia, y no poca dificultad, si tenemos en cuenta la pluralidad de regímenes legales en la materia.

HERNÁNDEZ CRESPO, efectivamente, explica que, si bien el Real Decreto-ley de 31 de octubre de 1978 crea una única categoría o clase de Vivienda de Protección Oficial, del propio Decreto resulta la existencia de diversos regímenes, cada uno con su específica legislación reguladora y plazo de duración. Del excepcional trabajo de este autor, clarificador de tan compleja materia, extractamos algunos datos sobre normativa y duración del régimen, según las distintas categorías de viviendas, remitiendo, en todo lo demás, al completísimo e insuperable estudio original: a) *casas baratas*, reguladas por el Real Decreto de 8 de julio de 1922 y el Real Decreto-ley de 10 de octubre de 1924, con un plazo de duración de cincuenta años desde su terminación. b) *Viviendas para la clase media*, regidas por el Real Decreto-ley de 29 de julio de 1925, Ley de 25 de noviembre de 1944 y Decretos-leyes de 19 de noviembre de 1948 y 27 de noviembre de 1953; la duración del régimen es de veinte años desde la calificación definitiva. c) *Viviendas protegidas*, Ley de 19 de abril de 1939 y Decreto de 8 de septiembre de 1939, con veinte años de duración del régimen desde la calificación definitiva. d) *Viviendas de tipo social*, Ley de 14 de mayo de 1954 y Decreto-ley de 3 de abril de 1956, cuyo régimen tiene una duración de veinte años, desde la calificación definitiva. e) *Viviendas de renta limitada*, regidas por la Ley de 15 de julio de 1954 y Reglamento de 24 de julio de 1955, cuyo régimen dura veinte años desde la calificación definitiva. f) *Viviendas subvencionadas*, Ley de 13 de noviembre de 1957, que las crea como categoría de las de Renta Limitada, Decreto de 22 de noviembre de 1957 y Orden de 1 de febrero de 1958, cuyo régimen dura veinte años, como las de Renta Limitada. g) *Viviendas de Protección Oficial*, reguladas por la Ley de 23 de diciembre de 1961, Texto Refundido de 24 de julio de 1963 y Reglamento de 24 de julio de 1968, cuyo régimen dura cincuenta años desde la fecha de su calificación definitiva, siempre que fuere posterior a 1969, pues, si es anterior, durará solamente veinte años. h) *Viviendas Sociales*, creadas por el Real Decreto-ley de 30 de julio de 1976, como comprendidas dentro del Grupo II de las de Protección Oficial, desarrollado por el Decreto de 16 de septiembre de 1976 y la Orden de 24 de noviembre del mismo año; su régimen dura cincuenta años desde la calificación. i) *Viviendas Texto Refundido de 1976*; se rigen por el Decreto de 12 de

noviembre de 1976, siéndole de aplicación el Reglamento de 24 de julio de 1968; su régimen dura cincuenta años desde la fecha de la calificación definitiva. j) *Viviendas de Protección Oficial*, reguladas, en este caso, por el Real Decreto-ley de 31 de octubre de 1978 y el Decreto de 10 de noviembre del mismo año, iniciadas y construidas conforme a esta normas o que se hayan acogido a ellas dentro de los plazos legales; su régimen dura treinta años a partir de la calificación.

Resumiendo, con dicho autor, podemos decir que los plazos de vigencia del respectivo régimen son: 1.º De *veinte años* para las viviendas comprendidas en los apartados *b), c), d)* y *e)* (éstas salvo que tengan concedidos auxilios económicos directos, en cuyo caso el régimen durará hasta que sean reintegrados), *f)* y *g)* (siempre que la Calificación provisional sea anterior a 1 de enero de 1969). 2.º De *treinta años*, las del apartado *j)*. 3.º De *cincuenta años*, las de los apartados *a), g)* (siempre que tuvieran la Calificación provisional con posterioridad a 1 de enero de 1969), *h)* e *i)*.

Según el artículo 146 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, el transcurso del plazo de vigencia del régimen determinará «sin necesidad de declaración especial la extinción de cuantas limitaciones impone el régimen legal y, en consecuencia, la aplicación a las viviendas de que se trate de las prescripciones ordinarias de la legislación común, *cancelándose de oficio en el Registro de la Propiedad* las afecciones que se hubieren producido como consecuencia de lo dispuesto» en el artículo 99 del mismo Reglamento, es decir, la nota marginal de Calificación definitiva y las demás afecciones derivadas de la condición de Viviendas de Protección Oficial.

La cancelación por transcurso del plazo de vigencia del régimen procede, pues, por aplicación de los dos primeros párrafos del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario, cuando se solicite certificación de cargas o se practique cualquier asiento relativo a la finca. Y no parece ofrecer duda que también pueden solicitarla los interesados.

Pero, además, el artículo 353.3, último párrafo, del Reglamento Hipotecario dispone lo siguiente: «Cuando se solicite certificación de fincas que hayan obtenido la calificación definitiva de «Viviendas de Protección Oficial» no se comprenderán en aquélla, y se podrá proceder a su cancelación en la forma prevenida en el párrafo anterior, las *afecciones* que, por este concepto, sean *anteriores* a la nota marginal por la que se haya hecho constar en el Registro dicha calificación definitiva». Con ello, se hace posible la cancelación de las afecciones anteriores a la nota marginal de Calificación definitiva, aun antes del transcurso del plazo de vigencia del régimen especial.

Por último, BADÍA SALILLAS plantea el problema de cancelación de las notas registrales de afección al pago de la liquidación cautelar en el caso de exención provisional derivada de la adquisición de terrenos (o caso menos

frecuente, de un derecho de superficie) para construir viviendas de protección oficial. Estima que, por analogía con lo dispuesto para las notas de afección por razón de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, esta notas caducan, como máximo, a los cinco años, contados desde que hubieran transcurrido tres desde la fecha del documento de adquisición, en el que ha de constar la finalidad constructiva, sin haberse obtenido la calificación provisional.

6.7. URBANISMO

Aunque de origen más reciente, la legislación del suelo utiliza la publicidad registral para la constancia y garantía de determinadas cargas y afecciones derivadas del proceso urbanizador. Las respectivas normas deben tenerse en cuenta, ante lo que debe ser permanente labor de purga de los asientos registrales de derechos ya extinguidos.

El Reglamento de Reparcelaciones del Suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana de distinguir: 7 de abril de 1966, estableció en el plazo de cinco años desde su fecha, la caducidad de las notas marginales de afección de las fincas resultantes de la ejecución de los planes al pago de los costes de la urbanización (art. 45.7).

En la legislación urbanística vigente, hay que distinguir:

A) *Obligaciones generales del sistema de actuación*

La Ley del Suelo de 1992 y el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 (vigente en parte), prevén la extensión de una nota marginal acreditativa de la iniciación del expediente de *reparcelación* o de la afección de los terrenos comprendidos en una unidad de ejecución al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de *compensación*.

Esta nota tendrá una duración de *tres años* y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia del órgano o Junta que hubiere solicitado su práctica (arts. 102 y 169 RGU, 310.1 y 2 TR de 1992).

B) *Garantías registrales de la cuenta de liquidación*

Se establece como garantía de los costos que debe satisfacer cada finca, la afección real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cartas y pago de los gastos de urbanización (arts. 167 TR; 102.2, 126 y 178 RGU).

Además de la transmisión a la Administración de los terrenos de cesión obligatoria y la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas, el acuerdo aprobatorio de la *reparcelación* produce otro importante efecto: «Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente» (art. 167 TR).

Más específicamente, el RGU (art. 126.1) dispone que «las fincas resultantes quedarán afectadas con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcación aprobado que a cada una se le asigne.»

En relación con el *sistema de cooperación*, el Reglamento de Gestión urbanística (art. 186.3) dispone que cuando sea necesaria la reparcación, se estará a lo establecido para la misma. Cuando la reparcación sea innecesaria, el único efecto que se produce, en el orden registral, es la «afectación real de las fincas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de cooperación» (art. 188.3.b) RGU). Aunque en este caso, el RGU no remite al artículo 102 (como respecto de la compensación dispone el art. 169.3), ni hace alusión al Registro de la Propiedad, es obvio que la única manera de hacer eficaz la afección es su constancia en la inscripción de la finca respectiva (a la clase de asiento registral, se aludirá más abajo).

En relación con la *compensación*, el RGU, por su parte, establece que «las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas con carácter real al pago de la cantidad que corresponda a cada finca en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, y en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes» (art. 178).

Se trata, pues, de una distribución de la carga por costes entre todas las fincas, aunque la Junta de Compensación, con arreglo a los Estatutos, podrá concentrarla en solo alguna o algunas.

De esta afección, deben destacarse:

a) *Naturaleza y alcance*. Esta afección supone la constitución de un verdadero *derecho real de garantía* sobre las parcelas adjudicadas como resultado del sistema de actuación. Para GONZÁLEZ SALINAS no debería aprobarse ni inscribirse un proyecto de compensación sin la constitución de esta garantía real. Lo que garantiza es el presupuesto «previsto» de los costes de urbanización y, en su día, «el saldo definitivo» que, de momento, no puede conocerse. Por esta razón, la afección tiene un juego similar a la *hipoteca de máximo*.

La legislación urbanística equipara en este punto el procedimiento reparcatorio, definido como tal, y la compensación como sistema

de actuación. «Esta afección —dice el art. 178.2 del RGU— tendrá la misma preferencia y duración que la señalada en el artículo 126 de este Reglamento para la de la cuenta del procedimiento reparcelatorio...» Es decir, «será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos en favor del Estado a que se refiere el número 1 del artículo 1.923 del Código Civil y a los demás créditos tributarios a favor del Estado, que estén vencidos y no satisfechos y se hayan hecho constar en el Registro antes de practicarse la afección...».

En cuanto a las hipotecas y cargas, habrá que entender que son aquellas que se hayan inscrito con posterioridad a la nota marginal acreditativa de la iniciación del expediente de reparcelación (*vid.* art. 102.2 RGU).

b) *Clase de asiento registral.* El artículo 178 RGU no precisa la clase de asiento que deba extenderse, pero —como señala GONZÁLEZ SALINAS— por la simultaneidad exigida entre adjudicación y gravamen, habida cuenta que la determinación de la afección es uno de los requisitos fundamentales de la reparcelación y no cabe la inscripción parcial del documento, el asiento adecuado debe ser el de *inscripción*.

No obstante, en los casos en que los títulos de adjudicación aparecieran ya inscritos, si se presenta después el documento acreditativo del saldo definitivo de la cuenta de liquidación, la *nota marginal* sería asiento adecuado a los efectos de la publicidad registral de la garantía real. Aunque puede parecer excesivo —por la analogía de esta afección con la hipoteca de máximo—, no faltan antecedentes legales de hipoteca por nota, como es el caso de la hipoteca en garantía de aplazamientos y fraccionamientos de pago del impuesto.

c) *Duración y cancelación.* Hemos apuntado más arriba que tanto la nota de afección derivada del expediente reparcelatorio como la derivada del sistema de compensación, tienen, además de la misma preferencia, la misma duración (*vid.* arts. 178.2 y 126.3 RGU). Por tanto, se habrá extinguido y procederá su cancelación:

- *Por pago de la cuenta* Una vez pagada la cuenta de liquidación definitiva o costes de urbanización correspondientes a la finca de que se trate. El título cancelatorio será la instancia de parte interesada, a la que se acompañe certificación del órgano actuante, si se trata de reparcelación, o de la Junta de Compensación (que no podrá expedir hasta tanto no hayan sido recibidas las obras por el órgano actuante), expresivas de dicho pago (arts. 126.3, párrafo 1.º, y 178.2 RGU).
- *Por caducidad.* A los *dos años* de haberse hecho constar el saldo de la liquidación definitiva, y si no constare, a los *siete años* de haberse extendido la nota de afección. En este caso, la cancelación se hará

a instancia de parte interesada o de oficio al practicarse algún otro asiento o expedirse certificación relativa a la finca afectada (art. 126.3 RGU).

Como se ve, el Reglamento de Gestión Urbanística hace aquí una específica aplicación del sistema de cancelación automática establecido en el artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BADÍA SALILLAS, ANGEL: «Cancelación de las notas de Viviendas de Protección Oficial», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1988, págs. 1958 y sigs.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, RAFAEL: «La prescripción de la acción hipotecaria desde la perspectiva de la Ley de 8 de febrero de 1861», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1979, pág. 729.
- CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *La provisionalidad de los asientos y su aplicación a los que se practican en el Registro de la Propiedad*, Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1988.
- DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN: «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945.
- *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Primera Parte: Innovaciones. Madrid, 1948, págs. 336 a 348.
- *Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1959, págs. 144 y sigs.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella» (Crítica de la Sentencia de 23-F de 1991), en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, noviembre-diciembre 1991, págs. 2225 y sigs.
- «Las subastas hipotecarias y los arrendamientos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 622, mayo-junio 1994, págs. 1293 y sigs.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, CARLOS: «Cancelación de arrendamientos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 504, septiembre-octubre 1974, págs. 1091 y sigs.
- HERNÁNDEZ CRESPO, CARLOS: «Viviendas de Protección Oficial», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 211, abril 1985, págs. 563 y sigs.
- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA: *Fuentes y Evolución*, Tomo I, Leyes

- de 1861 y 1869, Tomo II, Leyes de 1909. Centro de Estudios Hipotecarios. Editorial Castalia, 1974, Tomo III, Leyes de 1944 y 1946, edición de 1990
- MENCHÉN BENTÉZ, BARTOLOMÉ: «Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 243-244, agosto-septiembre 1948, págs. 567 a 571.
- «La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 414-415, noviembre-diciembre 1962, págs. 812 a 839.
- PARDO NÚÑEZ, CELESTINO RICARDO: «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 614, enero-febrero 1993, págs. 111 a 164.
- PRADA ALVAREZ-BUYLLA, PLÁCIDO: «Extinción de asientos registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, págs. 811.
- ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA: *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 6.^a edición. Bosch, Barcelona, 1968.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX: «Purga de los arrendamientos posteriores a la hipoteca», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad*, 1989. págs. 2425 y sigs.
- RUBIO LINIERS, SANTIAGO: «La prescripción extintiva del crédito hipotecario». en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, septiembre-octubre 1978. págs. 955 y sigs.
- RUIZ ARTACHO, J.: «La caducidad del derecho inscrito y la de las menciones y asientos del Registro de la Propiedad. Causas que dificultan la aplicación de las tres primeras disposiciones transitorias de la vigente Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 227, abril 1947, págs. 242 a 251

La hipoteca, el Registro de la Propiedad y la Ley de 30 de diciembre de 1944: breves acotaciones históricas

A mi madre, y en memoria de mi hermana María Milagrosa (q.e.p.d.), con mi cariño imperecedero.

«Siempre pervivirán aquellas normas jurídicas que se entrañen en el espíritu y conciencia de los pueblos»

(SAVIGNY).

SUMARIO· INTRODUCCION.—DERECHO ESPAÑOL: HACIA LA LEY HIPOTECARIA DE 1861. ANTECEDENTES REMOTOS.—UN ANTECEDENTE PROXIMO: LAS CONTADURIAS DE HIPOTECAS.—LA LEY DE 1861.—LA REFORMA DE 1869.—EL CODIGO CIVIL Y LA HIPOTECA.—LA LEY DE 1909.—LA REFORMA DE 1944.—CONCLUSIONES CRITICAS.

INTRODUCCION

El concepto de relación obligatoria implica dos distintos elementos: el débito o deuda, y la responsabilidad o garantía: *schuld* y *haftung*, que como considera HERNÁNDEZ GIL en su concepción integradora de la obligación, no ocupan planos desiguales, sino que resultan complementarios. A esta tendencia integradora que defiende la generalidad de la doctrina no sólo extranjera (BONFANTE, LARENZ...), sino también española (el citado HERNÁNDEZ GIL, ESPÍN, ROCA, PUIG BRUTAU, ALONSO PÉREZ...), no es ajeno nuestro Código Civil. El concepto del débito aparece recogido en el artículo 1.088, en

tanto que la noción de responsabilidad la formula el artículo 1.911, cuando prescribe que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

De aquí que nos parezcan acertadas definiciones como la de BONFANTE: la obligación es aquella «relación jurídica en virtud de la cual uno o más sujetos tienen el derecho de exigir una determinada prestación o en su defecto una congrua satisfacción patrimonial, y otro u otros tienen el deber de cumplirla, o *de responder con su patrimonio*». Vamos a detenernos en este segundo elemento: la responsabilidad o garantía.

Este principio de que el deudor responde con su patrimonio, no es sino el fruto de la evolución histórica que fue trasladando la ejecución desde la persona del deudor a sus bienes. En efecto, en el Derecho antiguo era la persona del deudor la que respondía de sus obligaciones. Así, en el Derecho romano, como precisa BONFANTE, la eficacia del *nexum* significaba en su origen, «que el deudor era reducido a la condición de esclavo». Y como el esclavo (SCHULZ) no es sujeto, sino objeto de derecho, en principio el acreedor insatisfecho puede hacer de él lo que le plazca: venderlo (recordemos la institución de la venta trans Tiberim), donarlo, castigarlo, incluso matarlo.

Un paso importante en la transformación de la responsabilidad se debe a la Ley Poetelia (326 antes de Cristo), que abolió la institución del *nexum*, y más tarde la introducción de la *bonorum venditio* hacia finales de la República, gracias a la cual el procedimiento de ejecución fue adquiriendo claros tintes patrimoniales. Mas como señala DÍAZ PAIRO, el principio de responsabilidad personal, si bien ya en regresión, siguió existiendo junto con el de responsabilidad patrimonial durante toda la vigencia del Derecho romano, y hasta bien entrada la Edad Media. Es más, el Código Civil francés en su redacción originaria, conoció la prisión por deudas o apremio personal (*contrainte par corps*); no es pues, sino hasta mediados del siglo XIX, cuando triunfa de un modo definitivo el sistema de responsabilidad patrimonial. Nuestro primer Cuerpo legal civil lo consagra en el artículo 1.911 que no hace mucho citábamos.

Y magistralmente resume CASTÁN TOBEÑAS las características generales de esta responsabilidad:

1. Se extiende a todos los bienes presentes y futuros, es por tanto, universal.
2. Pero no a los que en el momento de la reclamación no están en el patrimonio del deudor. Respecto de estos, sólo se les conceden a los acreedores las acciones tendentes a que vuelvan al patrimonio del deudor los bienes enajenados en fraude (de los acreedores, *consilium fraudis*), o a evitar que por la pasividad del deudor no entren en su patrimonio aquellos

derechos que se abstengan de ejercitar (acciones: revocatoria o pauliana, y acción subrogatoria, art. 1.111 del Código Civil).

3. A tenor del propio artículo 1.111, no se extiende la garantía a los derechos personalísimos, «inherentes a su persona».

4. No recae sobre bienes concretos, es una responsabilidad genérica, sobre todos los bienes. Excepcionalmente se permite el deslinde de responsabilidades (los llamados patrimonios separados) y otras veces, la propia Ley establece la preferencia de determinados créditos sobre determinados bienes: artículos 1.921 y siguientes del Código Civil.

5. En consecuencia, no existe como pretendían algunos autores (PACCHIONI y ROCCO) un derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor (*droit de gage général*); los acreedores, pues, más que un derecho sobre el patrimonio del deudor, tienen derecho a la solvencia de ese patrimonio. Un deudor solvente es un deudor responsable.

Pero aparte de esta garantía genérica de los créditos, que en los tiempos actuales aparece así formulada desde los tiempos más remotos, el Derecho ha arbitrado medios para asegurar la efectividad de los créditos. Son las llamadas garantías propiamente dichas.

Casi todos los autores, establecen (RUGGIERO, v.gr.) una doble clasificación de las garantías. De un lado, se habla de garantías legales (las hipotecas legales, el derecho de retención...) y convencionales (hipotecas voluntarias, anticresis...), según tengan su origen en la Ley o en el negocio jurídico; de otro, se clasifican las garantías en personales (la fianza, el aval, la cláusula penal...) y reales (prenda, hipoteca, anticresis...), según constituyan un vínculo de naturaleza personal o determinen un derecho real.

Posiblemente, anota SCHULTZ, la garantía más antigua (componente religioso) fuera el juramento (*votum*). Pero como matiza CASTÁN, el juramento puede ser una sólida garantía en el orden moral o religioso, pero de escasa eficacia en el terreno práctico y jurídico. Dispone el Código a este respecto en su artículo 1.260, que no se admitirá juramento en los contratos, y, si se hiciere, se tendrá por no puesto.

Descuidando el campo de las garantías personales puesto (que son extrañas al objeto de la institución del Registro de la Propiedad, art. 1.1 de la Ley Hipotecaria), examinemos sucintamente, la evolución de las llamadas garantías reales en el Derecho romano.

Hay que advertir, previamente, que en el *Derecho romano* no tuvieron la importancia que presentan en la época moderna. Cuando se trataba de asegurar el cumplimiento de obligaciones, los romanos acudían a una forma de garantía personal preferentemente: la *cautio* o fianza. Pero de todas formas, Roma conoció tres figuras primordiales de *iura in re aliena* de garantía: la *fiducia*, *pignus*, e *Hypoteca*.

- En términos generales, la *fiducia* consistía en la transmisión de la propiedad por *mancipatio*, a cuyo acto se acompañaba un pacto por el cual el receptor de la cosa o *accipiens*, se comprometía a la devolución de la misma, o a darle un cierto destino, cuando acaeciera una determinada circunstancia que se prefijaba (*fiducia cum amico contracta*... v.gr., transmisión de un esclavo para su ulterior manumisión). Sin embargo, en términos concretos, la primordial finalidad de la *fiducia* fue una finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación: *fiducia cum creditore contracta*. El deudor mediante la *mancipatio* transmitía el dominio de la cosa al acreedor, añadiéndose un pacto (*pacto fiduciae*) mediante el cual el acreedor *accipiens* se comprometía a devolver el dominio de la cosa al deudor, cuando la obligación fuere cumplida (*Ut ea res debito soluto remancipatur*). La acción que nacía de este pacto, pacto por tanto vestido, era la *actio fiduciae*.

Como vemos, con esta forma de garantía, el acreedor se hacía propietario de la cosa con todo lo que ello implicaba, todo para él pues, eran ventajas; en cambio el deudor soportaba todo inconvenientes: se veía privado de la propiedad, de sus frutos, no podía darla de nuevo en garantía aunque su valor fuere superior al de la deuda..., y sobre todo, la *actio fiduciae* no era una acción real, sino meramente personal, ejercitable únicamente contra el acreedor, no contra el tercero si la cosa el acreedor la hubiese enajenado.

- Con la prenda, *pignus*, se trató de evitar esta desfavorable posición del deudor. En el *pignus* no se transmitía al acreedor la propiedad de la cosa, sino el derecho a poseerla (*ius possidendi*), al que luego se unió la facultad (*ius distrahendi*) de enajenar la cosa dada en garantía, en el caso de incumplimiento de la obligación para reintegrarse con el precio de la misma. Pero no se olvide que este derecho de realización en el Derecho romano clásico había de pactarse (*pactum de distrahendo pignore*), y que no es hasta la época de los SEVEROS cuando se considera sobreentendido, requisito natural del contrato que diríamos ahora en el negocio de prenda. Sólo con JUSTINIANO, el derecho de realización en materia de prenda pasó a ser uno de sus elementos esenciales.
- La *Hypoteca* (del griego «someter una cosa a otra»), aparece como una variedad del *pignus*. En ella el traspaso posesorio se verifica cuando la deuda garantizada se incumple. Incumplida la deuda, como afirma ARIAS RAMOS, comienza —sea quien quiera el poseedor de la cosa en tal momento— el ejercicio del *ius possidendi* y del *ius*

distrahendi por parte del acreedor hipotecario. Como dice el maestro SCHULTZ, esta institución tuvo su origen en la especial configuración del agro romano, y en particular en los arrendamientos de fundos (apuntamos: la hipoteca conectada a los inmuebles). Efectivamente, el arrendatario o colono llevaba al fundo arrendado animales, aperos..., esclavos (*invecta et illata*) y la mayor parte de las veces pactaba con el arrendador que tales elementos de explotación sirviesen de garantía de la merced arrendaticia o del precio del arrendamiento y no pudiesen ser retirados hasta que la obligación quedase cumplida. Para ello, los pretores concedieron un interdicto posesorio al arrendador (interdicto llamado Salviano) sobre estos *invecta et illata*. En un momento posterior, el Derecho pretorio concedió una acción real (actio Serviana) que podía, en consecuencia, ejercitarse no solamente contra el deudor arrendatario, sino contra cualquiera que tuviese los *invecta et illata*.

Cuando esta garantía se extendió de los *invecta et illata*, por una parte, y de la obligación del arrendatario a pagar la merced arrendaticia, por otra, a *cualesquiera cosas y obligaciones*, surgió propiamente la hipoteca denominándose la acción que de ella emanaba *actio hypotecaria* o *actio quasi Serviana (Serviana utilis)*. Incluso conoció el Derecho romano clásico las llamadas hipotecas privilegiadas, es decir, aquéllas que aunque fueran de fecha posterior (el *prior tempore* característico de los derechos reales), los créditos garantidos con ellas se hacían efectivos con preferencia a los demás; así, v.gr., la hipoteca general de la que gozaba el fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes (posiblemente —WIEACKER— el único caso de hipoteca legal del Derecho clásico) o la hipoteca a favor de la mujer sobre los bienes del marido para garantizar la devolución de su dote.

No obstante, lo más característico de la hipoteca en el Derecho romano quizá sean estas dos notas:

- que no se diferenciaba adecuadamente del *pignus*: «*inter pignum et hypothecam tantum sonus nominis differt*»;
- que había una ausencia total de publicidad. El único resquicio eran las hipotecas llamadas públicas, que eran aquéllas que constaban en documento público (*pignus publicum*) o suscrito al menos por tres testigos (*pignus quasi publicum*), y fijémonos que curiosamente entraban dentro de la categoría de las hipotecas privilegiadas.

De la primera nota se deriva el que en el Derecho romano la hipoteca indiferentemente recaía sobre bienes muebles o inmuebles, aunque como

señala ROCA SASTRE era más frecuente en estos últimos por las razones prácticas de su inmovilidad. Con respecto a la segunda citamos al mismo autor: «requisito de publicidad, tan interesante en esta clase de derecho real, no existía ninguno, de manera que el signo de clandestinidad era el dominante...».

En punto a la *Anticresis* (uso en compensación) como dice BATLLE («La anticresis». *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. II, 1950), en la legislación de Roma no fue un contrato especial, sino un simple pacto que se agregaba a la prenda o a la hipoteca (*pacta vestuta*) para que el acreedor pudiese obtener los frutos de la cosa en compensación de los intereses si su crédito los producía. No fue pues conocida en el Derecho romano como un derecho real autónomo (*per se*) de garantía, y quizá tampoco en el Derecho griego, como opinan la mayoría de los tratadistas.

¿Y, quid de las garantías reales en el *Derecho germano*?

Nos dice ROCA SASTRE que en el Derecho germano se produce en esta materia, una evolución histórica muy semejante a la expuesta del Derecho romano, «si bien cronológicamente más retardada». Y así es. La figura primitiva fue la *altere satzung*, similar al *pignus* romano, puesto que lo que se transmitía era la posesión y no la propiedad. Más tarde aparece el *neure satzung*, que tal y como la hipoteca romana no requería el desplazamiento posesorio, pero se diferenciaba de la misma por su publicidad: está sujeta a «forma pública», y «más tarde a registro en los libros inmobiliarios». Esta nueva *satzung*, aunque en principio recaía sobre bienes muebles e inmuebles, debido a la importancia que para los germanos tuvo la clasificación de las cosas en bienes muebles e inmuebles y a su idea de publicidad frente a la clandestinidad del Derecho romano, terminó por recaer sólo sobre inmuebles. Forma pública, sobre inmuebles, publicidad libraria... tenemos ya los componentes de la hipoteca moderna (y téngase en cuenta que uno de los libros más famosos, el de la parroquia de San Martín de Colonia, data de 1135).

Terminamos ya esta introducción observando cómo la hipoteca va dejando atrás a las otras formas de garantía. Y no digamos en el Derecho actual.

¿Por qué? Recogemos estas palabras de FERNÁNDEZ DOMINGO (*La hipoteca como derecho de realización*, Tesis. Madrid, 1985): «Hablar de una universalidad responsable no deja de ser algo maravilloso que se agota en cuanto que esta deliciosa ficción choca con aspectos de la realidad. La responsabilidad de las personas, físicas o jurídicas ... es reducida a unos bienes concretos presentes, y a la posibilidad de otros, ya no tan ciertos; pero la hipoteca, de efectos mucho más miopes, sólo ve lo real... la certidumbre sobre lo que se traba, valora, somete a plazo y, llegado el caso, ejecuta».

DERECHO ESPAÑOL: HACIA LA LEY HIPOTECARIA DE 1861. ANTECEDENTES REMOTOS

En lo que atañe a España, prescindiendo de la etapa más primitiva, a medida que España va siendo conquistada por Roma, ésta impone su propia concepción del Derecho, y ya nos es conocido como el Derecho romano desemboca en una ausencia de publicidad. No obstante, hay autores como JERÓNIMO GONZÁLEZ, que incluso en este período citan ejemplos, como la *lex malacitana*, de un Registro de contratos. A nuestro juicio esta Ley, como otras similares (*Lex Urso*, *Lex Salpensa*.), no eran sino leyes especiales «municipales», y, por tanto, primordialmente se ocupaban de la organización de colonias y municipios.

Lo cierto es que en el *Derecho de Partidas* los conceptos de prenda e hipoteca aparecen englobados en la denominación genérica de «peño», y como indica ROCA SASTRE, con plena indiferencia de si la cosa dada en prenda es bien mueble o inmueble, dado que la nota básica diferencial continuó siendo el que haya o no apoderamiento de ella por el acreedor. En la Quinta Partida, Título XIII, se habla de «Los peños que toman los omes muchas vegadas por fer mas feguros que les fea mas guardado, o pagado lo que les prometen de fazer o de dar», y se define la institución del peño como aquella cosa que el hombre empeña a otro, apoderándole de ella «*e mayormente* quando es mueble». Y en la Ley II de este Título, al tratar de qué cosas pueden ser dadas en peños, se dice que se puede empeñar... cualquier cosa que sea nacida o por nacer. Sólo excluye la Ley III las cosas sagradas, las religiosas, las iglesias y los monumentos y otras cosas semejantes (lo que ahora llamaríamos cosas fuera del comercio de los hombres). Pero no se emplea el nombre de «hipoteca», que aparecerá, como dice GARCÍA GALLO, en la Ley 63 de Toro.

Son los *Fueros Municipales* quienes decididamente se lanzan a un sistema de publicidad inmobiliaria del dominio de las cosas y de los derechos reales impuestos sobre las mismas. Y la formalidad más generalizada es la *roboratio*. Así, el Fuero de Alcalá señala que se haga constar por escrito los contratos de venta de heredades y haciendas, y que «sea robrado en la colación exida de la misa». Y con más o menos variantes, los Fueros de Sepúlveda, Baeza, Consuegra o Plasencia, etc... Específicamente en cuanto a «cargas». BIENVENIDO OLIVER menciona como institución típica del Derecho de Baleares el «juicio de cargas» o «liberatorio de cargas», por el cual el comprador adquiriría el dominio de la finca, *libre de hipotecas y cargas*, merced a un juicio intimatorio consistente en un aviso o proclama instando a los que pudieran ser titulares de las mismas a denunciarlas ante la Curia o Juzgado (publicidad con intervención de autoridad). Otro sistema extendido (sobre todo para las donaciones) fue el de *insinuatio*, muy en particular

en Aragón, Cataluña o en el Reino de Valencia, que contenía al lado de la publicidad de testigos, la publicidad libraria.

Como decíamos en un reciente trabajo, a comienzos del siglo xv, en plena Baja Edad Media, el uso de las Reales Pragmáticas, sobre todo en Castilla, se ha extendido. Los reyes pretenden legislar libremente y sin limitación, con el solo asesoramiento del Consejo Real. Tratando de evitar las transmisiones y gravámenes clandestinos, Juan II (1423), por Real Pragmática de 21 de diciembre, ordena sancionar con pena de nulidad todas aquellas prebendas obtenidas o mercedes inmobiliarias si no se presentaban ante los Contadores mayores a fin de ser tomada su razón en sus libros. Tal disposición no tubo mayores logros, pero demuestra que ya la hipoteca se ceñía a los inmuebles.

También, como dice OLIVER en su «Derecho inmobiliario», en este sentido publicitario, las Cortes de Madrid de 1528 proponen al rey Don Carlos I que los contratantes y el Notario (Escribano) autorizante presentasen las escrituras de imposición y venta de censos y tributos en la secretaría del Ayuntamiento donde se otorgaran dentro de los treinta días siguientes. Pero el monarca, posiblemente viendo con recelo la medida, sólo dispuso que las cargas o gravámenes fuesen «advertidos» al adquirente, so pena de indemnización del duplo en caso de perjuicio.

Los abusos y el fraude que la clandestinidad comporta, proseguían. En un intento de luchar contra ellos, surge en 1539, la Pragmática de Don Carlos y Doña Juana, a juicio de la generalidad de la doctrina, la primera manifestación organizada de publicidad registral en España, dentro de su modestia. Por esta Real Pragmática se mandaba que en cada ciudad, villa, o cabeza de jurisdicción hubiese una persona que llevase un libro en que se registren los contratos de censos, tributos, imposiciones e hipotecas; y no registrándose en los seis días «no hagan fe, ni se juzgue conforme a ellos, ni por ellos sea obligado ningún tercero poseedor»... Mas a pesar de su intento loable y de que incluso las Cortes de Valladolid (en 1548 y 1555) reiteraron que la misma fuese cumplida, la Pragmática careció de efectividad.

Con los Borbones, reinando Felipe V, por Real Pragmática de 1713, se intenta poner en vigor estos Registros de Censos y Tributos y que los mismos se ubicaran en las casas capitulares. También vio el fracaso. Algunos autores justifican estos fracasos por el prolongado influjo de las Leyes de Partidas, o lo que es lo mismo, del Derecho romano con su sistema de clandestinidad en ventas e hipotecas. Ello puede que sea importante, pero no decisivo. Venimos sosteniendo que los fracasos se debieron a la técnica legislativa empleada. Las Pragmáticas se admiten cuando no se oponen a los fueros (que no segúan precisamente el sistema de clandestinidad), derecho consuetudinario o Leyes de cortes. Y mientras que en Castilla la legislación de Cortes se debilita, sobre todo a partir del siglo xvi, en los

restantes territorios de España, por el contrario, y como señala GARCÍA GALLO, la oposición de las Cortes a las Reales Pragmáticas que contradicen fueros o Leyes de Cortes «se mantiene inquebrantable». Por citar un ejemplo, pensemos que la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, por la que se organizan los Oficios o Contadurías de Hipotecas, tiene ya abonado el terreno por los Decretos de Nueva Planta de Felipe V y el espíritu del despotismo ilustrado, y que ni aún así va a regir en Navarra, territorio donde se aprueba una normativa semejante en 1817.

UN ANTECEDENTE PROXIMO: LAS CONTADURIAS DE HIPOTECAS

Bajo el reinado de Carlos V, una vez más, por el Consejo de Castilla en esta ocasión, se insta la aplicación de la Real Pragmática de 1539, y si era preciso, su modificación. Viendo que la misma era a todas luces insuficiente, PEDRO RODRÍGUEZ, Conde de Campomanes, y JOSÉ MOÑINO, Conde de Floridablanca, fueron designados por el antedicho Consejo, redactores de una Instrucción sobre organización de los Registros. El 31 de enero de 1768 se promulga la Real Pragmática, por la que se crean los Oficios de Hipotecas, pasando luego a denominarse Contadurías de Hipotecas. La disposición (con fuerza de Ley de Cortes) se aplicó en todo el territorio español, salvo, como sabemos, en Navarra.

Observa CAMY, con acierto, que su propia denominación marca de una forma clara el contenido de la institución: se trata de un Registro de gravámenes (Registro de Cargas) afectantes a bienes inmuebles. En efecto, los actos sujetos a registración eran:

- las imposiciones, enajenaciones o redenciones de censos o tributos;
- las ventas de bienes raíces gravados;
- las fundaciones de mayorazgos y obras pías;
- los actos en que se pactaba *hipoteca* expresa (quedaban al margen las hipotecas generales, las legales, tácitas y judiciales);
- y, por último, la liberación y redención de los censos, hipotecas y demás gravámenes reales.

«El sistema registral adoptado —anota MANZANO— adolecía, desde luego, de deficiencias técnicas: insuficiencia de los actos sujetos a toma de razón; excesivo número de hipotecas legales, tácitas y generales (LUZURIAGA explica que la generalidad era una cláusula de estilo en las escrituras de hipoteca); la ausencia de folio real y el sistema de toma de razón obstaculizaban la publicidad formal; su naturaleza de Registro de cargas —pensado para proteger a compradores y prestamistas— hacía que su influencia en el

fomento del crédito territorial fuese muy limitada; en fin, los efectos atribuidos a la registración eran muy escasos y meramente negativos». Suscribimos estas palabras. Y añade, a nuestro juicio con acierto, en descargo del Registro de gravámenes, que su desarrollo se vio dificultado por determinadas realidades, de las que pueden destacarse:

- a) los residuos del sistema feudal que hacían que el tráfico de bienes inmuebles fuera muy limitado, «pues la propiedad estaba en poder de la Iglesia, del Estado, de los Entes locales o de los mayorazgos»;
- b) la preponderancia de la riqueza pecuaria sobre la inmobiliaria por lo menos hasta el XIX;
- c) la resistencia de la nobleza a la publicidad inmobiliaria;
- d) el impuesto sobre ventas (alcabala), porque la publicidad del Registro impedía la ocultación.

Pragmática, pues, duramente juzgada por algunos autores, e incluso por la Exposición de Motivos de la Ley de 1861. Otros, a nuestro entender más acertados, la disculpan e incluso reivindicán tras más de doscientos años, bien por entender que difícilmente se podía haber logrado más, bien por considerar que contenía «el ordenamiento embrionario del moderno Registro de la Propiedad» (ROCA).

LA LEY DE 1861

En un principio, lo que podríamos llamar gestación de nuestro moderno Derecho Inmobiliario, va unida al impulso codificador. El primer cuerpo legal donde se intenta establecer los principios de un sistema hipotecario auténtico es el proyecto de Código Civil de don MANUEL M.^a CAMBRONERO, concluido a su muerte (1836), por don EUGENIO DE TAPIA, don TOMÁS M.^a VIZMANOS y don JOSÉ DE AYUSO.

En este proyecto se regulaban ya las hipotecas bajo los que luego serían llamados principios de publicidad y especialidad; mas dichos principios no se extendían ni al dominio ni a los demás derechos reales sobre bienes raíces. El hecho es que ni siquiera llegó a discutirse.

En el año 1843, la Comisión de Códigos elabora otro proyecto de Bases para el futuro Código Civil. Las bases 50 a 52 (hijas de LUZURIAGA) se ocupaban del sistema inmobiliario. Y en concreto, en la base 52 se proclamaba un sistema de inscripción, para unos constitutiva (LACRUZ), para otros necesaria (SANZ), al decir: «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público. «Esta

Comisión de 1843 fue sustituida por otra, de la que formaban parte BRAVO MURILLO, GARCÍA GOYENA, LUZURIAGA y SÁNCHEZ PUY, quienes ultiman el anteproyecto de 1848, que va a cuajar en el proyecto de 8 de mayo de 1851 (el conocido como de GARCÍA GOYENA).

Es debido al criterio transaccional entre la inscripción voluntaria y declarativa, y la inscripción constitutiva cuando no necesaria, representado por GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA, respectivamente, que la redacción de la conocida base 52 quedara así: «Para que produzcan efecto *en cuanto a terceros* los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de los bienes raíces en el Registro público».

Al fracasar el proyecto de Código Civil de 1851, que dedicaba al Derecho Inmobiliario dos títulos: el XIX, «Hipotecas», y el XX, «Registro de la Propiedad», se cae en la cuenta de que la codificación en España requería tiempo, como dice FRANCISCO CERVERA. En cambio, quizá por imperativos económicos (seguimos al mismo autor: «La década de 1851-1861», *Revista Crítica*, 1961), «la reforma hipotecaria se consideraba casi por unanimidad urgentísima e inaplazable; y en vista de ello se acudió al sistema... de llevar a una Ley, materia hipotecaria provisionalmente, esto es, hasta que pudiera integrarse en el futuro Código Civil». En resumen, la frase atribuida a BRAVO MURILLO: «Hagamos el Código Civil por partes».

A estos efectos, el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, fundamentaba la urgencia de la reforma con las siguientes palabras: «Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las Leyes Hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas... porque ni garantizan suficientemente la propiedad... ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza... ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales. Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace tiempo la reforma a no haberse creído que el Código Civil era lugar más oportuno para verificarla...; pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio y que es indispensable para la creación de los bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos de la cosa, *para poner límite a la mala fe*, y para libertar al propietario del yugo de los usureros despiadados». Comentando estas palabras en un reciente artículo nuestro, decíamos que mejor, no se puede justificar la necesidad de una reforma legislativa.

Tras la Orden de 10 de agosto del mismo año, dando instrucciones en cuanto a las bases sobre las que debía redactarse el proyecto de Ley Hipotecaria, la Comisión de Códigos creada el 1 de octubre de 1856, acaba el proyecto el 3 de junio de 1857, que SEIJAS LOZANO, como Ministro, presenta a las Cortes, pero no prosperó al ser suspendida la legislatura. El esfuerzo

parecía que iba a quedar una vez más, baldío. Y no fue así. FERNÁNDEZ DE LA HOZ retira de las Cortes el Proyecto para hacer las modificaciones oportunas el 9 de febrero de 1858. Y por fin, la comisión compuesta por don MANUEL CORTINA, como Presidente; don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, don PASCUAL BAYARRI, don JUAN MANUEL GONZÁLEZ ACEVEDO, don JOSÉ IBARRA, don MANUEL GARCÍA GALLARDO, don FRANCISCO CÁRDENAS, y don ALEJANDRO DÍAZ ZAFRA, como Secretario, termina el Proyecto articulado el 5 de junio de 1858.

Presentado el Proyecto a las Cortes en julio de 1860, después de amplios debates en las Cámaras, recibe la sanción de la Reina Isabel II el *8 de febrero de 1861*, ostentando el Cargo de Ministro de Gracia y Justicia don SANTIAGO FERNÁNDEZ NEGRETE. Por Real Decreto de 9 de julio de 1862, se ordenó su vigencia el 1 de enero de 1863.

La Ley, que constaba de 416 artículos, destinaba el Título V a las «Hipotecas». Sus líneas fundamentales, prescindiendo de la enumeración de sus artículos, eran:

1. Los principios de publicidad y especialidad de las hipotecas. Como decía su Exposición de Motivos, el antiguo sistema de las hipotecas *ocultas* debía ser *rechazado*, porque en él se buscaba más el crédito personal del deudor que el crédito real.

2. El principio de especialidad de las hipotecas se complementaba con el principio de determinación, y cuando eran varias las fincas hipotecadas, con el de distribución de responsabilidad entre las mismas, sin perjuicio de que la hipoteca sea indivisible.

3. La hipoteca, aparte de la acción personal que todo acreedor tiene para la satisfacción de su crédito, engendra acción real. En este punto, anotamos, contenía un derecho de «excusión» cuando la cosa hipotecada pasaba a un tercer poseedor, que no lo recogieron, afortunadamente, al pensar de la mayoría de los comentaristas, las leyes posteriores.

4. Se determinaba, en definitiva, su objeto, sujetos, extensión y efectos de la misma, incluyendo el aspecto procesal del ejercicio de la acción real. Igualmente, en su clasificación, se estudiaban separadamente las hipotecas voluntarias de las legales (CHICO ORTIZ).

Con motivo del V Centenario del Descubrimiento, y también en esta Revista decíamos: «La Ley Hipotecaria de 1861 insta un sistema de publicidad (y en esto también para la institución de la hipoteca) “hispano”». Ciertamente que sus autores se basaron en sistemas inmobiliarios extranjeros, principalmente en las legislaciones germánicas; esto nadie lo pone en duda o lo discute. Sin embargo, como indicaba el maestro CASTÁN TOBEÑAS, la Ley Hipotecaria de 1861 «no fue una copia servil de ellas». Y RAMOS

FOLQUÉS, en un artículo publicado en la *Revista Crítica* en 1947 («Lexicografía hipotecaria: su necesidad..., la fisonomía del Derecho Hipotecario español...»), apunta como ejemplos de su españolidad, el haber respetado la teoría del título y el modo (tradicional en nuestro Derecho), así como haber modelado la figura del tercero hipotecario. El espíritu que crea la Ley de 1861, pues, penetró en nuestra vida nacional. Y su influjo, como el de todas las Leyes de sementera (GONZÁLEZ PALOMINO), y ésta también entendemos nosotros que lo es, llega hasta nuestros Registros actuales...; a partir de ahí nuestros Registros no son sólo unos meros «Registros de gravámenes» o si se prefiere «Registros de hipotecas». Ciertamente que no rompe con el pasado y regula ampliamente esta materia; pero no lo es menos que el contenido más innovador de la Ley es la normativa acerca de los efectos de las transferencias inmobiliarias y sus relaciones con la publicidad».

Volviendo al Derecho de hipotecas, el Título V de la Ley de 1861, lo regulaba así: el artículo 105 definía la reipersecutoriedad de la hipoteca. Los artículos 106 a 109 se ocupaban de qué cosas podían ser su objeto. Los artículos 110 a 116 trataban de su extensión. Los artículos 119 a 125 recogían los principios de determinación e indivisibilidad. A la hipoteca constituida por un no propietario, según el Registro, se destinaba el artículo 126. Del 127 al 138 se dedicaban a los procedimientos para su ejecución. El artículo 134 se ocupaba de la prescripción de la acción hipotecaria. Los artículos 138 al 156 se referían a las hipotecas voluntarias; y los artículos 157 al 221 a las hipotecas legales: dotal, por peculios por reserva (la clásica), por administración o guarda de menores o incapaces, por contribuciones y por seguros. Las bases del moderno Derecho de hipotecas estaban sentadas.

Terminamos con estas palabras moderadas y juiciosas de SANZ FERNÁNDEZ cuando opinaba que la Ley de 1861 no podía inspirarse de ningún modo en el sistema tradicional español, ya que había sido dictada para remediar sus inconvenientes. Los legisladores se inclinaron por los modelos germánicos, si bien desechando aquellos que daban al Registro un valor absoluto y respetando la doctrina civil referente a la adquisición del dominio y los demás derechos reales... «sabia posición ecléctica de los legisladores de 1861».

LA REFORMA DE 1869

A los pocos años de entrar en vigor la Ley de 1861, la situación social era cada vez más inestable, ya que al descontento causado por la incapacidad del gobierno de la Unión Liberal y de los moderados, se unió la crisis financiera de 1866. Los progresistas a los que la reina Isabel II impide el

acceso al poder, deciden pasar a la acción encabezando un movimiento revolucionario que dirige el general don JUAN PRIM. Conseguido el apoyo del ejército, molesto por el destierro de varios generales (SERRANO entre ellos), se consigue también el de la Armada, gracias al almirante TOPETE.

El 17 de septiembre de 1868 estalla en Cádiz la revolución llamada «Gloriosa», el 28 de ese mes el general SERRANO bate a las tropas leales a Isabel II en la provincia de Córdoba (Puente de Alcolea) mandadas por el marqués de Novaliches, general PAVÍA. El día 30, la reina, que se encontraba en San Sebastián de vacaciones, después de pedir ayuda a Napoleón III infructuosamente, pasa la frontera francesa camino del exilio.

Enseguida el gobierno progresista se apresta a modificar las leyes que estima más adecuadas para el fomento de la riqueza nacional. Una de ellas, la Ley Hipotecaria. El ministro De Gracia y Justicia, ROMERO ORTIZ, presenta a las Cortes constituyentes el Proyecto de reforma, y recibida la autorización de las mismas, se transforma en la Ley de 21 de diciembre de 1869. Refiriéndonos a la materia del derecho de hipotecas, no es de extrañar que la reforma se dedicara a «la eficacia y el fomento» de la institución.

En consecuencia, en el artículo 82 se incluyeron reglas para la cancelación de las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador, modalidad de hipotecas que la Ley de 1861 negó, añadiéndose por tanto un segundo párrafo al artículo 150. Modificó el artículo 107 en lo relativo a las hipotecas sobre concesiones administrativas de ferrocarriles (progreso de la época), y demás obras públicas. Reguló la subhipoteca y la hipoteca de los bienes vendidos con pacto de retro. Finalmente, extendió la hipoteca legal en favor del Estado, a las provincias y municipios. Desde otro punto extendió el alcance del juicio de liberación.

Al enjuiciar la reforma de 1869 —dice CHICO ORTIZ— no coinciden las opiniones doctrinales, «ya que, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO entiende que la legislación de 1869 dulcificó el régimen hipotecario en un doble sentido: dando facilidades para el ingreso de las hipotecas en el Registro y vigorizando la protección registral. SANZ FERNÁNDEZ, aun admitiendo la dulcificación del rigor del nuevo sistema, entiende que la Ley de 1869 se halla inspirada en un sentido claramente restrictivo del sistema hipotecario». A nuestro juicio, la Ley de 1869 dio una de cal y otra de arena, hablando castizamente. En efecto, en materia de organización de los Registros o de hipotecas, la reforma fue francamente ventajosa; en cambio, en cuanto a principios, supuso un retroceso sobre todo del de fe pública registral (piedra angular del sistema) al introducir el vicioso sistema de las notificaciones.

A la Ley de 1869 y hasta la publicación del Código Civil suceden otras complementarias o que guardan relación con la materia hipotecaria. Suelen citarse:

- La Ley de 2 de diciembre de 1872, por la que se crea el Banco Hipotecario de España (actualmente integrado en la Corporación «Argentaria»; recuérdese la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional en cuanto a sus «privilegios»).
- La Ley (vigente todavía) de 15 de agosto de 1873, sobre reconstrucción de los Registros destruidos.
- La Instrucción de 9 de noviembre de 1874, sobre redacción de documentos sujetos a Registro.
- La Ley de 21 de julio de 1876, que creó el cuerpo de Aspirantes a los Registros de la Propiedad (la más reciente disposición en esta materia ha sido el Real Decreto de 14 de febrero de 1992, sobre interinidades servidas por Aspirantes a Registradores),
- o la Ley de 17 de julio de 1877, que exigió el requisito de la onerosidad, para proteger al tercero hipotecario.

Dentro de la institución de la hipoteca convendría citar también, sin ánimo exhaustivo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en cuanto a cancelación de hipotecas en garantía de títulos al portador, o el Código de Comercio (de 1885): artículos 23, 186, u 880, 4.º v.gr.

EL CODIGO CIVIL Y LA HIPOTECA

Sin desconocer su carácter de Derecho real (inmobiliario; la hipoteca mobiliaria no va a ser regulada hasta la Ley de 16 de diciembre de 1954, Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento) de garantía, el Código Civil trata de la hipoteca en el Libro IV, Título XV, Capítulo III, artículos 1.874 a 1.880. Como decía uno de nuestros profesores en la Universidad, el «Código Civil trató de la hipoteca por puro compromiso, dada la bondad de nuestra Legislación hipotecaria». De su normativa, simplemente vamos a destacar dos artículos:

- el 1.875, porque al determinar que «es indispensable para que la hipoteca quede *válidamente constituida*, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad»... además de los requisitos del artículo 1.857, está hablando de la inscripción de hipoteca como *inscripción constitutiva* (ROCA, CASTÁN, NÚÑEZ LAGOS...), y
- el 1.880, pues cuando establece: «La forma, extensión y efecto de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este artículo, *queda sometido a las prescripciones* de la Ley Hipotecaria, que

continúa vigente». «Suponía este precepto una remisión prácticamente en bloque al Derecho Hipotecario, considerándolo pues, dentro de los llamados Derechos especiales. Ya lo había hecho en cuanto a la institución del Registro de la Propiedad en el 608, y para que no quepa duda, lo hace ahora con respecto a la hipoteca. Como señalaba CAMPUZANO, más comedido y respetuoso no se podía ser con la legislación hipotecaria. Excepción: las hipotecas legales (v.gr. la dotal).

No queremos dejar de aclarar, aunque exceda de los límites de estas acotaciones modestas, que la frase «Derecho especial» lo es dentro de la órbita del Derecho Civil. Respetando las valiosas opiniones de algunos compañeros (AMORÓS), estimamos que el Derecho Hipotecario es Derecho civil sin perjuicio de sus especiales caracteres, o como apunta GARCÍA GARCÍA, tipificado por sus múltiples relaciones interdisciplinarias.

LEY DE 1909

Dice CHICO ORTIZ, «Este Código (Civil), aún respetando y remitiéndose a la legislación hipotecaria en muchos de sus pasajes, provoca una desarmonía que era necesario superar. No debe olvidarse que el Código Civil define lo que se entiende por Registro (art. 605), que retoca lo referente a la rescisión por lesión, y que en materia de hipotecas, sobre todo las legales, introduce una renovación completa. La experiencia de la aplicación de la Ley había descubierto la existencia de ciertas lagunas, sobre todo en materia de principios hipotecarios que necesitaban una mayor precisión en su formulación; igualmente había percibido dicha aplicación la ausencia de unas normas de ejecución hipotecaria y la necesaria simplificación del régimen transitorio que aún seguía arrastrándose.»

Si a eso añadimos la publicación en 1893 de la Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, la reforma se hacía perentoria. Pero además, hay un hecho histórico que la va a precipitar. Entre los años 1898 y 1899, se pierden las colonias de Cuba y Filipinas y se vende a Alemania las islas Marianas (salvo la de Guam que había sido ocupada por los Estados Unidos). El 1 de diciembre de 1899, Puerto Rico también es entregado a los Estados Unidos de América. Es el fenómeno histórico desgarrador por todos conocido como el desastre del 98.

Sin embargo, se produce un efecto beneficioso para la maltrecha economía española. España recibe entonces un fuerte contingente de emigrantes que traen capital acumulado tras largos años. Estos capitales, lógicamente, no podían permanecer parados u ociosos; por ello la economía española

recibió una fuerte inyección, primordialmente en las tierras (riqueza inmueble), las finanzas y la industria y el comercio. Enseguida el Derecho Hipotecario se volcó a servir estas necesidades.

El 3 de noviembre de 1903, es el primero en presentarse después de la pérdida de las colonias ultramarinas, aparece el Proyecto del ministro don FRANCISCO DE LOS SANTOS, que no llegó a discutirse (con anterioridad había habido un Proyecto de ley de Registro de la Propiedad del Marqués de Teverga, parcial y de nula trascendencia); después del paréntesis del Proyecto de Ley de 6 de julio de 1904, el Proyecto de modificación que se convertiría en Ley fue presentado al Senado el 29 de febrero de 1908, por el Ministro señor ARMADA Y LOSADA, Marqués de Figueroa, el Real Decreto es de unos días antes (24 de febrero), y se va a consagrar como Ley el día 21 de abril de 1909.

Esta Ley, que contenía 43 artículos, tres disposiciones adicionales y seis transitorias, disponía en su normativa de derecho transitorio (la 6.^a) que por el Ministerio de Gracia y Justicia se procediera: «a elaborar en el término de ocho meses...» una nueva edición de la Ley Hipotecaria, «suprimiendo» los artículos que estén derogados por el Código Civil y por la propia ley, «armonizando» los textos restantes que resultasen contradictorios, e «incluyendo» en el lugar oportuno las disposiciones contenidas en los artículos de la misma ley y de las demás leyes dictadas sobre la materia (ROCA). *La edición oficial se publicó el 16 de diciembre de 1909.*

El nuevo texto legal se componía de 404 artículos, tres disposiciones adicionales y cinco transitorias. Por lo que se refería a las hipotecas, en el artículo 108 se hacía desaparecer lógicamente, la prohibición de hipotecar los oficios públicos y los títulos de la Deuda pública; se reformaba el artículo 146 para adaptarlo a la inscripción constitutiva de la hipoteca; se suprimían los artículos 150 a 152, en materia de redención de censos; en cuanto al artículo 168 desaparecen los conceptos de arras, peculios y curadores; se abolió la hipoteca sobre bienes del padrastro; se creó una nueva hipoteca legal a favor de los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes del supérstite que pasase a ulteriores nupcias, «desgraciada», según MORELL, y se suprimieron los artículos 188 y 189. De otro lado, se estableció con una mayor precisión la extensión objetiva de la hipoteca, y se consideró que salvo pacto, no comprendería los muebles, frutos y rentas; se reguló la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, así como en garantía de tributos endosables y al portador; y probablemente la reforma más importante, no se olvide que la hipoteca es «realizable», el procedimiento judicial sumario para facilitar su ejecución. Finalmente, se determinó la caducidad de los asientos extendidos en las antiguas Contadurías.

Una Ley, duramente juzgada también. El asunto de su juicio merecería otro trabajo. Quedémonos, como señalaba MORELL (y en análogo sentido

ROCA, e indirectamente CHICO ORTIZ), con dos de sus logros: el perfeccionamiento del procedimiento ejecutivo judicial por créditos hipotecarios, y la caducidad y cierre de los libros de las antiguas Contadurías de hipotecas. Podría añadirse también su plausible adaptación de preceptos de la Legislación hipotecaria al Código Civil.

La Ley de 1909 se desarrolló en su Reglamento de 6 de agosto de 1915, que, como dice (acudimos a él otra vez por ser el más significativo comentarista de la reforma) MORELL, contuvo no sólo disposiciones «*secundum legem*», sino incluso «*contra legem*»; así, por ejemplo, en materia estrictamente de hipotecas, la ampliación del plazo de duración de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de créditos. El extrajudicial es cuestión aparte.

Con posterioridad a este Reglamento, en este discurrir hacia la reforma de 1944, la generalidad de los autores reseña las siguientes normas:

- El Real Decreto-Ley de 17 de abril de 1925, sobre inscripción de bienes de Capellanías.
- El también Real Decreto-Ley de 25 de junio de 1926, en materia de foros.
- La Ley de 27 de agosto de 1932, con nuevas normas sobre el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria; o con anterioridad, la Ley de 8 de septiembre de 1929, sobre cancelación parcial de hipotecas en garantía de títulos endosables y al portador..., etc...

De todas maneras, el intento más serio de reforma con anterioridad a la Ley de 1944, es la Orden del año 1934, siendo Ministro de Justicia CANTOS FIGUEROLA, en el gabinete SAMPER. No obstante, quizá su antesala se encuentre en la Reforma Agraria (Ley de Bases de 1932). Como nos dice CORRAL DUEÑAS (*La aportación registral al agrarismo*, Madrid, 1985), en el primer Gobierno Lerroux (1933), el Registrador RAMÓN FECED pasa a ser Ministro de Agricultura y nombra a BENAYAS Director General de Reforma Agraria (luego él mismo sería ministro en el año 1935). BENAYAS forma en el Instituto de Reforma Agraria una Comisión Jurídica encargada de la redacción de los numerosos proyectos normativos. Para poder dar cima, dice CORRAL DUEÑAS a «la ingente labor que se presentaba», llamó a cuatro compañeros Registradores, unos agregados en comisión y otros incorporados a la plantilla del Instituto, que fueron JOAQUÍN NAVARRO CARBONELL, ANDRÉS MARCOS, RAMÓN IZQUIERDO MOLINS, y RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Ellos constituían en el IRA un verdadero laboratorio jurídico-inmobiliario... Aparte de ocuparse de la reforma agraria, a este grupo de Registradores se le debe la preparación de la que sería Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, vigente hasta 1980. Cita CORRAL las siguientes palabras del Boletín de la Asociación (11 de mayo de 1933): «El Cuerpo de Regis-

tradores de la Propiedad puede enorgullecerse de que cuantos en el estudio y redacción de tal proyecto han intervenido, pertenezcan a su seno. Don RAMÓN FECED, inspirador de la idea, encomendó su ejecución a don JUAN JOSÉ BENAYAS, quien, con la colaboración de los señores NAVARRO CARBONELL, LA RICA, IZQUIERDO y MARCOS... dieron cima a su labor en breve espacio de tiempo». (Por cierto, RAMÓN IZQUIERDO fue después suegro del que escribe estas líneas.)

No es de extrañar, pues, que don VICENTE CANTOS, muy sensible al agrarismo, tratara de armonizar los principios hipotecarios con los de la legislación social y agraria, y así como indica ROCA SASTRE, la formación del Proyecto de Reforma Hipotecaria tendría como bases las siguientes:

1.^a Se conservarán en lo posible el espíritu, estructura y texto de la Ley Hipotecaria vigente, aceptando las modificaciones técnicas de mayor e indiscutible interés que puedan ser recogidas de los códigos civiles alemán y suizo, o de las respectivas reglamentaciones inmobiliarias.

2.^a Deberá ser objeto de preferente atención el Derecho transitorio, para obtener en breve la inmatriculación o inscripción de toda la propiedad inmueble que deba ingresar en el Registro.

3.^a La implantación total de la ley se ajustará al principio de que sólo podrá constituirse, modificarse, transferirse o extinguirse un derecho real sobre inmuebles por acto o negocio jurídico, mediante la inscripción.

4.^a Los principios hipotecarios se armonizarán con los fundamentos del Derecho social y agrario, y con la adecuada explotación de la tierra y utilización de sus productos.

5.^a Deberán quedar sentados los jalones para asegurar en lo futuro, el enlace del Registro de la Propiedad y Catastro (la ansiada coordinación Catastro-Registro, cuya problemática llega hasta nuestros días; ¡y esto en el año 1934!).

La llamada reforma CANTOS se dio de bruces con la guerra civil: el 18 de julio de 1936 estalla el alzamiento. Pero nos queda el grato recuerdo de su intento y de su afán modernizador. «Los que de un modo u otro labramos con la justicia —hablaba CANTOS en el discurso de apertura de los Tribunales en 1934— no podemos hacerlo sin que en el seno de nuestra alma haya algo más que ideas y silogismos, algo más que leyes y códigos: la pasión por el Derecho, la emoción de realizarlo. Este esfuerzo creador (Bergson) irradia mi entusiasmo, que no se extingue jamás y que siempre vuelve a encontrar su llama». Vaya nuestro agradecimiento también a CANTOS (cuantas emotivas y jugosas anécdotas nos comentaba de él y de mi suegro, y permítasenos esta licencia, un excelente sustituto, el señor TRIGUEROS, ya jubilado), porque bajo su administración por Decreto de 18

de mayo de 1934, se creó el Colegio *Oficial* de Registradores, nuestro Ilustre Colegio.

LA REFORMA DE 1944

Tras la guerra, como indica SANZ FERNÁNDEZ, en el año 1944 los estudios hipotecarios en España habían alcanzado plena madurez, la doctrina científica estaba en sazón. Y las necesidades prácticas también. En el año 1943, una Orden del Ministerio de Justicia designa una Comisión para el estudio y redacción definitiva del Proyecto de Reforma Hipotecaria. Dicha Comisión la integraron: don JOSÉ M.^a DE PORCIOLES Y COLOMER, como Presidente, quien era el Director General de los Registros y del Notariado; don JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Subdirector; don EDUARDO LÓPEZ PALOP, Decano del Colegio Notarial de Madrid; don ANGEL TRAVAL Y RODRÍGUEZ DE LANÍN, Decano del Colegio Notarial de Barcelona; don CIRILO GENOVÉS AMORÓS, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, y finalmente, don JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ y don ANGEL SANZ FERNÁNDEZ. El señor TRAVAL fue sustituido por don RAIMUNDO NOGUERAS GUZMÁN. Sobre la base del Anteproyecto de Porcioles, la Comisión, con gran celeridad, elaboró el Proyecto de Ley, que fue aprobado por el Consejo de Ministros y enviado a las Cortes Españolas el 27 de abril de 1944.

La Ponencia encargada del estudio del Proyecto (integrada por los señores BATLLE, FERNÁNDEZ CUESTA, OLAZÁBAL, PAGÉS y REYES MORALES), elevó informe a la Comisión de Justicia de las Cortes el 2 de diciembre de 1944. El 14 de diciembre se emite el Dictamen de la referida Comisión, y por fin el 30 de diciembre, con el voto en contra del Procurador señor RODRÍGUEZ JURADO (único en contra de todos los Procuradores), se aprueba la Ley de Reforma Hipotecaria: «Ley 30 de diciembre de 1944 (Jefatura del Estado). HIPOTECAS. Reforma de la Ley Hipotecaria». Se publicó en el *BOE*, el 1 de enero de 1945 (núm. 1). La tarea del Ministro AUNOS y del Director General PORCIOLES se veía recompensada con el éxito.

Para justificar la reforma, nada mejor que entresacar algunos párrafos de su Exposición de Motivos. «A los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra patria una de las leyes “más científicas entre las nacionales”. La reforma que ahora se introduce, corolario de atento e imparcial estudio, obedece al propósito inquebrantable de acometer, con las mayores probabilidades de éxito, la ya inaplazable solu-

ción que reclama los problemas referidos, constantemente experimentados, y además, con reiteración advertidos desde distintos y hasta opuestos campos.» Y añadía: «Nuestro Registro inmobiliario, fundado esencialmente en los principios de publicidad y legalidad, ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro y liberar a éste de las innúmeras cargas prescritas que abrumaban sus libros. Ello contribuirá a definir y aclarar de modo diáfano la realidad jurídica de muchas fincas y derechos reales; concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos, e insensiblemente fomentará la inscripción de no pocos inmuebles hasta el presente alejados de la vida registral». *En relación al derecho de hipotecas* recogemos estas líneas. «Singular atención se ha dedicado al capítulo de hipotecas. A pesar de la importancia que la primitiva Ley concedía a esta materia y de las repetidas modificaciones ulteriores, el crédito inmobiliario no ha tenido el desarrollo ni cumplido la primordial finalidad que decidió la reorganización de nuestro régimen hipotecario. Para coadyuvar a la resolución de tan capital problema, se han aceptado las modalidades de hipoteca que las variables necesidades económicas exigen y, a la vez, se ha procurado el abaratamiento del crédito... Por consideraciones de tipo social, no han sido reconocidas determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecen ciertas legislaciones extranjeras. Por la suma facilidad de su constitución y por estar desvinculadas de toda relación causal, pugnarían con básicos principios del ordenamiento civil patrio...».

Desde el punto de vista estructural, la Ley se dividía en dos artículos, seis disposiciones transitorias y tres adicionales. En el artículo 1.º se cifraba la reforma propiamente tal, que afectaba a cuarenta y seis artículos de la Ley de 1909 (la vigente hasta entonces). En el artículo 2.º se contenía la norma derogatoria de los preceptos que se modificaban. En las disposiciones transitorias, el legislador atendió a la caducidad de asientos anteriores, así como al alcance de la reforma con respecto a la posesión y al judicial sumario de ejecución hipotecaria. Y en las disposiciones adicionales se autorizaba al Gobierno para la publicación de una nueva redacción de la Ley Hipotecaria y al Ministerio de Justicia para regular materias de carácter orgánico que diríamos ahora.

Por Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre prórroga del plazo concedido para la publicación de la nueva Ley Hipotecaria (la segunda de las disposiciones adicionales de la Ley de 1944 hablaba del plazo máximo de un año), y en artículo único se amplió dicho plazo hasta el 28 de febrero de 1946. Esta vez, aunque por poco, el plazo no se agotó. El 8 de febrero de 1946, y siendo Ministro de Justicia don RAIMUNDO FERNÁNDEZ-CUESTA Y MERELO, se aprobaba el Texto de la Ley Hipotecaria vigente.

Pero volviendo a la Ley de 30 de diciembre de 1944, cuyo cincuentenario conmemoramos, y en relación con la institución de la hipoteca, el legislador se refería a la misma en los siguientes artículos:

- *El artículo 115.*—Establecía la regla general de que para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieran garantizados conforme al artículo anterior, el acreedor podrá exigir del deudor *la ampliación* de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados; «esta ampliación —añadía el párrafo 2.º— no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella». El texto refundido del 46, le incorporó un nuevo párrafo, el 3.º, a fin de prever la existencia de terceros: «Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados». De ahí, como apunta CHICO, deduce la doctrina la existencia de un tercer poseedor; si bien MONTERO LEÓN («La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado», *Revista Crítica*, 1963) establece una distinción entre este caso y el hipotecante por deuda ajena, mientras que ROCA SASTRE acepta los dos casos: tercer poseedor e hipotecante por deuda ajena.
- *El artículo 118.*—Este precepto se destinaba a los casos de venta de finca hipotecada, contemplando *la asunción de deuda* por el adquirente de la finca hipotecada, el descuento o la retención de la carga hipotecaria del precio de la venta. *La asunción convencional* se encuentra recogida en el párrafo 1.º del 118: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador *hubieren pactado* que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento *expreso o tácito*». Supone, pues, la admisión expresa en nuestro ordenamiento (sin olvidar los Estatutos del Banco Hipotecario o el RIDR de 1959) de la figura de la asunción de deuda. Es más, para la mayoría de los autores, dicha asunción es del tipo «delegatio»: pacto entre el deudor antiguo y nuevo, aceptado por el acreedor, con el consentimiento del mismo. Este consentimiento puede ser expreso (previo, simultáneo o posterior) o tácito. LA RICA, no obstante, rechazaba la voluntad tácita por no ser adecuada al Registro de la Propiedad.

En cuanto a sus efectos, por una parte el comprador no tiene el carácter de tercer poseedor de la finca hipotecada, y en consecuencia no tiene los

derechos y garantías de los mismos. Además, y por aplicación del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, es muy conveniente que el pacto se refleje en la inscripción («forma en que se hubiera hecho o convenido el pago»); y según la «*communis opinio*» de la doctrina (ROCA, SANZ, PUIG BRUTAU), estos efectos se retrotraen al momento de constitución de la hipoteca.

En su apartado 2.º, el artículo 118 recogía el problema del descuento o retención de la carga hipotecaria del precio de la venta: «Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuera ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado».

La cuestión esencial que aquí se suscita (la norma pasó al TR de 1946), es si el artículo contiene un supuesto único, asunción tácita (SANZ y la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1943); o dos supuestos (ROCA), que serían:

- Compraventa con retención, en la que habría un precio global que se dividiría en dos partes, la pagada de inmediato por el comprador, y la retenida por el mismo (el importe de la carga) y que forma parte del precio; consiguientemente, el comprador se hace cargo del cumplimiento de la obligación garantizada y, en su caso, de la satisfacción de la carga, apareciendo una figura similar a la del mandato y, claro es, no tiene la consideración de tercer poseedor.
- Compraventa con descuento: según ROCA estamos ante un supuesto de satisfacción de un precio «neto», en el que el importe de lo descontado no forma parte del precio de la venta, porque al existir la carga, el valor de la finca ha disminuido (a la tesis de ROCA se adhirió la Sentencia de 12 de abril de 1945).

Sin ningún ánimo de entrar en polémica, quizá tenga razón AMORÓS cuando escribe: «... cuando se compra una finca hipotecada, el comprador se convierte no sólo en sujeto pasivo del crédito hipotecario, sino también de la obligación personal en la *inmensa mayoría de los casos* (el subrayado es nuestro); unas veces porque así lo establece la Ley, otras porque se pacta expresamente la asunción de la deuda, y otras porque el comprador retiene o descuenta del precio el importe de la deuda hipotecaria, con lo cual se produce la asunción tácita de la deuda personal. Esas fórmulas de retención o descuento son las más habituales y razonables en la formulación del contrato de compra. De esta manera, el comprador de una finca en esas circunstancias es al mismo tiempo sujeto pasivo de la hipoteca o del crédito hipotecario y deudor personal. Sólo excepcionalmente y en muy raras oca-

siones cabe que, frente a la situación del comprador sujeto a la carga hipotecaria que grava su finca, siga siendo el vendedor deudor personal. Pero aún en esos supuestos excepcionales, la cualidad de sujeto pasivo de la deuda y la determinación de a quién corresponde son cuestiones de muy poca importancia práctica. Porque en el ámbito del procedimiento ejecutivo y del ejercicio de la acción real hipotecaria, lo importante es el sujeto pasivo del crédito hipotecario o deudor *ob rem*, que se identifica con el comprador de la finca hipotecada».

Mas retrocediendo otra vez al 118 en los años cuarenta, lo significativo del mismo, desde un punto de vista histórico, es el reconocimiento de la asunción de deuda (*Schuldubernahme*). La idea de la transmisibilidad de las obligaciones, no sólo desde el punto de vista activo (cesión del crédito) sino también pasivo (asunción de deuda) ya había sido brillantemente defendida en la doctrina por DE DIEGO («Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera; la transmisibilidad de las obligaciones», Madrid, 1912). Enseguida se adhirieron a él otros ilustres autores como VALVERDE, JAÉN, DÍAZ PAIRÓ, PUIG PEÑA... por citar sólo civilistas. *La reforma del 44 le da carta de naturaleza*. Y así nuestro TS afirmaba en Sentencia de 22 de febrero de 1946 (curiosamente reciente la publicación del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria vigente): «aun cuando nuestro Código Civil no hace referencia expresa a la asunción de deuda, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio en la persona del deudor (arts. 1.203, núm. 2.º, 1.204, y 1.205), y si bien es lo cierto que éstas exigen, para la eficacia de dicho cambio, que el acreedor preste su consentimiento, ello puede verificarse en cualquier momento y forma, según se desprende de la Sentencia de 18 de julio de 1908».

Para dejar ya esta cuestión haremos referencia a una Ley, cuya bondad de intenciones no discutimos, pero sí la técnica jurídico-hipotecaria empleada: La Ley 30-3-1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Por razones de espacio y tiempo, véase al respecto las reflexiones que acerca de la misma hace GÓMEZ GÁLLIGO en el Boletín de nuestro Colegio correspondiente a abril de 1994.

Siguiendo con el texto legal de la Ley de 30 de diciembre del 44, los *artículos 129 y 131* se dedicaban a la ejecución hipotecaria. El artículo 129 se constreñía, en primer lugar, al llamado procedimiento judicial sumario, sin olvidar otros procedimientos, «podrá ejercitarse» —decía—, pero recalcando sus normas como derecho necesario, «sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes». Y añadía: «Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la

acción hipotecaria que será aplicable aun en el caso de que existan terceros». Los trámites se dejaban a un futuro Reglamento: «Reglamentariamente se fijarán los trámites a que deberá ajustarse el procedimiento». Y el artículo 131, que desgraciadamente vemos casi todos los días en el despacho actual de documentos (y decimos desgraciadamente porque cuando hay procedimiento, el comportamiento normal del deudor en toda obligación y por ende la hipotecaria, se quiebra: en sentido estricto no hay pago o «*solutio*», sino ejecución), se dedicaba a las reglas o trámites del procedimiento judicial sumario antedicho.

Decir que este procedimiento judicial sumario ha sido modificado (actualizado) en el año 1986, y que el extrajudicial, que ya había recogido el Reglamento de 1915 (art. 201, exigiendo el pacto expreso y que dicho procedimiento no fuera aplicable cuando existiesen terceros posteriores a la inscripción de hipoteca, para cuya actividad o ejecución se hubiese estipulado), fue normado (arts. 234 a 236) por el Reglamento de 1947; recientemente el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, modificó el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, posiblemente como indica CHICO, «para superar la serie de conductas estratégicas que han impedido su pleno funcionamiento. El propósito de la reforma es el de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del derecho acreedor, respetando los intereses en juego, el principio de prioridad registral y la posible apertura a una tercería de dominio, así como la determinación de las causas de suspensión y el derecho a la impugnación de la hipoteca». La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, ha modificado, por último, la regla 1.ª del artículo 131 sobre la competencia del Juez para entender del procedimiento.

¿Y, supuesto que la hipoteca es un derecho de constitución registral, no sería conveniente que la ejecución hipotecaria se tramitase por un procedimiento seguido ante el propio Registrador de la Propiedad? Aplaudimos sin reservas estas palabras de VIDAL FRANCÉS: «Si bien (lógicamente se refiere al judicial, dado que el extrajudicial se ha encomendado por el legislador a la institución notarial) la eficacia práctica (rapidez y coordinación, aligerar la tarea judicial) podría aconsejarlo, nuestra opinión es contraria por las siguientes razones:

- sería dudosamente constitucional al vulnerar los principios de tutela judicial efectiva (Constitución, art. 24) y unidad de jurisdicción;
- consideramos que la doble calificación que entraña la intervención de dos funcionarios independientes y adecuadamente preparados, que ejercen una especie de control recíproco, constituye una garantía para los ciudadanos de la que no se debe prescindir;

- obligaría al Registrador a incidir o, al menos bordear, la decisión de derechos (preferencia) lo que desvirtuaría su función propia que se encuadra en la jurisdicción voluntaria y más precisamente, siguiendo la tesis de MEZQUITA DEL CACHO, en el derecho cautelar extrajudicial (*cávere*) de la seguridad jurídica y en el *respondere* del asesoramiento en derecho (hoy recogido en el art. 355 del Reglamento Hipotecario), pero no en el *postulare* de la representación procesal que corresponden al Letrado ni en el *dicere* que en la esfera contenciosa corresponde tan sólo al Juez;
- aunque resulta evidente la sobrecarga de trabajo de la Judicatura y la necesidad de resolver este problema, no creemos que la solución pueda encontrarse mediante una sustracción de competencias, que, en el mejor de los casos, no supone sino un desplazamiento del problema, sino a través de una adecuada dotación de la función judicial y quizá en una especialización al modo que se ha hecho con los juzgados de familia y de lo penal.

El artículo 138, después de decir que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y que no alterará el principio de responsabilidad patrimonial del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil, aludía en su párrafo 2.º al pacto de limitación de responsabilidad sobre los bienes hipotecados. «No obstante, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor».

Este artículo, actual 140, tiene su origen para unos en la deuda territorial alemana (*grundschuld*), para otros (CHICO), en la legislación cubana de 3 de abril de 1933, sea lo que fuere, lo cierto es que la Exposición de Motivos de la Ley del 44, después de decir que no se estimaba procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial, añadía: «No obstante, se autoriza el pacto de limitación de responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad esta muy destacada de la deuda territorial, digna, además de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejoraba la situación del deudor, sin quebranto alguno de sus posibles acreedores».

En punto a su naturaleza jurídica, enseguida empezó la controversia en la doctrina. ROCA entiende que es un pacto de concreción de responsabilidad, la responsabilidad personal del deudor queda concretada a la cosa hipotecada. CASTÁN habla de limitación convencional de responsabilidad. LA RICA estima que la responsabilidad personal ha desaparecido. Nos parece

más mesurada la posición de BRUTAU, quien opina que la responsabilidad personal subsiste; subsiste la deuda personal, pero con la responsabilidad circunscrita al bien hipotecado. El acreedor puede perseguir la cosa por el mecanismo de la acción ejecutiva ordinaria, lo que sucede es que le será más ventajoso utilizar la acción real.

En lo que ya hay más acuerdo es en la exposición de sus condicionamientos o requisitos:

1. El pacto ha de convenirse en el momento de «constitución».
2. La norma sólo se refiere a las hipotecas voluntarias.
3. Por último, ha de tratarse de hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios. También en su efecto primordial: que todo adquirente de la cosa hipotecada resultará deudor personal, si bien su responsabilidad se concretará a la cosa hipotecada misma.

El *artículo 139*, en sus dos primeros apartados trataba de las hipotecas voluntarias de constitución unilateral. La novedad aquí consistía en permitir su cancelación a solicitud del titular de la finca, siempre que el acreedor, previo requerimiento, no la hubiere aceptado en el plazo de dos meses: «Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar del requerimiento que a dicho efecto se haya efectuado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

La Jurisprudencia, muy especialmente de la DGRN, ha ido modelando los perfiles de la hipoteca unilateral. Así, en Resolución de 15 de diciembre de 1953, entendió que la hipoteca establecida por voluntad unilateral no debe ser consecuencia de un defecto de capacidad o representación del acreedor, sino que debe constituirse «sacramentalmente», con aquel carácter; en análogo parecer se manifestaba la de 26 de octubre de 1982. Por Resolución de 26 de junio de 1979, se determinaba que figurando en el Registro la nota marginal de aceptación por parte de la persona a cuyo favor se constituyó, no puede cancelarse sin su consentimiento. En Resolución de 19 (también 29) de noviembre de 1981, se establecía que no puede cancelarse, en un procedimiento judicial sumario, sin notificación al acreedor, una hipoteca unilateral que en el momento de expedirse la certificación de cargas no estaba aún aceptada.

Finalmente, por Resoluciones de 6 y 21 de noviembre de 1990 ó 4 de abril de 1991, el Centro Directivo significaba que para cancelar a instancia del dueño de la finca una hipoteca unilateral, no es suficiente el conocimiento de la existencia de la hipoteca por la entidad favorecida (el hecho se deducía de haberse expedido una copia de la escritura de constitución de la hipoteca para dicha entidad) y el transcurso de dos meses desde ese

momento, sino que se precisa un requerimiento a dicha persona en el que se le haga saber que, transcurridos dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca.

El mismo *artículo 139*, en su último párrafo, y el *artículo 155* entero, se dedicaban a las llamadas hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador. En concreto, la normativa del 139, a la cancelación de las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles al portador. El artículo 155 era procesalista o, si se quiere en terminología más actual, procedimental. Es más, el artículo 155 de la Ley de 1944, terminaba diciendo: «Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable en las obligaciones emitidas por las Compañías de Ferrocarriles y demás obras públicas y por las de crédito territorial, las cuales continuarán rigiéndose por las disposiciones del Código de Comercio y demás referentes a las mismas». Lo cierto es que iba a sembrar un batiburrillo legislativo que se ha hecho más manifiesto en esta década de los noventa. Y sobre todo porque este tipo de hipotecas, y muy especialmente las hipotecas en garantía de títulos al portador, que nacieron con una plausible meta de fomento del crédito inmobiliario, como no hace mucho escribíamos, muchas veces son refugio de los llamados «dineros opacos». No es este artículo nuestro el momento de su tratamiento, pero sí de indicar autores, compañeros, que se han ocupado de su temática. Por ejemplo, y destacamos incluso su amenidad, remitimos al trabajo de CANALS («Hipoteca en garantía de títulos al portador», dentro de las Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria), publicado por nuestro Colegio el año 1993.

Toda hipoteca lleva consigo consustancialmente la posibilidad de su realización. «Es también esencia de estos contratos —dice el art. 1.858 del Código Civil—, aludiendo a la prenda, la hipoteca y la anticresis que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas... para pagar al acreedor». Por ello, la doctrina con unanimidad considera que para gravar una finca se necesita la misma capacidad que para enajenar. De ahí, que para zanjar toda duda, si es que la hubiere, *el artículo 140* de la Ley del 44 terminantemente disponía: «sólo podrán constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las Leyes».

El *artículo 141* de la Reforma era un apéndice del artículo anterior. «Los que, con arreglo al artículo anterior, tienen la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí o por medio de apoderado, con poder especial bastante». Lo primero no hace sino consagrar el principio de la representación, típico de la órbita del derecho patrimonial (no tanto en el campo de la familia o la sucesión): se puede hacer por medio de otro lo que se puede hacer por uno mismo, «*per se ipsum*»; lo segundo es corolario

de los negocios de disposición: «Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio (art. 1.713.2.º CC), se necesita mandato expreso. «Es el actual artículo 139 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. Y en este punto, queremos recalcar que la función calificadora del Registrador (art. 18 LH), ha de ser estricta. La DGRN lo pone así de relieve en resoluciones como, v.gr., la de 18 de noviembre de 1960: la autorización para contraer un préstamo no faculta para constituir hipoteca en garantía de su devolución.

El siguiente artículo que la Ley de 1944 dedicaba al llamado Derecho de hipotecas era el *artículo 153*. Las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito. Nos quedamos con las siguientes frases de su Exposición de Motivos: «La hipoteca en garantía de cuenta corriente se modifica únicamente en lo imprescindible para resolver las dificultades que el uso (por cierto, apuntamos nosotros, más bien escaso en la fecha) ha puesto de relieve. El artículo 153 de la Ley permitía fijar libremente la forma de acreditar el saldo, y, con carácter subsidiario estableció la llamada libreta hipotecaria. Pero la autonomía contractual ideó unas fórmulas que la Dirección General hubo de recusar. De hecho, la primacía fue para la libreta, con lo que el crédito referido perdió su peculiar agilidad mercantil».

«A concordar las exigencias de la vida moderna con los derechos del deudor obedece la forma que se reglamenta. Se suprime la desmesurada libertad de estipulación y se señalan dos procedimientos para acreditar el saldo: uno, cristalizado en la libreta hipotecaria, y otro, de índole potestativa, que únicamente podrá pactarse cuando el acreedor sea una entidad bancaria o establecimiento de crédito».

De las resoluciones de la DGRN acerca de este tipo de garantía hipotecaria, clasificado dentro de las llamadas hipotecas de seguridad, destacamos de las más recientes:

- la de 4 de julio de 1984, que entre otras cuestiones, consideraba defecto (por atentar al principio de especialidad o determinación). la no expresión del plazo de duración de los créditos existentes al constituirse la hipoteca y la fecha final de liquidación de las operaciones garantizadas, necesarios conforme al artículo 153 (y 209) de la Ley Hipotecaria;
- la de 23 de diciembre de 1987, la cual determinaba que este tipo de hipotecas sólo pueden constituirse para garantizar una cuenta corriente o de crédito, en la que, en definitiva, se garantiza un saldo. No hay, en consecuencia, tal hipoteca cuando en la escritura se niega a los titulares de la cuenta disponer de la misma, la disponibilidad de la cuenta,
- o la de 16 de febrero de 1990, que a propósito de su ejecución,

momento peligroso de este tipo de hipotecas, indicaba que la posibilidad de acreditar el saldo mediante certificación bancaria, no significa que para despachar la ejecución pueda pactarse la suficiencia del acta notarial que incorpore la certificación expedida por el Banco, sino que deben cumplirse... los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley. Por tanto, para proceder a la ejecución debe notificarse judicial o notarialmente al deudor, un extracto de la cuenta, a fin de que éste pueda alegar en la misma forma dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad.

En cuanto a su ejecución, no debemos olvidar un último extremo; que el artículo 235 del Reglamento Hipotecario después de su reforma por el Real Decreto 290/1992, que no hace mucho mencionábamos, prescribe que el procedimiento extrajudicial (el cual negaban algunos autores para esta tipología de hipotecas), solamente puede aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones «inicialmente determinadas» en su cuantía. Dice textualmente: «La ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236-k».

Como el artículo 155 ha quedado ya aludido, pasamos al siguiente de la Reforma de 1944: *el artículo 156*. En él por primera vez, se regulaba la llamada hipoteca rentaria. «Por primera vez —acudimos nuevamente a la Exposición de Motivos—, se regula la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, actualmente silenciada por nuestra legislación. En su defecto, se arbitraron formas parecidas a la hipoteca de seguridad, en frecuente contradicción con la naturaleza jurídica del contrato y hasta con los deseos de los propios otorgantes. La solución que se ofrece (el 156), sobre facilitar la constitución de rentas o prestaciones periódicas, proporcionará una garantía más apropiada a sus acreedores».

En realidad, nuestro ordenamiento no desconocía la posibilidad de garantizar mediante hipoteca el pago de determinadas rentas o pensiones. Pensemos en la legislación hipotecaria, las normas relativas a los legados de pensiones, o incluso en el mismo Código Civil: el artículo 788 se refería a esta forma especial de hipoteca para garantizar la obligación de invertir en obras de beneficencia; los artículos 1.659 y 1.660 en materia de censos; o el artículo 1.805 en el contrato de renta vitalicia para el aseguramiento de las pensiones futuras.

La propia DGRN reconoció su existencia en resoluciones anteriores a la reforma de 1944, como, v.gr., las de 13 de diciembre de 1889 o la de 30 de junio de 1933, ambas en materia de cancelación de estas hipotecas, lo

que nos demuestra que se habían llevado a los Libros del Registro, que se habían practicado inscripciones de las mismas.

Lo que sí es cierto es que la reforma del 44 pasa de los precedentes a su regulación sistemática. Aquí está la innovación. Desde otro orden de ideas, como indicaba LA RICA, el carácter quizá principal de esta hipoteca, es que se constituye en garantía no de un capital, sino de una renta o cualquier prestación periódica. Las prestaciones reiteradas no se derivan de un capital debido (accesoriedad), sino que ellas mismas constituyen la obligación principal, y la hipoteca tiene por fin su aseguramiento.

Por eso, por constituirse en garantía de una renta o cualquier prestación periódica deben expresarse el plazo, modo y forma en que éstas deben satisfacerse. Con LA RICA podemos afirmar que, en consecuencia, es susceptible de tantas realizaciones coactivas o ejecuciones judiciales, como prestaciones garantice y se vean insatisfechas. Y como otras características que de la misma se predicán, son su accesoriedad y causalidad en el momento de su constitución; el que la transmisión de la finca hipotecada produce la subsistencia de la hipoteca y la de la obligación de pago de la renta o prestación hasta su vencimiento; el que pueden ser canceladas sin consentimiento del titular, cuando salvo pacto en contra, hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que, según el Registro, debiera haberse satisfecho la última renta o pensión; y, dice también CHICO que puede «yuxtaponerse» con otras modalidades de hipoteca, y así, constituirse por acto unilateral o con el pacto de limitación de responsabilidad.

En cuanto a su proyección actual, CORRAL DUEÑAS («Hipoteca en garantía de pensiones alimenticias en convenios de separación matrimonial», Madrid, 1993), dentro de las Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria que organizó nuestro Colegio, sostiene la aplicación de la hipoteca rentaría al aseguramiento de este tipo de pensiones, al decir: «La regulación de la Ley Hipotecaria es lo bastante amplia como para comprender, como susceptibles de garantía, todas las rentas y prestaciones periódicas en general, y, entre ellas, las originadas en materia de disolución matrimonial. Por tanto no hay duda de que estamos no sólo ante una garantía posible, sino la normal y más idónea para cumplir los fines de aseguramiento de lo pactado en los convenios reguladores de la nueva redacción del Código Civil».

Se ocupa luego el autor citado de los datos especiales de las hipotecas de renta (art. 157 LH) y además los más concretos de esta garantía «con el fin específico de asegurar pensiones familiares» a saber: Convenio regulador del que dimanen estas obligaciones y fecha de la sentencia aprobatoria; clases de las pensiones acordadas (alimenticias, compensatorias...); cuantía de la pensión y bases para su actualización; duración de las pensiones, fijando la fecha final, o en otro caso, expresión de que la renta es vitalicia; plazos de vencimiento y pago de las mismas; circunstancias sobrevenidas que puedan modi-

ficar o extinguir la pensión, y cualesquiera pactos lícitos que el Juez admita y ostenten trascendencia real. Y después de tratar del problema de la valoración de la renta, así como las cuestiones que plantea la ejecución, cancelación y extinción de este modelo de hipotecas, llega a la conclusión fundamental de «la conveniencia de generalizar en la práctica la prevención de incluir en los convenios reguladores esta forma de asegurar las pensiones. La hipoteca es la garantía más fácil y eficaz de todas a la hora de hacer efectivas estas prestaciones postmatrimoniales». Plausible idea dentro de la desgracia, la mayoría de las veces, de estas situaciones de ruptura.

Dos artículos más dedicaba la Ley de 30 de diciembre de 1944 a la institución de la hipoteca: el artículo 157 y el artículo 158.

El primero (157), proclamaba el principio de subsistencia de la hipoteca: «La hipoteca —decía— subsistirá en cuanto a tercero mientras no se cancele su inscripción». El segundo (158), con respecto a la hipoteca legal, disponía: «Son únicamente hipotecas legales las establecidas expresamente por las Leyes con tal carácter. Las personas a cuyo favor establece la Ley hipoteca legal, no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho». Descuidando el primero de los preceptos por obvio, como dice BRUTAU, en cuanto al artículo 158, hacía LA RICA los siguientes apuntes: que era una materia a la cual los legisladores de 1861 y 1869 dedicaron larga atención y artículos, pero que en la práctica fueron poco a poco pasando a ser letra muerta (citaba en apoyo de su afirmación la propia estadística de la DG); precisamente por eso, sólo ha merecido —señalaba— de la actual reforma una modificación insignificante si *bien de oportunidad*.

Efectivamente, la Ley de 1909, en su artículo 157 disponía que «eran únicamente hipotecas legales las establecidas en el artículo 168». Mientras que ahora el artículo 158 de la Reforma concedía el carácter de hipoteca legal a todas aquellas «establecidas expresamente por las leyes con tal carácter». Y apostillaba LA RICA: «Modificación de detalle, de manifiesta oportunidad, porque en la misma Ley Hipotecaria, en artículos distintos... se establecen supuestos de hipoteca legal, en cuanto implican la obligación de constituir la *ex ministerio legis*, y otras leyes pueden de la misma manera establecerse».

De ejemplos en la Ley Hipotecaria fuera del actual artículo 168, pueden ponerse sin contar con lo prevenido en los artículos 193 y siguientes del TR del 46:

- la hipoteca a favor de legatarios de rentas o pensiones periódicas (arts. 89 y 90 LH);
- la establecida en favor del acreedor refaccionario mediante la conversión de la anotación preventiva (art. 93 LH);

- la ampliación de hipoteca para el aseguramiento de los intereses que no estuviesen garantidos a tenor del 114 LH, que reconoce el artículo 115 de la misma;
- LA RICA apuntaba también la normativa del 118 LH, en los supuestos de retención y descuento, al pagar el deudor y subrogarse.

Fuera de la Ley Hipotecaria podemos citar:

- El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, que determina un privilegio «absoluto» sobre cualquier crédito (aunque sea pignoraticio o hipotecario), en favor de los trabajadores para el cobro de los salarios «por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional».
- El artículo 32.2 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, «Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes», contiene un supuesto de hipoteca legal para garantizar el pago de las porciones legitimarias que afecten a la explotación familiar en cuestión.
- A favor del Estado en los casos de aplazamiento y fraccionamiento del pago del Impuesto de Sucesiones y Donaciones: artículo 39 de la Ley de 18 de diciembre de 1987.
- La hipoteca especial que sin necesidad de inscripción se determina en favor de las cédulas hipotecarias emitidas por el BHE conforme a la Ley, esencialmente de 25 de marzo de 1981 y su Reglamento de 17 de marzo de 1982; pero téngase muy en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 1994, ha suprimido los privilegios del Banco Hipotecario en cuanto ejecución, o sea, a la hora de ejecutar las hipotecas. Etc... Como vemos, tenía razón LA RICA cuando afirmaba que la modificación del 44, en torno a la hipoteca legal, era de detalle pero oportuna.

Este era el último artículo que la reforma de 1944 dedicaba a las hipotecas. El siguiente artículo de la reforma, el 347, se encontraba ya dentro del Título XIII: «De la concordancia entre el Registro y la realidad». *Singular atención*, que decía su Exposición de Motivos, como hemos reseñado más arriba, dedicaba pues el legislador a la institución de la hipoteca. Resumidamente estas líneas han tratado de reflejarlo, e incluso de ver su influencia y proyección en la legitimación vigente (Texto Refundido y Leyes especiales) y en la doctrina hipotecarista, por supuesto, sin ánimo exhaustivo que no sería aquí adecuado o propio.

CONCLUSIONES CRITICAS

No solamente en cuanto a la institución de que venimos tratando (la garantía hipotecaria, la hipoteca en suma), las críticas a la Ley de 30 de diciembre de 1944, han sido favorables sino en su conjunto. CHICO ORTIZ resume estas opiniones del modo siguiente:

- se trata de una Ley eminentemente práctica;
- tenía un carácter eminentemente nacional, rectificando la tendencia germánica que venía «incidiendo» desde la Ley Hipotecaria de 1861;
- fue una Ley de Reforma parcial que «cristalizó posteriormente en el texto refundido del año 1946». Y añade: «... por último, se trató de dar al derecho real de hipoteca todo su alcance mediante una nueva reordenación del procedimiento judicial sumario y mediante una nueva regulación de algunas especiales formas de hipoteca (hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, hipoteca en garantía de títulos, hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas)».

Lo que a nuestro juicio no se ha puesto de relieve (salvo contados autores), es que era *muy difícil hacer más* en España en aquellos años del cuarenta. La guerra mundial se encontraba en sus coletazos finales sobre todo en Europa, a partir del desembarco en Normandía de las tropas aliadas el mes de junio de 1944. Y nuestra nación no se encontraba entonces en posición favorable a las potencias que iban a ser vencedoras. Es más, la economía española, a consecuencia de nuestra desgraciada guerra civil, no remontaba vuelo a pesar de las medidas drásticas del gobierno. Se viven pues, en aquellos años cuarenta, una secuela inevitable de hambre y carestía hasta de alimentos, en definitiva, de lo que los economistas y sociólogos denominan como bienes básicos.

Y en este panorama, no ciertamente consolador, surge una reforma, no ya de hipotecas, sino hipotecaria, que merced al Texto Refundido llega hasta nuestros días. ¿No es ésta su mejor crítica? Porque, ¿cuántas Leyes de este siglo cumplen cincuenta años, a pesar —como diría DE CASTRO— de lo desfavorable de tiempos y circunstancias? Vaya pues, nuestro agradecimiento más profundo a todos los que la hicieron posible, dado que debe ser y será considerada —no lo dudamos— su obra, como «una buena obra española».

BIBLIOGRAFIA

- AMORÓS GUARDIOLA, M.: *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1963.
- ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, Ed. Revista de Derecho Romano, Madrid, 1963.
- BONFANTE: *Obbligazioni*, Roma, 1919-20.
- CAMPUZANO y HORMA: *Elementos de Derecho Hipotecario*, 1931.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Pamplona, 1974-75.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español común y foral*, Ed. Reus, edición de 1965.
- CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949.
- CHICO ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- DÍAZ PAIRO: *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª ed. La Habana, 1945-47.
- GARCÍA GALLO: *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, edición de 1977 (revisada).
- GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Ed. Civitas, 1988.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Estudios*, Madrid, 1948.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Derechos de Obligaciones*, Madrid, 1960.
- LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957.
- LARENZ: *Derecho de Obligaciones*. Traducción y notas de Santos Briz. Madrid, 1958-59.
- LA RICA Y ARENAL, RAMÓN DE. *Libro Homenaje* (que recoge todos sus trabajos), Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976.
- MANZANO SOLANO: *Derecho registral inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, Ed. del Colegio de Registradores, Madrid, 1991.
- MORELL Y TERRY, JOSÉ: *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, edición 1934.
- NÚÑEZ LAGOS, R.: «El registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949.
- PACCHIONI: *Delle obbligazioni in generale*, Ed. Padova, 1941.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1961.
- ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1979.
- RUGGIERO: *Le obbligazioni Parte generale*, Napoli, Ed. 1921-25.
- SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1945-53.
- *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.
- SCHULTZ: *Derecho Romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1960.
- VIDAL FRANCÉS: *Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria*, Ed. Colegio de Registradores, 1991.

Extensión de la «condición resolutoria explícita» en la contratación inmobiliaria

*Al meu amic Josep Maria de Porcioles, ànima
i artífex de la Reforma de 1944-1946; ja
a la Glòria, vertical de Barcelona. En record
de les nostres converses hipotecàries a casa seva,
a Vilassar*

SUMARIO· 1. LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO EN EL CODIGO CIVIL: A) LA RESOLUCIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 1.124 CC: a) *Facultad, no condición.* b) *Moderación judicial* c) *Indemnidad de los terceros.* B) LA CLÁUSULA RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1.504 CC. 2. LA «CONDICION RESOLUTORIA» EN LA LEGISLACION HIPOTECARIA: A) LA PRIMITIVA LEY HIPOTECARIA. B) LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE: a) *Ineficacia frente a tercero del simple aplazamiento.* b) *Posibilidad de efectos reales.* C) EL REGLAMENTO HIPOTECARIO: a) *El defectuoso desarrollo legal* b) *Inaplicabilidad del Reglamento.* 3. LA «CONDICION» EN CONTRATOS DISTINTOS DE LA COMPRAVENTA: A) CONTRATOS EN QUE MEDIA PRECIO: a) *Adjudicación en pago.* b) *Constitución de derechos reales.* c) *Renta vitalicia* B) CONTRATOS EN QUE NO MEDIA PRECIO EN DINERO: a) *Entre partes.* b) *Frente a terceros.* C) CASOS DE CONTRATOS SIN PRECIO EN DINERO: a) *Cesión por alimentos* b) *Permuta.* c) *Transmisión de solar a cambio de departamentos* 4. LA «CONDICION» EN OBLIGACIONES DISTINTAS DEL PAGO DEL PRECIO: A) MODERNO CRITERIO EXTENSIVO. B) LÍMITES: a) *El límite de la libertad del tráfico y de las prohibiciones de disponer* b) *La relación de la causa.* C) EN ESPECIAL, LOS INTERESES DEL PRECIO.

1. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL

A) LA RESOLUCIÓN GENERAL DEL ART. 1.124 CC

La resolución como consecuencia del incumplimiento se prevé en el artículo 1.124 CC, con carácter general para todas las obligaciones recíprocas y, por tanto, también para la compraventa; he aquí sus dos primeros párrafos: *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

El precepto es perfectamente aplicable a la compraventa de inmuebles; pero, a los efectos de esa posterior aplicación, y de su comparación con el artículo 1.504 CC, interesa ahora destacar:

a) *Facultad, no condición*

Se trata de una facultad del perjudicado (*la facultad de resolver ... , el perjudicado podrá escoger ...*), y no de una propia condición; si se tratase de una condición, su concurrencia, o sea, la falta de cumplimiento, provocaría automáticamente la resolución de la obligación, que podría ser alegada por ambas partes; con lo que el obligado podría optar por cumplir y dejar perfecto el contrato o la obligación, o por incumplir y acogerse a la resolución legal; y el obligado que puede optar por cumplir o por no cumplir no es en realidad «obligado». Resulta claro, en el precepto y en su interpretación doctrinal, que el acreedor burlado es el único que puede optar por la resolución; sin embargo, se ha generalizado para la figura del artículo 1.124 CC la incorrecta expresión «condición resolutoria tácita», cuando debiera hablarse de «facultad resolutoria» o tal vez, y ese es ya otro problema, «facultad rescisoria».

b) *Moderación judicial*

La opción del acreedor por la resolución no la provoca automáticamente, sino que los Tribunales pueden moderarla con la concesión de plazo; dice el artículo 1.124.3 CC que *el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.*

c) *Indemnidad de los terceros*

La acción resolutoria produce efecto entre las partes, pero no frente a terceros de buena fe; concluye el artículo 1.124.4 CC que *esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria:*

1. Devolución de las cosas.—La referencia al artículo 1.295 CC, partiendo de que *la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses*, salva de esa obligación de devolver el caso de que *las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe*; estas personas quedan indemnes de la acción, y el acreedor perjudicado sólo puede reclamar *la indemnización de perjuicios al causante de la lesión*.

2. El tercero cómplice.—El artículo 1.298 CC establece la responsabilidad, en la devolución de las cosas, o en la indemnización de daños a quien *hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores*.

3. La Ley Hipotecaria.—El artículo 1.124 salva, en cuanto a efectos frente a tercero de la resolución por incumplimiento, *las disposiciones de la Ley Hipotecaria*; por respeto a un régimen hipotecario que ya tenía dieciséis años de vigencia y, tal vez, por temor a lo vidrioso del tema en las interpretaciones de la Ley; después se tratarán estos problemas. Ahora interesa anticipar que la salvedad de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria conduce, en la actualidad y en materia de inmuebles, a unas reglas generales similares a las del artículo 1.124 CC:

- En el artículo 34 LH, la protección del tercero que adquiere de buena fe, a título oneroso, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir, y que inscriba el derecho adquirido. Esa protección consiste en que el tercero es *mantenido en su adquisición [...] aunque después se anule o resuelva el [derecho] del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro*.
- En el artículo 37 LH, por una parte, la ineficacia de *las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias* frente al tercero que haya inscrito; y, por otra, la afección del tercero que hubiese adquirido a título gratuito o que hubiese sido cómplice en el fraude; y añade un inciso sumamente importante para la compraventa de inmuebles: *El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude*.

Pero en el ámbito hipotecario se da un paso más y se permite que se pueda informar al tercero del peligro de resolución y, así, terminar con su

ignorancia y su indemnidad; para ello no hay más que hacer constar en el Registro que el incumplimiento es causa de resolución (v. arts. 11 y 34 LH), proporcionando, por tanto, al tercero una información más explícita que *el simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio* (v. art. 37 LH). De donde resulta que es el art. 1.124 CC el que está invitando a una regulación hipotecaria de la que, por oposición a la «tácita», se conoce como «condición resolutoria explícita»; y no el 1.504 CC, cuyo limitado alcance se tratará a continuación.

B) LA CLÁUSULA RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1.504 CC

Dice el artículo 1.504 CC que *en la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.*

Sobre este precepto se ha hecho recaer el mérito de ser el introductor de la «condición resolutoria explícita»; y sorprende la unanimidad de la doctrina en esa apreciación, porque el mérito es inexistente; la teoría de una condición resolutoria basada en este artículo no resiste un mero análisis gramatical. En efecto, toda la referencia a un pacto de resolución por impago del precio no es sino un inciso explicativo que, lejos de regular los efectos de ese pacto, lo que viene a hacer es negarlos: *en la venta de bienes inmuebles [...] el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término; y podrá pagar aun cuando se hubiera estipulado* la «condición resolutoria». Conviene recordar que en el Derecho romano, mediando el pacto resolutorio, la resolución por falta de pago era automática o *ipso iure*; y lo mismo ocurría en las Partidas (V, tít. 5.º, ley 38), si bien, en éstas, era el vendedor el que, llegado el incumplimiento, podía optar por el cumplimiento forzoso o por la resolución.

1. Finalidad del artículo 1.504 CC.—Si se analiza el artículo 1.504 CC a la vista de estas premisas, puede adelantarse por ahora que no regula una resolución por impago; la opción del vendedor por el cobro o por la resolución ya se deducía del artículo 1.124 CC; lo que trata es de modalizar la aplicación de esa «condición resolutoria tácita» a la compraventa de inmuebles, en un doble sentido:

- Mientras el vendedor no opte por el cumplimiento o por la resolución, el comprador puede pagar; en el artículo 1.124 CC no está clara la posibilidad de cumplimiento tardío. Se niega así el automa-

tismo romano y se perfecciona la ley de Partidas precisando que esa opción puede ser notarial o judicial. Con esta interpretación se comprende fácilmente cómo el Código ha llamado «requerimiento» a lo que no es sino notificación al comprador de la voluntad de resolver (v. § 0.0).

- Cuando el vendedor opta, el Juez ya no puede conceder nuevo término, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones recíprocas en general según el artículo 1.124 CC.

2. Consecuencias del pacto explícito.—Todo este mecanismo resolutorio (que procede —debe recordarse— del art. 1.124 CC y no del inciso del art. 1.504 CC) tiene lugar en cualquier caso, *aun cuando se hubiera estipulado* la resolución automática, es decir, se haya estipulado o no. Cabe, pues, preguntar qué diferencia hay entre la compraventa en la que se ha estipulado la resolución por impago y aquella en que no se ha hecho; esa diferencia no se encontrará tampoco en el artículo 1.504 CC, sino, de nuevo, en el artículo 1.124 CC y, de su mano, en la Ley Hipotecaria; ya quedó apuntada: el pacto explícito permite llevar al Registro de la Propiedad una causa de resolución que advierta del peligro al tercer adquirente y lo vincule con los efectos de la resolución en el mismo sentido en que «vinculan» a cualquier tercero los derechos reales.

2. LA «CONDICION RESOLUTORIA» EN LA LEGISLACION HIPOTECARIA

A) LA PRIMITIVA LEY HIPOTECARIA

1. Los textos sobre la resolución por impago.—La Ley Hipotecaria de 1861 (1) cuidó con detalle la constancia registral del aplazamiento de pago del precio:

- Art. 10 LH 1861: «En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio ó entrega de metálico, se hará mención del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho ó convenido el pago».

Es, con ligeras variantes gramaticales, lo mismo que dice ahora; pero entonces la exigencia estaba reforzada por la de un precepto sin equivalente actual:

(1) En los preceptos que se transcriben de la Ley Hipotecaria de 1861 se respeta el texto oficial, con la ortografía de la época.

- Art. 11 LH 1861: «Si la inscripcion fuere de traslación de dominio, espresará si esta se ha verificado pagando el precio de contado ó á plazo: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio o qué parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago».

La constancia era mucho más importante que ahora, porque antes de la Ley Hipotecaria existía una hipoteca legal tácita en favor del vendedor por razón del precio aplazado; pero lo verdaderamente importante era fijar si subsistía o no aquella hipoteca legal; la regla general era contraria a esta clase de hipotecas y —en lo que ahora interesa— a los efectos frente a terceros de acciones ocultas no reflejadas en el Registro:

- Art. 36 LH 1861: «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta Ley».

Pero, entre las excepciones a esa regla, se recogía, precisamente, la acción de resolución por impago:

- Art. 37 LH 1861: «Se esceptuan de la regla contenida en el artículo anterior [...] las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el Registro».

También como ahora; pero se añadía una excepción más que fue la piedra angular en el tratamiento de la resolución por impago hasta la reforma de 1944-46:

- Art. 38 LH 1861: «En consecuencia de lo dispuesto en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, [...] por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripcion haberse aplazado el pago».

2. Interpretación doctrinal y jurisprudencial.—Del artículo 38 LH 1861 se deducía que si consta en la inscripción haberse aplazado el pago, podrá rescindirse el contrato en perjuicio de terceros registrales; pero es que, como se ha visto, por exigencia de los artículos 10 y 11 LH 1861, siempre había de constar el aplazamiento, con lo que la resolución se daba siempre en perjuicio de tercero; algunos autores protestaron contra este resultado (2), contra-

(2) Especialmente convincente es la crítica de ROCA SASTRE —*Derecho Hipotecario*. II, págs. 780 y sigs.— cuando dice que «la Ley oficiosamente se aprestaba a defender a quien no tuvo la precaución de asegurar sus derechos mediante la estipula-

rio a los principios que se trataba de establecer en la Ley; pero habían de rendirse a la evidencia, ante la claridad del artículo 38 LH 1861.

También la Dirección reconoció los efectos reales del simple aplazamiento del precio:

- La R. 17-1-1933 admitía claramente los efectos frente a tercero de la acción resolutoria, aun apelando a un extraño (entonces) acuerdo de los interesados o resolución judicial (3).
- La R. 3-2-1894 dice que la constancia del precio aplazado se exige por la Ley precisamente por el interés que encierra frente a tercero (4).
- Y la R. 30-4-1958, varios años después de la reforma de 1944, vuelve a insistir en la misma interpretación en un supuesto de derecho transitorio, de compraventa celebrada bajo la legislación anterior, con lo que viene a indicar que el régimen de 1944 no fue una interpretación distinta del régimen anterior, sino una verdadera modificación (5).

ción de un pacto comisorio o de una hipoteca de garantía [...] y así resulta que terceros adquirentes que son protegidos en el sector extrarregistral, no pueden serlo en el hipotecario, gracias a estas constataciones tabulares, verdaderas escorias registrables que ensombrecen la nitidez de los asientos del Registro, sembrando la confusión en los libros, y que pueden constituir verdaderas trampas para incautos...».

Todo esto es cierto; pero la postura del vendedor indolente también tenía cierta lógica; podía preguntarse por qué había de pactar expresamente algo que ya decía la ley, art. 1.124 CC y art. 38 LH.

(3) La R. 17-01-1933 dice que en el caso de que «se pacte expresamente que la falta de pago del precio aplazado produzca de pleno derecho la resolución de la venta [...] el pacto resolutorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro, y a tenor de lo establecido en la causa segunda del artículo 38 LH, pudiendo producirse como consecuencia una nueva inscripción a favor del vendedor o de sus causahabientes, sin más requisitos que el requerimiento judicial o notarial hecho al comprador, según dispone el artículo 97 RH»: en cambio, en el supuesto de que «se consigne tan sólo el precio que se aplazó, sin añadir la garantía hipotecaria ni el pacto resolutorio de pleno derecho [...] la acción para optar entre el cumplimiento del contrato, reclamando el pago del precio aplazado o solicitar la resolución de la venta, nacida del artículo 1.124 del Código Civil, si bien eficaz contra tercero, en cuanto a los efectos resolutorios, ha de quedar subordinada siempre al acuerdo de los interesados o a la decisión de los Tribunales en su defecto.

(4) La R. 3-2-1894 exige la distribución del precio entre las varias fincas vendidas, porque «siendo varias las fincas enajenadas, y quedando el precio aplazado, está pendiente sobre todas ellas una condición resolutoria, según declara el artículo 1.124 CC, de donde deriva la exigencia del artículo 11 LH, de que en la inscripción de la compra por precio aplazado consten la forma y plazos en que se haya estipulado el pago [...]. lo que el artículo 11 LH preceptúa como consecuencia forzosa del interés que encierra para tercero el conocer si aquél fue satisfecho o quedó aplazado, y en este caso la forma y plazos del pago».

(5) La R. 30-4-1958, sobre una compraventa anterior a la reforma de 1944, sostiene los efectos frente terceros de la constancia registral del mero aplazamiento de pago,

3. Inmovilidad posterior.—El sistema, pese a críticas e inconvenientes, se mantuvo sin variaciones en la Ley Hipotecaria de 1869 y en la de 1909; la hipoteca legal tácita (o semiexpresa, como se ha visto) en favor del vendedor no desaparece hasta la reforma de 1944-1946 (6).

B) LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE

Para el Código Civil, los efectos del impago eran los mismos con cláusula resolutoria o sin ella; sólo el artículo 1.124 CC, al remitirse a la legislación hipotecaria, permite a ésta introducir la diferencia —casi la invita a hacerlo—. Y ésta lo hace, en el texto vigente, a partir de la reforma de 1944-1946, a través de dos pilares fundamentales:

a) *Ineficacia frente a tercero del simple aplazamiento*

Esa regla general, mera trasposición del sistema del Código (recuérdese *el esto se entiendo sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes*, del art. 1.124 CC) se establece en el artículo 11 LH: *La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero [...]*.

Lo que contrasta, precisamente, con ese *artículo anterior*; porque el artículo 10 LH dice que *en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago; y si el posible aplazamiento no produce efectos en perjuicio de tercero, no se explica el empeño de la Ley en que se recoja en la inscripción (7)*.

porque está «extendido el asiento que se pretende cancelar durante la vigencia de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, que establecía la anulación o rescisión en perjuicio de tercero aunque hubiese inscrito su derecho, si constaba en la inscripción no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, precepto modificado por la Ley actual...». Esta postura de la Dirección era necesaria para no defraudar las legítimas expectativas de garantía de los vendedores que, antes de la reforma de 1944, no se preocuparon de pactar garantías especiales, porque contaban con la declaración protectora del artículo 38 LH 1861.

(6) La vieja hipoteca legal en favor del vendedor subsiste aún, a través de un sistema similar al de la Ley Hipotecaria de 1861, en la venta de buque, según los artículos 18 y 19 de la Ley de Hipoteca Naval de 21-8-1893.

(7) A mayor abundamiento, el artículo 58 RH regula la constancia registral del pago del precio, y parece excesivo dedicar dos artículos, uno para la inscripción y otro para la «cancelación», a algo que no produce efectos reales; la jurisprudencia registral también ha sido rigurosa en la constatación del aplazamiento de pago no garantizado y en su estéril salvaguarda registral: la R. 24-7-1991 consideró que el reflejo registral del

El artículo 51.7 RH, con buen criterio, elimina la constancia registral del aplazamiento no garantizado del «arrastre de cargas» en los asientos posteriores (8). Y debiera ser eliminada también en la inscripción de la compraventa:

- Por innecesaria, en el mejor de los casos, porque no tiene más finalidad que la de informar a terceros de algo que no les importa.
- Por perturbadora, porque puede inducir al tercero lego en Derecho a la falsa idea de que la finca está afecta al pago de ese precio; y a los no tan legos, pues son muchas las entidades bancarias que piden la «cancelación» del aplazamiento antes de aceptar la finca en garantía de sus operaciones; para evitar estos inconvenientes prácticos, los titulares registrales se preocupan de «limpiar» el Registro de estas referencias de aplazamientos; de manera que la referencia registral, mientras subsiste, es una mancha, ineficaz pero incómoda, que funciona en la práctica como una «garantía por estética».
- Porque, en el extremo opuesto de desorientación a terceros, puede sugerir la falsa apariencia de un crédito inscrito que es embargable por los acreedores del vendedor; desde luego, el derecho del vendedor al cobro del precio es embargable; pero lo es según las normas generales del embargo de créditos, y no por las de la Ley Hipotecaria; el Registro de la Propiedad no puede inscribir ese embargo por la razón de que el derecho de cobro no es un derecho real inscrito, sino una mera circunstancia de la inscripción de compraventa.

Pero tal vez esa eliminación de los aplazamientos de precio no asegurados especialmente estaba en el ánimo del legislador de 1944; porque el art. 10 LH dice, como en 1861, que se hará constar *la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago*, pero en 1861 había que interpretar esa exigencia a la luz del art. 11 LH 1861, que, para el precio aplazado, exigía entonces que constara «la forma y plazos en que se haya estipulado el pago»; hoy, el artículo 10 LH debe interpretarse más bien con la clave de que ha desaparecido esa exigencia del antiguo artículo 11 LH, por lo que no

aplazamiento de pago del precio en la compraventa es una exigencia del artículo 10 LH y no puede entenderse como una mención cancelable a instancia de cualquier interesado, sino que, para extender la nota a que se refiere el artículo 58 RH habrá de estarse a las reglas generales, o sea, se requerirá consentimiento del vendedor o resolución judicial

(8) El artículo 51.7 RH, referente a las circunstancias de la inscripción, dice que *las cargas y limitaciones de la finca o derecho que se inscriba se expresarán indicando brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan. En ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente*

parece necesaria la especificación y detalle de los plazos y fechas y cuantía de cada uno; el artículo 10 LH podría cumplirse diciendo que la venta se hace «por ... pesetas, confesadas recibidas», «por ... pesetas, aplazadas sin garantía», o «por ... pesetas, de las que ... se aplazan sin garantía»; fórmulas como éstas facilitarían la redacción y no confundirían a terceros, que son los verdaderos destinatarios del Registro de la Propiedad (9).

b) *Posibilidad de efectos reales*

El artículo 11 LH, tras establecer esa ineficacia frente a tercero del simple aplazamiento del precio, añade: *a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita*. De manera que, aparte de la hipoteca (v. § 0.0), que puede garantizar ésta o cualquier otra obligación (art. 105 LH), la forma de hacer eficaz frente a tercero el derecho al cobro del precio en la compraventa es la condición resolutoria explícita, o sea, el pacto al que se refiere incidentalmente el art. 1.504 CC, consistente en estipular *que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato*; obsérvese que no se exige intención, ni siquiera conciencia, de dar al pacto carácter real; ese carácter se lo da directamente la Ley:

- Si las partes omiten toda referencia a la resolución, existirá una facultad de resolver no oponible a tercero.
- Si pactan expresamente esa facultad, y ese pacto se inscribe, podrá oponerse a cualquier adquirente de la finca o de derechos reales sobre ella.

C) EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

a) *El defectuoso desarrollo legal*

Reconocidos por la Ley los efectos reales del pacto comisorio, el Reglamento se dirige a regular la ejecución registral de la resolución:

- En esa tarea se deja ofuscar por las palabras del artículo 1.504 CC, *por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato*.

(9) Los Registradores de la Propiedad que no acepten esta opinión y se crean obligados a una transcripción más amplia de las condiciones de pago, pueden tranquilizar a los terceros añadiendo a las cláusulas correspondientes una observación propia: «No se pacta garantía alguna de carácter real», «aplazamiento sin efectos frente a tercero» u otra similar.

- Olvida que, según el artículo 1.124 CC, *el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución y, tras la elección, el Tribunal decretará la resolución.*
- E interpreta que es el propio vendedor el que decide erigiéndose en Juez y parte.
- El resultado es el artículo 59 RH: *Si en la venta de bienes inmuebles o derechos reales se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato, será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o de su causahabiente que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta y se acompañe el título de vendedor.* De manera que parece bastar la notificación del vendedor de que opta por la resolución, para la nueva inscripción de la finca a su favor.
- Y frente a tercero, todavía es más drástico el sistema reglamentario; dice el artículo 175.6 que *si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación* (se refiere al documento *que acredite haberse rescindido o anulado la venta y a la consignación de el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto*); es decir, que la cancelación del derecho de los terceros no requiere, no ya su consentimiento, sino ni siquiera su conocimiento.

b) *Inaplicabilidad del Reglamento*

La doctrina, que siguió una línea conceptual similar a la del Reglamento, creyó en la técnica de éste; y la práctica ha llegado a aplicarlo en alguna época. Pero hoy día, y desde la óptica actual, debe concluirse que el precepto no es afortunado; la técnica del artículo 59 RH resulta inaplicable:

1. Por contraria a la ley.—Como contraria a la ley, a la recta interpretación de los textos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, según lo que anteriormente se sostenía: el vendedor opta por la resolución, el Juez la decreta.

2. Por contraria a la Constitución.—Si no se estuviese de acuerdo con aquella interpretación, el artículo 59 RH es también inaplicable como contrario al artículo 24.1 Const., cuando proclama que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el*

ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Ante el texto constitucional no resulta mínimamente defendible que el vendedor pueda decidir por sí que el comprador no ha pagado y cancelar la inscripción de éste sin su consentimiento; podría pensarse que el juicio que ha de hacerse es sencillo: se pagó o no se pagó, sin más; pero la resolución supone también un juicio sobre si el vendedor incurrió en *mora accipiendi*, si había cumplido sus propias obligaciones, si el comprador tenía derecho a suspender el pago, y, además de todo esto, el comprador ha de tener un momento procesal oportuno para oponer la excepción de pago, condonación, compensación o novación, y debe resolverse sobre la devolución de la parte de precio que el vendedor había cobrado ya.

3. Inaplicabilidad también frente a tercero.—Y, si el artículo 59 RH y su resolución automática resultan imposibles frente al comprador, cabría añadir que con mayor razón son inaplicables frente a terceros, posteriores titulares de la finca o de derechos reales sobre ella, a los que no se puede abandonar a la indefensión ante una resolución de la que no han sido parte:

- A esos titulares de cargas y derechos reales posteriores a la compra-venta también debe concedérseles la facultad de acudir al amparo judicial y de oponerse a la resolución; ésta incluso ha podido ser fingida o pactada fraudulentamente entre el vendedor y el comprador, en perjuicio de los terceros. De manera que el vendedor que pretenda la cancelación de derechos posteriores a la venta, si no obtiene el consentimiento de sus titulares, deberá demandarlos; dice el artículo 83.3 LH que *si constituida la inscripción o anotación por escritura pública, procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigir la en juicio ordinario*; si en los procedimientos de ejecución hipotecaria, el tercer poseedor de la finca es requerido de pago (v. art. 131.3.3 LH), y los titulares de otras cargas y derechos posteriores a la hipoteca son notificados para que puedan pagar y subrogarse en los derechos del actor (v. art. 131.5 LH), en el ejercicio de la condición resolutoria debe dárseles iguales oportunidades, aunque falte un precepto específico en tal sentido, porque aquellas notificaciones y posibilidad de intervenir no deben verse como meros trámites procesales, que pueden existir en un procedimiento y no en otro, sino manifestaciones del principio de amparo judicial del artículo 24 Const.
- Y los terceros, ante la demanda, podrán alegar simulación, incongruencia entre la resolución y los términos registralmente constatados para ella, falta de consignación. Incluso puede defenderse que los terceros pueden pagar para evitar la resolución, aunque el

propio comprador ya no pueda hacerlo por haber mediado el requerimiento del artículo 1.504 CC; pero es que el vendedor, frente al comprador moroso, está resolviendo un contrato en virtud de una facultad resolutoria pactada, mientras que, frente al tercero, está ejercitando un derecho real cuyo contenido registral encierra la alternativa de cobro o resolución; ese derecho real no puede oponerse al tercero por uno sólo de los dos términos; la concreta y detallada oposición de la «condición resolutoria» al tercero excede ya de las posibilidades de este trabajo.

3. LA «CONDICION» EN CONTRATOS DISTINTOS DE LA COMPRAVENTA

Ya se ha visto cómo *la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas* (art. 1.124 CC), es decir, en todas las recíprocas o bilaterales y, por tanto, en todos los contratos; y, siendo así, poco importa que la condición resolutoria sea tácita o explícita; si la ley establece esa facultad para todos los contratos, ha de ser lícito que los contratantes eleven esa previsión legal a la condición de pacto e introduzcan en sus contratos la cláusula resolutoria. El problema es si, tratándose de inmuebles, esa condición resolutoria podrá tener en cualquier contrato los mismos efectos reales que el artículo 11 LH predica para la compraventa.

La doctrina, tal vez por suponer que la fuente de la condición resolutoria explícita era el artículo 1 504 CC, había sostenido que sólo era aplicable en la compraventa y, tal vez, por su asimilación a la compraventa, a la permuta (en cuanto a las diferencias en metálico) y a la adjudicación en pago (por equivaler en el fondo a una compraventa); esa es la respuesta que da también el mismo artículo 11 LH cuando dice que el efecto en perjuicio de tercero de la condición resolutoria explícita *se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie*.

Pero esa posición no es hoy fácilmente aceptable ni comprensible:

- Por una parte, la aplicación a la permuta, pese a su aceptación legal, está plagada de dificultades.
- Por otra, la facultad resolutoria, tácita o explícita, deriva del artículo 1.124 CC, y de éste no surge ninguna limitación en cuanto a las obligaciones recíprocas a las que se refiere; antes, bien, esa *facultad de resolver las obligaciones* se extiende a la compraventa y cualquier otro contrato bilateral.
- Finalmente, la remisión del artículo 1.124 CC a la legislación hipo-

tecara en cuanto a los efectos frente a tercero en materia de inmuebles tampoco desautoriza la extensión a otros contratos ni a otras obligaciones; porque, como se ha visto, el artículo 11 LH, al referirse a la compraventa, trata únicamente el supuesto que había planteado dudas con anterioridad a 1944, es decir, los efectos frente a terceros de la constancia registral del aplazamiento del precio; pero el régimen general no puede buscarse en ese artículo 11 LH, sino en el artículo 37 LH, cuando admite, también con carácter general, los efectos frente a tercero de *las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro*, invitando así, desde antes de la reforma de 1944-1946, a que se dé efectos reales a esas acciones mediante su constancia explícita.

Por estas razones, el problema debe ser replanteado; puede distinguirse para ello entre los contratos en que media, o puede mediar, precio y aquellos otros en que no:

A) CONTRATOS EN QUE MEDIA PRECIO

No ofrece graves dificultades la aplicación de la resolución por incumplimiento, y sus efectos frente a terceros, en todos los contratos en que media un precio a cambio de la transmisión de la propiedad de una cosa o de la titularidad de un derecho; además de la compraventa, pueden contemplarse:

a) *Adjudicación en pago*

La aplicación de la «condición resolutoria explícita» es indudable, puesto que la transmisión de una cosa en pago de una deuda es en realidad una compraventa en que el precio está representado por esa deuda que se extingue anticipadamente; podría decirse que es una compraventa con precio pagado de antemano. Lo que ocurre es que si el precio está ya pagado puede preguntarse qué es lo que garantiza la «condición resolutoria explícita»; el artículo 11 LH da una respuesta, tal vez apresurada: *cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia*; de manera que parece que la «condición» puede garantizar diferencias en favor de cualquiera de las dos partes o, incluso, de ambas a la vez; esto no es exactamente así:

1. Resolución por el transmitente.—Si el adjudicatario (adquirente equivalente al comprador) tiene que pagar algo, además de la extinción de

su crédito, y no lo paga, el transmitente podrá resolver el contrato y, con ello, recuperar la cosa y volver a ser deudor en la deuda que se extinguió por la adjudicación y que ahora renacerá. Los efectos entre partes y frente a tercero son similares a los que se producen en la compraventa, si bien debe sustituirse el precio por el crédito y predicar de éste la consignación, la disposición a favor de terceros, etc.

2. La resolución por el adquirente.—En cambio, si el transmitente, para extinguir su deuda, debe pagar o entregar algo más que la cosa transmitida, y no lo hace, el adquirente es el que podrá resolver todo el contrato y, con la resolución, devolver la cosa, volver a ser acreedor en su antiguo crédito y extinguir la obligación de pago del complemento por el transmitente. Lo que ocurre es que la resolución en favor del adquirente, aunque equiparada a cualquier otra por el artículo 11 LH, sólo puede equipararse en cuanto a los efectos entre las partes, pero no cuando hay terceros:

- Si el adquirente ha transmitido la cosa o constituido derechos reales sobre la misma, o le ha sido embargada, no podrá compeler al tercero a la extinción de sus derechos o a su traslado sobre un antiguo crédito que ahora renace; esos terceros no son causahabientes de la parte que había de soportar la resolución, sino de la que tenía derecho a instarla; o, en otros términos, el derecho a resolver sólo es derecho real frente a los causahabientes del deudor que incumple, pero no frente a los del acreedor burlado que opta por la resolución. Ciertamente, el acreedor pudo reservarse en el contrato de transmisión o gravamen, al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.255 CC, la facultad de sustituir la cosa vendida o gravada por un crédito distinto; pero, por una parte, si la diferencia de valor entre la cosa y el crédito fuese notable, esa reserva equivaldría a dejar la validez y el cumplimiento del contrato (de venta o gravamen) al arbitrio de uno solo de los contratantes, en contra de la prohibición del artículo 1.256 CC; y, por otra, le resultará imposible oponer la misma extinción o sustitución a terceros posteriores, causahabientes de sus causahabientes, o a los que no derivan su derecho de un contrato, como acreedores embargantes.
- Y desde luego, lo que no podrá hacer es obligar al primitivo transmitente a recuperar la cosa con gravámenes que éste no ha consentido; el artículo 1.295 CC, tras establecer el efecto restitutorio de la rescisión, añade que, *en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.*

b) *Constitución de derechos reales*

Según el artículo 334.10 CC *son bienes inmuebles [...] las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*; así pues, la constitución de un derecho real inmobiliario a cambio de un precio, es una compraventa de ese derecho real; afirmación ésta que recoge indudablemente la práctica jurídica cuando se trata de transmitir un derecho de usufructo o de nuda propiedad; el contrato de transmisión onerosa de estos derechos suele calificarse expresamente «de compraventa»; pero que suele olvidarse en otros derechos reales, como la servidumbre, cuya escritura de constitución» no se califica nunca de «compraventa» a pesar de revestir la misma naturaleza. Estas constituciones o compraventas de derechos reales inmobiliarios son susceptibles del pacto de «condición resolutoria explícita» igual que las compraventas de fincas o terrenos, y sus efectos son los mismos.

c) *Renta vitalicia*

El contrato de renta vitalicia supone un puro pago del precio en plazos determinados en su cuantía, aunque no en su duración; casi podría decirse que el contrato de renta vitalicia es una compraventa en la que el precio sólo es cierto, como en el caso del artículo 1.447 CC, *con referencia a otra cosa cierta*, que es la muerte de una persona, que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuando. La admisión de la «condición resolutoria explícita» con efectos reales no ofrece más problemas que en una compraventa ordinaria, como no sean los de determinación de la cantidad que haya de devolver el pensionista en concepto de restitución de las pensiones recibidas, cantidad de la que habrá que deducir lo que pueda considerarse renta o retribución por el uso de la cosa, y a salvo lo pactado sobre cláusula penal o exención de la obligación de restituir pensiones.

Obsérvese, por otra parte, que el contrato de renta vitalicia de los artículos 1.802 y sigs., a pesar de la definición del primero de ellos (*el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*), no grava los bienes ni implica garantía real de cobro, como la implica, en Cataluña, el censo vitalicio de los artículos 28 a 32 de la Llei dels Censos, 6/16-3-1990; pero, aparte de la condición resolutoria, puede también buscarse la garantía de la hipoteca de renta del artículo 157 LH.

B) CONTRATOS EN QUE NO MEDIA PRECIO EN DINERO

Si se vuelve otra vez a la consideración de que la facultad de resolución por incumplimiento se entiende implícita en todas las obligaciones recíprocas (art. 1.124 CC), y no sólo en la compraventa, y que sus efectos frente a terceros en el ámbito inmobiliario no exigen más que la constancia explícita en el Registro (art. 37 LH), no parece existir una dificultad teórica para extender el pacto comisorio a cualquier contrato, aun sin precio en dinero; el mismo artículo 11 LH, cuando trata los especiales efectos del aplazamiento del precio en la compraventa, los predica también en la permuta *cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero o en especie*.

a) *Entre partes*

Indudablemente, la facultad resolutoria entre las partes existe en cualquier clase de contratos bilaterales, aunque no se haya pactado expresamente; cuando uno de los contratantes, citando el artículo 1.124 CC, pida la resolución por incumplimiento de la otra parte, procederá la restitución de las cosas con frutos e intereses, como dispone el artículo 1.295 CC; y si no es posible esta restitución, por pérdida de la cosa, porque se halle en poder de terceros de buena fe o (aunque no lo diga expresamente el precepto), porque la cosa no esté tal como se recibió, sino gravada, la única acción subsistente será la de indemnización de daños (final del art. 1.295 CC)

b) *Frente a terceros*

1. Extensión progresiva de la «condición resolutoria explícita» —La doctrina clásica había admitido la condición resolutoria explícita y sus efectos reales sólo en la compraventa y sólo en garantía del precio aplazado; porque se pensaba que lo que late en la mal llamada «condición» es una facultad resolutoria (o rescisoria) que actúa por simple voluntad de una de las partes, la vendedora, sin intervención judicial; y eso sólo es posible cuando el evento en que se basa la resolución es claro e indudable (falta de pago de un precio en metálico, y no otras prestaciones sobre las que quepa la discusión de si fueron cumplidas o no o si lo fueron bien o mal; todas esas discusiones habían de reconducirse al campo judicial).

Después, como se ha visto, las exigencias constitucionales de amparo judicial y su aplicación en la jurisprudencia registral devaluaron nota-

blemente la concepción clásica del pacto comisorio y su ejercicio según el artículo 59 RH; si la resolución ya no era automática ni unilateral, sino que habían de decidir los Tribunales, sobraba ya un criterio tan restrictivo sobre la «condición resolutoria explícita»; debía admitirse con carácter más general, puesto que los Tribunales ya decidirán en su día sobre la justicia de la resolución pactada; la Dirección General se colocó decididamente en esa línea:

- Un primer paso fue la consideración, especialmente en R. 29-12-82, de que cualquier alegación del comprador obstativa a la resolución enervaba el automatismo de la antigua condición resolutoria explícita.
- Después, la R. 16-10-89 admitió la extensión del pacto comisorio a «otros [contratos] igualmente onerosos en los que por el contenido y características de las prestaciones independientes [...] resulta igualmente fundada su admisión»; no era ya sólo la compraventa, sino cualquier contrato cuyas características lo permitiesen.
- Las RR. 5, 6 y 7-2-1990 y de 8, 9, 10, 11 y 14-10-1991 dieron un paso más; no se discutía en ellas la extensión a otros contratos, sino a obligaciones distintas del pago del precio en la compraventa; pero hacen una afirmación tan general, que supone la quiebra definitiva de la postura clásica; dicen que del silencio del artículo 1.504 CC no puede deducirse la prohibición, cuando la regla general es la de libertad (art. 1.255 CC), sino, al contrario, la «licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales».

2. El límite de la libertad del tráfico y las prohibiciones de disponer.— Esa extensión a otros contratos no se puede hacer indiscriminadamente; la doctrina expuesta de la Dirección cuida de precisarlo así cuando se refiere a la necesidad de determinado «contenido y características de las prestaciones» o en su referencia a «los límites legales» en las previsiones resolutorias.

Y ese límite ha de ser, necesariamente, el de la libertad del tráfico jurídico inmobiliario; esa libertad ha sido siempre uno de los principios básicos del Derecho hipotecario y se ha desarrollado fundamentalmente a través de la proscripción de las prohibiciones de disponer; éstas producen efectos cuando tienen su origen en una ley o en una decisión judicial o administrativa o cuando han sido establecidas en actos a título gratuito; pero se destierran del Registro cuando se intentan establecer en actos a título oneroso; tras la admisión de aquellas excepciones en el artículo 26 LH, el

artículo 27 LH dice que *las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento*. La forma de expulsar estas prohibiciones del Registro no es muy afortunada, al referirse a ese aseguramiento mediante *hipoteca o cualquier otra forma de garantía real*; el concordante artículo 57 RH parece aumentar la confusión al disponer que *cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de las prohibiciones de disponer a que se refiere el artículo 27 de la Ley, se inscribirán en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya, y se hará constar que se deniega la inscripción de la prohibición de disponer*: tratando de aclarar el sentido y aplicación de estos preceptos podría concluirse que la prohibición de disponer no tiene acceso al Registro; ni aun cuando esté garantizada con hipoteca, supuesto en que, según el precepto reglamentario transcrito, ha de inscribirse la hipoteca y denegarse la inscripción de la prohibición; idéntico tratamiento de inscripción y denegación habrá de darse al caso de cualquier otra forma de garantía real inmobiliaria; y que la eventual hipoteca u otra garantía no pueden asegurar sino el pago de una suma de dinero, con lo que el incumplimiento de la obligación podrá traducirse en unos eventuales daños y perjuicios al deudor, cuyo pago, en definitiva, es lo que asegurará la hipoteca (10); y, finalmente, que la indemnización de daños y perjuicios en que se traduce el incumplimiento de la prohibición garantizada con hipoteca quedaría, como cualquier otra indemnización de daños, sujeta a la necesidad de probar que el daño se ha producido efectivamente.

3. La «condición resolutoria» como prohibición de disponer.—Vista la exclusión legal de las prohibiciones de disponer, debe descartarse la posibilidad de una «condición resolutoria explícita» cuando implicase una amortización de la finca en determinadas manos, o sea, una prohibición de disponer; y esto ocurre cuando la prestación cuyo incumplimiento pudiera desencadenar la resolución fuese de carácter personal, de manera que sólo pudiese cumplirse por el adquirente y no por cualquier tercero; porque el tercero que ve su titularidad pendiente de que su causante, o el causante de su causante, cumpla una obligación que él mismo no puede cumplir, asume

(10) ROCA SASTRE —*Derecho Hipotecario*, II, pág. 741— recoge la doctrina del Tribunal Supremo indicando que «esta cláusula envuelve una limitación a la facultad de enajenar, pero su incumplimiento por parte del obligado no puede tener la trascendencia de reconocerle efectos reales, porque conforme al artículo 27 LH las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en actos a título oneroso no tienen alcance real y, consiguientemente, en caso de infracción, como unánimemente proclama la doctrina, sólo producen para la persona afectada por la limitación o prohibición, la obligación de abonar los daños y perjuicios causados».

una posición absolutamente pasiva y deja su titularidad en manos de otras personas, generalmente desinteresadas en ella; se abstendrá entonces de adquirir o de relacionarse con la finca; con lo que la «condición resolutoria», pactada inicialmente como garantía de una obligación, funciona en la práctica como disuasoria del tráfico inmobiliario, o sea, como una prohibición de disponer de hecho. El caso posterior de la cesión por alimentos es muy ilustrativo de esta realidad.

En caso de duda, el que cabe conceder a la «condición resolutoria» es el de comparación entre la causa de la eventual prohibición de disponer y la causa de la exclusión registral de estas prohibiciones; o, en otras palabras, el de si cabe amortizar temporalmente la propiedad bajo una titularidad determinada en pro de una finalidad superior a la misma libertad del tráfico inmobiliario; esto se verá a propósito de la «permuta de solar por pisos».

C) CASOS DE CONTRATOS SIN PRECIO EN DINERO

Pueden tratarse los siguientes, como los más frecuentes, y los que permiten ver las reglas generales expuestas y la defensa de las posibles excepciones:

a) *Cesión por alimentos*

1. Jurisprudencia registral.—Debe tratarse este contrato en primer lugar porque ha sido objeto de dos resoluciones que pueden resultar muy ilustrativas de la idea central. Las RR. 16-10-89 y 26-04-91 admitieron el pacto comisorio o condición resolutoria explícita para garantizar la obligación del cesionario en un contrato de cesión de bienes por los padres en favor de los hijos a cambio de la obligación de cuidarlos y asistirlos, pues el artículo 1.504 CC, relativo sólo a la compraventa, ha de entenderse aplicable a otros contratos igualmente onerosos en que por las características y contenido de las prestaciones resulta igualmente fundada la admisión.

2. Crítica.—En estas dos resoluciones se aplica la «condición resolutoria explícita» de la transmisión a una obligación de cuidado y asistencia a los padres transmitentes; el pacto comisorio en este contrato supone una verdadera prohibición de disponer de la finca (proscrita en el artículo 27 LH en los actos a título oneroso), porque nadie deseará adquirir la finca sabiendo que el título del hijo transmitente, y con él todos los posteriores, puede resolverse si no se cumple adecuadamente la obligación de cuidado y asis-

tencia de los padres; el osado comprador voluntario puede ser privado de su propiedad si no se presta la asistencia pactada por aquellos hijos a aquellos padres o, lo que es peor, si los padres y los hijos fingen fraudulentamente que no se ha prestado; cualquier acreedor que, en pago de su deuda, adquiera forzosamente (o forzosamente) la finca, puede temer inmediatamente una resolución pactada (o fingida) en círculo de familia; con lo que también se proporciona un nuevo método para hacer inmunes unos bienes a la acción de los acreedores, incluso a los privilegiados, como Hacienda, trabajadores, comunidad en propiedad horizontal, etc.: cuando el hijo se vea asediado por alguno de estos acreedores, pedirá al padre que resuelva la transmisión. Y no cabrá que el tercer adquirente trate de evitar la catástrofe cumpliendo él la obligación, porque se trata de una obligación personalísima en la que al padre acreedor no puede serle indiferente ser cuidado por un hijo o por un extraño.

Los obstáculos para la admisión de esa facultad son menores cuando el acto es predominantemente gratuito, es decir, cuando la obligación alimenticia es un pacto añadido a la donación y no una contraprestación equivalente al valor total de la finca; porque si el donante puede reservarse la facultad de disponer de los bienes donados (art. 639 CC), privando de esa facultad al donatario, no debe darse mayor importancia al hecho de que se reserve otros derechos que pueden implicar semejantes restricciones al poder de disposición. Se reconoce esa facultad resolutoria, específicamente para la donación, por la S. 30-11-87; y tal vez sean esas consideraciones las que pesan en la doctrina de la Dirección. A pesar de todo, la cláusula comisorias se pacta en garantía de la parte onerosa del contrato (otra vez la prohibición de limitaciones a la facultad de disponer); y, en último término, el comiso es un arma desproporcionada y excesiva; ante un incumplimiento de los hijos, el eventual adquirente de la finca se verá privado de la propiedad sin compensación alguna, produciéndose a costa de él un enriquecimiento injusto de otras personas, sean los cedentes o los cesionarios.

3. La garantía aceptable.—Cierto que quien cede todos sus bienes a cambio de alimentos necesita una protección frente a la eventualidad de quedar abandonado; pero el sistema de garantía equitativa de todos los derechos en juego es la hipoteca de renta, que asegure el pago a los primitivos cesionarios de una renta de dinero en caso de incumplimiento del deber de asistencia; el tercer adquirente podrá evitar la ejecución pagando la renta, sin verse indefenso ante una resolución que no puede evitarse sino cumpliendo una obligación de asistencia que él no puede cumplir por muy buena que sea su voluntad.

b) *Permuta*

1. Permuta pura.—En la permuta pura, de cambio de una cosa por otra, también ofrece notables dificultades la cláusula resolutoria. Ciertamente, el artículo 1.541 CC dice que *en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones aplicables a la venta*; y ese título (V del Libro IV) no se refiere a la cláusula resolutoria; pero en realidad hay que excluir de tal aplicación analógica todas las disposiciones que presuponen la existencia de un precio.

Debe pensarse cómo se produciría en la práctica la «condición resolutoria explícita» en la permuta. Dice el artículo 1.538 CC que *la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra*; de manera que el permutante que ha entregado su cosa y no recibe la otra, puede intentar la resolución del contrato; pero si la cosa que él entregó es ya propiedad de un tercero, o algunos terceros han adquirido derechos sobre ella, éstos tendrán que presenciar impotentes la resolución, puesto que no pueden detenerla sino entregando a cambio una cosa que no pueden entregar porque no es suya; con lo que la cláusula resolutoria funciona, como en el caso anterior de la cesión por alimentos, como una prohibición de disponer; y, precisamente por eso, debe ser proscribida; así lo debe entender el artículo 11 LH, que, al admitir la «condición resolutoria» *cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia*, permite deducir que no es admisible cuando se trata de una permuta pura, sin diferencias que abonar.

Aun así, cabe plantear la aplicación de la «condición resolutoria explícita» a la permuta en dos supuestos:

- Cuando la prestación cuyo incumplimiento pueda desencadenar la resolución sea de entrega de una cosa fungible, fácilmente accesible a cualquier persona; los terceros podrán entonces enervar la resolución por entrega de la cosa (recuérdese, a este respecto, que, según el art. 1.167 CC, *cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior*).
- Cuando se pacte la posibilidad de que el permutante incumplidor, o los terceros, puedan sustituir la prestación específica de entrega de la cosa por una cantidad de dinero; este pacto (en realidad, de conversión de la permuta en compraventa), permite también al tercero enervar, por pago la acción resolutoria. Pero para eso es preciso que se haya pactado expresamente así, pues en caso contrario rige el artículo 1.166 CC, según el cual *el deudor de una cosa no puede*

obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

2. Permuta con diferencias en especie.—El artículo 11 LH considera aplicable el régimen general de la «condición resolutoria explícita» a las permutas *cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia [. . .] en especie*. Pero en realidad, cuando la diferencia es en especie, las dificultades de la «condición resolutoria» son mayores que en la permuta pura:

- Si sólo queda pendiente el pago de la «diferencia», porque las dos cosas principales se hayan entregado, el permutante que pretenda la resolución por incumplimiento del otro, está obligado a restituir lo que hubiera recibido, y sólo puede intentar la resolución si es posible aquella restitución (art. 1.293 CC). Y no, por tanto, si ha enajenado o gravado la cosa o si le ha sido embargada; porque, como se trató a propósito de la adjudicación en pago, ni puede obligar al permutante incumplidor a recuperar su cosa con gravámenes que no ha consentido; ni puede pretender la extinción de estos gravámenes, porque el derecho a resolver sólo es derecho real frente a los causahabientes del permutante al que se impone la resolución, pero no frente a los del que la ejercita.
- Independientemente de estas dificultades, los terceros que hayan adquirido derechos sobre la cosa entregada por el que ahora pretende la resolución, no pueden ser obligados a pasar por esa resolución sin alternativa que les permita enervar mediante el cumplimiento, con lo que se vuelven a reproducir los problemas de la permuta pura que se han tratado anteriormente.

3. Permuta con diferencias en dinero.—El artículo 11 LH, tras regular la aplicación de la «condición resolutoria explícita» a la compraventa, dice que esa doctrina *se aplicará a las permutas o adjudicaciones en pago cuando una de las partes tuviere que abonar a la otra alguna diferencia en dinero [. . .]*. Y este es el caso de la permuta en que realmente cabe la cláusula comisorias en los mismos términos que en la compraventa, o casi en los mismos términos:

- El acreedor de la diferencia, ante la falta de pago, podrá ejercitar su facultad resolutoria igual que el comprador ante la falta de pago del precio. En esa resolución recuperará la cosa que entregó, tal como la entregó y, por tanto, libre de toda carga o gravamen y a pesar de cualquier transmisión que hubiese realizado el otro permutante, es decir, la recuperará en perjuicio de tercero. Esos terceros, para evitar

- la resolución han podido pagar la deuda como en la compraventa.
- Pero, en contrapartida, el acreedor de la diferencia que inste la resolución, está obligado a devolver la cosa que recibió en la permuta, y a devolverla en el mismo estado en que la recibió; es la obligación del artículo 1.295 CC, que le impide resolver cuando por pérdida, enajenación o gravamen de la cosa, no pueda devolverla en el estado en que la adquirió; este condicionante ha quedado visto a propósito de la adjudicación en pago y se ha reiterado en la permuta con diferencias en especie.

c) *Transmisión de solar a cambio de departamentos*

Es muy frecuente que el propietario del solar y el constructor se pongan de acuerdo para aportar uno la finca y el otro la realización de la obra, y repartirse finalmente los departamentos según un módulo previamente pactado. Esa voluntad se ha articulado jurídicamente de diferentes maneras, a cada una de las cuales corresponderían distintas soluciones de garantía:

1. La sociedad mercantil.—En la fórmula societaria, el propietario aporta a la sociedad el solar y el constructor aporta dinero o equipo de construcción. No ofrece mucho interés desde el punto de vista del Derecho privado, puesto que la construcción la realiza en realidad y la declara la propia sociedad; ésta puede también vender los departamentos y pagar en dinero a los dos socios, o puede disolverse y adjudicar los departamentos en pago de las cuotas de liquidación. El problema mayor es que las participaciones o acciones sociales pueden transmitirse a otras personas, que no quedarán vinculadas por los pactos previos entre los socios fundadores sobre la forma de hacer la liquidación. En cualquier caso, esta solución, al desenvolverse en el ámbito del Derecho societario, obtendrá sus posibles garantías en éste (especialmente en fórmulas que garanticen el control bilateral de la administración), y no interesan al objeto de esta exposición; lo que sí interesa es destacar el fondo societario que late en todas las fórmulas de cesión de suelo por departamentos.

2. La permuta de solar por departamentos.—Es la forma clásica de articular la operación: El propietario del solar lo transmite al constructor y éste se obliga a construir según un determinado proyecto, a otorgar la declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal (como propietario único que es, en ese momento, de la finca) y, finalmente, a transmitir al primitivo propietario los departamentos previamente convenidos. Es, pues, una permuta de cosa presente (solar) por cosa futura (departamentos). Construcción ésta a la que se objetan varias dificultades:

- El solar se transmite íntegramente al constructor a cambio de una serie de obligaciones de éste, que culminarán con la retransmisión de unos departamentos al primitivo propietario; pero registralmente, esta obligación de retransmitir no queda garantizada: En el Registro de la Propiedad *se inscribirán los títulos traslativos [...] del dominio de los inmuebles* (art. 2 LH), es decir, la transmisión del solar del dueño al constructor, pero no son inscribibles la obligación de transmitir o de celebrar en el futuro contratos transmisivos (art. 9 RH), es decir, no la obligación del constructor de transmitir en el futuro los departamentos convenidos. Seguramente, la inscripción registral de la «permuta» reflejará el pacto de construcción y retransmisión, pero ese reflejo será en cumplimiento del artículo 10 LH (constancia de la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago) y no por aplicación del artículo 11 LH (aplazamiento de pago en perjuicio de tercero); de hecho, el Registrador cumpliría con decir que el dueño transmite el solar «a cambio de determinadas obligaciones asumidas por el adquirente», sin decir cuáles son éstas, puesto que no tienen efecto frente a tercero, y tal vez fuese lo aconsejable, para no suscitar a los terceros profanos en Derecho una falsa apariencia de garantía real.

En esta situación, el primitivo propietario sufre el riesgo de que el constructor quiebre o de que enajene la finca o los departamentos fraudulentamente sin respetar el pacto previo; su situación es, pues, bastante precaria: en caso de quiebra del constructor, resulta de dudoso resultado la pretensión del antiguo propietario de que el solar no se ha *transferido al quebrado por un título legal e irrevocable* (art. 908 CC), sino a través de un contrato complejo que ahora queda sin causa, y que procede, por tanto, la separación de la masa de la quiebra; y en caso de enajenación fraudulenta, el antiguo propietario no tendrá acción ninguna contra el tercer adquirente protegido por la fe pública registral (art. 34 LH); y tampoco frente al acreedor embargante, porque el embargo concede preferencia sobre los que, como el antiguo propietario, no tienen ningún derecho real sobre ella.

- Si, como otras veces se hace, es el propietario el que conserva la propiedad del solar hasta el final de la operación, sin transmitirlo hasta entonces al constructor, será éste entonces el que afronte un riesgo de concurso o quiebra del propietario o de una enajenación contraria a lo pactado; y, mientras, estará invirtiendo en la dudosa operación sus capitales y su trabajo. Y su derecho a adquirir la finca en el futuro tampoco será inscribible en el Registro de la Propiedad hasta que la adquisición se produzca. Su posición es peor que la del

dueño del solar en el caso contrario anterior, porque ni siquiera será defendible una separación de la masa de la quiebra ni una oposición de derecho alguno frente al tercero hipotecario adquirente de la finca.

- Transmitido el solar al constructor, puede intentarse garantizar su obligación de construir y transmitir mediante condición resolutoria. La R. 5-4-1990 admite esta garantía o, al menos, se refiere a ella sin objeción alguna, de donde parece derivarse un tácito reconocimiento.

Se trataba de una permuta de solar a cambio de pisos en el edificio que debe construir en un plazo determinado el adquirente del solar, cuya obligación se garantiza con condición resolutoria; posteriormente es embargado el derecho del constructor; y finalmente, antes del cumplimiento del plazo de construcción, ambos permutantes declaran la imposibilidad de dicha construcción, resuelven la permuta y solicitan la cancelación del embargo. Dice la Dirección que «cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución que consta explícitamente en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comportará la extinción del embargo y consiguiente cancelación de la anotación preventiva. Ahora bien [...] sólo la resolución del derecho embargado que se produzca en los términos registralmente constatados gozará de ese efecto extintivo, mas no así la que tiene lugar anticipadamente por mutuo disenso [...] pues tal renuncia sólo podrá operar registralmente dejando a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se practicó la anotación de embargo». Efectivamente, el derecho del constructor tiene un valor económico, puede ser objeto de transmisión, quedando subrogado el adquirente en la obligación de construcción y entrega, y, por tanto, es también embargable; es lógico, pues, que el derecho embargado no quede ya al solo arbitrio de las partes primitivamente contratantes, y que éstas no puedan convenir una extinción anticipada en perjuicio del acreedor.

De toda la doctrina de la resolución se deriva una clara admisión de la «condición resolutoria explícita» en la «permuta de solar por departamentos»; aunque, por la objeción a la resolución anticipada, se rechaza en el caso concreto, lo que impide que entre la Dirección a tratar el fundamento y efectos de la resolución.

Frente a las objeciones a la «condición resolutoria explícita» en la permuta o en la cesión por alimentos, por conducir la garantía a una verdadera prohibición de disponer, puede decirse aquí que la obligación de entregar en el futuro unos departamentos determinados puede ser cumplida por cualquier tercer adquirente de la finca, ya construida o en proceso de construcción; en este último caso, el adquirente se obliga a seguir la cons-

trucción hasta el final, según el convenio primitivo y el proyecto técnico al que se hubiesen remitido las partes contratantes. Pero eso no es una prohibición de disponer; desde luego, no todas las personas están dispuestas a asumir esas obligaciones, sino sólo las que sean capaces de realizar un proyecto de construcción, y eso implica una cierta restricción; pero la proscripción de las prohibiciones de disponer tiene por objeto la libertad del tráfico jurídico inmobiliario; ese tráfico no es el tráfico especulativo sobre solares estáticos, sino un tráfico dinámico, que implica edificación, transformación, construcción de viviendas, locales, naves, granjas, etc.; y esa dinámica requiere una temporal amortización de la propiedad en manos de las personas capaces de realizarla. La justificación de la «condición resolutoria explícita» se encuentra en una simple investigación del espíritu de la ley o, en otros términos jurídicos, de la investigación de la causa de la «condición resolutoria» (asegurar el cumplimiento de esa dinámica) y de la causa del destierro registral de las prohibiciones de disponer (impedir una amortización improductiva de la propiedad).

3. El cambio de cuota por obra.—Los problemas de la llamada «permuta» de solar por departamentos han propiciado soluciones más modernas. Y, concretamente, la aplicación a la «permuta» de lo que ha venido llamándose «construcción en propiedad horizontal» (que trató magistralmente la R. 18-4-1988). En la adaptación de esa idea, el propietario del solar transmite al constructor sólo la cuota correspondiente a los departamentos que éste hará suyos, con el derecho inherente a construirlos; reservándose la cuota que se asignará a los que el propio transmitente debe recibir a cambio, también con el derecho a construirlos (por sí, o por otro como ahora se verá); el constructor, a cambio de la cuota que adquiere, asumirá una obligación de ejecución de obra, es decir, de construir los departamentos destinados al primitivo propietario del solar. Finalmente, la declaración de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal se hará por ambos, dueño primitivo y constructor, como condueños, en ese momento, del solar; y cada uno declarará haber construido (es indiferente si lo ha hecho por sí o por otro) los respectivos departamentos.

Con esta fórmula, el constructor queda garantizado por la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad; y el primitivo propietario del solar mantiene la inscripción de su cuota, y asegura la ejecución de la obra por la «condición resolutoria explícita». La quiebra o el embargo de los derechos del primitivo propietario no afectan en absoluto al constructor. La quiebra o el embargo de los derechos del constructor llevarán tal vez a la ejecución forzosa de su cuota y a la subrogación del adquirente en la obligación de construir o en el riesgo de perder su propiedad por resolución; el primitivo dueño del solar verá que la construcción la va a hacer una persona distinta, pero está asegurado de que se hará, por la garantía reso-

lutoria, y sabe que aquellas vicisitudes del constructor no afectarán nunca a la propia cuota reservada desde un principio.

Desde el punto de vista fiscal, sólo estará sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana la transmisión al constructor de la cuota correspondiente (no de la que se reserva el primitivo propietario); pero surgirá un concepto que no existe en las construcciones clásicas: la tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido por la ejecución de la obra correspondiente a los departamentos del propietario inicial, pero sólo por el valor de esa ejecución.

4. LA «CONDICION» EN OBLIGACIONES DISTINTAS DEL PAGO DEL PRECIO

A) MODERNO CRITERIO EXTENSIVO

La posibilidad de que la «condición resolutoria explícita» garantice obligaciones distintas del pago del precio debe pasar por una evolución paralela a la garantía de otros contratos distintos de la compraventa:

- Cuando se pensaba que el artículo 1.504 CC avalaba el pacto de que *por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato*, y que esa resolución se llevaba a cabo según el artículo 59 RH, por mera *notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta*, se pensaba también, y en consecuencia, que la «actuación automática de la resolución» debía aplicarse sólo a la compraventa y precisamente a la falta de pago del precio; porque la norma era de carácter excepcional y no susceptible de interpretación extensiva; si una de las partes podía decidir la resolución por incumplimiento de la otra, con lo que en cierta forma se erigía en Juez y parte, es porque la materia que debía juzgarse revestía meridianá claridad (se ha pagado o no se ha pagado en el tiempo convenido); si el incumplimiento se refiere a una obligación distinta al pago del precio o a un contrato distinto de la compraventa, no podía admitirse la cláusula resolutoria, porque no podía dejarse al arbitrio de una de las partes la apreciación del cumplimiento y de la exactitud de éste.
- La imposibilidad de extensión a otras obligaciones se llevó a extremos de exageración, como el de la S. 17-2-1950; según ella, en el caso de autos era impropcedente aplicar el artículo 1.504 CC porque «si bien es norma aplicable a la compraventa de bienes inmuebles,

perdía en esta ocasión su eficacia, ya que el incumplimiento del comprador no afectaba solamente a la falta de pago, sino a otra obligación de hacer, como la de facilitar y concurrir al otorgamiento de la escritura cuando el vendedor le instaba a efectuarlo»; bien estaba que el incumplimiento de esa otra obligación no determinara por sí solo la posibilidad de resolución, pero no parece acertado que tal incumplimiento impida la resolución de pleno derecho por falta de pago del precio.

- Pero actualmente, cuando se entiende que, en cualquier caso, la resolución debe ser consentida por los perjudicados o, en su defecto, declarada por el Juez, como resulta del propio artículo 1.124 CC y como exigen los preceptos constitucionales, desaparece aquel obstáculo para extenderla a obligaciones distintas del pago del precio.
- Y lo mismo que en la extensión a contratos distintos de la compraventa, puede decirse que el artículo 1.124 CC se refiere a todas clase de obligaciones recíprocas; y, aunque el artículo 11 LH no autorice tal extensión, sí lo hace el artículo 37 LH, referido a los efectos frente a tercero de toda clase de *acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro*; este precepto apoya la posibilidad de que, en virtud de pacto, se convierta en explícita la «condición resolutoria tácita» del artículo 1.124 CC, dotándola así de efectos reales.

B) LÍMITES

Pero, también como en la extensión a otros contratos, la aplicación de la «condición resolutoria explícita» a obligaciones distintas del pago del precio debe tener unos límites:

a) *El límite de la libertad del tráfico y de las prohibiciones de disponer*

Como se ha visto al tratar de la extensión a otros contratos, la «condición resolutoria» puede funcionar de hecho como una verdadera prohibición de disponer de la finca, cuando se trata de garantizar con ella una obligación de carácter personalísimo que sólo puede ser cumplida por el deudor y no por cualquier persona; una finca así «gravada» no encontrará prácticamente compradores, ante el temor de verse envueltos en la resolución por incumplimiento de un tercero; en tal caso, la pretendida garantía debe ser excluida del Registro, por la norma del artículo 27 LH, según el cual, las prohibiciones voluntarias de disponer en actos a título oneroso *no tendrán acceso al Registro*.

Pero obsérvese que la norma es estrictamente hipotecaria, de no inscripción de la prohibición, pero no cuestiona su eficacia extrarregistral; la «condición resolutoria» podrá garantizar obligaciones distintas del pago del precio, y resolver las obligaciones y contratos en que se contengan, sin perjuicio de tercero. De esta manera, el que pretenda la resolución, podrá recuperar la finca con los gravámenes o derechos adquiridos sobre ella mientras tanto por tercero, y no podrá recuperarla en absoluto si el tercero ha adquirido su dominio. En estos casos, y conforme al artículo 1.295.3, *sólo podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión, o sea, al otro contratante.*

b) *La relación de la causa*

Otra limitación para la garantía de una obligación con la resolución de un contrato es la conexión causal con éste: lo que no puede hacerse es garantizar con la resolución o con la pérdida del dominio u otro derecho real una obligación independiente del negocio jurídico que causó la transmisión o constitución, sin conexión causal con él. El precepto clave de la «condición resolutoria», el artículo 1.124 CC se refiere a la facultad de resolver en las obligaciones recíprocas; y eso tiene un fundamento claro: si, como dice el artículo 1.274 CC, *en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*, incumpléndose una de las obligaciones recíprocas, la otra pierde su causa, y esa pérdida justifica la resolución (en realidad, rescisión, por perjuicio del acreedor, en una especie de *conditio causa data, causa non secuta*); ese es el juego propio de la «condición resolutoria», tácita o explícita, y de él no se puede salir:

La limitación apuntada obedece a otro de los grandes principios del Derecho español y, en general, del Derecho moderno: la prohibición del pacto comisorio. Y, a diferencia de la anterior, esta limitación opera no sólo frente a terceros, sino también en la relación entre las partes; no puede alegarse en su favor el principio general de libertad de pacto del artículo 1.255 CC (*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente*), porque el mismo precepto establece los límites: *siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*; y los tres quedan conculcados por un pacto de comiso:

- Es contrario a la ley, que en nuestro Derecho es claramente contraria al pacto comisorio: cierto que la prohibición aparece fragmentariamente, referida a figuras jurídicas como la prenda, la hipoteca o la anticresis, por ejemplo en los artículos 1.859 CC (*el acreedor no*

puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas) y 1.884 CC (*el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble, por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo*); pero esos preceptos, como toda la regulación de los procedimientos de ejecución prendaria o hipotecaria, no son sino expresión de un principio general del Derecho, una continua prohibición de que el acreedor pueda, como señala la R. 10-6-1986, adjudicarse la cosa ofrecida en garantía sin los procedimientos y cautelas establecidos; la R. 5-6-1991 señala que el Código Civil «rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor».

- El pacto comisorio fue rechazado históricamente, entre otros ordenamientos, por el Derecho canónico, por consideraciones no sólo jurídicas, sino morales: La exclusión de la subasta y demás garantías judiciales permitía al acreedor, en perjuicio del deudor, expropiar la cosa ofrecida en garantía en precio más bajo que el normal del mercado, con lo que el préstamo, pagado finalmente mediante la adjudicación privada en precio vil, devenía claramente usurario aunque no lo fuera en un principio. La R. 8-4-1991 se refiere al rechazo del pacto comisorio «por obvias razones morales plasmadas en los Ordenamientos jurídicos».
- Y es por último, contrario al orden público, en cuanto pretende eludir las normas procesales de ejecución de los derechos reales de garantía, todas ellas de carácter imperativo y de orden público. La R. 29-9-1987 reitera que la prohibición del pacto comisorio impide pactar un derecho de opción en que el acreedor pueda adquirir las fincas en pago de créditos contra el deudor.

Por virtud de esta limitación queda excluido el comiso como garantía de obligaciones autónomas e independientes de la causa de la obligación que se pretende resolver; la R. 19-2-1990 habla de que la resolución «sólo queda justificada por la frustración del fin básico perseguido, por la quiebra del equilibrio fundamental tal como subjetivamente fue configurado, pero no en aquellas hipótesis en que el propósito determinante de la negociación queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias». Pero esos comisos prohibidos pueden revestir dos formas:

1. El comiso directo.—O derecho de adquirir una cosa en pago de un crédito; la aplicación de la prohibición es clara:

- Un llamativo ejemplo es el caso de la S. 29-5-1971: hay una hipoteca unitaria sobre un edificio entero, es decir, sin división o distri-

bución del préstamo garantizado; y el constructor de aquél, y propietario del mismo, quiere asegurar que cada uno de los que van comprando los pisos pagará puntualmente las cuotas de amortización e intereses que internamente se han fijado a cada piso y que el constructor recauda para pagar a la entidad prestamista; para ello, se establece en las respectivas compraventas que la falta de pago de tales cuotas dará lugar de pleno derecho a la resolución del contrato (de compraventa), perdiendo el comprador las cantidades entregadas para pago del precio y para reembolso del préstamo; analizando esta pretendida aplicación de la «condición resolutoria explícita», hay que reparar en la diferencia de trato que se da al acreedor hipotecario que no recibe el pago de su deudor y al vendedor-prestatario que ha pagado al acreedor y no se ha resarcido del comprador (o que se ha resarcido y por error, malicia, etc., pretende cobrar de nuevo): aquél, el acreedor a quien el comprador no paga, no puede hacer más que enajenar la finca, en el procedimiento judicial o extrajudicial correspondiente, para resarcirse de su crédito con el precio que se obtenga en la subasta, y dejar el resto al comprador; en cambio, por la «condición resolutoria», el vendedor que ha pagado al acreedor y acaso ya no tenga interés en el inmueble, pretende quedarse con la finca, cualesquiera que sean su valor y el importe de lo que se le adeude, con el precio o parte de él que haya percibido y con la parte del préstamo ya reintegrada por el comprador. La efectividad del pacto sería de una enorme injusticia.

- También se ha intentado el comiso para garantía de obligaciones de no hacer; y así, a fin de obtener fluidez en el tráfico dentro de una urbanización o complejo inmobiliario, llegó a pactarse lo siguiente: «La cláusula de resolución de esta compraventa por falta de pago del precio se aplicará también, a requerimiento del vendedor, por colocar el comprador en la calle o espacios ajardinados, aunque sea por breves momentos, mercancías o embalajes; para hacer efectiva esta resolución bastará el requerimiento notarial en el que además el Notario compruebe, aunque sea por una vez, el incumplimiento». Quizá esta cláusula se haya llegado a consignar en el contrato porque en la práctica consiga la finalidad pretendida (mantener despejada la calle) sin necesidad de intentar la resolución. Pero técnicamente no resulta aceptable; de nuevo se impone una comparación lo que sucede al acreedor hipotecario; se plantea el problema de cómo vincular a los posteriores propietarios de la finca o si éstos quedarán afectados por un incumplimiento del primitivo comprador o por la actuación de cualquier poseedor o de un tercero.

2. Los pactos comisorios encubiertos.—La prohibición del comiso es tan clara y tan antigua que no suele presentarse en forma directa, sino a través de figuras y negocios indirectos, y, a veces, sin verdadera conciencia de los interesados de estar incurriendo en la prohibición. He aquí algunos de los casos más frecuentes:

- Venta en garantía, a la que se refirió la R. 30-6-1987, según la cual la venta en garantía de una deuda que se reconoce, sin responder a una obligación de pago de precio y con compromiso de retransmisión al pago de la deuda, no es inscribible, pues la misma finalidad de garantía la priva de virtualidad suficiente para transmitir el dominio.
- Opción comisoría. La R. 29-9-1987 señala que la prohibición del pacto comisorio impide pactar un derecho de opción en que el acreedor pueda adquirir las fincas en pago de créditos contra el deudor; y las R. 5-5-1992 y R. 22-9-1992 reiteran la prohibición de la opción comisoría (11).
- Venta con pacto de retro. Una ilicitud semejante a la opción «comisoría» afecta a la «compra» con pacto de retro cuando el precio de compra es una deuda del vendedor con el comprador, y el precio de la retroventa supone, por tanto, pago de la deuda y recuperación de la prenda.

(11) Según estas RR 5-5-1992 y 22-9-92, la opción de compra cuyo ejercicio se condiciona al impago de unas obligaciones emitidas por la sociedad deudora, e imputándose el importe de las obligaciones emitidas al pago del precio, encubre un verdadero pacto comisorio, «lo que vulnera la prohibición vigente en nuestro ordenamiento, tal como resulta de los arts. 1.859 y 1.884 CC y de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de este Centro Directivo»; así se desprende de las vicisitudes de las obligaciones emitidas, coincidencia cuantitativa entre importe y precio, previsión de descuento o retención, «por más que el recurso a la figura de las obligaciones al portador posibilite que se silencie el titular del crédito que se ha de garantizar».

Pero también debe tenerse en cuenta la doctrina de la R. 8-4-1991, según la cual es inscribible «una escritura de opción de compra en la que se conviene en una de sus cláusulas “que el optante podrá satisfacer en todo o en parte el precio de adquisición, por vía de compensación de los créditos que en el momento de ejercitar la acción ostente contra los concedentes”»; porque aunque podría encubrir un pacto comisorio, siempre rechazado por obvias razones morales plasmadas en los Ordenamientos jurídicos, debe tenerse en cuenta el principio de buena fe y la consideración de que la compensación es una de las formas de pago recogidas en nuestro Código Civil; por lo que, si se hubiese configurado un negocio fraudulento, sería necesaria la justificación en el procedimiento judicial adecuado; esto no quiere decir que el pacto de compensación pueda ser inscrito, pues carece de trascendencia real. Parece que, salvo en casos tan claros como los de las dos anteriores resoluciones, el Registrador podrá calificar la existencia de comiso en el momento y por las circunstancias del ejercicio de la opción, pero no por el solo hecho de pactarse el posible pago por compensación: sólo el Juez podrá apreciar bajo este pacto la existencia de un negocio fraudulento.

- Adjudicación en pago de deuda. El mismo supuesto de venta con pacto de retro puede asumir la forma más técnica, aunque igualmente ilícita, de la adjudicación al acreedor de una finca del deudor, en pago de una deuda, y con concesión al deudor de un derecho de opción de compra, o de recompra. Bien entendido que la adjudicación prohibida ha de ser la anticipada, la que el deudor debe consentir para obtener el préstamo o servicio del acreedor; pero no la pactada una vez vencida la obligación, en cuyo caso la opción de compra alivia, no agrava, la situación del deudor transmitente.
- *Lease-back*. Cuando la empresa de *leasing* compra la finca al propio arrendatario financiero para dársela a continuación en *leasing*, surge la figura del *Lease-back*. La venta previa del futuro arrendatario financiero a la empresa de *leasing* no se hará de ordinario por el precio de mercado, sino por la cantidad que necesite el primero para su financiación; el arrendatario consentirá en esta venta barata, porque confía en la inmediata recuperación de la finca a través del *leasing*. El incumplimiento de cualquiera de las partes, especialmente del arrendatario, puede arrastrar a la resolución, por el artículo 1.124 CC, de toda la operación contractual, es decir, del *leasing* y de la venta previa, con recíproca devolución de cosas y precio, salvo la parte de éste que corresponda a canon por el disfrute de la finca; pero cuando se pacta que el incumplimiento por el arrendatario resolverá sólo el contrato de *leasing*, reteniendo la empresa arrendadora la propiedad de la finca, está surgiendo claramente una figura comisorias: En el fondo todo se produce como un préstamo de la empresa al arrendatario, transmisión de la finca en garantía, y adquisición definitiva de la finca por el prestamista ante el incumplimiento del prestatario.
- Venta del derecho de cobro de precio. La cesión del derecho al cobro del precio aplazado y garantizado con condición resolutoria explícita en una compraventa, debe considerarse que extingue la facultad resolutoria; el sujeto de la posible resolución por impago no puede ser sino el vendedor; los primeros intérpretes del Código parecían admitir el ejercicio de la facultad resolutoria por los adquirentes del crédito del vendedor; así parece aún deducirse del artículo 1.112 CC: *Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles si no se hubiese pactado lo contrario*; del artículo 1.528 CC: *La venta o cesión de un crédito comprende todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio*; o del artículo 59 RH, que habla de la *nueva inscripción en favor del vendedor o sus causahabientes*. Pero el imagina-

rio ejercicio de la facultad resolutoria por un adquirente del crédito del vendedor llevaría a una absurda adquisición de la finca por un tercero, con enriquecimiento injusto o, cuando menos, con «adquisición injusta». Sería un supuesto puro de comiso, puesto que no se trataría de recuperar la finca que se vendió, sino de un crédito, desconectado ya de la compraventa, y garantizado con la adquisición de una finca del deudor en caso de impago.

Todos estos casos están en peligro de una declaración judicial de nulidad, por más que los Tribunales hayan sido siempre más tolerantes que la jurisprudencia registral para con los pactos comisorios.

C) EN ESPECIAL, LOS INTERESES DEL PRECIO

La garantía de los intereses con «condición resolutoria explícita» experimenta una evolución concorde con lo antes tratado:

1. Tendencia contraria a la extensión.—Cuando se pensaba que la facultad de resolver derivaba del artículo 1.504 CC y que la resolución actuaba automáticamente, como prevé el artículo 59 RH, fue muy reiterada la tendencia doctrinal y jurisprudencial contraria a la inclusión de los intereses en la cláusula resolutoria. La negativa pecaba de un formalismo excesivo, pues, sobre basarse en una interpretación solamente literal del artículo 1.504 CC (que sólo habla de *falta de pago del precio*), daba una trascendencia excesiva al hecho de que la cantidad resultante por intereses se hubiese sumado al precio fijando una cantidad global o se hubiese mantenido independiente.

2. Teoría intermedia.—Aun dentro de la misma línea de resolución por voluntad del vendedor, podía defenderse la distinción de que si los intereses han de fijarse a posteriori, a través de un cálculo más o menos complicado, o dependiendo del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones o condiciones, cabe la discordia de las partes sobre estos extremos, y era peligroso conceder al vendedor una facultad de resolver por falta de pago de cantidad fijada por él unilateralmente; pero si los intereses son una cantidad alzada, añadida al precio según un cálculo hecho por las partes en el mismo contrato, fijando una cantidad o permitiendo fijarla por sencilla operación aritmética, podía admitirse su garantía con «condición resolutoria explícita».

3. Postura de admisión.—Pero si se llega a la conclusión de que la resolución deriva del artículo 1.124 CC, que se aplica a toda clase de

obligaciones recíprocas, y que tiene que ser consentida por los interesados o declarada por el Juez, ya no hay obstáculo en su extensión a la falta de pago de los intereses del precio; recuérdese el entronque de la facultad resolutoria con la causa para recibir un precio, y aquel *se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*, del artículo 1.274 CC; el vendedor no ha transmitido la cosa para recibir un precio, sino para recibir precio e intereses, y el fallo en cualquiera de las dos prestaciones frustra el fin perseguido en la compraventa. Esta es actual postura de la Dirección General en muy diversas resoluciones de los años 1990 a 1992 (12); ésta es, en síntesis, su doctrina:

- Es posible «extender la cobertura de la cláusula resolutoria, prevista al amparo del artículo 1.504 CC, a los intereses estipulados como consecuencia del aplazamiento del precio», sin que del silencio del artículo 1.504 CC pueda deducirse la prohibición, cuando la regla general es la de libertad (artículo 1.255 CC), sino, al contrario, la «licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales».
- En la R. 19-2-1990 añade que los principios de determinación y legalidad imponen «que se reflejen con exactitud en la inscripción las fechas de todos los vencimientos mensuales y las cantidades que en cada vencimiento corresponden a principal e intereses»; lo cual resulta desconcertante; porque, si una de las razones para admitir la extensión de la condición resolutoria a la garantía de los intereses es que éstos forman parte del precio y se garantizan como tal, no se entiende por qué se considera ahora esencial la determinación de «las cantidades que en cada vencimiento corresponden a principal e intereses» y no se admiten cifras globales de capital e interés en cada vencimiento, ni se entiende el interés que aquélla precisión pueda tener para los terceros.
- En las posteriores, se añade también que «es indudable la necesaria consignación, en caso de resolución, tanto del precio abonado, como de los intereses satisfechos, pues unos y otros integran la contraprestación del comprador». Esto es absolutamente cierto; lo que no parece necesario es que conste en el contrato de compraventa la obligación de consignar los intereses; porque esa obligación deriva, en el terreno sustantivo del artículo 1.295 CC (*la*

(12) RR. 5, 6 y 7-2-1990, 19-2-1990, 8, 9, 10, 11 y 14-10-1991, 4-5-1992, 1, 4, 5 y 29-6-1992, 6, 9, 10, 11, 13, 14, 16 y 17-7-1992.

rescisión obliga a la devolución [...] del precio con sus intereses) y, en el hipotecario, de artículo 175.6 RH (que exige la consignación de *el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto*) (13).

PEDRO AVILA NAVARRO
Registrador de la Propiedad

(13) Las RR 19 y 20-7-1994 contemplan sendos casos de compraventa con precio aplazado con intereses y condición resolutoria, en la que se pacta que, en caso de resolución, el vendedor consignará el «precio pagado» en ese momento, con deducción de determinadas cantidades, y admiten que la escritura se «aclare» por otra otorgada unilateralmente por el vendedor, en el sentido de que la consignación comprenderá también los intereses. La exigencia del Registrador de que constase el consentimiento del comprador para la extensión de la consignación a los intereses se califica por la Dirección de «trámites adicionales o desproporcionados con la solicitud realizada por los particulares»; puede dudarse si la cláusula de que deben consignarse los intereses es uno de esos «trámites adicionales», porque, según se ha visto, no resulta necesaria (la consignación se exige por la Ley, independientemente de los pactos de los contratantes); pero, admitido por todas las partes implicadas que lo era, lo que resulta indudable es que la modificación o ampliación del contrato se tiene que hacer por otro contrato, y eso requiere consentimiento de ambas partes; de otra forma, la declaración del acreedor de que consignará en su día unas cantidades u otras será una promesa unilateral y, como tal, revocable hasta la aceptación

DICTAMENES Y NOTAS

La reforma hipotecaria de 1944 en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. LOS PASOS INICIALES: A) LAS PRIMERAS OPINIONES. B) EL RETOQUE DE 1927. C) SOLICITANDO UNA REFORMA. D) LA OCASIÓN DE 1934.—III. PRECEDENTES DE LA REFORMA: A) ESTUDIOS DOCTRINALES. B) LOS TRABAJOS INMEDIATOS.—IV. LA LEY DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944: A) EL «ITER» LEGISLATIVO. B) MOTIVACIÓN OFICIAL DE LA REFORMA.—V. COMENTARIOS POSTERIORES: A) «BREVES CONSIDERACIONES», DE LEONARDO CIMIANO. B) «LA REFORMA HIPOTECARIA: SU CONTENIDO Y ALCANCE», POR RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. C) «CONSIDERACIONES SOBRE LA NUEVA LEY REFORMADORA DE LA LEY HIPOTECARIA», POR ENRIQUE DEL VALLE. D) COMENTARIOS, DE ANTONIO VENTURA TRAVESET. E) «EL RANGO EN LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA», POR LUIS BOLLAÍN. F) «EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA», POR JESÚS MARTÍNEZ CORBALÁN.—VI. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

Medio siglo es un lapso de tiempo lo suficientemente amplio para permitir un enjuiciamiento sobre si aquella reforma de nuestra legislación hipotecaria de 1944 fue necesaria y también para apreciar con serenidad si tales modificaciones resultaron positivas.

Tal es el propósito del estudio que realizamos en el presente número de esta REVISTA, que quiere seguir siendo fiel a sus fundadores en el empeño de vivificar el sistema proporcionándole siempre una base doctrinal suficiente a tal finalidad.

En el primer número de la REVISTA, su fundador don JERÓNIMO GONZÁLEZ se quejaba, allá por enero de 1925, de que la radical transformación del régimen inmobiliario español, que debió suponer la Ley Hipotecaria de 1861, no había producido todos los resultados beneficiosos que se podían esperar, y culpaba de ello a las propias medidas legislativas dicta-

das para el desarrollo hipotecario, a las cuales calificaba de deficientes e inadecuadas.

Con esta REVISTA y desde entonces se abrió, pues, un movimiento de reacción doctrinal encaminado a aportar nuevas energías para revitalizar el sistema hipotecario que por entonces se arrastraba lánguidamente. Don JERÓNIMO lo achacaba al abandono de los jueces y tribunales, al olvido del Parlamento y a la carencia de entusiastas defensores. Como antídoto se proponía someter a la legislación, la jurisprudencia y la doctrina al punzante análisis de una imparcial crítica con el fin de conseguir el mayor prestigio de la Institución registral.

En la ocasión que ahora estudiamos, nuestra REVISTA estuvo presente. ROCA SASTRE señala como puntales que propiciaron la reforma las reiteradas propuestas de modificación formuladas en trabajos publicados especialmente en la REVISTA CRÍTICA.

Por eso, a la hora de conmemorar el cincuentenario de la Ley de 1944 hemos considerado interesante traer a colación aquellas manifestaciones del sentir modificativo de la doctrina que se palpaba en el ambiente profesional de aquellos años y que se publicaron en nuestras páginas.

En el presente trabajo queremos recoger todos los esfuerzos que realizaron principalmente los Registradores de la Propiedad y Notarios en busca de esa finalidad y que tuvieron como vehículo de expresión esta REVISTA.

Que el empeño estaba justificado se reconoció oficialmente en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Reforma, cuando expresaba que aún estaba sin inscribir más del sesenta por ciento de la propiedad, se había iniciado una corriente desinscribitoria y se retrocedía paulatinamente al régimen de clandestinidad que quiso combatir la Ley de 1861.

¿Qué ha supuesto para nuestro sistema hipotecario la reforma de 1944? Las evidentes mejoras que actualmente se perciben ¿corresponden tan solo a sus preceptos o hay además otros factores económicos, jurídicos y sociales que las han propiciado? En los interesantes trabajos que se incluyen en este número monográfico se estudian y analizan los diversos aspectos de estas modificaciones, vistas desde el prisma de sus cincuenta años de aplicación.

Pero además de esos juicios *a posteriori* queremos reflejar, como tributo al pasado, los trabajos anteriores que propugnaban la reforma y los coetáneos que se emitieron en caliente nada más promulgarse la Ley. Así, veremos cómo los análisis y críticas que pedía nuestro fundador y que se publicaron otrora en estas páginas tuvieron su parte importante en la génesis y evolución de los proyectos, unos fallidos y otros fructíferos, en los que se basó esta fundamental reforma.

Ahora, medio siglo después, sacamos aquellos trabajos de nuestras páginas, ya amarillas por los años, para que nuestros lectores los conozcan.

II. LOS PASOS INICIALES

A) LAS PRIMERAS OPINIONES

La genérica demanda de la REVISTA en su programa inicial de nuevas energías para avanzar por el camino de la inscripción, mantener al Registrador en su puesto de Juez territorial, promover la reforma del Centro Directivo y volver por los prestigios de la Institución y de las personas pronto recibió respuesta en sus páginas con trabajos en los que se propugnaban diversas reformas en la legislación hipotecaria.

En el número 9-10, correspondiente a septiembre de 1925, se incluye un trabajo del Registrador de Montblanch DOMINGO TARRÍO bajo el título *¿Agoniza la Ley Hipotecaria?* El autor dice en él que así se pretende hacer creer desde hace tiempo por prestigiosas publicaciones de Derecho inmobiliario. Pero él no parece estar de acuerdo con tal afirmación y ardientemente la rebate. Dice que la Ley Hipotecaria ya gozaba, por entonces, de vida exuberante en varias regiones de nuestra Nación, pero reconoce la languidez que, en cambio, tenía en otras muchas, por diversos motivos. No es lógico, nos dice, buscar las causas de esa «neurosis» hipotecaria en la Ley misma ni en los organismos que aplican sus preceptos.

Sigue diciendo que no negamos que esa Ley, como todas y como todo lo humano, sea perfectible y que con el curso de los tiempos sea precisa alguna adición o modificación exigida por las necesidades de la vida misma; pero los jurisconsultos saben cuánta parsimonia conviene en esto, pues es grande el peligro de tocar o retocar la Ley. Si todos y cada uno de los preceptos hipotecarios tienen aplicación y desenvolvimiento en las más florecientes regiones de nuestra Nación, ¿cómo vamos a creer en esa agonía de la Ley y sus organismos como fin debido a una enfermedad constitucional de aquélla o de éstos? Retocando esencialmente esa Ley o cambiando el régimen de su aplicación orgánica, ¿no se corre el riesgo de que complicando su práctico funcionamiento vaya degenerando y llegue la perturbación del actual estado jurídico, con daño irremediable para los intereses públicos y privados?

Considera que el remedio no estará en reformar la Ley, sino en «igualar» el nivel de vida de las distintas regiones, remedio que, como se comprende, no es sólo difícil sino hasta quimérico. Pero el autor insiste: Esto no se ha hecho, al menos, hasta hoy; pero lógicos, tenaces en nuestras convicciones, seguimos creyendo que ese es el tratamiento insustituible; que cualesquiera que sean las modificaciones que se lleven a cabo en la Ley Hipotecaria, armonícese o no con el Catastro parcelario, no se alcanzará el fin apetecido, sobrevendrá el desuso en las mismas regiones a que aludimos y sólo quedará, como recuerdo, el pago más o menos exacto de los tributos relacionados con ella.

Cree conveniente la creación de un Registro especial de la pequeña propiedad con libros especiales, cuyos modelos, dice, ha acompañado a una Memoria elevada a la Dirección General.

Termina su trabajo afirmando que un sistema de Registro basado en absoluta libertad fracasará probablemente, salvo que llegue el resurgimiento de la riqueza nacional soñado y que la cuantía de los intereses creados pida una especial tutela en el orden jurídico, que cumple, como ninguna otra Ley, la Hipotecaria. Si el Estado, dice, para el reconocimiento de los derechos de ciudadanía, exige la inscripción en los diferentes Registros establecidos al efecto, *a pari*, por lo menos, para el reconocimiento de los derechos de propiedad, debe exigir la inscripción en el Registro de Propietarios.

Como vemos, aunque no parecía proclive a reformas, aquí ya pedía la inscripción constitutiva o, al menos, obligatoria.

En el número 17 de la REVISTA, mayo de 1926, se inserta un estudio de FRANCISCO JAVIER FENOLLERA, por entonces Registrador de Sepúlveda, titulado *La futura reforma del Código Civil y el Registro de la Propiedad*, en el cual considera útil la incorporación de la Ley Hipotecaria al texto de un nuevo Código Civil que pudiera promulgarse. Las legislaciones civiles más adelantadas así lo hacen y, por ello, decía, no hay motivo para que una parte tan fundamental del Derecho civil se separe del Código.

Sigue diciendo que varias serían las ventajas de esta reforma: Primera, la unidad y armonía legal en cuanto al régimen inmobiliario, que hoy es deficiente; segunda, conseguir que se conociese y estudiase mejor la llamada materia hipotecaria, evitándose así el poco caso que se hace por abogados y funcionarios que tienen que aplicar esas normas: cuántas lamentaciones no se oyen acerca del poco conocimiento entre los profesionales de esta parte del Derecho civil; tercera, tal vez así se lograra una utilización mayor de la inscripción y, por tanto, se obtendrían las ventajas que para el público trae, o sea: la seguridad de la propiedad, la disminución de pleitos, la facilidad del crédito, etc.; cuarta, una consideración mayor de nuestra profesión, el reconocimiento de su importancia y, por tanto, su consolidación.

Y llama expresamente la atención de los colegas por si les parece de interés el tema, y en caso afirmativo creía en la conveniencia de que por la Junta de la entonces Asociación de Registradores se designase una ponencia para redactar un proyecto de incorporación de la Ley Hipotecaria al Código Civil que fuese tenido en cuenta por la Comisión de Códigos para cuando llegase la oportunidad.

Y termina predictor: Téngase en cuenta que más pronto o más tarde se reformará el Código Civil, sobre todo por las tendencias sociales modernas. ¿Y no será mejor estar prevenidos con los estudios hechos y con calma y bien meditados y razonados, en vez de esperar que nos coja por sorpresa?

Vale más prevenir..., y el asunto es de trascendencia capital para el Registro de la Propiedad.

B) EL «RETOQUE» DE 1927

La Ley Hipotecaria de 1909, todos lo sabemos, recibió varias opiniones adversas en algunos de sus puntos concretos, entre ellos el tratamiento que hacía de la posesión y su exagerada defensa. Esta regulación dio lugar a una repetida inaplicación en la práctica de los tribunales de lo dispuesto en el artículo 41, originándose en algunos casos verdaderos conflictos de orden público.

Por ello, tras un sonado pleito entre los llevadores seculares de las tierras y los titulares de la comarca de Malagón hubieron de reformarse dicho artículo 41 y además los concordantes artículos 399 y 400 de la Ley Hipotecaria por el Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927.

El Suplemento de esta REVISTA número 56, correspondiente al día 18 del mismo mes, publicó el texto de la disposición precedido de un preámbulo especialmente crítico para las normas derogadas. Y en tres números consecutivos de la propia REVISTA en el año 1927, don JERÓNIMO GONZÁLEZ publicó un extenso y profundo estudio titulado *La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400*, analizando todos los aspectos de esta perentoria e importantísima reforma. Pues aunque fuera parcial y pudiera parecer tan solo un «retoque», supuso un giro decisivo para el tratamiento futuro del principio de legitimación.

El artículo 41 de la Ley de 1909 era, según don JERÓNIMO, desproporcionado a las líneas generales del sistema inmobiliario español y llamado a provocar inmediatos conflictos. Por ello dice que conceder a la inscripción de golpe y porrazo no sólo la fuerza legitimadora del Derecho real, sino la energía de un título posesorio incontrovertible, cuando los especialistas lamentaban la decadencia del Registro de la Propiedad, el desdén de los Tribunales por la institución y la indiferencia del país en materia hipotecaria equivalía a buscar por desusados y peligrosos senderos el vigor de un cuerpo que no necesitaba otros reconstituyentes que el juego natural de sus articulaciones y el normal empleo de su actividad.

Nos dice que los Tribunales se dividieron sobre la naturaleza *iuris et de iure* o *iuris tantum* de la presunción y que aún los presupuestos a admitir prueba en contra de la posesión del titular inscrito se separaron de nuevo al discutir el momento y la forma en que la oposición podía admitirse y las consecuencias de la contradicción formalizada. Pero, poco a poco, y a la sombra del juicio de desahucio, fue abriéndose camino la idea de que la inscripción en el Registro llevaba consigo la posesión de la finca y provo-

caba el lanzamiento inmediato de quien poseyera sin título. Desde ese momento, sigue el autor, la lucha entablada por las familias labradoras, por el agricultor secular, el pueblo castellano, contra la propiedad procedente de antiguos señoríos, de organizaciones caducas o de estados jurisdiccionales abolidos se hallaba irremisiblemente perdida. Los títulos comprensivos de grandes extensiones territoriales encontraban fácil acceso al Registro y adquirirían fuerzas vitales en el texto del artículo 41.

El Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927, manteniendo en lo posible la estructura del texto derogado, acoge las dos presunciones del artículo 41 como fundamentales bases del sistema: 1.º Al titular inscrito competen las facultades propias del derecho registrado, y 2.º Si el derecho inscrito puede engendrar un estado posesorio, se reputa poseedor de buena fe al propietario o titular del derecho según el Registro. Pero ambas presunciones, *iuris tantum*, desenvuelven sus respectivos efectos en los procedimientos petitorios o posesorios.

Y don JERÓNIMO GONZÁLEZ termina su importante trabajo sobre el tema diciendo que hemos de reconocer que si donde el Registro de la Propiedad se halla en íntima relación con la vida social no conceden las legislaciones a sus asientos la categoría de realidad jurídica inatacabale ni la efectividad de un señorío de hecho en un país tan atrasado como el nuestro en materia hipotecaria, resultaría injusto dar el salto mortal desde la posesión tabular a la absoluta protección posesoria. Establézcase, dice, que sólo mediante el Registro se pueden adquirir, modificar, constituir y extinguir los derechos reales sobre inmuebles; descríbanse con todo rigor las fincas; fórmese un Catastro exacto, si no perfecto; guárdese el necesario paralelismo entre la imposición de las contribuciones territoriales y las declaraciones del Registro; niéguese al documento privado su fuerza vinculativa en materia inmobiliaria; deróguese el efecto que otorga a la tradición efectuada en virtud de contrato la categoría de modo de adquirir fincas, y será posible reducir al *minimum* los casos de disparidad entre Registro y posesión. De otro modo, concluye, el señorío de hecho, justificado por el título no inscribible, por el error del Registro, por el pago de los impuestos, por el cultivo inmemorial y por otras tantas fuentes de disociación entre realidad e inscripción encontrará un baluarte irreductible en la conciencia pública y la Ley Hipotecaria, impotente para remediar el daño de una legislación absurda; sufrirá de rechazo las consecuencias de la opinión vulgar, que al cabo de dos tercios de siglo niega obstinadamente las ventajas al sistema y pone en la picota sus altivos cuarteles.

C) «SOLICITANDO UNA REFORMA»

Bajo este título se publicó en 1930 un artículo del Notario ALVARO DE MOUTAS en el que pedía algo que quizá pudiera pedirse también en la actualidad.

Sabido es que en 1924 se suprimió como tal la Dirección General de los Registros y del Notariado. Aunque en diciembre de 1925 se la «resucitó», no ocurrió lo mismo con el Cuerpo de Letrados que la formaban. Tiempo después, también lo sabemos, esos Letrados recuperaron su categoría y sus funciones específicas..., hasta que de nuevo, y no sabemos si ya definitivamente, han sido, una vez más, suprimidos e incluidos en un genérico, aunque indudablemente prestigioso, Cuerpo de Abogados del Estado.

Parece como si tal especial Cuerpo de Letrados de la Dirección, que formó y prestigió la jurisprudencia registral hasta cotas por todos reconocidas, tuviese sobre sí el tributo de sufrir un maldición pareja a la del río Guadiana, que se hunde y reaparece por sus célebres «Ojos» de mi tierra manchega.

Por ello, aunque se trata de un asunto muy concreto, pero de evidente actualidad, recogemos esta solicitud del Notario MOUTAS referida al Cuerpo de Letrados de la Dirección General.

Nos dice que la necesidad de un Centro técnico que diera unidad a la aplicación de la Ley Hipotecaria y uniformidad a su interpretación ya se sintió viva por la Comisión que redactó la primitiva Ley.

La principal misión de este Centro resulta claramente del conocido párrafo de la Exposición de Motivos: «Así se formará prontamente y se conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley, que será el complemento necesario del precepto escrito del legislador, y habrá un depósito de tradiciones y doctrinas de que, aun más que la generación actual, se aprovecharán las venideras».

Expresaba el autor su temor a que la Dirección General pudiera desaparecer, pues para que exista, dice, para que el depósito de tradiciones y doctrinas se conserve, para tener un fondo no interrumpido de jurisprudencia hipotecaria es preciso que la Dirección General se forme, como se formaba, por personal técnico que ingrese directamente en ella: que, seguro de no tener en ningún caso cambio alguno en su actividad jurídica, vaya poco a poco tomando cariño a esas tradiciones y doctrinas y formando su espíritu hipotecario (inmobiliario mejor) al lado de los maestros que en ella se formaron, para que cuando llegue el día sea no sólo un teórico, sino y además un verdadero especialista en la materia.

Y a este grado de madurez científica no se llega por la oposición, se llega por la especialización, que tiene, además de su significado propio, el valor espiritual de la tranquilidad, que falta ahora.

Esta razón aparte, es humano encariñarse, mirar con mayor atención, con más escrupulosa solicitud aquella actividad, aquel género de estudios, la solución de aquellos problemas que han de ser el objetivo de toda una vida oficial.

Termina diciendo que el Letrado que ingresaba en el Cuerpo Técnico de la Dirección General de los Registros sabía que había de dedicar toda su atención a problemas de Registro y a problemas notariales; sentía sobre sí el prestigio del Centro de que formaba parte y sentía también el deseo humano de aumentarlo o, por lo menos, de no disminuirlo.

Nos preguntamos si esto, que se escribió para los años treinta, sería igualmente válido para los noventa.

D) LA OCASIÓN DE 1934

El paso de un Registrador de la Propiedad, VICENTE CANTOS FIGUEROLA, en este año por el Ministerio de Justicia, aunque con la fugacidad que por entonces imponía la inestable política republicana, no fue desaprovechado por el propio Ministro ni por nuestros compañeros de entonces.

En el aspecto orgánico y corporativo se produjo la creación del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, que no fue poco, ciertamente.

En el aspecto normativo, tenemos la Ley de 21 de junio de 1934, por la que se reformó el entonces artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intentó resolver algunos problemas del procedimiento inmatriculador al sustituir el sistema de fechas por el de publicación de edictos. Sobre esta modificación se publicaron en la REVISTA CRÍTICA tres estudios: dos de los Registradores ANTONIO VENTURA GONZÁLEZ y SERGIO SAAVEDRA LASTRA y un tercero del Notario JOSÉ URIARTE BERASATEGUI. Aun siendo interesantes, estos trabajos se ciñen a aspectos muy concretos de la inmatriculación, y hacemos gracia de su contenido a nuestros lectores para no alargar demasiado esta referencia.

Pero lo más importante de aquel año, aunque no llegase a puerto por las cambiantes circunstancias políticas aludidas, fue el intento de reforma global de la legislación hipotecaria en 1934. Fue una ocasión perdida, que habría de esperar otros diez años más para hacerse realidad.

En el Suplemento de la REVISTA número 307, correspondiente al día 21 de junio de 1934, se da cuenta de este intento de reforma hipotecaria que se inició bajo una Orden Ministerial firmada por CANTOS FIGUEROLA. Bajo el título un tanto inconcreto de «Asuntos varios», dice el Suplemento que el señor Ministro de Justicia ha encargado a la Comisión Jurídica Asesora la redacción de un anteproyecto de Ley sobre las siguientes bases:

Primera. Se conservará en lo posible el espíritu, estructura y texto de la Ley Hipotecaria vigente, aceptando las modificaciones técnicas de mayor e indiscutible interés que puedan ser recogidas de los Códigos Civiles alemán y suizo o de las respectivas reglamentaciones inmobiliarias.

Segunda. Deberá ser objeto de preferente atención el derecho transitorio para obtener en breve plazo la inmatriculación o inscripción de toda la propiedad inmueble que deba ingresar en el Registro y quedar sometida al Derecho privado.

Tercera. La implantación total de la Ley se ajustará al principio de que sólo podrá constituirse, modificarse, transferirse o extinguirse un derecho real sobre inmuebles por acto o negocio jurídico mediante la inscripción en los libros correspondientes.

Cuarta. Los principios hipotecarios se armonizarán con los fundamentos del Derecho social y agrario y con las bases económicas de la explotación de la tierra y utilización de sus productos.

Quinta. Deberán quedar sentados los jalones para asegurar en lo futuro el enlace del Registro de la Propiedad con los Catastros parcelarios y Registros fiscales.

Como se ve, todo un programa. Y sigue diciendo el citado Suplemento de nuestra REVISTA que tan pronto como se recibió la Orden ministerial en el alto organismo citado, se procedió a reorganizar la Subcomisión de Derecho privado, de la que, bajo la presidencia de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, forman parte los Vocales don CASTO BARAHONA, don LUIS SIERRA BERMEJO, don JOSÉ LUIS DíEZ PASTOR, don JULIÁN ABEJÓN, don FERNANDO CAMPUZANO, don JOSÉ CASTÁN, don DEMÓFILO DE BUEN, don JOAQUÍN GARRIGUES, don LUIS FERNÁNDEZ CLÉRIGO, don ENRIQUE RAMOS, don JOSÉ DÍAZ SAMA, don VALERIANO CASANUEVA, don LUIS VILLANUEVA, doña MATILDE HUICI, don LUIS LAMANA, don HIPÓLITO GONZÁLEZ, don JOSÉ SERRANO, don IGNACIO BAÑER y don JULIO PÉREZ GONZÁLEZ, los cuales sin pérdida de tiempo y conforme a las directrices marcadas en la Orden ministerial, tan acertadas y acordes con los adelantos del sistema y las modernas necesidades, se distribuyeron el trabajo en seis Ponencias, que, respectivamente, estudiarán los temas siguientes: 1.ª «Principios fundamentales y efectos de la inscripción»; 2.ª «Derecho real de hipoteca»; 3.ª «Derecho agrario»; 4.ª «Modo de llevar el Registro»; 5.ª «Relaciones entre el Registro y el Catastro», y 6.ª, «Derecho transitorio».

Entre los Vocales citados, don JULIÁN ABEJÓN, el que fue Decano del Colegio de Registradores, en un artículo titulado «Mi grano de arena», publicado en la REVISTA CRÍTICA en 1935, nos ha dejado testimonio parcial de lo que se intentó en aquella ocasión. Dice que el anteproyecto fue objeto de preferente atención por parte de la Subcomisión de Derecho civil. Después de los jalones marcados para el comienzo de los trabajos por su

Presidente don JERÓNIMO GONZÁLEZ, se empezaron a examinar y discutir detenidamente las ponencias que se terminaron antes y que estaban redactadas en forma de bases para fijar, primero, lo fundamental, las orientaciones y, desbrozado ya el camino, poder desarrollar en el articulado los puntos en que hubiera conformidad o criterio de mayoría.

La ponencia que primero se presentó fue la del «Modo de llevar el Registro», en la que se incluyó también lo referente a la organización de la carrera por no caber esta materia en el contenido de ninguna de las otras ponencias. Se redactó un poco de prisa, dice ABEJÓN, a fin de poder suministrar trabajo para comenzar las sesiones; terminado su examen, después de tres meses de estudio y discusión, se entregó la notabilísima de don FERNANDO CAMPUZANO, «que ya conocen los compañeros por haberse publicado íntegra en esta REVISTA», pasándose después a la lectura y discusión de la don JOSÉ LUIS DÍEZ PASTOR, que la presentó ya articulada y que, como suya, revela una labor y cultura extraordinarias, al mismo tiempo que un perfecto conocimiento de la materia.

En relación con el anterior entrecomillado, he buscado afanosamente en nuestras páginas la ponencia de don FERNANDO CAMPUZANO, que se cita como publicada en la REVISTA, y no he conseguido encontrarla, y lo mismo me ha sucedido con la otra de don JOSÉ LUIS DÍEZ PASTOR. Esto supone que no podemos saber, al menos por nuestras propias fuentes, cuáles fueron las ideas reformistas que los dos citados propusieron.

La ponencia de don JULIÁN ABEJÓN se contenía en 23 bases, se refería al modo de llevar los Registros y él mismo nos la resume resaltando los siguientes puntos:

- Los índices son deficientes y constituyen un peligro constante para el Registrador; hay que ir al sistema de fichas que es claro, cómodo y seguro.
- Hay que reducir las inscripciones, limpiándolas de cosas inútiles, de repeticiones y formulismos innecesarios.
- Necesidad de que nuestro Cuerpo se desligue de toda dependencia del Poder judicial y que los recursos gubernativos, aparte del de reforma ante el propio Registrador, no haya más que una instancia ante la Dirección General.
- Modo de limpiar el Registro de cargas y gravámenes que no tienen realidad, para que no esté en contradicción con la verdad extrarregistral.
- En la última base se tiende a dar garantía de independencia al Registrador asegurándole de que no se intentará contra él reclamación de responsabilidad civil cuando contra su resolución quepa recurso gubernativo si éste no se ha entablado y resuelto.

El texto completo de las 23 bases de la ponencia consta en nuestra REVISTA y allí puede verse.

¿En qué quedó esta importante y afanosa tarea? El propio don JULIÁN ABEJÓN nos lo cuenta con cierto desencanto: «Estaba comenzando a discutirse cuando la Comisión Jurídica Asesora fue disuelta, organizada en forma nueva y licenciados la mayor parte de los que durante casi cuatro años hemos puesto en los trabajos que nos fueron encomendados nuestro entusiasmo y nuestra actividad. Ignoro qué suerte cabrá a este anteproyecto de Ley Hipotecaria, pero cualquiera que sea me creo obligado a decir al Cuerpo de Registradores que yo quise aportar a esa reforma mi grano de arena, en que se condensaban gran número de cosas de las que hace muchos años han constituido los más queridos ideales de todos nosotros».

El intento de 1934 fue, pues, una ocasión perdida.

III. PRECEDENTES DE LA REFORMA

A) ESTUDIOS DOCTRINALES

Tras la cruenta conmoción que supuso la guerra civil se vivió en España un período de reconstrucción. La doctrina, recogiendo los palpitos anteriores, sigue considerando necesaria una reforma de nuestro régimen inmobiliario y quiere llevarla a cabo. Pronto aparecen de nuevo en nuestras páginas varios trabajos que suponen eficaces impulsos precursores.

El primero, en 1941, bajo el título *Reforma inmobiliaria*, es de FRANCISCO JAVIER FENOLLERA, Registrador de Yecla, al que ya conocemos porque en 1926 proponía una previsorá preparación para la reforma hipotecaria dentro del ámbito más amplio de una posible modificación del Código Civil.

Insistiendo en el tema, ahora nos propone resumir lo sustantivo de la Ley Hipotecaria en unos 150 artículos, que puedan formar el día de mañana un título del Código Civil, con lo que se conseguiría suprimir las frecuentes antinomias entre civil e hipotecaria; un mejor conocimiento de esta materia por los Letrados, evitándose las perjudiciales consecuencias que actualmente sufren los que tienen que litigar y muchos pleitos. Todo el contenido necesario de los demás artículos de la Ley Hipotecaria y Registro podrían consignarse en una «Ordenanza General del Registro de la Propiedad» para lo adjetivo (modo de llevar el Registro, procedimientos, recursos, etc.) y un «Reglamento Administrativo del Registro» (personal, oficinas, Colegio, inspección, arancel, etc.).

Explaya su proyecto de reforma en los siguientes apartados, que ya apuntó:

- a) *Ley de Derecho Inmobiliario*.—Ya que la base del Registro de la Propiedad es la finca, conviene determinarla mejor, relacionando el Registro con el Catastro, siguiendo el camino que marcó la Ley de 1906; exigir por lo menos la extensión superficial, requisito de gran importancia en la vida jurídica de la finca, así como el valor estable u oficial, lo que es de trascendencia en muchos casos y que pudiera obtenerse del Catastro o líquido imponible; también debiera exigirse el plano en las que excediesen de cien hectáreas; también convendría limitar o regular mejor la agrupación de fincas no colindantes.

Dice también que aun prescindiendo de las teorías del título y el modo y aceptando la del consentimiento, dado el interés nacional de la propiedad inmueble y la conveniencia para todos de conocer las circunstancias jurídicas de la misma, se impone como *necesaria* la inscripción en oficinas públicas de la propiedad y, como enseña la experiencia, se impone el principio de que para ser válida la transmisión de inmueble y constitución de derechos reales ha de hacerse constar en el Registro de la Propiedad, como rige ahora con las hipotecas; el actual régimen voluntario, inspirado en principios liberales, es incongruente con los fines de la institución, pues no realiza el servicio público para que fue creada, que es el conocimiento de la propiedad y la seguridad de la misma.

Considera que debe admitirse la sustantividad de la inscripción armonizando la Ley Hipotecaria, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de que sus preceptos tengan toda la eficacia deseada, como requiere un buen régimen inmobiliario, haciendo desaparecer las dudas y antinomias. En cuanto a las hipotecas, entiende que, inspirándonos en el Derecho germano y en las necesidades españolas, convendría determinar más el rango de hipotecas, establecer la de propiedad, la de máximo, tal vez la deuda territorial, en la forma que resulte más útil a los propietarios y a la economía nacional. También parece hora, dice, de simplificar y limitar las hipotecas legales, que producen confusión, aparte de que son demasiadas las admitidas; algunas, como las del Estado por los impuestos y las de bienes reservables, podrían suprimirse, pues perjudican a la propiedad. Con el fin de facilitar el ingreso de la propiedad en el Registro debe permitirse la inscripción primera de todo documento público anterior a cinco años, siempre que no haya inscripción que se le oponga.

- b) *Ordenanza general del Registro de la Propiedad*.—Comprenderá lo adjetivo, o sea, las normas del Registro funcionando, pudiendo resumirse unos 250 de la actual Ley y la mayor parte de los del

Reglamento: modo de llevar el Registro, formas, requisitos, plazos, recursos, etc.

- c) *Reglamento administrativo del Registro de la Propiedad*.—Se ocuparía en unos 150 artículos, de la Oficina, Registradores, Colegio, personal, inspección, arancel, etc.

Ya en el año 1942 nuestra REVISTA publica otros dos trabajos sobre el tema de la reforma que estaba en el ambiente.

Uno de estos estudios, del Registrador JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES tiene un título inequívoco: *Necesidad de la reforma del régimen inmobiliario*. En su párrafo inicial justifica la necesidad de esa reforma al decir que siendo las instituciones jurídicas un reflejo exacto de la concepción político-social imperante en un momento dado, produciéndose su acomodamiento a las exigencias del sistema en vigor, es indudable que en los tiempos que corren de incansante transformación en la organización y dirección del Estado, el ordenamiento jurídico tiene que manifestarse con contenido distinto al que se va borrando ante el impulso de la tendencia que pugna por ser.

Considera que la reforma debe girar primordialmente alrededor de tres puntos principales:

- a) Crédito territorial. La propiedad raíz, dice, es el soporte económico de las relaciones crediticias. Su titularidad es antecedente necesario de la garantía que ella hace posible con la concreción y trascendencia del derecho real, fortaleciendo la diluida y no preferente responsabilidad que supone el estar todo el patrimonio del elemento pasivo de la obligación sujeto al pago de sus deudas (art. 1.911 Código Civil). Afirmar el crédito territorial, finalidad primordial del ordenamiento hipotecario aun en la época de la primitiva Ley era exagerado, pues no es sino una faceta de la institución registral. Ello, no obstante, no es posible estudiarlo con separación de los principios hipotecarios, pues para que se dé la hipoteca se precisa de una determinación física del inmueble y de una especificación exacta del derecho. Y si el titular puede dar en garantía su finca o derecho es porque goza de la protección legitimadora, con presunción incontrovertible si se dan las notas de la buena fe y carácter oneroso de la adquisición, o meramente *iuris tantum*.
- b) Asegurar las relaciones jurídicas reales sobre inmuebles. El autor dice que la reforma que propugna no puede obtenerse mediante el simple retoque de este o aquel precepto aislados. Es más amplia la dirección que debe seguirse: La adquisición de un derecho real sobre inmuebles, ya tenga lugar por decisión judicial, ministerio de la Ley o expresión del consentimiento material o formal, debe

operarse superando la doctrina del título y el modo de adquirir en el sentido que se hace patente en el artículo 609 del Código Civil. Sin que baste la mayor protección concedida a la investidura del Registro en el caso de doble venta (art. 1.473 del Código Civil) ni ser tampoco suficiente el valor que entraña el artículo 17 de la Ley Hipotecaria frente a la adquisición contradictoria que se intentara llevar al Registro. Aquí, igual que en el anterior precepto, se establece, aunque de modo incompleto, el principio de inscripción como única forma de dar eficiencia a las adquisiciones con relación a todos. La finalidad del aseguramiento tendría realidad plena sustituyendo la tradición por la inscripción; en el supuesto del artículo 17 de la Ley Hipotecaria no se podría hablar de «título por el que se transmite o grave»: la transferencia no sería posible sin la inscripción.

- c) Inscripción constitutiva. Dice el autor que seguimos que en buena técnica debe entenderse en tal acepción, no en sentido restringido, como expresión del nacimiento en el Registro del derecho, sino también su modificación, transmisión y extinción, implicando un trámite integrador en la vida y extinción del derecho real. La inscripción constitutiva, en unión de otros supuestos jurídicos, crea, y por tanto protege, el derecho apto para ser plasmado en ella. De aquí llega a la consecuencia siguiente: La finalidad de aseguramiento tiene su adecuada realización en la inscripción constitutiva, y sólo imperfectivamente en la declarativa. Por la primera se sanciona una realidad jurídica, la recogida en el folio; la segunda, al proteger los derechos reales recogidos en su desarrollo pleno, hace posible el dualismo: realidad registral y exterior, dificultando que el aseguramiento sea incontrovertible.

Otro de los trabajos aparecidos en la REVISTA CRÍTICA en 1942 sobre el ambiente de reforma se titulaba *El crédito territorial y la movilización de la propiedad inmueble*, y su autor era el Registrador MANUEL VILLARES PICO, asiduo y valioso colaborador de nuestra publicación.

Nos dice este autor que para una perfecta técnica del régimen inmobiliario y para una completa seguridad jurídica en el tráfico de los inmuebles es preciso arrancar del principio de publicidad registral, perfecto y sencillo, al objeto de la trascendencia y ostentación de los derechos reales por medio del Registro, de manera que sea posible que la realidad jurídica coincida con la situación registral. De ese principio hace derivar el supuesto de la *obligatoriedad de la inscripción*, de manera que no haya adquisición sin el hecho de la inscripción, dando así, por medio del Registro, publicidad de todo hecho o negocio jurídico que se inscriba.

Insiste en que en esta publicidad hemos de fundar la fuerza legitimadora de la inscripción en sus diversos grados, según la presunción de veracidad registral que concede la Ley. Propone que se reforme la Ley Hipotecaria, estableciendo preceptos categóricos y no artículos tímidos y fragmentarios de los principios hipotecarios, que dan lugar a múltiples interpretaciones; quiere preceptos categóricos que instauren decididamente los postulados de la obligatoriedad de la inscripción, de la fe pública registral, de la legitimación y de una prescripción hipotecaria que consolide las adquisiciones.

Articula su propuesta de reforma en los siguientes puntos:

- a) Que sea obligatoria la inscripción como único modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles, siendo ineficaces las adquisiciones extrarregistrales relativas a tales derechos con respecto al tercero que haya adquirido fundado en la fe registral; y lo mismo en cuanto al titular de cualquier inscripción que tenga legitimado su derecho por la prescripción hipotecaria, en los términos que luego diré.
- b) La fe pública registral es para el que adquiera por título oneroso de buena fe y según el Registro la base de una prescripción instantánea que deja inatacable su adquisición en virtud de la presunción *iuris et de iure* de que es el único y verdadero dueño del derecho que adquirió según el Registro.
- c) La legitimación registral es el efecto inmediato de la inscripción que, exigiendo la previa calificación que de la titulación hace el Registrador, hace presumir ante la colectividad que el inscribiente es, por de pronto, el que puede ostentar la titularidad del derecho inscrito.
- d) Fundándonos en la publicidad que proporciona la inscripción, debe preceptuarse una prescripción hipotecaria que haga firmes los derechos de los inscribientes, pues no sólo anuncia quién es el titular, sino que proporciona a los demás la posibilidad de promover a los perjudicados las acciones correspondientes. De ahí que transcurrido el plazo de prescripción sin que conste en el Registro la interposición de demanda, debe considerarse prescrita toda acción contra el titular inscribiente y sus causahabientes.

Otro de nuestros conocidos colaboradores, el Registrador ANTONIO RÍOS MOSQUERA, publicó en esta REVISTA en el año 1943 su aportación reformista bajo el título *Nuevo ordenamiento hipotecario y régimen de la pequeña propiedad*.

Es un trabajo bastante extenso y muy intenso, donde el autor critica la situación del sistema por aquellos años en términos que luego fueron reco-

gidos por la propia Ley, como veremos. Dice que los ochenta años de vigencia de la Ley Hipotecaria no sirvieron para que ni la pequeña propiedad ni muchas fincas de gran valor de comarcas enteras ingresasen en los libros del Registro y la libertad concedida a los dueños para inscribir o no sus fincas, ya consten inscritas a nombre de algún titular, ya no lo hayan estado nunca, origina complicaciones de orden práctico que no acreditan nuestro sistema inmobiliario. Si a esto se añade que los titulares de fincas son árbitros de que las relaciones sobre ellas consten, no ya en documento privado, sino incluso sin documento de ninguna clase, y hasta por la mera posesión o la mera tenencia, se comprende cuán lejos de la realidad viven muchos preceptos fundamentales de nuestro viejo ordenamiento jurídico inmobiliario y la necesidad de pensar en su modificación para adaptarlo a las realidades sentidas.

Ante esta situación, RÍOS MOSQUERA se pregunta anonadado: ¿Qué queda, pues, del Registro? Nada o casi nada. El Registro es casi un fantasma, un ser extraordinario al que no comprendemos, porque los supuestos en que nos movemos no guardan relación con él, porque a pesar del artículo 389 de la Ley Hipotecaria (la de 1909, el 313 de la actual) se admiten en todas las partes documentos públicos, privados, falsos, nulos y todo, y el fantasma del Registro ante cada ataque a su organización sigue haciendo una mueca de indiferencia porque sabe que es, que existe y no le respetan. Vive en un mundo de idealidad y espera que todo lo que se escribió durante ochenta años se recoja en una ordenanza práctica y de contenido, porque sabe que es necesario, porque sabe que en la naturaleza de los bienes inmuebles, en las múltiples relaciones establecidas sobre ellos, requiérese una forma de transmisión esencial que no puede ser igual a la de los bienes inmuebles, y espera que los litigantes, convencidos de la desgracia de serlo, se calmen, y acogiéndose a sus disposiciones, cuando se dejen a un lado parte de los instintos individuales de lucha, se sometan a las normas constructivas de orden social que cristalizan en las instituciones.

Se lamenta el autor de que algunos Jueces, formados bajo el dogma civilista de la autonomía de la voluntad, no penetran fácilmente en el laberinto de la Ley Hipotecaria o se detienen, por no enfrentarse, con el fantasma que mora en el Olimpo; y de tal manera se restringen los efectos de la inscripción, que en algunos lugares se está casi como en 1863 y aun peor, pues muchas veces se utiliza el Registro no como medio normal de defensa, sino como ardid curialesco de oposición.

De este sombrío panorama que nos ha descrito, RÍOS MOSQUERA aduce la necesidad de reformar nuestra legislación y de encauzar los estudios del derecho real a través del ordenamiento jurídico del sistema inmobiliario y no desde el punto de vista del derecho de contratación, y de que todas aquellas formalidades que acompañan y acompañaron en todo tiempo a la

transmisión de inmuebles cristalicen en una organización registral que viva en la realidad, acomodándose mutuamente todas las leyes que integran el sistema legislativo español para que la Ley Hipotecaria viva y no se estime, por la incompetencia de muchos, como una abstracción filosófica, como la metafísica del Derecho, tormento de Registradores y Notarios, nuevo suplicio de Tántalo del propietario.

Concretando sus razones, el autor insiste en la reforma del ordenamiento jurídico inmobiliario diciéndonos que está visto que dicho ordenamiento no responde a la realidad vivida en algunas comarcas españolas, sobre todo en lo que se refiere a la pequeña propiedad, y como no sirve debemos, sin eufemismos, confesar que debe ser reformado para, con las enseñanzas obtenidas de su aplicación y de las que suministren otros regímenes inmobiliarios, ver de adaptarlo para que responda a la finalidad que sus autores entrevieron en la notable exposición de motivos.

Achaca un tanto la debilidad de la Ley Hipotecaria al Código Civil en cuanto que este texto legal posterior se ha inspirado en materia de inmuebles en el Derecho tradicional en lugar de seguir la evolución iniciada en la Ley de 1861. Dice que podría haberse cambiado el rumbo del sistema con un retoque al Código, añadiendo un párrafo al artículo 609 que dijese: No obstante, la adquisición y gravamen de los bienes inmuebles y derechos reales exige la inscripción del título en el Registro, conforme con el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, sin cuyo requisito no se podrán ejercitar las acciones a que se refiere el artículo 348 de este Código ni admitirse los documentos como determina el artículo 389 de la Ley.

De acuerdo con esto, según la opinión del autor que resumimos, la reforma debía ser total y no sólo de la Ley Hipotecaria. Ese respeto a su estructura, más que homenaje a una Ley que representó en sus tiempos un gran avance, revela incapacidad en los cultivadores de los estudios hipotecarios.

Propone una Ley que en cuatro libros estudiase: I) El Registro de la Propiedad, su organización, títulos inscribibles y modo de llevar el Registro. II) Los efectos de la inscripción y, en general, de los asientos y de los particulares de algunos institutos. III) De los funcionarios encargados del Registro y organismos directivos e inspectores. IV) Procedimientos hipotecarios. Considera que sería una Ley más lógica que la actual; se dividirían esos libros en títulos, capítulos y artículos y no se daría la incongruencia de que disposiciones sustantivas y fundamentales de la Ley figuren desparrramadas en títulos y artículos que, sistemáticamente, debieran figurar unas cerca de otras.

A continuación RÍOS MOSQUERA, en una detallada lista, refleja las cuarenta y seis bases fundamentales que, a su juicio, debían contenerse en la reforma del ordenamiento inmobiliario que propone. Sentimos no poderlas

reproducir íntegramente por elementales razones de espacio. A los que tengan interés en conocerlas les remitimos a las páginas 438 a 450 de la REVISTA CRÍTICA del año 1943.

El autor brinda el completísimo y armonizado programa a la Junta del Colegio de Registradores pensando que podría ser útil en la redacción de un proyecto del Código Inmobiliario. Suponemos que fue tenido muy en cuenta a la hora de redactar los textos en que se plasmó la reforma del año siguiente.

B) LOS TRABAJOS INMEDIATOS

Ya hemos dicho que ROCA SASTRE cita las reiteradas propuestas de reforma formuladas desde esta REVISTA como motor de un deseo de modificación de las normas hipotecarias. Según dicho autor, la doctrina hipotecaria cuidó de extraer del ordenamiento legal aquellos principios y criterios básicos, destacando el valor de los preceptos en que se apoyaban y señalando los vacíos normativos y el modo de colmarlos.

El perfeccionamiento de nuestros estudios hipotecarios se manifestó principalmente en cuanto a los principios básicos, pero también se extendió a otras particularidades de nuestra legislación hipotecaria, muchas de ellas susceptibles de mejoramiento, y así mismo se hizo eco de la necesidad de expurgar del Registro el cúmulo de cargas y gravámenes prescritos o extinguidos de la realidad jurídica y de procurar el ingreso en el mismo de la gran masa de propiedad que permanecía fuera de él, atajando también la fuerte corriente desinscribitoria y facilitando la reanudación de la vida tabular.

Todo esto, concluye ROCA SASTRE, hizo que prendiera la idea de la necesidad de una reforma de nuestra Ley Hipotecaria. El terreno estaba preparado para que el Estado la acometiera.

Curiosamente, a diferencia de lo que ocurrió en 1934, en nuestra REVISTA no se recogió la iniciación ni la marcha de los trabajos de la reforma de 1944 con información directa.

En cambio, el proceso aparece indirectamente reflejado en dos trabajos publicados en ese año y otro más, ya en 1945, escritos por el Registrador JOSÉ MARÍA DEL RÍO PÉREZ. El primero se titula *Algo más sobre la reforma del Código Civil y de la Ley Hipotecaria*, y en él se dice que se está estudiando una nueva reforma parcial de la Ley Hipotecaria por la Dirección General de los Registros y del Notariado, con el informe del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad; y es de esperar que el acuerdo presida y brille en el nuevo proyecto. Nos dice el autor que remitido por dicho Colegio a los colegiados, ya se advierte que la reforma

parece inspirarse en los principios básicos que campean en la exposición de motivos de la primitiva Ley de 1861, dando certidumbre al dominio, poniendo límites a la mala fe y libertando al propietario del yugo de usureros despiadados. Ello constituye, en principio, una garantía de acierto.

En nota a pie de página se aclara que, según periódico *ABC* de Madrid, de fecha 2 de mayo de 1944, la reforma ya se había enviado a las Cortes para su estudio y aprobación.

En el número siguiente de la *REVISTA* de ese año 1944 se publica el segundo trabajo del mismo autor, con título menos comprensivo: *Algo más sobre la reforma de la Ley Hipotecaria*. El motivo del cambio nos lo explica el señor DEL RÍO: Entre el anteproyecto inicial y el proyecto enviado a las Cortes se ha prescindido de alterar los artículos 605, 606 y 607 del Código Civil, por lo que la reforma sólo recaerá sobre la Ley Hipotecaria. En este segundo trabajo el autor nos informa de que el día 12 de junio se publicó el proyecto de Ley en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, precedido de su correspondiente Preámbulo y señalándose un período para la presentación de enmiendas. Parece, dice ingenuamente, que son los Procuradores en Cortes los que pueden ejercer tal derecho.

Efectivamente, algunas enmiendas se presentaron y puede verse su texto, la discusión y resultado en el tomo III de la obra *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, editado por el Colegio de Registradores con motivo del V Centenario del Descubrimiento, al que nos remitimos.

El Registrador DEL RÍO PÉREZ que, por no ser Procurador en Cortes, no pudo presentar enmiendas, cumple con su deber profesional acudiendo con estos trabajos a la encuesta convocada por el Colegio, y en nuestras páginas expuso sus ideas sobre la reforma en marcha. Critica lo referente a la identificación de los propietarios y las fincas e igualmente considera perturbadores los pactos sobre el rango hipotecario. En cambio, otorga crítica favorable a los endosos de créditos hipotecarios, la regulación de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes y las reformas en cuanto a los procedimientos sumario y extrajudicial de ejecución hipotecaria. Ve dudosa la reforma en materias de concisión registral o formularia en cuanto a la descripción de fincas y en materia de arrendamientos.

Como antes hemos dicho, ya en 1945 se publicó en esta *REVISTA* un tercer trabajo del mismo autor sobre la concisión en las cancelaciones y en las certificaciones y sobre el tema genérico del *prior tempore* y los guarismos. En tal estudio, posterior ya a la publicación de la Ley, el autor lamenta, a toro pasado, que algunas de sus sugerencias no hayan sido incluidas en el texto publicado, pero diciendo que sus razones habrá tenido la Comisión dictaminadora.

Conformidad se llama esa figura. Aunque después el autor insiste en su punto de vista crítico al texto publicado en un cuarto trabajo aparecido en

la REVISTA CRÍTICA en 1945 y también bajo el mismo título que los anteriores. En él analiza en especial la Disposición Adicional 3.^a de la Ley sobre la facultad al Ministerio para alterar la demarcación de los Registros, preguntándose si esa facultad era sólo para aquella ocasión o se podría prolongar para lo sucesivo. Todos sabemos que en el Texto Refundido de 8 de febrero de 1946 se incluyó el artículo 275 y que ya se han sucedido varias modificaciones de la demarcación, alguna muy reciente.

Pero perdón por adelantarnos en el tiempo. Vamos a seguir con la Ley de 1944, que es la que nos ocupa.

IV. LA LEY DE 30 DE DICIEMBRE DE 1944

A) EL «ITER» LEGISLATIVO

Es sabido que para redactar el proyecto se tomó como base el anteproyecto de don JOSÉ MARÍA PORCIOLES COLOMER, por entonces Director General de los Registros y del Notariado, y cuyo texto se puede ver en el citado libro *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*.

Para su estudio y la redacción del proyecto legal se designó una Comisión que estaba compuesta por el citado señor PORCIOLES como presidente y por los siguientes señores: don JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ, don EDUARDO LÓPEZ PALOP, don ANGEL TRAVAL Y RODRÍGUEZ DE LACÍN, don CIRILO GENOVÉS AMORÓS, don JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ y don ANGEL SANZ FERNÁNDEZ; posteriormente se sustituyó al señor TRAVAL por don RAIMUNDO NOGUERAS GUZMÁN.

Remitido el proyecto de Ley por el Gobierno a las Cortes, se publicó en el *Boletín* de este Organó y se nombró la ponencia que habría de estudiar las enmiendas que se propusieran.

Esta ponencia elevó a la Comisión de Justicia su informe fechado el 2 de diciembre de 1944, analizando las enmiendas y sugerencias presentadas, elevándose el Dictamen a la Presidencia de las Cortes el 14 de diciembre. El texto fue aprobado por el Pleno de las Cortes con el voto en contra del señor RODRÍGUEZ JURADO.

Tal texto lleva fecha de 30 de diciembre de 1944 y se publicó en el número 1 del *Boletín Oficial del Estado* del día 1 de enero de 1945.

B) MOTIVACIÓN OFICIAL DE LA REFORMA

La modificación se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley diciendo que a los diecisiete lustros de la promulgación de la más funda-

mental de nuestras leyes hipotecarias todavía se halla sin inscribir más del sesenta por ciento de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y paulatinamente se retroce, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países y para cuya desaparición se dictó en nuestra Patria una de las leyes más científicas entre las nacionales.

Por tanto, se dice que la reforma que ahora se introduce, corolario de atento e imparcial estudio, obedece al propósito inquebrantable de acometer, con las mayores posibilidades de éxito, la ya inaplazable solución que reclaman los problemas referidos, constantemente experimentados y, además, con reiteración advertidos desde distintos y hasta opuestos campos.

Esta Exposición de Motivos es bien conocida y está al alcance de todos y no vamos a reproducirla; sería inútil traer aquí de nuevo sus detalladas y abundantes especificaciones referentes a las concretas alteraciones verificadas.

Sólo queremos resaltar los razonamientos más importantes en los cuales se explican las líneas generales aceptadas y cuáles son rechazadas entre las que se propugnan por la doctrina.

Así se dice que nuestro Registro, basado esencialmente en los principios de publicidad y legalidad, ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro y liberar a éste de las innumerables cargas prescritas que abruman sus libros. Ello contribuirá, dice, a definir y aclarar de modo diáfano las realidades jurídicas de muchas fincas y derechos reales; concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos e insensiblemente fomentará la inscripción de no pocos inmuebles alejados de la vida registral.

También es de resaltar que la faceta social del Registro de la Propiedad, que en nuestros días ya se manifiesta de modo indiscutible, recibe por primera vez un reconocimiento expreso en este texto legal de 1944 al decirse que si nuestro sistema, al igual que otros de la época, inicialmente centraba su objeto en garantizar la propiedad y asentar el crédito territorial sobre bases firmes para procurar una mayor circulación de la riqueza inmobiliaria, ahora era preciso tener en cuenta además el amparo de indeclinables deberes sociales, acogiendo en los folios registrales las nuevas e importantes limitaciones en los derechos dominicales. A este fin se citan algunas de estas determinaciones procedentes del Derecho agrario; después habrán de venir otras no menos importantes trabas al dominio nacidas del Derecho urbanístico y que también han tenido acogida en el Registro.

Se sigue diciendo en el Prólogo de la Ley que, a pesar de que la función social generalmente atribuida a la riqueza inmobiliaria implica una

profunda transformación de su régimen jurídico, no se estima indispensable una honda innovación en nuestros cardinales principios hipotecarios. Pero no nos parece aceptable del todo la razón que se aduce: «Y es que el fin económico y social de la propiedad se desenvuelve con independencia casi completa de las normas hipotecarias». Tal como se consideran ahora las limitaciones del dominio procedentes de la esfera pública, cada vez más abundantes, no puede buscarse independencia, sino más bien una coordinación constructiva. Tal se está mostrando en las nuevas leyes agrarias y urbanísticas en las que se busca la adaptación precisa para conseguir la más amplia publicidad registral de estas actuaciones sobre el suelo. Y estamos viendo que los principios hipotecarios, aun siendo del siglo pasado, están resultando perfectamente válidos para la nueva sistemática de la propiedad del siglo presente, como se hace patente en la práctica registral de nuestros días.

Después se sintetizan las características más salientes de la reforma: Una más acusada protección a los derechos inmobiliarios inscritos, una creciente flexibilidad en el régimen hipotecario y una mayor facilidad para mantener el adecuado paralelismo entre la realidad jurídica y el Registro, expurgando a éste de numerosas cargas, virtualmente prescritas, que tanto entorpecen la contratación. No se acepta el reconocimiento del llamado contrato real ni se ha elevado la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de las relaciones inmobiliarias emanadas de un negocio jurídico, explicando por qué no se han atendido las importantes razones que adujeron la casi totalidad de los tratadistas en defensa de la inscripción constitutiva. La inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, será, en cambio, premisa ineludible, con las limitaciones que se establecen, para el ejercicio de los derechos sobre inmuebles. De este modo, se dice, quedarán debidamente tuteladas las relaciones jurídicas inmobiliarias, de acuerdo con su naturaleza y trascendencia social. Si no se le concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal.

En cuanto al principio de legitimación, se explica que no se ha verificado variación alguna a partir del retoque de 1927, y respecto al de fe pública registral se dice que las dudas sobre el valor conceptual del tercero han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34. A los efectos de la fe pública no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercero adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría haberse sustituido la palabra tercero por la de adquirente, pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo.

Atención especial, se dice, se ha dedicado a las relaciones de la posesión

y la prescripción con el Registro, cuya regulación en la Ley reformada de 1909 produjo importantes problemas. Para resolverlos se parte de la clásica distinción entre el *ius possidendi* y el *ius possessionis* y se detallan todas las modificaciones que se han verificado.

Igualmente se explican las reformas en materia de menciones, prohibiciones de enajenar, derecho hereditario, legítimas, tracto sucesivo y principio de especialidad. Se sigue diciendo que la inmatriculación o primera inscripción ha sido objeto de profunda reforma, suprimiendo las informaciones posesorias y modificándose el expediente de dominio.

En el capítulo de hipotecas se dice que se han aceptado las modalidades que exigen las variables necesidades económicas, como la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, y se ha procurado modificar la fase ejecutiva con miras al abaratamiento del crédito.

La Exposición de Motivos que hemos resumido termina reconociendo que estas reformas habrán de necesitar una labor complementaria, sustantiva y formal, para cuya inspiración se remite a la segunda disposición adicional. Y es que en ésta, como se sabe, se ordena una nueva redacción de la Ley Hipotecaria a fin de armonizar los textos legales, dando a sus preceptos una adecuada ordenación sistemática y la necesaria unidad de estilo, acudiendo tanto a la Ley como al Reglamento Hipotecario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General. Esta nueva Ley sería la de 8 de febrero de 1946; pero su estudio ya nos sobrepasaría.

V. COMENTARIOS POSTERIORES

Hemos visto la justificación «oficial» de la reforma, y sobre sus resultados después de cincuenta años de vigencia nos hablan los ilustres compañeros que colaboran en el presente número.

Nos queda, pues, recoger lo que pensaron los hipotecaristas coetáneos a la reforma a raíz de producirse ésta. Dada la importancia del acontecimiento, era lógico que en varias, en todas, las revistas y publicaciones jurídicas de la época vieran la luz importantes trabajos sobre la nueva Ley, que supuso un escalón decisivo en la normativa inmobiliaria.

Los hubo elogiosos, conformistas y críticos, según los criterios de cada uno de los autores, pero nos sería imposible referirnos a todos ellos.

Por eso, de acuerdo con la previa delimitación de nuestro trabajo, nos vamos a ceñir a los estudios publicados entre 1945 y 1946 en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO referidos a la Ley de Reforma de 1944.

Hemos encontrado los siguientes comentarios:

A) «BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA RECIENTE E IMPORTANTÍSIMA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA»

Este trabajo fue el más madrugador de aquellos comentarios, pues si la Ley apareció en el *Boletín Oficial del Estado* de 1 de enero de 1945, el estudio vio la luz en el mismo mes de enero, en el primer número de la REVISTA de aquel año 1945.

Su autor fue el Registrador LEONARDO CIMIANO, quien en este rápido examen sigue el orden del articulado de la Ley, deteniéndose en los preceptos que considera de mayor interés, exponiendo los pros y los contras.

Alaba la Exposición de Motivos, a las que considera una admirable construcción juricoliteraria digna de ser colocada entre las que más hayan podido destacarse, tanto por la brillantez de su forma como por la profundidad de su contenido; nos recuerda por la elegancia de su lenguaje y por el desarrollo de los conceptos a la obra maestra que se produjo en el Preámbulo de la primera Ley Hipotecaria.

Tras el comentario detallado de los artículos, termina estimando que la nueva Ley es una profunda y, en general, convenientísima reforma, tan intensa y extensa como quizá no lo haya sido ninguna otra modificación, no sólo de la Ley Hipotecaria, sino de otras reformas legales, desde hace muchos años. Sin embargo, advierte, el tiempo y la práctica seguirán encargándose de confirmar o no esta modesta opinión adelantada.

B) «LA REFORMA HIPOTECARIA: SU CONTENIDO Y ALCANCE»

Su autor, el Registrador RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, es, sin duda, uno de los mejores analistas de la nueva Ley. Precisamente nos encontramos en su centenario, ya que el gran hipotecarista nació el 24 de noviembre de 1894.

Este trabajo se publicó inicialmente en la REVISTA en 1945, en varios meses dada su extensión, y contiene unas acertadas consideraciones generales, para pasar al estudio detallado de las modificaciones de la nueva Ley.

En la Introducción nos dice que un texto legal tan importante justifica con creces al estudio y comentario de quienes estamos adscritos, vocativa o profesionalmente, a los temas inmobiliarios. Esta realidad legislativa es de estudio inexcusable para cuantos han de aplicarla oficialmente y, en general, para los juristas iniciados en estas difíciles materias, y su comentario y exégesis son convenientes para su más recta inteligencia y para facilitar su implantación práctica.

Naturalmente, LA RICA deja a salvo que una reforma legal no puede ser objeto de crítica fundada sino *a posteriori*, esto es, después de su vigencia

y contacto con la realidad viva, cuando la subsunción de la norma pone de manifiesto su adecuación a las necesidades que trata de satisfacer o, por el contrario, su disparidad con ellas o su insuficiencia y la experiencia enseñan las ventajas e inconvenientes de la reforma; en suma, su éxito o fracaso.

Formulada esta salvedad, entra en el intento de un juicio de la Ley antes de su vigencia, sin otro propósito, dice, que el de trazar una orientación sobre la voluntad del legislador al dictar la reforma, sobre su realización positiva y sobre sus presumibles resultados. Nos recuerda que la reforma de la Ley Hipotecaria no se ha propuesto modificar total ni parcialmente los principios clásicos de nuestro sistema ni dar carta de naturaleza a las exóticas innovaciones inspiradas en sistemas extranjeros, sino tan sólo de desarrollar y aplicar esos principios en toda su integridad y extensión. Tal autolimitación de la reforma que se impusieron sus redactores es digna del mayor encomio para LA RICA, porque, dice, ya es hora de proclamar *urbis et orbe* que el sistema inmobiliario español, si no perfecto, que nada humano lo es, sí es perfectible, racional y adecuado a nuestras realidades, y, desde luego, no es inferior en principios y postulados a sus congéneres.

Sigue diciendo, en referencia a aquellas fechas, que hoy, después de tres cuartos de siglo, nuestra institución registral se ofrece como muy aceptable a la luz de los principios: científica, justa, moral, adaptada a las necesidades prácticas, a la vez que flexible y abierta a las reformas de detalle que la perfeccionen, sin mengua de lo esencial.

Justifica la no aceptación por los redactores de la Ley de determinadas medidas que se habían propugnado como propulsoras de una mayor eficacia de la publicidad registral, diciendo que es verdad que nuestra técnica legal no llegó a la «sustantividad» de la inscripción, ni a su obligatoriedad, ni a ciertas sutilezas de otros sistemas. Pero es que otorgar fuerza de cosa juzgada a los asientos del Registro, dar carta de naturaleza al principio del consentimiento abstracto desligado de todo acto jurídico causal, llegar al artificio de la hipoteca del propietario o a las complicadas situaciones engendradas por el libre tráfico del rango hipotecario, prescindir del influjo de la moral puesta de relieve por el principio de buena fe y dar valor a los pronunciamientos del Registro, incluso *inter partes*, son exageraciones a todas luces improcedentes en pugna con nuestra tradición jurídica y nuestros hábitos contractuales.

Por esto, dice que la reforma rechaza estas exageraciones y mantiene el sistema tradicional. Ello es plausible porque las deficiencias que la realidad ha puesto de relieve hay que buscarlas fuera de la sistemática. Quizá lo primordial estribe en la falta de base física del Registro: La inscripción sólo garantiza formas jurídicas sobre inmuebles, esto es, que existe un derecho dominical, una hipoteca, un censo; pero no que existe en la realidad la finca o entidad física, superficie deslindada de nuestro planeta, elemento objetivo

de aquellas relaciones jurídicas. Cúlpese a las deficiencias de nuestro Catastro o a la falta de coordinación entre éste y el Registro, mas no al sistema inmobiliario.

Después de estas consideraciones generales hace una amplia exposición de los puntos reformados, que sistematiza en tres apartados:

- 1) Lo que la nueva Ley ha suprimido.
- 2) Lo que ha modificado.
- 3) Lo que ha innovado.

El examen que realiza es extensísimo, detallado, certero y exhaustivo. Remitimos a sus originales, a lo largo del centenar y medio de páginas, ante la imposibilidad de reproducirlos y aun de resumirlos.

Como final, el propio autor sintetiza así su juicio sobre la reforma: Es una Ley inspirada por las mejores intenciones, que tiene en su haber tres logros fundamentales coincidentes con lo que su Preámbulo anunciaba: Vigorización de la protección a los derechos inscritos, conseguida especialmente por el nuevo proceso de ejecución de los derechos reales registrados y no por la regulación amplificadora del principio de legitimación; facilitación de los procedimientos de ingreso y reingreso mediante reanudación del tracto y de las relaciones jurídicas inmobiliarias en el Registro, y liberación de infinidad de gravámenes, anotaciones, menciones, etc., que sin existencia real tenía constancia registral y entorpecían la contratación, en cuya purga se contribuye al deseado acuerdo entre la realidad jurídica y el Registro. Al lado de estas logradas realizaciones, de máximo interés todas, se desvanecen las imperfecciones, omisiones y errores en que la reforma ha podido incurrir y que en su mayor parte podrán ser remediadas en las futuras tareas del texto refundido y del nuevo Reglamento.

C) «CONSIDERACIONES SOBRE LA NUEVA LEY REFORMADORA DE LA LEY HIPOTECARIA»

Es un trabajo del Notario ENRIQUE DEL VALLE FUENTES, publicado en esta REVISTA en dos partes, en los años 1945 y 1946.

Considera que los fines de la reforma se centran en una científica redacción de algunos artículos, a base de una sistematización lo más rigurosa posible de los llamados principios hipotecarios y, dentro de éstos, de la *fides publica* del asiento registral de inscripción; al de prescriptibilidad de los derechos formalmente registrados, contemplados principalmente desde el ámbito de la usucapión frente a la prescripción tabular o del libro; a un nuevo toque al llamado principio de legitimación registral, caballo de

batalla de la parte procesal de las situaciones jurídicas constatadas en el Registro.

Y junto a los puntos anteriores, una mejor y nueva sistematización del acceso al mundo registral de la finca y los derechos reales sobre ella, bajo un título y una rúbrica conjuntas y comunes, al mismo tiempo que se toman medidas efectivas para eliminar del Registro español una enorme multitud de cargas que subrepticamente y al amparo de la mención venían arrastrándose en los folios de aquél.

En cambio critica la persistencia de la inscripción declarativa y dice que el argumento del legislador de que es imposible consagrar la inscripción constitutiva en nuestro Derecho positivo precisamente por la existencia de un acusado absentismo registral es completamente equivocado. Los términos deben invertirse. No es que la causa sea esa, sino la contraria. Es decir, que no se inscribe porque no se exige y porque si en el fondo se es tan propietario inscribiendo como no inscribiendo, es natural que se prefiera esto a aquello, porque es más cómodo y más barato.

En la segunda parte de su trabajo estudia la naturaleza jurídica del procedimiento que implanta el artículo 41 de la Ley, entendiéndolo que no hay una ejecución pura, puesto que si el demandado contesta ya hay una verdadera cognición, aunque sea abreviada. Por ello entiende que se trata más bien de un proceso de provocación híbrido o intermedio entre el de ejecución puro y el de cognición.

Y en cuanto a la inmatriculación por medio del título público expresa la duda y la incertidumbre acerca de si la sola manifestación del transferente, refiriéndose a su derecho apoyado en un documento privado que las más de las veces no existirá en la realidad, es suficiente para que el Registrador inscriba. Y sigue teniendo la duda de si el tercero perjudicado será el dueño no inscrito o si éste siempre estará a salvo de tal perjuicio con tal que permanezca constantemente al margen de tales inscripciones o de las sucesivas. Sólo una cosa queda aclarada, dice, tales asientos no pueden tener carácter de inscripción de posesión separada del dominio porque la nueva Ley rechaza de modo terminante el arribo al Registro de la posesión *per se*.

D) COMENTARIOS DE ANTONIO VENTURA TRAVESET

Son dos los publicados por este Registrador de la Propiedad en nuestra REVISTA, referidos a dos aspectos concretos de la reforma: el tercero y la inmatriculación.

a) En 1945 escribe sobre el tema *El tercero ante la Ley de 30 de diciembre de 1944*, exponiendo los antecedentes, la evolución y las compli-

caciones del concepto de tercero antes de entrar en la caracterización de la reforma en este punto.

La Ley de 1909 definía el tercero en su artículo 27 diciendo que a los efectos legales se consideraba tercero aquel que no hubiera intervenido en el acto o contrato inscrito. La reforma, acorde con la tendencia de no definir, ha suprimido el texto del antiguo artículo 27, sustituyéndole por otro ajeno a tal definición.

Según VENTURA TRAVESET la reforma sienta las siguientes afirmaciones:

Primera. Que la noción de tercero no es privativa de las leyes inmobiliarias.

Segunda. Que todos los regímenes hipotecarios de tipo intermedio han regulado esta figura jurídica al fijar el ámbito del principio de publicidad.

La reforma, reconociendo la exagerada exégesis que se había hecho del artículo 27, ha suprimido su texto y, en su lugar, en el artículo 34 ha determinado no un concepto de tercero más, sino la garantía que al mismo se concede, partiendo del concepto que se supone conocido por la legislación en general.

Tal vez se pensó en suprimir esta palabra tercero, pero es tan esencial en nuestro léxico hipotecario y civil que el legislador no se atrevió a sustituirla por la palabra adquirente. De este modo, concluye el autor, se torna al concepto simple, sencillo y claro de entender por tercero a los efectos de la *fides publica* al «tercer adquirente», es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa.

b) En 1946, ANTONIO VENTURA TRAVESET publica su segundo comentario, bajo el título *Generalidades sobre la inmatriculación en la reforma hipotecaria*, en el que se expone su visión rápida sobre este punto. Dice que el texto inicial del anteproyecto, redactado por la Comisión, no fue conservado por las Cortes; por razones que ningún técnico jurídico especializado en esta materia ha podido todavía comprender, fue reformado, enrareciendo el ambiente de los dos medios inmatriculadores del acta de notoriedad y del expediente de dominio en forma que podemos hoy afirmar, con la experiencia conferida por veinticinco años de vida profesional, que de no haberse conservado el procedimiento inmatriculador del título público la inmatriculación sería hoy casi nula e imposible e inaccesible para la pequeña propiedad. Sigue diciendo que se trata de una simple crítica negativa; pero hay que procurar la superación de los defectos con una interpretación racional y humana que haga la labor más constructiva en orden al funcionamiento de los Registros; desea proporcionar a los profesionales orientaciones y fórmulas que permitan resolver en la práctica jurídica los continuos casos que se presentan.

Como final, afirma que la reforma marca en nuestro sistema inmobiliario el comienzo de una etapa en la que, sin pretender abominar del pasado,

se sientan normas originales, se usa un moderno tecnicismo y se lleva a la vida jurídica preceptos también innovadores de desarrollo claro de los principios hipotecarios.

E) «EL RANGO EN LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA»

El Notario LUIS BOLLAÍN publicó en 1946 este trabajo, que hubo de ser fraccionado por su extensión a lo largo de tres números consecutivos de esta REVISTA.

Partiendo de ideas que considera «sobradamente conocidas», distingue los dos efectos posibles del principio de prioridad: En la hipótesis de derechos opuestos y recíprocamente excluyentes, cierre del Registro a los que llegan después, producido por la inscripción del que llegó antes. En el supuesto de derechos mutuamente conciliables, rango preferente del que sea primero en el tiempo, primero en asentarse en los libros registrales, respecto de los que ingresen con fecha posterior en la oficina hipotecaria.

Refiriéndose ya sólo al segundo aspecto, nos dice que el rango es un concepto de relación, imposible de concebir de un modo aislado. Hablar del rango de un derecho lleva, como de la mano, a pensar en otro u otros derechos frente a los cuales aquel estará, o en una situación de preferencia, o en una postura de inferioridad. Y es que eso precisamente, esa situación de privilegio o de postergación en que se hallan los derechos al relacionarse unos con otros, eso es el rango. Y el rango, que no es en sí un derecho, sino parte del contenido del derecho a que se refiere, tiene una decisiva importancia en el aspecto económico y en el jurídico. No es sólo que una primera hipoteca valga más que una hipoteca segunda, matiz económico; es que, jurídicamente hablando, la naturaleza de ambas es diferente.

Explicando el matiz, el autor nos dice que el anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria se adscribía resueltamente al sistema de puestos fijos, y frente al principio español de avance automático de los gravámenes posteriores al extinguirse los preferentes declaraba con valentía que «la fecha del asiento determinará el rango hipotecario, sin que la cancelación de los derechos anteriores o su adquisición por el titular de la finca o derecho permita a los posteriores ocupar el puesto libre».

Se lamenta de que la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944, mucho más modesta, mucho más tímida que el anteproyecto, no introduce innovación alguna en tan interesante materia y deja las cosas exactamente igual que estaban. Y se pregunta al respecto: ¿Qué justificación puede tener ese frenazo legislativo? ¿Quizás la idea de que la hipoteca del propietario, íntimamente ligada con el sistema de puestos fijos, ha sido poco menos que un fracaso en la propia Alemania? Este parece ser, dice, el capital argumento en pro del *statu quo*.

Y aduce que si es esta la razón fundamental de que permanezca nuestro Derecho positivo inalterado en este extremo, pues sólo a ella se refiere la Exposición de Motivos, el argumento no le convence y que hubiera deseado un cambio radical en la legislación española. Hace descansar su oposición al sistema aceptado en este triple apoyo: 1.º No es lo mismo régimen de puestos fijos que hipoteca de propietario. 2.º Cabe la aceptación de aquel régimen sin admitir de un modo explícito este tipo de hipotecas, y 3.º Aun suponiendo inconcebible un sistema de puestos fijos sin hipoteca de propietario, las ventajas de aquél superan en mucho a los inconvenientes de ésta.

Después de explayar ampliamente estos tres puntos, se dedica a combatir el criterio legal adoptado sobre el particular tratando de oponerse a los argumentos de SANZ FERNÁNDEZ, y nos viene a decir que ANGEL SANZ no ha destacado con la debida energía que la protección registral otorgada al titular de la inscripción derivada le viene concedida a través de la inscripción en que aquélla se apoya, ha puesto excesiva atención en la inscripción segunda... y ha mezclado indebidamente los principios de inscripción y de fe pública del Registro. También decía SANZ que el avance de rango de los acreedores hipotecarios posteriores no supone ninguna injusticia, ni mucho menos un enriquecimiento injusto; por el contrario, su no avance y localización de una parcela de valor enriquece injustamente al propietario. Pero BOLLAÍN le rebate respondiendo que, aunque así fuera, resulta de una vigorosa lógica tachar de injusto el avance, toda vez que por la inferior posición económica y jurídica de los acreedores hipotecarios posteriores es muy natural que éstos compensen con la fijación de un interés más elevado la postura no privilegiada que ostentan al constituirse su respectiva hipoteca. Un avance automático posterior por desaparición de la hipoteca preferente consuma la injusticia de acumular en un segundo acreedor hipotecario las ventajas del interés más crecido con los privilegios del acreedor preferente.

BOLLAÍN expresa así su impresión final sobre esta Ley: Pues que la reforma adolece de timidez en este y en otros varios extremos. Y, nota curiosa, esta timidez, este no atreverse nuestros legisladores a consumir indiscutibles mejoras en el Derecho patrio merece los elogios casi unánimes de los comentaristas españoles. En general, dice, se alaba al reformador timorato y se le alaba en nombre de lo genuinamente nacional, reputándose a la Ley de reforma mantenedora, cuando no restauradora, de las más puras esencias españolas. Si es así, continúa, si la nueva Ley tiene efectivamente ese significado, bien está la orientación de la reforma hipotecaria. Pero permítaseme que muestre mi poca credulidad. ¿Es que, de verdad, todo lo que no ha sido recogido por la nueva Ley debe considerarse como exótico, como extraño a lo genuinamente nacional?

Y termina diciendo que hubiera sido un acierto, en vez de aceptar o rechazar en bloque, haber traído a nuestras leyes no sólo lo de raíz española,

por ejemplo, la inscripción constitutiva, sino aquellas instituciones y matices, tales como el sistema hipotecario de puestos fijos, que por estar inspirados en un alto espíritu de justicia y ser esta idea permanente y universal no pudieran haberse calificado de exóticos.

F) EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA

Dos trabajos sobre este tema se publicaron en la REVISTA CRÍTICA a principios de 1946, escritos por el Notario JESÚS MARTÍNEZ CORBALÁN.

En el primero se hace un estudio de las distintas reformas de este artículo, criticando sus sucesivas redacciones, hasta llegar a la de 1944.

Respecto a ésta nos dice: Aplaudimos sin reservas esta reforma y creemos que el acierto de ella radica en haber encuadrado y articulado bien esta materia con el principio de legitimación registral, así como con los problemas relacionados con la posesión tabular y la *possessio ad interdicta* y *ad usucapionem*, materias que en 1909 constituían un verdadero caos en nuestra legislación hipotecaria, y tal vez ello fuera la causa de la vida atormentada y desenfocada del ya fenecido y famoso artículo 41. Consideramos, pues, este artículo, a pesar de su contenido procesal, como uno de los más fundamentales de la reforma, llamado a atraer hacia el Registro, para obtener la protección que ofrece, una gran masa de la propiedad no inscrita.

Y en el segundo estudio insiste en su opinión favorable diciendo que reconoce que la reforma de 1944 es la más trascendental y técnica que ha sufrido nuestro régimen hipotecario desde su implantación en 1861; pero, sigue diciendo, a pesar de ser tal reforma tan interesante y progresiva, mucho me temo que todo quede en vistosos fuegos artificiales que deleitan un momento, pero después sólo quedan en humo que se evapora, sin imprimir un nuevo rumbo real a los hechos sociales o jurídicos. Y esto podría ocurrir con la reforma si las brillantes y perfectas declaraciones de los principios sustantivos de legitimación y *fides publica* no llevan consigo, en la realidad de la vida, ante los Tribunales de Justicia las necesarias repercusiones procesales. De aquí la trascendental importancia que atribuye el autor del artículo 41, que debe conceder al titular inscrito, cuando no se formule demanda de contradicción, una defensa efectiva y eficaz por los trámites sencillos y expeditivos que se regulan en dicho artículo.

Analiza previamente la presunción posesoria del artículo 38, para entrar luego en los trámites y el alcance del procedimiento del artículo 41. En cuanto a la naturaleza de este procedimiento, entiende que se trata de algo híbrido, intermedio, *sui generis*, típicamente hipotecario, establecido para la defensa de los derechos reales inscritos y derivado del principio de legitimación registral en su aspecto procesal, que no cabe encuadrarlo de una

manera pura en los tipos de juicios conocidos, pero dotado, indudablemente, de la energía precisa para que los asientos del Registro no sean meras declaraciones formularias sin repercusión en la vida real. Pero es indudable que dentro de las reglas procesales del artículo 41, tal y como se ha redactado, no caben más que dos fases: una ejecutiva, si no hay oposición, y otra contenciosa, si la hay, pero sumaria y de efectos limitados.

Y con esto acabamos nuestro repaso. Otros varios comentarios se han publicado después en esta REVISTA, pero ya referidos al Texto Refundido de 1946 y reformas posteriores a la que nos ocupa, y por eso se salen de la órbita inicialmente propuesta.

V. CONCLUSION

Con razón dijo LA RICA, como vimos, que únicamente se puede emitir una crítica fundada sobre esta reforma después de una vigencia suficiente y tras haberse verificado su contacto con la realidad viva. Entonces se ponen de manifiesto su adecuación o disparidad con las necesidades que se trataba de atender.

Esta tarea de comprobación la asumen los trabajos que en este número analizan los diversos aspectos resultantes de la aplicación actual de aquellas normas en la práctica de nuestros despachos.

Nuestro trabajo, más modesto pero creemos que también interesante, ha consistido en reflejar las inquietudes de aquellos compañeros que vivieron el clima de la reforma y expresaron sus valiosas opiniones con el único interés de colaborar en el empeño de que todo resultase lo mejor posible.

Aportaron lo que les dictaba su ciencia y su experiencia, dijeron lo que sabían y cooperaron en uno u otro modo en la idea de perfeccionar el sistema.

Recordar su encomiable labor y agradecerles el esfuerzo es lo menor que podemos hacer. Y eso es lo que hemos intentado, medio siglo después.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad
Consejero-Secretario de la REVISTA

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales

1. *Convenio en materia fiscal entre España y Argentina.*—En el *BOE* del día 9 de septiembre se publica el Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Argentina para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y Protocolo anejo, firmado en Madrid el 21 de julio de 1992.

El convenio se aplica a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio exigibles por cada uno de los Estados contratantes, cualquiera que sea el sistema de su exacción.

Se consideran impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, los impuestos sobre el importe de sueldos o salarios pagados por las empresas, así como los impuestos sobre las plusvalías.

Los impuestos a los que se aplica el presente Convenio son en la actualidad:

a) En España:

- I. El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - III. El Impuesto sobre Sociedades.
 - III. El Impuesto sobre el Patrimonio.
- Denominados en lo sucesivo «impuesto español».

b) En Argentina:

- I. El impuesto a las ganancias.
- II. El impuesto sobre los activos.

III. El impuesto personal sobre los bienes no incorporados al proceso económico.

Denominados en lo sucesivo «impuesto argentino».

El Convenio se aplicará también a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo y se añadan a los actuales o les sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados contratantes se comunicarán mutuamente cualquier modificación relevante que se haya introducido en sus respectivas legislaciones fiscales.

2. *Convenio relativo a la competencia judicial.*—El BOE del día 20 de octubre ha publicado el Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988.

Según el artículo 1.º, el Convenio se aplicará en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscales, aduaneras y administrativa.

Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Convenio:

1. El estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones.
2. La quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos.
3. La Seguridad Social.
4. El arbitraje.

Y según el artículo 2.º, salvo lo dispuesto en el Convenio, las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

A las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales.

Según se dispone en el artículo 5, las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:

1. En materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, ese lugar será aquel en el que estuviere situado el establecimiento que le hubiere contratado.

2. En materia de alimentos, ante el Tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos, o si se tratare de una

demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el Tribunal competente según la Ley del Foro para conocer de éste, salvo que tal competencia se fundamentare exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes.

3. En materia delictual o cuasidelictual, ante el Tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.

4. Si se tratare de acciones por daños y perjuicios o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diere lugar a un procedimiento penal, ante el Tribunal que conociere de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho Tribunal pudiere conocer de la acción civil.

5. Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el Tribunal del lugar en que se hallaren sitios.

6. En su condición de fundador, trustee o beneficiario de un *trust* constituido, ya en aplicación de la ley, ya por escrito o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, ante los Tribunales del Estado contratante en cuyo territorio estuviere domiciliado el *trust*.

7. Si se tratare de un litigio relativo al pago de la remuneración reclamada en razón del auxilio o el salvamento de los que se hubiere beneficiado un cargamento o un flete, ante el Tribunal en cuya jurisdicción dicho cargamento o flete:

- a) Hubiere sido embargado para garantizar dicho pago, o
- b) Hubiere podido ser embargado a tal fin, pero se ha prestado una caución o cualquier otra garantía.

Esta disposición sólo se aplicará cuando se pretendiere que el demandado tiene un derecho sobre el cargamento o flete o que tenía tal derecho en el momento de dicho auxilio o salvamento.

Y según el artículo 6.º, las personas a las que se refiere el artículo anterior podrán también ser demandadas:

1. Si hubiere varios demandados, ante el Tribunal del domicilio de cualquiera de ellos.

2. Si se tratare de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el Tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo que ésta se hubiere formulado con el único objeto de provocar la intervención de un Tribunal distinto del correspondiente al demandado.

3. Si se tratare de una reconvenición derivada de contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, ante el Tribunal que estuviere conociendo de esta última.

4. En materia contractual, si la acción pudiere acumularse con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigida contra el mismo demandado, ante el Tribunal del Estado contratante en el que estuviere sito el inmueble.

3. *Convenio en materia fiscal entre España y México.*—En el BOE del día 27 de octubre se inserta el Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir el fraude y la evasión fiscal, firmado en Madrid el 24 de julio de 1992.

Sus acuerdos son análogos al Convenio con Argentina que hemos consignado en primer lugar de esta nota.

B) LEGISLACIÓN NACIONAL

Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto.—Supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como Corporaciones de Derecho Público y regulación del régimen y destino de su patrimonio.

C) DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

Asturias.—Decreto 56/1994, de 30 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Patrimonio.

Decreto 58/1994, de 14 de julio, por el que se aprueba el desarrollo y ejecución de la Ley 2/1991, de 11 de marzo, de reserva de suelo y actuaciones urbanísticas prioritarias.

Cantabria.—Ley de 29 de septiembre de 1994 sobre Usos del Suelo en el Medio Rural.

Castilla-La Mancha.—Ley de 26 de julio de 1994 del Consejo Económico y Social.

Castilla y León.—Decreto Legislativo 1/1994, de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorro.

Galicia.—Ley 2/1994, de 18 de julio, de modificación de la Ley 4/1994, de 4 de mayo, de Cámaras Agrarias.

Ley 14 de septiembre 1994 de carreteras de Galicia.

Navarra.—Decreto 138/1994, de 18 de julio, de modificación parcial de la Ley 19/1992, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

País Vasco.—Ley 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en

materia de vivienda y de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística.

Norma Foral de 8 de julio de 1994 de Montes en Guipúzcoa.

II. Información de actividades

1. *Jornadas sobre familia, Derecho y realidad social.*—Con motivo del Año Internacional de la Familia se han celebrado estas Jornadas en Madrid durante los días 4, 5 y 6 de octubre, organizadas por la Pontificia y Real Congregación de la Purísima Concepción, que, como es sabido, está integrada por los académicos y socios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Hizo la presentación su hermano mayor, don LUIS CORONEL DE PALMA, y se desarrollaron las siguientes ponencias:

«Población, familia y desarrollo social», por don FERNANDO DE GORTÁZAR LANDECHO.

«Familia, empresa y relaciones laborales», por don JUAN MUÑOZ CAMPOS.

«El matrimonio a la luz del Derecho Natural y de la Revelación», por don FERNANDO GUERRERO MARTÍNEZ.

«Familia, catecismo y doctrina social de la Iglesia», por don ESTEBAN GARCÍA MORENCOS.

«Constitución, familia y enseñanza religiosa», por don JESÚS LÓPEZ MEDEL.

Clausuró las Jornadas el Obispo de Getafe, don FRANCISCO PÉREZ Y FERNÁNDEZ GOLFÍN.

2. *Seminario sobre propiedad horizontal.*—Se ha celebrado durante los días 4, 5 y 6 de octubre en la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, habiendo intervenido los siguiente ponentes:

Don EDUARDO PÉREZ LÓPEZ, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

Don NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ, Presidente de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Don MIGUEL ANGEL LOMBARDÍA DEL POZO, Magistrado de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Don GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL, Presidente de la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Don JOAQUÍN ARGOTE ALARCÓN, Jefe del Servicio Jurídico de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid.

Don JESÚS MARINA MARTÍNEZ PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo.

3. *La metodología de la determinación del Derecho.*—En el Colegio Notarial de Madrid, con motivo de la presentación del libro que bajo este título ha escrito don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, se desarrollaron las siguientes intervenciones:

- «Derecho Romano», por don JUAN IGLESIAS, Catedrático de Derecho Romano y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Nápoles.
- «La metodología de Vallet y la historia del Derecho», por don RAFAEL GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Catedrático de Historia del Derecho.
- «Cuestiones filosóficas del Renacimiento», por don ANTONIO MILLÁN PUELLES, Catedrático de Metafísica y Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- «Grocio y el iusnaturalismo moderno», por don ANTONIO TRUYOL SERRA, Catedrático de Filosofía del Derecho y de Derecho de Relaciones Internacionales y Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- «Las nuevas corrientes metodológicas de este siglo», por don LUIS DíEZ-PICAZO, Catedrático de Derecho Civil.
- «La determinación notarial del Derecho», por don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, Notario de Madrid y Académico Electo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

A continuación pronunció unas palabras don JUAN VALLET DE GOYTISOLO y cerró el acto el ilustrísimo señor Decano del Ilustre Colegio Notarial de Madrid don ANTONIO PÉREZ SANZ.

4. *Jornadas sobre el funcionamiento de la Oficina Judicial.*—Se han celebrado en Madrid, en los días 25 y 26 de octubre, sobre la gestión de los asuntos mercantiles en los Juzgados de Primera Instancia.

Se han desarrollado las siguientes ponencias:

- «El proceso y la oficina judicial», por don JOAN TORNÉ (Magistrado-Juez) y doña MARÍA ANTONIA CAO (Ministerio de Justicia e Interior).

El gerente de la oficina judicial

- «La labor del gerente», por doña SAGRARIO FERMOSE ARCOS (Gerente Territorial del Ministerio de Justicia e Interior, Málaga).
- «Los criterios de gerencia empresarial en la oficina judicial», por don FRANCISCO MORENO DE ALBORÁN (Socio-Director General de McKinsey & Co., Madrid).

- «Informatización de la oficina judicial. El *outsourcing* en las oficinas judiciales en España», por don ENRIQUE MASÓ (Presidente de EDS España, S. A.).

Gestión informática de la oficina judicial

- «El correo electrónico entre los llamados operadores de la oficina principal», por don ANTONIO M.^a DE ANZIZU (Procurador de los Tribunales, Barcelona).
- «La administración informática de la prueba», por doña PATRICIA GALLOWAY (The Nielsen-Wurster Group, Inc., Executive Vice President).
- «Enseñanzas y experiencias del Derecho comparado», por don JESÚS SEOANE (Secretario de la Audiencia Provincial de Salamanca), don GUILLERMO FRUHEBECK (Abogado) y don ERLEND MENSING (Abogado, Nauta Dutilh).

5. *Ciclo de conferencias de la Academia Matritense del Notariado.*— En el Colegio Notarial de Madrid se han iniciado el día 27 de octubre las conferencias de este ciclo correspondiente al año académico 1994-1995 en homenaje a don FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ. La primera conferencia, sobre «Naturaleza documental de la póliza intervenida», corría a cargo de don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS.

6. *IV Congreso Nacional de Derecho Agrario.*—Se ha celebrado en Madrid en los días 26 a 28 de octubre. Hizo la presentación el Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario, don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, y la conferencia inaugural fue desarrollada por don JAIME LAMO DE ESPINOSA, Catedrático de la Escuela de Ingenieros Agrónomos de Madrid.

Se han desarrollado las siguientes ponencias:

- «Ordenación y uso del suelo rústico», por don CRUZ GONZALO LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, Notario.
- «Los derechos de producción en las explotaciones agrícolas y en la forestación», por don JOSÉ M.^a DE LA CUESTA SÁENZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos.
- «Situación actual de las vías pecuarias: mantenimiento, modificación o reconversión», por don JOSÉ LUIS SAINZ VÉLEZ, Catedrático de Derecho Agrario de la Universidad Politécnica de Madrid.

En la mesa redonda se estudiaron los problemas jurídicos agrarios de la Comunidad de Madrid como modelo de agricultura periurbana, estando constituida por los siguientes participantes:

Presidente:

Don ISMAEL DÍAZ YUBERO, Director General de Agricultura y Alimentación de la Comunidad de Madrid.

Vocales:

Don JOAQUÍN CASTILLO SEMPERE, Director General de Acciones Estructurales del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad.

Don JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Notario. Profesor Asociado de la Universidad de Oviedo.

Don DOMINGO GÓMEZ OREA, Doctor Ingeniero Agrónomo. Profesor de la Universidad Politécnica de Madrid.

Don JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad.

La conferencia de clausura estuvo a cargo de don ALEJANDRO NIETO GARCÍA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

7. Relación de trabajos aportados al X Congreso Internacional de Derecho Registral.—Celebrado en París del 5 al 8 de septiembre de 1994.

TEMA 1: La función de la hipoteca en el sistema financiero

Argentina: «Proyecto de conclusiones». Elaborado por el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina y la Sección de Derecho Registral del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Brasil: «La circulación del crédito hipotecario en el sistema financiero de vivienda en el Brasil», por don F. HENRIQUE VIEGAS DE LIMA, Doctor en Derecho. Abogado.

«Apuntes sobre la legislación hipotecaria en Brasil», por don GLACI M.^a COSTI.

España: «La función de la hipoteca en el sistema financiero» (ponencia de la delegación española). Comisión redactora: RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, JESÚS CAMY ESCOBAR, GABRIEL GRAJERA IBÁÑEZ, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, ANTONIO PAU PEDRÓN y REYNALDO VÁZQUEZ DE LA PUERTA, Registradores de la Propiedad.

«Función de la hipoteca en los sistemas financieros. Fiscalidad de los títulos hipotecarios», por don JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad.

«Créditos hipotecarios y ejecución en bienes afectos a residencia o

servicios diplomáticos», por don JESÚS LÓPEZ MEDEL, Registrador de la Propiedad.

Francia: «Fonction des sûretés réelles immobilières dans le système financier» (contribución de la delegación francesa), por la Association des Conservateurs des Hypothèques Français (AMC).

«L'obligation foncière», por MAURICE BESSERVE, Credit Foncier de France.

«Hypothèque et crédits bancaires. Désaffectation à l'égard des sûretés immobilières?», por ALAIN CERLES, Association Français des Banques.

«Hypothèque en Europe et hypothèque européenne», por la Association Français des Banques.

«Les prêts à l'acquisition immobilière. Remarques sur les hypothèques, les privilèges et quelques autres sûretés», por GEORGES DAUBLON, Conseil Supérieur du Notariat.

«Hypothèque ou fonds de garantie: avantages et inconvénients respectifs», por PHILIPPE DELEBDECQUE, Profesor en la Universidad de París I.

Portugal: «Cesión de crédito y asunción de la deuda», por J. A. MOUTEIRA GUERREIRO.

TEMA 2: *Principios fundamentales de la hipoteca*

Argentina: «Proyecto de conclusiones». Elaborado por el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina y la Sección de Derecho Registral del Instituto de Estudios legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Bélgica: «Description du système automatisé en test à la troisième conservation des hypothèques de Bruxelles», por FRANÇOIS BURNONVILLE, Auditeur General. Ministère des Finances Belge.

Colombia: «Hipoteca de un bien raíz o inmueble», por PEDRO MARÍA MURILLO GIRALDO, Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Medellín (zona sur).

España: Contribución de la delegación española, compuesta por los siguientes seis trabajos:

I. «Una correcta aplicación del régimen hipotecario exige la combinación de tres requisitos fundamentales», por GABRIEL GRAGERA IBÁÑEZ, Registrador de la Propiedad.

II. «La función del servicio de publicidad de bienes raíces consiste en garantizar la recogida, la conservación y, a petición de los usuarios, la comunicación de la información de bienes raíces», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.

III. «Principios fundamentales de la hipoteca», por JESÚS CAMY ESCOBAR, Registrador de la Propiedad.

IV. «Modificación, inscripción hipotecaria y medidas de ejecución», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad.

V. «La supresión de la garantía hipotecaria», por REYNALDO VÁZQUEZ DE LA PUERTA, Registrador de la Propiedad.

VI. «Garantía hipotecaria uniforme de los ordenamientos europeos», por ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad.

«Control de legalidad de los préstamos hipotecarios», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.

Francia: «Principes fondamentaux de la garantie des droits réels immobiliers» (ponencia de la delegación francesa), por la Association des Conservateurs des Hypothèques Français (AMC).

«L'utilisation de la télématique par le service de la publicité foncière», por la Direction Générale des Impôts (Francia).

Holanda: «Aspects of a multipurpose land record or cadastre», por el profesor J. L. G. HENSSEN. International Office of Cadastre and Land Records (OICRF).

Irlanda: «Main characteristics of the guarantee of real estate rights». Delegación irlandesa.

Portugal: «Hipoteca y embargo en el procedimiento ejecutivo», por J. A. MOUTEIRA GUERREIRO.

Puerto Rico: «La característica estatal de la hipoteca en cuanto accesoria del crédito y su independencia mediante cesión pasiva sin consentimiento del acreedor», por EDUARDO VÁSQUEZ BOTE, doctor en Derecho.

Reino Unido: «La garantía estatal del título en Inglaterra y Gales», por CHRISTOPHER WEST, Letrado de HM Land Registry.

Uruguay: Contribución de la delegación uruguaya, compuesta por los siguientes 13 trabajos, incluidos en la publicación que con el título genérico de *Hipoteca-Publicidad Registral* editó la Asociación de Escribanos del Uruguay.

«Principios que rigen el contrato de hipoteca en el Derecho uruguayo», por CRISTINA CROCE.

«El objeto de la hipoteca», por SUSANA CAMBIASSO.

«Hipoteca sobre derechos», por MERCEDES AZAR.

«Algunos aspectos del principio de especialidad del crédito hipotecario», por ALVARO GARBARINO.

«Cláusulas de estabilidad», por ROSARIO VIZCARRET.

«Cesión de crédito», por ANA MARÍA RANZETTI y SUSANA CAMBIASSO.

«Ejercicio de los derechos que conserva el deudor hipotecario», por SUSANA CAMBIASSO.

«Reseña histórica sobre la publicidad de las hipotecas», por SUSANA CAMBIASSO.

«La hipoteca inmobiliaria: su registración», por MARÍA CELIA CORRAL.

«Función de la inscripción, principio de prioridad. Colisión de la hipoteca con otros derechos inscribibles, negocios sobre el rango. Hipoteca recíproca», por ANA MARÍA RANZETTI y SUSANA CAMBIASSO.

«Procedimiento de inscripción», por SUSANA IGARABIDE y MARTHA TONEGUZZO.

«Extinción y cancelación de la hipoteca», por SUSANA IGARABIDE y MARTHA TONEGUZZO.

«Procedimientos de ejecución», por ELIZABETH VICO.

TRABAJOS NO ASIGNADOS A TEMA

Rusia: Contribución de la delegación rusa:

«UDM systems and development approaches in St. Petersburg», por el Committee for Land Resources and Land Management of the Russian Federation. St. Petersburg.

LA REDACCIÓN

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO *Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, un tomo de 250 páginas

El Centro de Estudios Registrales nos presenta en edición separada, dado su alto interés científico, un trabajo que ya había publicado la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (núm. 613, noviembre-diciembre 1992), sin otras modificaciones que algún inciso y una adición final. El estudio es continuación y complemento de otros cuatro anteriores del mismo autor, incluidos en un libro cuyo título siempre quedaba en puntos suspensivos y que merece aquí su completa mención: «Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez, e incondicionada cuando está desposeído)».

El propósito de EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG en este que él denomina «estudio crítico terminológico» es poner de manifiesto el germanismo dicotómico infiltrado en nuestra doctrina para dignificar el contrato de compraventa y desmitificar la tradición, facilitando la comprensión didáctica de nuestro sistema registral; y ello con ocasión de la anunciada reforma de nuestro sistema de tráfico jurídico inmobiliario que ha de sustituir a la tradición de la cosa vendida por la inscripción registral del contrato transmisivo.

Ya en 1943 advertía don JERÓNIMO, en la Academia Matritense del Notariado, que «todavía no se han puesto de relieve las relaciones entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria, e ignoramos hasta qué punto se influyen recíprocamente tradición, posesión e inscripción».

Sabidos son los diferentes sistemas de transmisión del dominio en el Derecho comparado:

— El sistema de transmisión causal, basado en el principio del consentimiento, o sistema causalista consensual, que consagra el consentimiento contractual como único elemento suficiente para la transmisión de la propiedad. Fue recogido por DOMAT y pasó al Code Napoléon, al Código Italiano de 1865 y al Proyecto español de 1851.

— El sistema de transmisión abstracta del Derecho alemán, en el que la transmisión se opera con independencia del negocio causal, mediante el acuerdo abstracto traslativo (Einingung) y la inscripción (Eintragung) para los inmuebles o la entrega (Übergabe) para los muebles, a no ser que el adquirente esté ya en la posesión de la cosa.

— El sistema de transmisión causal, basado en el principio de tradición, o sistema de tradición causal, en el que se viene incardinando a nuestro Código Civil, junto con la mayoría de los iberoamericanos y los de Austria y Suiza.

Sobre este esquema, que todos conocemos, el autor rechaza la formulación de la teoría del título y del modo como expresión del germanismo infiltrado. El Código Civil, puso de manifiesto EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA, sólo utiliza conjuntamente los términos del «título» y «modo» cuando describe al poseedor de buena fe en el artículo 433, si bien este precepto no suele ser invocado por la doctrina junto a los artículos 609 y 1.095 para distinguir el contrato, meramente obligatorio, de la tradición, negocio dispositivo traslativo. Frente a esta concepción, EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG expone la TEORIA DEL CONTRATO Y DE LA CONDICION LEGAL, con un PRINCIPIO PROCLAMADO: el derecho de la propiedad se adquiere a causa o por efecto de un contrato traslativo, pero en el momento de la transmisión en concepto de dueño de la cosa. El contrato de compraventa es el negocio jurídico *causa* de la adquisición de la propiedad, pero la entrega por el vendedor o, en su defecto, la puesta en posesión por el Juez, es «condición legal» (*conditio iuris*) del efecto traslativo cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño, aunque lo sea como poseedor inmediato (arts. 609.2, 1.095 y 1.096 CC).

El CONTRATO DE COMPRAVENTA se configura como un contrato primordialmente dispositivo, consideradas las voluntades de cambio de cosa por dinero, el recíproco *animus transferendi et accipiendi domini*; y consecuentemente obligatorio, causa constitutiva de recíprocas obligaciones orientadas al fin del cumplimiento del vínculo traslativo recíproco, sobre todo fuente de las obligaciones de entregar, de hacer tradición.

La TRADICION es necesaria para consolidar la adquisición del derecho de propiedad, o del derecho real parcial cuasiposesorio, a causa del contrato de venta o a causa de los otros ciertos contratos traslativos (permuta, obra, sociedad). En sentido técnico estricto, la tradición se define como la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa (art. 1.462.1 CC). Supone dar la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, aun tratándose de una tradición ficticia o por *constituto posesorio*, pero nunca de la que LACRUZ definió como «tradición incorporal», que GIMÉNEZ ROIG califica de «fantástica».

La POSESION tiene una doble función, legitimadora y probatoria. Por un lado, implica la apariencia de pertenencia del derecho de propiedad (art. 448 CC) y legitima al poseedor como propietario presunto mientras no se pruebe que el verdadero propietario es otro. Pero la posesión es, además, prueba de la pertenencia del derecho de propiedad en el proceso reivindicatorio.

GIMÉNEZ ROIG hace una exposición sistemática de la TUTELA JURIDICA DEL PROPIETARIO, bien se trate del propietario poseedor en concepto de dueño (interdictos de retener y recobrar la posesión, que protegen el hecho de la posesión; oposición a la reivindicación, facilitada por la presunción posesoria del art. 448 CC), bien se esté en el supuesto del propietario desposeído (reivindicación de la pertenencia del derecho mediante la eficacia probatoria u oponibilidad *erga omnes* del documento público o privado fehaciente por su firma reconocida, arts. 1.218, 1.225, 1.227 CC).

Cuando la venta normal, la venta de cosa específica propiedad del vendedor y poseída por éste se otorga en ESCRITURA NOTARIAL, la condición legal de la tradición queda cumplida en el acto de la autorización (art. 1.462.2 CC) salvo pacto en contrario. La escritura notarial es prueba plena documental en la adquisición del derecho de propiedad (art. 1.218 CC) y única prueba en el tráfico inmobiliario a efectos registrales (art. 3 LH).

La INSCRIPCION REGISTRAL es forma documental esencial de la publi-

cidad jurídica del título contractual. El Registrador inscribe el título de pertenencia del derecho (título en sentido material), es decir, el fundamento de la adquisición consolidada, que será el supuesto de hecho integrado por el contrato y la tradición (art. 2.1.º y 2.º LH), o solamente el contrato cuando el vendedor esté desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño (art. 1.526 CC). En el Registro se presenta la necesaria prueba documental (título en sentido formal, art. 3 LH), para que mediante la inscripción del título material quede asegurada la adquisición consolidada (arts 32 y 34 LH).

El estudio resalta la unidad del concepto de TERCERO ASEGURADO de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria vigentes, en relación con el artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1861. Los artículos 32 y 34 se refieren a la inoponibilidad del comprador de la no existencia del derecho del vendedor, pero mientras el artículo 32 contempla un título material no inscrito que fundamenta la pertenencia del derecho de propiedad a persona distinta del titular registral, el artículo 34 supone una sentencia firme que declara fundada la pertenencia del derecho a una persona que no es el titular registral como consecuencia de la declaración de nulidad del título adquisitivo inscrito.

La expresión LEGITIMACION REGISTRAL designa el efecto probatorio de la inscripción por la presunción legal de la exactitud del Registro salvo prueba en contra (art. 38.1 LH), que GIMÉNEZ ROIG compara con la legitimación posesoria (art. 448 CC) y con la notarial (art. 1.218 CC). La expresión FE PUBLICA REGISTRAL designa el efecto sustantivo de la inscripción, el efecto adquisitivo de la pertenencia del derecho de propiedad y de los derechos reales inscribibles.

GIMÉNEZ ROIG apoya su argumentación en el «Acuerdo de Pavía», alcanzado en el Congreso sobre «El futuro Código Europeo de los Contratos» (20 y 21 de octubre de 1990), que convino utilizar como esquema básico el Libro IV del Código Italiano de 1942 y en las directrices actuales de la doctrina y la legislación italianas. Asimismo se toman en consideración las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, aquéllas que don JERÓNIMO calificara de «armoniosa obertura de Ley», y el único tomo editado del *Derecho Inmobiliario Español* del también valenciano, como el autor del trabajo que reseñamos, don BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER.

Como secuelas del «germanismo dicotómico infiltrado», se dedican varias páginas a la cita de ANTONIO PAU PEDRÓN, *Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios*; MANUEL AMORÓS GARCÍA, *Publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipoteca y La causa del crédito hipotecario*, ganadora ésta última del Premio de Estudios Hipotecarios de 1989; JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, primero de los dos tomos aparecidos hasta ahora de su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*.

El libro contiene, además, una depurada contraposición de los sistemas alemán, dicotómico o dualista, y latino, unitario o monista. Junto a ella, referencias al sistema paraguayo (con una marcada influencia del italiano), a nuestras antiguas leyes hipotecarias, a la evolución histórica de la cláusula notarial del constituto posesorio instrumental...

Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión es un estudio que abarca materias civiles, mercantiles, procesales, notariales, registrales y arroja mucha luz sobre diferentes figuras del Derecho patrimonial o de bienes, en sus aspectos estáticos y dinámicos. Esta luz puede enfocarse al camino abierto de las nuevas disposiciones normativas. Permítasenos destacar la defensa del sistema notarial-registral español. En este mismo sentido habla-

ban LÓPEZ MEDEL y MEZQUITA DEL CACHO de Notarios y Registradores como «hermanos gemelos del tronco común de la seguridad del tráfico jurídico-inmobiliario».

ELENA MÚGICA ALCORTA
Registradora de la Propiedad

GARCÍA LÓPEZ, VICENTE JOSÉ: *La oficina liquidadora de distrito hipotecario y sus impuestos (con normativa aplicable y jurisprudencia)*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, un tomo de 384 páginas

Se ha dicho que los Registradores de la Propiedad son los especialistas de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones. Esta afirmación, que todos los encargados de Oficinas Liquidadoras intentan hacer cierta, se manifiesta en el desarrollo de la encomienda por las Comunidades Autónomas que han asumido la gestión de dichos tributos —que son todas menos la de Madrid—, y alcanza su plenitud con los compañeros que estudian y escriben sobre Derecho Fiscal.

Explica VICENTE JOSÉ GARCÍA LÓPEZ, al introducir su libro, que éste pretende ser un «manual de uso inmediato», una «herramienta de trabajo» útil y manejable. Estas primeras palabras del autor dan una idea exacta de lo que vamos a encontrar a lo largo de las casi cuatrocientas páginas que siguen. Parecería que estemos ante un maletín de primeros auxilios que suministre una información directa ante la duda planteada, útil en toda Oficina Liquidadora y, en general, para el estudio de los impuestos cuya gestión ha venido encomendándose tradicionalmente a los Registradores de la Propiedad.

La misma claridad que GARCÍA LÓPEZ emplea para definir el objetivo de su libro se refleja en la tratamiento y esquematización de su contenido. Tras una breve INTRODUCCION, en la que el autor se queja de la «agobiante presión fiscal» y ensalza la tarea de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario, se desarrollan cuatro bloques de materias: evolución histórica del Derecho Tributario en España, la Oficina Liquidadora de Distrito Hipotecario, el ITP y AJD, y el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

I. EVOLUCION HISTORICA

De una manera amena y a la vez rigurosa, GARCÍA LÓPEZ nos conduce a través de la Historia del Derecho Fiscal en nuestro país, desde los textos de la época goda y musulmana, recorriendo las reformas de los siglos pasado y presente, hasta llegar a la época actual.

Citemos entre los numerosos precedentes recogidos la vigésima *hereditatum* del Emperador Augusto; la mañería y luctuosa en la época goda; la alcabala medieval para defender los castillos fronterizos, y el sitio de Gibraltar, que subsistiría tras la creación del Derecho de Hipotecas el 31 de diciembre de 1829.

Nuestro actual sistema tributario arranca de la reforma de don ALEJANDRO MON, puesta en vigor por la Ley de Presupuestos de 23 de mayo de 1845, que unificó el panorama fiscal patrio y simplificó el número de tributos. En los albores de nuestro siglo, la reforma de RAIMUNDO FERNÁNDEZ DE VILLAVERDE (Ley

de 27 de marzo de 1900) intentó sistematizar y completar la imposición tributaria, configurándola sobre seis impuestos.

Posteriormente sobrevendrían las reformas de 1940, 1957 y 1964. Esta última se llevó a cabo por la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, que creó el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas y estructuró la imposición indirecta con el Impuesto General sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas

La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, fue el prólogo necesario de la reforma de 1978, iniciada por la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. Por último se citan las reformas de 1987 (Ley de 18 de diciembre del Impuesto sobre las Sucesiones y Donaciones) y 1991 (con dos hitos fundamentales: el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre las Sucesiones y Donaciones, y la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas)

La edición no pudo recoger las más recientes disposiciones normativas de 1992 y 1993, que regularon de nuevo los dos ejes de la imposición indirecta: el IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre, y Reglamento del día 29 siguiente) y el ITP y AJD (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido, que había sido exigido por las Leyes 29/1991 y 37/1992).

II. LA OFICINA LIQUIDADORA DE DISTRITO HIPOTECARIO

Tras la panorámica histórica, el autor dedica un segundo bloque de su estudio a ciertos «gestores» de determinados impuestos: las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario. Nuevamente el enfoque es cronológico. Bajo el epígrafe «Extracto de disposiciones aplicables desde principios de siglo hasta el Decreto de 7 de noviembre de 1947 y Reglamento de 1959» y a lo largo de veinte páginas se recogen una serie de textos legales que atribuyen a los Registradores de la Propiedad diversas actuaciones en materia tributaria. Así, el Real Decreto de 20 de mayo de 1925 impuso la obligación de remitir mensualmente a la Abogacía de Estado de la provincia las fichas de constitución de préstamos hipotecarios. Y prohibió la cancelación de hipotecas en tanto no se justificara el último pago del Impuesto de Utilidades, ordenando asimismo la constancia por nota marginal de la afección por dos anualidades.

También otras disposiciones más conocidas se refieren a los Registradores de la Propiedad. Este es el caso de la Ley del Timbre de 18 de abril de 1932, que los denomina «inspectores permanentes del Impuesto del Timbre», y la Ley de 9 de noviembre de 1939, al establecer la base liquidable en la transmisión de valores durante la guerra.

La Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 cerró el Registro a todo documento relativo a la transmisión de finca o fincas inscritas y a toda declaración de obra nueva sin nota acreditativa del cumplimiento de los requisitos a efectos de la Contribución Territorial. Además, otorgó a los Liquidadores del Impuesto de Derechos Reales una gratificación anual de tres mil pesetas por el servicio de colaboración al Registro de Rentas y Patrimonios.

El Decreto de 7 de noviembre de 1947, que aprobó los Textos Refundidos de

la Ley, el Reglamento y la Tarifa de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes, formuló con claridad el principio de cierre de los Registros de la Propiedad y Mercantil a los actos sujetos sin nota de pago o exención. Desde el punto de vista orgánico estableció la dependencia de los Registradores en todo lo que a la gestión del impuesto se refería, a los Delegados de Hacienda, Director General de lo Contencioso del Estado y Ministro del Ramo.

Actualmente la ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DE LOS IMPUESTOS DE TP Y AJD Y SOBRE LAS SUCESIONES Y DONACIONES, como tributos «cedibles» y «cedidos», se basa en la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 29/1991, derogada y sustituida por el artículo 56 del Texto Refundido en vigor; la Disposición Adicional 1.ª del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, y los convenios que se establezcan entre las distintas Comunidades Autónomas y la respectiva Delegación Territorial del Colegio de Registradores de la Propiedad. En este marco se estudian los LIBROS QUE DEBEN LLEVARSE EN LAS OFICINAS LIQUIDADORAS y la RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES-REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD.

III. ITP Y AJD

Entramos ya en la parte sustantiva, en la regulación de los impuestos cuya gestión y liquidación se atribuye a las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario, a cargo de los Registradores de la Propiedad. GARCÍA LÓPEZ hace un condensado COMENTARIO SOBRE LA LEGISLACION VIGENTE, recoge un práctico INDICE ANALITICO ABREVIADO DE JURISPRUDENCIA y finalmente inserta la NORMATIVA APLICABLE, que en la fecha de la publicación del libro era el Texto Refundido de 1980, complementado por el Reglamento de 1981, con sus sucesivas modificaciones. Todo lo anterior es de gran utilidad, siempre teniendo a mano el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD. Este nuevo Texto Refundido entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y recoge las disposiciones anteriores, si bien armoniza el contenido del artículo 45 introduciendo un listado de los beneficios fiscales contenidos en leyes especiales y recoge en el artículo 7.2.B) como excesos de adjudicación las diferencias de valor superiores al 50 por 100 en las sucesiones por causa de muerte. La Disposición Final 3.ª impulsa un nuevo Reglamento y hasta su aprobación seguirá aplicándose el de 1981, especialmente las normas sobre honorarios de liquidación (Disposición Transitoria 4.ª).

En el COMENTARIO SOBRE LA LEGISLACION VIGENTE, GARCÍA LÓPEZ sigue la misma estructura del legislador y de otros manuales de Derecho fiscal, con una exposición precisa y referencias aisladas a otros comentaristas (MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, FERREIRO LAPATZA, MARTÍNEZ LAFUENTE). El rigor sistemático e intento de concisión no impiden al autor detenerse en ciertos aspectos interesantes, entre ellos:

- el deslinde entre el ITP y el IVA y la posible sujeción a este último de la cesión a título gratuito o donación de edificaciones;
- la liquidación de la promesa bilateral de compraventa, no como las promesas y opciones de contrato, sino como una compraventa perfecta y eficaz;
- la conceptualización del impuesto sobre operaciones societarias como gra-

vamen de tipo censal o formal, sin que haya preocupado en exceso al legislador que realmente exista o no transmisión de bienes o derechos;

— la relación de las anotaciones preventivas sujetas a AJD y de las practicadas de oficio en virtud de precepto legal.

El INDICE ABREVIADO DE JURISPRUDENCIA recoge por materias más de un centenar de resoluciones de los Tribunales Constitucional, Supremo, Superiores de Justicia, Económico-Administrativos y Audiencias, con una breve indicación de su contenido, a los que cabría añadir las Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de febrero de 1989 (aumento de capital con cargo a reservas), 5 de febrero de 1992 (transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial), 17 de marzo de 1992 (emisión de préstamos con garantía) o 29 de abril de 1992 (emisión de obligaciones).

IV. IMPUESTO SOBRE LAS SUCESIONES Y DONACIONES

GARCÍA LÓPEZ sigue aquí el mismo esquema que veíamos para el ITP y AJD: COMENTARIO-JURISPRUDENCIA-NORMATIVA. En el COMENTARIO DE LA LEGISLACION VIGENTE distingue las adquisiciones *mortis causa*, los seguros de vida y las donaciones como diferentes hechos imponible sujetos. Se analizan los elementos del tributo (hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible, base liquidable) y las normas especiales, con explicación de su fundamento, comparación respecto de la legislación anterior e interpretación de la jurisprudencia. Dentro de la gestión del impuesto, se estudia la presentación de documentos y declaraciones, la competencia territorial, la tramitación, el pago, el régimen sancionador, el efecto de cierre registral del artículo 100 del Reglamento. El INDICE ANALITICO ABREVIADO DE JURISPRUDENCIA es necesariamente más corto que el del ITP y AJD, y la NORMATIVA APLICABLE está plenamente vigente.

No podemos aquí adentrarnos en el contenido de estas dos últimas partes del libro, que tratan del ITP y AJD y del Impuesto sobre las Sucesiones y Donaciones. Esta omisión se suplirá sin duda con la consulta de los interesados, estudiosos y aplicadores a un libro de inestimable ayuda y fácil acceso que, ojalá, sirva para difundir la importante tarea de los Liquidadores-Registadores de la Propiedad y para una correcta aplicación de las normas fiscales.

ELENA MÚGICA ALCORTA
Registradora de la Propiedad

GARCÍA CONI, RAUL R., y FRONTINI, ANGEL A.: *Derecho Registral Aplicado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

En mi último viaje a Argentina con motivo de la recepción académica como miembro de la Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tuve que «recalar» en La Plata, pues allí me esperaban para que disertara en el Colegio de Escribanos, abriendo el ciclo de Conferencias que han organizado para conmemorar los CIEN AÑOS de la *Revista Notarial*. Me cupo el honor de inaugurar el ciclo y la satisfacción de ir saludando a muchos de los amigos hechos a través de los correspondientes Congresos Internacionales de Derecho Registral. Y allí volví a saludar a GARCÍA CONI y a FRONTINI. Al primero le

recordé cómo en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, allá por el año 1975, había hecho una reseña de su obra sobre «Derecho Registral Aplicado». He tenido la tentación de leer aquella reseña, pero he preferido no hacerlo para tener más amplitud de criterio y hacer ésta de la nueva versión en colaboración y sobre el ejemplar que uno y otro autor me regalaron en la visita y que me dedicaron amablemente.

Con la maestría que le caracteriza, JORGE HORACIO ALTERINI —otro gran jurista muy conocido en España y también galardonado— encabeza el libro en cuestión con un prólogo breve, pero sustancioso, sobre el contenido de la publicación, prácticamente convertida en «obra de consulta» para todos los interesados en una de las más apasionantes manifestaciones publicitarias. Quiero hacer también mención —porque los autores lo hacen— de FRANCISCO I. J. FONTBONA, ya fallecido, quien fue un personaje de los Congresos Internacionales con oratoria «masiva» y que gentilmente había dado el permiso a los autores para utilizar el título de la obra «que él había acuñado». FONTBONA fue amigo mío, aunque con él discrepaba en casi todo.

En parte me sucede con alguno de los conceptos y las exposiciones de los autores, que por seguir un sistema distinto del español chocan abiertamente, aunque en los puntos clave estamos en condiciones de entendernos. No obstante, sí quiero adelantar una frase que dije por aquellos deliciosos lugares: los argentinos y los españoles estamos unidos y solamente nos separa no el mar ni la distancia, sino la certificación con cierre registral.

El libro tiene o está dividido en dos grandes partes. La primera, destinada al examen del Derecho registral inmobiliario, y la segunda, a los principios que lo rigen. A ello se añade una bibliografía de obras y trabajos específicos, obras de carácter general y, por último, otra de revistas y publicaciones periódicas. Habrá que ajustarse a las dos partes citadas para reflejar el contenido de la obra.

A) PARTE PRIMERA: DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

El enfoque de esta primera parte está proyectado sobre cuatro puntos clave: unas nociones preliminares sobre justicia y paz jurídica, publicidad en general, la distinción entre derechos reales y personales, y la publicidad registral referida a inmuebles, muebles y derechos inmateriales e industriales.

Sin poder descender a cada uno de los matices que la exposición contiene, sí se hace preciso considerar que la traducción que se hace por los autores de lo que nosotros llamamos «seguridad del tráfico jurídico inmobiliario» es lo que ellos consideran «justicia y paz jurídica». La tesis de mi conferencia de La Plata tenía un gran mensaje, que se resume en esta frase: el mundo de la forma ha tenido que dar paso al mundo de la publicidad. El instrumento público no es más que un vehículo formal para el logro de la publicidad. Los autores prácticamente identifican forma y publicidad, y eso está mediatizado por su sistema registral.

Al partir de la distinción entre derechos reales y personales evidencia que sólo a los primeros se les admite registralmente y que el concepto unitario del fenómeno publicitario se proyecta sobre los derechos que recaen sobre inmuebles, muebles y los intelectuales e industriales.

Después de exponer la dinámica de los derechos reales, relacionada con la publicidad o el campo del tráfico jurídico —estudiado históricamente— y diferenciado del comercial o de propaganda, así como la materialización de la misma en certificaciones rogadas, toca el tema del cierre registral. La certifi-

cación que se expide opera en forma de anotación preventiva durante un determinado tiempo, concediendo una especie de reserva de puesto al derecho que va a construirse notarialmente. Ello, sin duda, puede perjudicar a un posible acreedor del vendedor que pretende anotar su embargo.

En el contenido de la registración se parte de la distinción entre muebles e inmuebles, derechos reales y personales, la finca y el folio real, el concepto de tercero y la organización de los Registros. Por supuesto que en las primeras distinciones están presentes las opiniones de VÉLEZ SANSFIELD, autor del Código Civil. Se tocan los problemas de *numerus apertus*, se precisa el sistema y la conveniencia del folio real y se concluye con las diferentes modalidades de la publicidad y la pluralidad de concepciones del Registro.

Se determina el concepto del Derecho registral inmobiliario, sus caracteres, denominaciones, contenido y autonomía, para luego ir recorriendo las relaciones que él mismo tiene con el Derecho civil, comercial, administrativo, tributario, penal, procesal, laboral, etc., y con las disciplinas no jurídicas, así como sus contactos con la institución del Catastro. La exposición se completa con los tipos de Registros según la materia registrable, y su organización y los sistemas según los efectos que a la inscripción se le conceden: constitutivos, declarativos, convalidantes, no convalidantes y sistema del Acta Torrens.

Termina esta primera parte con la exposición del sistema argentino, en donde se hace preciso el título y el modo para que se verifique la transmisión. Con las concepciones del Código Vélez, la presunción de posesión y la importancia de ésta se cierra esta parte.

B) PARTE SEGUNDA: PRINCIPIOS

Los autores parten de la definición de ROCA SASTRE, aunque también se hacen eco de la que recientemente formula GARCÍA GARCÍA («Las notas o rasgos básicos que tiene o debe tener un determinado sistema registral»). Después de enumerar diversas clasificaciones, se apunta el problema del «cotejo entre los principios registrales y notariales», lo cual lleva consigo una mediatización de funciones.

Entre los principios que se estudian está el de publicidad (en los registros inmobiliarios, en los personales, las inhabilidades y las formas de exteriorización). El principio de inscripción o matriculación (necesidad de la inscripción y diversas clases de asientos), principio del consentimiento (sistema de la Ley 17801), principio de autenticidad (con las distinciones entre la registral y la notarial), rogación (legitimación para ello y cooperación notarial), prioridad y rango (derechos coexistentes en forma compatible e incompatible), principio de tracto continuo (simple y abreviado), especialidad o determinación (con individualización de la cosa, cosa futura, sujeto, derecho y condiciones), legalidad (función calificadora y el contencioso-registral), legitimación (con el problema del tránsito del tercero a titular legitimado) y fe pública registral (como una subespecie de la administrativa, sin más jerarquía que las tres conocidas: judicial, notarial y administrativa).

No es posible en los estrechos límites en que esta recensión se mueve descender a detalles de los diferentes puntos que se abordan por los autores, pero están tan claramente expuestos que de ellos se deducen las notables diferencias que el sistema registral argentino ofrece frente a otros, y singularmente del español. Y esto puede ser enriquecedor, pues ya se intentó en una

Europa unida hablar de un «derecho registral unitario» y eso sería ir en contra de la idiosincrasia y de la forma particular de cada pueblo. De ahí que las diferentes «cartas» que surgen en cada Congreso Internacional no hagan más que «recomendaciones». Me resta brindar mi enhorabuena a los dos autores por esta nueva versión de la obra.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LÓPEZ LIZ, J.: *El procedimiento extrajudicial-notarial de ejecución hipotecaria. Análisis práctico del Real Decreto 290/1992 y formularios comentados*. Bosch, 1993.

El autor de este trabajo monográfico de actualidad es amigo mío. Hemos coincidido en reuniones, conferencias, comidas y cenas, y eso supone un entendimiento que, en materia jurídica, se traduce en estar de acuerdo sobre muchas cosas. Pero a veces los amigos le juegan a uno ciertas «bromas» que se convierten en serios compromisos. Veréis. Al autor, preocupado con el tema de la ejecución hipotecaria extrajudicial —como ya lo estuvo con la judicial sumaria y donde también publicó una monografía—, se le ocurrió organizar un ciclo de conferencias sobre el articulado del Reglamento Hipotecario que regula el procedimiento extrajudicial. Es decir, que además de escribir el libro lo completó con un curso de charlas, con coloquios y planteamiento de problemas. Y a mí que, por razones de amistad podía haberme brindado un tema general de principios que rigen el procedimiento, encuadramiento general del mismo, etc., me comprometió a explicar durante tres cuartos de hora la petición de certificación de dominio y cargas, su expedición y la nota marginal que lo acredita. Estaba a punto de ir a América y pensé: veremos si a la vuelta se le ha olvidado mi promesa. Tiene una memoria portentosa y a los cuatro días de regresar del «otro mundo» volvió a la carga... y tuve que dar la charla y «cubrís» (con perdón) los tres cuartos de hora.

Cuento esto, pues para documentarme en esa charla el autor me envió el libro que ahora recensiono, pues esa fue la contraprestación. Y el libro —os podéis imaginar— me brindó unas cuantas luces y cuestiones que de otro modo me hubieran dejado «solo y ante el peligro». De todas formas al leer el libro —escrito con desenfado y en forma práctica— se me hizo realidad algo que vengo manteniendo —y mantuve en América—: de que el mundo de la forma ha sido sustituido por el mundo de la publicidad, cosa que en el caso de la hipoteca se hace realidad palpable. Es curioso cómo en este procedimiento de ejecución hay, por así decirlo, dos intervenciones notariales, pero ninguna de ellas sería posible sin la inscripción en el Registro de la Propiedad. El documento notarial no es «ejecutivo», no tiene «fuerza ejecutiva» para la realización de la hipoteca y sólo puede servir para el préstamo, pues la hipoteca nace desde y por la inscripción. De ahí que en el procedimiento no sirva el documento (incluso inscrito y con nota de inscripción), sino que es precisa la expedición de certificación de dominio y cargas registral. Ese es el documento que pone «motores» a la ejecución.

Entiendo que el auditorio de la charla se percató del tema —tema importante— en este momento crucial en el que se pretenden muchas innovaciones, pero donde la realidad se impone en sus consecuencias: la efectividad del tráfico jurídico en su seguridad.

Y vamos ya con la monografía, en la que es preciso adentrarse ajustándose a un preámbulo (precedido de un prólogo) y tres partes, la última de formularios y aspectos prácticos. En el fondo, como veremos, se desmenuza la normativa reglamentaria y se estudia en dos dimensiones: el aspecto teórico y el práctico. Así viene a exponerlo JUAN JOSÉ PINTO RUIZ que prologa la obra, cuando al hablar de la dogmática y de la práctica dice que se profundiza en el conocimiento de la norma, en las causas que aconsejaron su implantación, en el análisis de la finalidad perseguida y en los efectos que produce. De otra parte existe el aspecto práctico, ya que el autor es un jurista que defendió en una entidad financiera los intereses de la misma moviéndose con soltura y experiencia en el campo de las ejecuciones hipotecarias.

En lo que el autor denomina preámbulo se proyectan una serie de preocupaciones que éste tiene y sobre todo la de la intervención de Abogado asesor en la ejecución que se lleva a cabo ante Notario. No sé si todos los argumentos que cuenta el autor pueden ser válidos para la justificación de la intervención, pero resulta evidente —por lo que he dicho antes— que sin certificación registral es absolutamente imposible echar a andar el procedimiento. Por eso me llevo las manos a la cabeza cuando en el artículo 236.a) para que el Notario inicie el procedimiento basta que le presenten la escritura de constitución (?) de la hipoteca con nota de inscripción o una copia acompañada de NOTA SIMPLE (sin valor). De cualquier forma el estilo desenvuelto del autor hace fácil la lectura de los argumentos y, a veces, el humor se deja traslucir con el mismo estilo que la dedicatoria

PRIMERA PARTE

Esta primera parte ofrece al lector una doble proyección: lo que podríamos denominar antecedentes del procedimiento, los motivos de la reforma, el fundamento y la naturaleza, para luego llevar al lector a la regulación del procedimiento y los requisitos del mismo. No es posible, por razones de espacio y de contenido de la recensión, desmenuzar cada una de las materias que trata, pues su fácil lectura brinda al lector cualquiera de los problemas planteados. A mí el estilo en que está escrita me satisface, pero no sé si la seriedad de algunos de mis compañeros podrá comprender epígrafes como el que cito: «Y así, incinerándolo un poco, llegamos al pabellón del descubrimiento del requerido procedimiento extrajudicial de ejecución».

SEGUNDA PARTE

En esta parte —parte crucial del estudio— se va planteando la trama que encierra la tramitación del procedimiento, distinguiéndose el período de instrucción o iniciación del mismo: requerimiento al Notario, admisión notarial y certificación registral. Luego se van desarrollando los trámites con los requerimientos de pago, las notificaciones y las incidencias que pueden presentarse. En forma muy pormenorizada expone el autor lo relativo al período de ejecución, desde el señalamiento de la subasta hasta la adjudicación, con el destino del precio del remate y la liquidación notarial de gastos. Por último, se estudia lo que el autor llama período de normalización jurídica, con la petición de posesión hecha al Juez y los supuestos de las subastas desiertas, las suspensiones y las reclamaciones.

TERCERA PARTE

Esta tercera parte, como hemos anticipado, se destina al aspecto práctico del procedimiento y al conjunto de documentos y actuaciones que han de trasladarse del campo de la realidad al campo de la forma. Y aquí es donde el autor —con gran sentido práctico y sobre todo con la experiencia que él ha ido acumulando— ofrece un minucioso muestrario de fórmulas y requisitos.

Se completa la obra con la inclusión en ella de la normativa legal, unos inevitables índices y una abundante bibliografía. Entiendo que si la finalidad que se persigue con la nueva regulación del procedimiento extrajudicial es la de la rapidez para que el que presta el capital lo recupere y pueda volver a prestarlo, auguro al mismo un gran éxito y a este estudio que lo facilita.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo* (Texto Refundido de 1992), Cívitas, 6.ª edición, 1993

No me atrevo a asegurarlo, pero me da la sensación de que si esta es la sexta edición de la obra —y lo es— he tenido el privilegio de recensionar las cinco anteriores. Y eso que puede ser un gesto de fidelidad hacia el autor, se convierte en «monopolio» o «privilegio», cosas ambas que rechaza o trata de rechazar la Constitución española. Es decir, que me he situado en una postura *anticonstitucional*. No es eso solamente, sino que al haberme compenetrado con la obra ya la recensión me sale de un tirón, ya que en ella voy buscando las novedades.

La obra, ya monumental, de GONZÁLEZ PÉREZ en esta materia urbanística se ha convertido en un elemento imprescindible para todo aquel que tenga curiosidad de saber algo, de estudiar o de aplicar. Es texto básico, texto íntegro y texto asequible a todos, pues la gran virtud de GONZÁLEZ PÉREZ reside en dos puntos clave que él domina como nadie: su facilidad expositiva a través de unos esquemas básicos y la contemplación que hace de la materia relacionándola con el Ordenamiento jurídico vigente. No se limita a exponer las consecuencias que emanan de un precepto, sino que él mismo viene relacionado con todos aquellos que tienen relación o conexión. Creo que esa es la gran labor de los que ofrecen sus conocimientos al lector que trata de llegar a ellos. Que a uno le digan que los requisitos para la realización de un determinado acto son estos o aquellos es muy importante, pero más lo es cuando alguno de ellos está condicionado o limitado por otra disposición. Y destaco esto, pues en estos momentos en los que la fiebre legislativa se apodera del poder, resulta difícilísimo transitar por el campo legislativo vigente sin dar tropezones. Voy a poner un ejemplo de claridad meridiana. hace poco en una Comisión alguien apuntó cómo, a pesar de haberse suprimido en el Código Civil la institución del Consejo de Familia, todavía el artículo 1.291 del Código Civil habla y tiene en cuenta el mismo.

Si esto que cito es un *lapsus* que al legislador se le ha escapado en una norma bien conocida por todos, que no será en la maraña que aglutina el campo urbanístico. La edición que manejo ya recoge las vigencias de los Reglamentos de planeamiento, y GONZÁLEZ PÉREZ, sabedor de todo ello, lo va destacando sabiamente.

La fiebre legislativa —frente a la sosegada reserva reglamentaria de ROMANONES— invade en general el panorama legislativo. Debe ser algo que se arras-

tra secularmente, pues cada Ministro o cada personaje político pretende perpetuar su memoria a través de una Ley. Las leyes —cuyas fechas más o menos se intuyen—, como pueden ser la de AZCÁRATE, la de MENDIZÁBAL, la de MON, la de CALVO SOTELO, la de FRAGA, etc., pueden ser un ejemplo que hoy día tiene otros nombres y otras circunstancias. Pero lo peligroso en materia urbanística no es sólo la Ley, sino los Reglamentos, y en esto la sabiduría de ROMANONES ha sido también heredada por los encargados de hacer esos Reglamentos.

La obra —en la que interviene el hijo del autor, GONZÁLEZ SALINAS, compañero de profesión— se ajusta al mismo sistema expositivo que las anteriores ediciones: esto es, se va comentando artículo por artículo, y en cada uno de ellos existe una especie de estudio debidamente sintetizado sobre la materia de su contenido. A ello se añaden las notas bibliográficas y comentarios de sentencias y resoluciones. Va precedida esta edición de la reproducción de todas las «Exposiciones de Motivos» de las diferentes leyes urbanísticas a partir de 1956, lo cual facilita al lector esa labor comparativa de ciertos principios que van subsistiendo o son abandonados.

Se hace muy cuesta arriba intentar tocar puntos concretos de la obra que puedan tener cierta trascendencia con la labor registral, como pueden ser la concepción de la propiedad, la obra nueva, el aprovechamiento, el derecho de superficie, la expropiación, las inscripciones, anotaciones y notas marginales, la parcelación, la compensación, etc., pues mi postura ha sido siempre la de ataque, mientras que la de GONZÁLEZ SALINAS y GONZÁLEZ PÉREZ es la de mantener un cierto equilibrio expositivo en un intento de aplicación de la norma lo más flexiblemente. Yo quizá abandoné ese campo en el que milité algún tiempo, pues me convencí de que cualquier batalla que intentara dar estaba perdida de antemano. Por eso alabo la prudencia y la mesura expositiva de los dos autores: padre e hijo.

Esta nueva edición conserva todos los valores de las anteriores y prácticamente viene a tener su misma extensión. Se completa la presente edición con una tabla de concordancias entre el texto refundido de 1992 y los de 1976 y 1956, lo cual es muy importante para ver las evoluciones de esta legislación. También se incluye el Dictamen del Consejo de Estado sobre el texto de la nueva Ley y se cierra la publicación con un índice analítico, aparte del sumario —que facilita el manejo de la obra.

Hago punto final con la esperanza —que es lo último que se pierde— de seguir siendo *anticonstitucional* y poder, con ello, recensionar una nueva edición de esta magnífica y monumental obra.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PETIT LAVALL, MARÍA VICTORIA: *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*. Prólogo de FRANCISCO VICENT CHULIA, Madrid Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1944, 508 páginas.

No deja de llamar la atención el hecho de que una de las más relevantes reformas introducidas por la Ley 19/1989 y sus epígonos —la obligación de someter las cuentas anuales de las compañías anónimas a auditoría— haya suscitado tan poco interés intelectual entre los mercantilistas. El control externo de las cuentas sociales, en efecto, venía siendo reclamado desde casi la vigencia de la Ley de 1951 como imprescindible elemento de superación del débil sistema de control interno que los accionistas censores de cuentas supo-

nían. Cuando la sustitución del mecanismo interno de control se produce, los parabienes se generalizan de modo inmediato, pero los estudios a fondo sobre la nueva figura de la auditoría de cuentas anuales tardan en llegar. Hay que esperar cuanto menos cuatro años para que los primeros análisis se produzcan; su producción, por otra parte, no es muy amplia a pesar de ser un tema incardinado de pleno en la vieja estructura orgánica de las sociedades anónimas.

En el presente 1994 ve la luz uno de los pocos estudios disponibles sobre auditoría y auditores: el de la joven profesora valenciana MARÍA VICTORIA PETIT LAVALL, *Régimen jurídico de la auditoría de cuentas anuales*, Madrid, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1994, 508 páginas.

Es un amplio y minucioso trabajo que se caracteriza por diversos rasgos principales: el carácter exhaustivo del análisis de la figura; la sólida fundamentación en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho comparado —principalmente en los Ordenamientos del Reino Unido, Francia, Alemania e Italia—, y, por último, la toma decidida de postura sobre los grandes órdenes de problemas que la auditoría levanta en la práctica y en la doctrina. Generalmente bien fundamentada y de buen criterio, esta toma de postura abarca cuestiones básicas de la auditoría: su naturaleza jurídica contractual, su engarce con la estructura del gobierno societario, la disciplina de las obligaciones derivadas y, por último, la responsabilidad contraíble por los auditores en el cumplimiento de las aludidas obligaciones.

Igualmente, el libro atiende e ilustra sobre aquellas otras cuestiones que podrían caracterizarse como el entorno de la auditoría. Entre ellas deben mencionarse el origen y la evolución histórica de la figura, el Derecho público de auditoría y el *status* profesional de los auditores —individuales y sociales—. No menos adecuadamente, la autora demuestra conocer y desgrana con acierto la casuística rica de lo que podría calificarse como la intendencia de la auditoría de cuentas: la variedad de fórmulas para el nombramiento y para el cese de los auditores, la duración del ejercicio del cargo, la remuneración a percibir por los revisores, entre otros extremos significativos.

A lo largo de los siete capítulos en los que la obra se divide, los temas aludidos son sistemáticamente debatidos y expuestos de un modo irreprochable. Ello permite al lector interesado acceder con la misma facilidad a la cuestión puntual cuyo conocimiento interesa, que tomar conocimiento completo de la institución de una manera constructiva y equilibrada.

Junto a los variados méritos de la obra que se analiza someramente, sin embargo, lo que más me interesa resaltar es la independencia de criterio de su autora —independencia basada en sólidos fundamentos documentales y conducida por un buen criterio general según ya he dicho—. Fruto de todo ello es la postura propia que se mantiene en las páginas del libro en temas discutidos —y discutibles— de la auditoría contemporánea.

Así, cuando concluye que los auditores no constituyen un órgano de la compañía auditada —al contrario de lo que sucedía con los viejos accionistas censores—, la profesora PETIT LAVALL toma una posición que con su argumentación, precisa y documentada, le permite optar con claridad sobre una de las existentes concepciones encontradas acerca del engarce de los auditores en la estructura societaria. Por el contrario, en otro punto crucial de la dogmática jurídico-privada de las auditorías —la concerniente a la naturaleza jurídica del contrato de auditoría— nuestra autora decide compartir la tesis de sus mayores y apoyar la concepción de la auditoría como un contrato de arrendamiento

de servicios. Razones y argumentos más que suficientes aporta en sustento de dicha posición, si bien sigo sin compartirlos.

No es lo último indicado el objeto de estas líneas; lo es aducir los datos presentados como testimonio de la independencia y la fundamentación sólida que trasluce el trabajo recensionado.

La una y la otra me permiten dar la bienvenida a una monografía sistemática —la primera si no me equivoco— sobre la auditoría de las cuentas anuales y recomendar su lectura y empleo: no sólo informa; también forma, y estoy seguro de que habrá de resolver muchas cuestiones de índole práctica suscitadas con ocasión de la realización de auditorías anuales.

RAFAEL ILLESCAS ORTIZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III

SANZ JARQUE, JUAN JOSÉ: *Cooperación. Teoría general y régimen de las sociedades cooperativas. El nuevo Derecho Cooperativo*, Editorial Comares, Granada, 1994, un tomo de 1194 páginas

Hace ya veinte años que este autor publicó un libro importante y completo sobre cooperación, en el cual se recogían las lecciones explicadas en la Universidad Politécnica de Valencia. A partir de entonces, JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Catedrático de Derecho Agrario y Sociología, que actualmente es Director de los Centros de Investigación y Enseñanza Cooperativa de la Universidad Politécnica de Madrid y del Instituto Social León XIII, y también Presidente de la Asociación de Estudios Cooperativos, no ha cesado de escribir, explicar y publicar trabajos sobre el tema, tanto en España como en América. Uno de los últimos que recordamos, profundo y muy documentado, bajo el título *Las cooperativas en Iberoamérica*, significó una importante colaboración en el número extraordinario de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, que el Colegio de Registradores editó con motivo de la conmemoración del Quinto Centenario del Descubrimiento.

SANZ JARQUE lleva a cabo ahora, en este libro que comentamos, un completo y actualizado estudio de la cooperación, que abarca tanto el aspecto científico y académico de esta figura asociativa como el desarrollo de las normas positivas que la rigen y que en España son múltiples, como sabemos y veremos.

La obra se divide en tres grandes partes, dedicadas a la teoría general, al régimen legal del nacimiento, funcionamiento y extinción de las cooperativas y, por último, a la sociología de la cooperación.

PRIMERA PARTE: TEORÍA GENERAL

Comienza el libro con el estudio de los conceptos fundamentales de la cooperativa, que es considerada inicialmente por el autor como toda agrupación de personas físicas que se unen voluntariamente para atender necesidades comunes de orden económico-social mediante una organización sujeta a unas pautas propias que son los llamados principios cooperativos. Relaciona este concepto con otros afines y estudia las diversas definiciones doctrinales y legales de la cooperativa, pasando después a enumerar los caracteres esenciales que la tipifican, tanto en las regulaciones comparadas como en el Ordenamiento jurídico español y que sirven para diferenciarla de otras entidades asociativas y empresariales existentes.

Con eso entra en lo que universalmente se conoce con el nombre de principios cooperativos. El autor los considera como las directrices y bases extraídas de la experiencia que informan y asientan la vida de las cooperativas desde su constitución hasta su extinción. Su formulación se ha producido tras una larga evolución y discusiones doctrinales, concretándose por el momento en la enumeración del Congreso de Viena de 1966. Son los principios de adhesión, democracia, interés limitado del capital, retorno de excedentes, educación e integración. Estos principios se consideraban vigentes y casi universalmente aceptados, incorporándose a los Ordenamientos jurídicos y produciendo una importante literatura doctrinal. Algo así, creemos, como ocurre con los llamados principios hipotecarios en cuanto al Derecho Inmobiliario Registral. El autor estudia ampliamente los principios cooperativos, tanto desde el punto de vista académico como en la aplicación que reciben en las leyes positivas.

Tras los capítulos dedicados a las varias clasificaciones posibles de las cooperativas, su fundamento y evolución histórica, el autor pasa a estudiar la legislación cooperativa vigente, primero en el Derecho comparado y después en España.

Alguien dijo que España es diferente, y en este punto, desde luego, lo es. Nuestro sistema es tan complejo que, según el autor, creará dificultades que sólo podrán salvarse con una prudente operación armonizadora de sus múltiples normas. Porque el ansia de apurar al máximo las competencias autonómicas que el Título VIII de la Constitución ha atribuido a las Comunidades se ha manifestado ampliamente en la materia cooperativa, dando lugar a una diversidad normativa confusa y poco edificante. Junto a las leyes de ámbito nacional como la General de Cooperativas, la de Cooperativas de Crédito y la de Régimen Fiscal de Cooperativas, tenemos nada menos que otras cinco leyes de ámbito regional, cuya aplicación no está claramente coordinada, constituyendo un auténtico semillero de pleitos. No hay más que ver la Disposición Final 1.ª de la Ley General que declara su aplicación a todas las cooperativas españolas, pero exceptuando aquellas cuyas relaciones internas se lleven a cabo dentro del territorio de una Comunidad con regulación especial; y sigue diciendo que sin perjuicio de que establezcan relaciones jurídicas por terceros o realicen actividades fuera de su territorio. ¿Cabe mayor oscuridad?

Lo que hace el autor, y con eso sale del atolladero, es exponer en cada uno de los capítulos de su libro, primero la doctrina básica y las disposiciones aplicables de la Ley General de Cooperativas, añadiendo a continuación las particularidades de las normas autonómicas. Aunque se quiera decir que estas normas regionales se aproximan a la realidad social a la que sirven, la verdad es, como nos dice el propio SANZ JARQUE, que resulta indudable que con la pluralidad y excesiva complejidad de estas normas se pierden la armonía, la evolución progresiva y la universalidad que sería deseable, como ocurre con otras leyes de contenido económico-empresarial. Mientras otros Ordenamientos nacionales tratan de compaginarse con las normas de las Comunidades Europeas, cuyo Estatuto de la Sociedad Cooperativa está a punto de salir, nosotros seguimos con un cantonalismo injustificable.

SEGUNDA PARTE: RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

A lo largo de casi 400 páginas el autor desarrolla la regulación legal de la biología de las cooperativas. Se estudia su constitución y requisitos de la

misma, destacando la inscripción registral; los socios y asociados, con sus derechos y obligaciones; los órganos soberanos de decisión, los administradores y los interventores; el régimen económico, con estudio del capital social, aportaciones y retornos; la modificación, transformación, fusión y escisión de las cooperativas, así como el escalón final de su extinción.

Comprende también esta parte el estudio detallado y particular de las diversas cooperativas que contemplan las leyes: de trabajo asociado, de consumidores, vivienda, agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, las de servicios, transportes, seguros, sanitarias, de enseñanza y de crédito, y las cooperativas de segundo grado.

Termina esta extensa parte con el estudio de la acción administrativa que se ha reflejado recientemente en la creación del Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social, más conocido con las siglas INFES, que es el órgano gestor de esta política de fomento; también se exponen las materias de la Seguridad Social y los regímenes tributario y jurisdiccional de las cooperativas.

Son doce densos capítulos en los que se analizan los puntos tratados según la regulación de la Ley General de Cooperativas, a la que siguen las normas especiales autonómicas, una por una. O sea, toda la normativa vigente en España respecto a la cooperación, completa, actualizada y debidamente comentada, lo que supone una información valiosísima

TERCERA PARTE. SOCIOLOGÍA DE LA COOPERACIÓN

Siendo SANZ JARQUE también Catedrático de Sociología, no podía faltar en el libro el reflejo de la realidad sociológica cooperativa en los diversos países del mundo, y especialmente en España. Nos presenta la situación fáctica de nuestras cooperativas hasta 1992, según las cifras del *Libro Blanco de la Economía Social en España*, con datos interesantes para conocer la evolución de estas sociedades.

El libro tiene como *anexos* los textos completos de la Ley General de Cooperativas, la Ley y Reglamento de las Cooperativas de Crédito, la Ley sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas y además las cinco leyes autonómicas que se han promulgado hasta la fecha, que son las de Andalucía, Cataluña, Navarra, Valencia y Vascongadas.

Y como final algo que puede ser muy útil para quien tropiece con problemas de Derecho Interregional. El autor, en una labor de chinos, nos proporciona una tabla de concordancias en la que en cada uno de los epígrafes posibles señala los artículos de la Ley General y de las diversas leyes autonómicas.

Como se ve, el libro tiene un gran interés para los cooperativistas a quienes directamente afecta, y también lo tiene, tanto en el aspecto teórico como en el práctico, para los profesionales que hayan de ocuparse de las cooperativas, así como para los Jueces que hayan de actuar en estos casos y los Profesores que se ocupen de su enseñanza. A todos nos ha proporcionado el autor un magnífico instrumento de estudio y trabajo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Un repaso selectivo a un texto clásico (una relectura de los Fundamentos del Derecho civil patrimonial)*, 4.ª edición, Editorial Civitas, 2 vols. de 455 y 851 páginas, respectivamente, Madrid, 1993 (*).

SUMARIO. A MODO DE PROLOGO.—I. BALANCE DE UNA MINIHISTORIA RECIENTE (O DE LA SITUACION DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN LA DECADA DE LOS 60).—II RESUMEN CRITICO DE LA OBRA COMENTADA: A FORMA B. FONDO. III EL TEMA DESARROLLADO POR EL AUTOR 1. LINEAS DIRECTRICES. 2. PUNTOS RELEVANTES —IV SITUACION DE LA OBRA COMENTADA EN UNA PERSPECTIVA ACTUAL —V. TOPICA Y ARGUMENTACION JURIDICA EN LUIS DIEZ-PICAZO.—VI. BASES PARA UNA RECAPITULACION.—VII. REFLEXIONES FINALES.

A MODO DE PROLOGO

Vana pretensión sería la del firmante de este comentario de hacer aquí una *presentación* del AUTOR de este texto y de su OBRA en el mundo jurídico español. En una ocasión ya lejana en que me fue encomendada esa tarea por la organización (1), el encargo me desbordó en cuanto al tiempo y al espacio disponibles.

Resulta en verdad difícil encontrar una parcela del mundo del Derecho que no haya sido abordada por el profesor DÍEZ-PICAZO, y de ello es consciente tanto el comentarista como el lector posible interesado

Si hubiera que hacer una especial precisión sobre el AUTOR de la obra aquí comentada, yo me inclinaría por dar especial relevancia a lo *polifacético* de su quehacer intelectual o, de otro modo dicho, a los distintos *perfiles* de su actividad como jurista. Perfiles que en aquella ocasión aludida yo explicitaba con amical y admirativa descripción, que en definitiva cabría resumir en que lo importante de la *hacer jurídico* del profesor L. DÍEZ-PICAZO *no reside* en «aquello de lo que trata», sino *en el modo o manera de tratarlo*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no puede extrañar que la mejor *caracterización* del AUTOR aquí comentado haya sido la hecha por él mismo al señalar cómo su tarea apasionante ha sido

«... la búsqueda de la inaprehensible esencia del derecho, que cuanto más se intenta encontrar más huidiza es. Para mí, el único enfoque posible, tal vez temperamentalmente, es el problemático. Se trata, incesantemente, de ver el derecho como un problema con alguna dosis de misterio...» (2).

(*) El presente *comentario* fue elaborado entre la primavera-verano del año 1993 y hasta el momento había permanecido *inédito* por causas varias.

(1) El **Colegio Notarial de Baleares** me encargó la *presentación* del profesor L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en su *Conferencia* titulada «Familia y Derecho», pronunciada en Palma de Mallorca el día 14 de marzo de 1982.

(2) V. LUIS DÍEZ-PICAZO, Prólogo a su obra *Estudios de Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 13

I. BALANCE DE UNA MINIHISTORIA RECIENTE (O DE LA SITUACION DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN LA DECADA DE LOS SESENTA)

Varios lustros van transcurridos desde que en la Navidad de 1966 el profesor L. Díez-Picazo me hacía el obsequio de su recién aparecido volumen «Lecciones de Derecho Civil» (II) (3) Correspondía así el amigo y el docente a mi demanda de un quehacer en vista de lo que yo llamé —y llamo— 'el indescriptible aburrimiento de un notario de entrada'. Con esta entrega y un paquete de sentencias del Tribunal Supremo para ser objeto de comentario, sugería e incitaba el profesor a una tarea de publicista insospechada entonces por el firmante

Resultó ser el obsequio a modo de un terremoto interno para mí, ya que hacía añicos todo mi montaje intelectual y mi preparación jurídica en el ámbito del *Derecho de obligaciones*. Como es bien sabido, entre los años cincuenta-sesenta la única oportunidad sería la de asomarse a la parcela del DERECHO DE OBLIGACIONES —base de la OBRA aquí comentada— era la de centrarse en la obra del maestro J. CASTÁN TOBEÑAS (4), dedicada, es notorio, a la contestación del programa de ingreso en el Notariado.

Se producía así una disminución de la autocomplacencia del Notario recién ingresado, paralela simétricamente a la tarea de descubrimiento de nuevos horizontes, de apasionamiento en el 'rehacer' temas y temas del **Derecho de Obligaciones**, de un aventurarse en inquietudes doctorales sobre puntos de esta parcela del Derecho...

Teniendo en cuenta la carencia absoluta de tratados y monografías en esta materia por aquellos años (5) —precisamente puesta de relieve con su habitual modestia por J. CASTÁN TOBEÑAS (6)—, la aparición del pequeño volumen *Lec-ciones...*, citado, venía a suponer todo un desafío intelectual para todos aque-

(3) Editado por Copigraf, S. L., Madrid, 1965. A mi modo de ver, se trata del *germen o embrión* de la futura obra, que aquí ahora se comenta.

(4) En concreto, la obra que yo —y muchos otros— manejaba era la de la edición siguiente: J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo III, Derecho de Obligaciones (La obligación y el contrato en general), séptima edición, ed. del Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, un volumen de 452 páginas

(5) Conviene recordar que hasta el año 1960 no aparecía la obra del profesor A. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones. I* (La obligación y su estructura. Doctrina general de las fuentes de obligaciones Cumplimiento Pago de las deudas de dinero. Problemas de fluctuación y estabilización monetaria), Artes Gráficas Maribel, Madrid, 1960.

(6) V obra citada en nota 4 precedente, pág. XV (Guía Bibliográfica), nota 1: «Son en España poco abundantes las obras dedicadas a las obligaciones y los contratos en general. Pueden, sin embargo, utilizarse las exposiciones contenidas en las obras generales de Derecho Civil *Citaremos entre las modernas* las de DE BUEN Y BATLLE (notas al tomo III de COLIN y CAPITANT), PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (notas a ENNECERUS-LEHMANN), PUIG PEÑA (*Tratado*, tomo IV, Obligaciones y contratos, 2 vols.), ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Obligaciones y contratos), BORRELL (*Derecho Civil vigente en Cataluña*, tomo III, Obligaciones...») (subrayados míos: J. C. G.).

Con posterioridad a la obra de CASTÁN citada en nota 4, cabe añadir aquí: En el año 1954 aparecía la 8ª edición de CASTÁN, con las mismas referencias bibliográficas En el mismo año se publica el tomo I, volumen II (*Doctrina general del contrato*), de J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1954. También en el mismo año 1954 aparece de D. ESPIN CÁNOVAS *Manual de Derecho Civil*, tomo III, Obligaciones y contratos, ed. RDP, Madrid, 1954

llos que trataban de ahondar en el estudio del **Derecho de Obligaciones** en España. La atonía jurídica en esa década apuntada había comenzado a removerse, de la misma manera que una piedra lanzada en las tranquilas aguas de un lago. La variedad de doctrinas y opiniones es muy a menudo, como suele decirse, una manifestación de vigor.

Buena parte de las *posiciones doctrinales* españolas podían y pueden reconducirse a una serie de actitudes posibles. o la *dogmática* (sólo una doctrina es la correcta), o la *ecléctica* (todas las doctrinas son admisibles), o la *escéptica* (ninguna doctrina es admisible), o la *dialéctica* (aunque todas las doctrinas son admisibles en algunos aspectos y defectuosas en otros, cabe presentar una *síntesis* de todas ellas). A la vista de ello, cabe decir que la posición del profesor DIEZ-PICAZO es difícilmente reconducible a alguna de ellas.

Resulta primordial la inicial caracterización —según vimos— de un *pensamiento problemático*, que reside en algo que filosóficamente cabría llamar «pura tensión del pensar»: lo importante es lo que se hace y el modo de hacerlo, y no lo que se dice que se hace o que se debería hacer. El profesor LUIS DIEZ-PICAZO es, pues, de esa rara especie de *hombres que piensan*, en contraposición a la de *hombres que creen* (7).

El hecho de que algunos críticos —*sotto voce*, por supuesto— intentasen en los años setenta *denunciar* a DIEZ-PICAZO como 'germanista' e introductor de las doctrinas de KARL LARENZ (8), me permiten recurrir aquí a un *principio de simetría histórica* en retrospectiva: la situación en el *ámbito teológico* en las décadas centrales del siglo comenzado en el 1200, descontando, por supuesto, todo lo descontable, que es mucho. La hazaña intelectual de TOMÁS DE AQUINO fue la edificación de un verdadero *sistema*, intentando una síntesis completa de las tres grandes tradiciones religiosas, aun a riesgo de ser 'denunciado' como averroísta justamente porque creyó que había realmente 'superado' el averroísmo (9). De la misma manera, *mutatis muntandis*, el esfuerzo intelectual

Ya en 1956 aparece la monografía de J. BELTRÁN DE HEREDIA *El cumplimiento de las obligaciones*, ed. RDP, Madrid, 1956

También en el año 1956 aparecía el pequeño volumen de J. OSSORIO MORALES, *Leciones de Derecho Civil: Obligaciones y contratos* (Parte General), edit Prieto, Granada, 1956, obra de 306 págs. A esta obra didáctica siguió el *artículo* «Notas para una teoría general del contrato», en la revista *RDP*, diciembre 1965, págs. 1071 y sigs

En 1957 aparecía la obra de J. M.^a RUIZ GALLARDÓN, *Derecho Civil. Obligaciones*, Madrid

Es a finales de los 'años cincuenta' cuando aparecían diversas *traducciones* de obras extranjeras en materia de 'Derecho de Obligaciones': LARENZ, HEDEMANN, GIORGIANNI, GORLA

En el año 1958 aparece la 9.^a edición del CASTÁN, siendo la *cita bibliográfica* la misma que la antes referida.

(7) Gráficamente expuesta esta distinción en orden a las maneras de concebir un libro y de situarse frente a él, la rabínica o hebreaica, y la helénica v. Prólogo del autor a la primera edición de los *Fundamentos...*, *ahora* en tomo I, pág. 26.

(8) A recordar que unos años antes de las *Lecciones*., *germen* de la obra aquí comentada, habían aparecido, publicadas por la Editorial Revista de Derecho Privado, las siguientes obras del profesor alemán: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducción de CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, *Derecho de Obligaciones*, versión española y notas de JAIME SANTOS BRIZ, tomo I (1958) y tomo II (1959), edit. Revista de Derecho Privado, Madrid

(9) V. J. FERRATER MORA, *La filosofía actual*, Alianza Editorial, 2.^a edición, Madrid, 1970, pág. 120.

tual en el *ámbito jurídico* en la España de los 'años setenta' emprendido por L. Díez-PICAZO fue «el intento, problemático también, de la reconstrucción...» (10): intento llevado a cabo en materia del DERECHO DE OBLIGACIONES con la aparición en 1970 de la **Primera Edición** de su obra *FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATROMONIAL (Introducción-Teoría del Contrato. Las relaciones obligatorias)*, volumen 1.º (11).

Hoy es notorio que aunque algunos pasajes de la obra *suenan* a K. LARENZ, la manera de hacer *no es la de* K. LARENZ. Hoy cobra todo su significado el prólogo **como significado** —en el sentido de U. Eco—, cuando el propio LUIS Díez-PICAZO decía en la presentación de aquella **Primera Edición** de los *Fundamentos*...

«He ensayado una *reconstrucción* de las categorías conceptuales y *lo he hecho desde una perspectiva* que, si hubiera que calificar de algún modo, llamaría *problemática y funcional*. Los conceptos y las categorías institucionales no son dogmas, sino respuestas históricamente condicionadas a grupos de problemas sociales típicos. No tienen sentido en sí mismos, sino que valen de conformidad con los resultados que funcionalmente producen o pretenden producir» (11 bis).

Importa ahora señalar, como reflexiones personales acerca del período histórico aquí presentado y a modo de *ensayo sociológico* de aproximación a la literatura jurídica de aquellos años, el hecho notorio de la aparición de numerosos artículos de revista, estudios, monografías, manuales y tratados cuya fecha de origen cabe centrar como dimanante de la pieza básica aparecida en 1970, esto es, la **Primera Edición** de estos *Fundamentos*..., ahora objeto de comentario **en su Cuarta Edición**.

Me parece, por tanto, conveniente esta a modo de 'minihistoria' de los últimos años como representativa de una época en la que, al emerger una obra tan importante en el ámbito del DERECHO DE OBLIGACIONES, se suscitaron juveniles afanes y nuevas aportaciones aquí y allá en torno a esta parcela del derecho siempre viva y dinámica.

II. RESUMEN CRITICO DE LA OBRA COMENTADA

A la hora de proceder a dar una visión sucinta de la obra aquí objeto de comentario, parece oportuno, en mi opinión, ofrecer alguna consideración tanto en orden a la *forma* como al *fondo* de la obra en examen.

Tomando *como base* y punto de partida de este comentario la precedente edición de 1970 —esto es, la *primera*—, a su vez *contrastada* con las *Lecciones*... de 1965, cabe hacer, a mi modo de ver, las consideraciones siguientes

(10) V. L. Díez-PICAZO, *Prólogo*, citado en *nota 2 precedente*.

(11) Publicada por Editorial Tecnos, Madrid, 1970.

(11 bis) En la 1.ª edición, pág. 36, en la 4.ª edición (repetido el Prefacio de la 1.ª edición), pág. 28.

A. EN CUANTO A LA FORMA

En el aspecto *formal* o instrumental, la presentación y estructura de la obra **parece** la misma, **pero no es** la misma.

En efecto, lo que ahora forma **el Tomo I** comprendía en 1970 XIV Capítulos, divididos en una *Parte Primera* (Introducción) y una *Parte Segunda* (Teoría del Contrato), en tanto que hoy en 1993 son ya XVIII Capítulos: de las 282 páginas de 1970 se ha pasado a las 455 páginas de 1993. La distribución de materias parece ser la misma, en principio. En la *Parte Primera* (de Introducción), los Capítulos en 1970 dedicados al Derecho Patrimonial, a las Relaciones jurídicas patrimoniales y al Negocio Jurídico Patrimonial continúan vertebrando en 1993 la misma *Parte Primera* (de Introducción), pero el Capítulo dedicado al Negocio Jurídico Patrimonial aparece escindido hoy en dos, uno dedicado al Negocio Jurídico Patrimonial y otro a las Atribuciones patrimoniales injustificadas (y, dentro de éste, sitúa ahora el autor la *doctrina del enriquecimiento injusto*, con una profunda reestructuración de la materia). La *Parte Segunda* (Teoría del Contrato) parece también tener la misma estructura: noción de contrato, requisitos, objeto, causa, forma, formación del contrato, contenido, interpretación, eficacia, ineficacia y regímenes típicos de la ineficacia contractual. En esta *Parte Segunda* hay profundas *innovaciones estructurales*, v. gr.: en orden a las transformaciones modernas de la dogmática contractual, en orden a la formación del contrato (tratos preliminares y responsabilidad precontractual, contratación entre ausentes, publicidad comercial en el proceso de formación del contrato), en orden al *contenido* del contrato —ahora subdividido en tres capítulos, comprensivos también de las Condiciones Generales de la contratación y de los Contratos Atípicos—, y en orden a los Regímenes típicos de la ineficacia contractual (con especial mención de la *Nulidad Parcial* del Contrato). Por otro lado, lo que en 1970 era la *Parte Tercera* de la obra (la Relación obligatoria), con 16 capítulos y 558 páginas, pasa en 1993 a ser **un volumen separado** de 35 Capítulos y 851 páginas. También la estructura del volumen y la distribución de las materias parecen ser las mismas, pero, a mi juicio, aquí es donde la reestructuración —aparentemente formal— ha sido mayor, como paso a detallar:

— En 1970 la estructura era como sigue: del concepto previo de obligación y su estructura —*la estática*— se pasaba a la constitución de la relación obligatoria, siguiendo luego con los sujetos de la misma (y los supuestos de pluralidad activa y pasiva), el objeto, las circunstancias y las garantías. Seguía luego la *dinámica* de la obligación: con los subrogados del cumplimiento, la lesión del derecho de crédito, la *imputabilidad* (sic) de la infracción del derecho de crédito, la defensa del derecho de crédito y la concurrencia de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor. Para terminar con los Capítulos dedicados a la modificación y a la extinción de la relación obligatoria.

— En 1993 la estructura aparente continúa siendo la indicada, pero hay también unas *variaciones estructurales* muy relevantes. Sin perjuicio de aludir a los puntos numerosos que han sufrido alteraciones en su **contenido**, cabe resaltar aquí cómo la parte más modificada ha sido la relativa a la *dinámica* de la obligación. A mi modo de ver, resultan ahora *puntos clave* los capítulos XXI al XXVI, dedicados, respectivamente a la *imputación* (sic) de la lesión del derecho de crédito, la mora del deudor, el incumplimiento definitivo de la obligación, el cumplimiento defectuoso, la defensa del derecho de crédito le-

sionado y la resolución de la relación obligatoria sinalagmática. También hay reestructuración en los capítulos dedicados a los cambios de deudor. Alguno de estos cambios estructurales apuntados conlleva, además, un reajuste profundo de *contenido*, según veremos.

B. EN CUANTO AL FONDO

Apuntados los que yo entiendo como más relevantes cambios estructurales, es obvio que el **contenido** de la obra comentada ha tenido que resentirse un poco. *De un lado*, por la enorme *ampliación* de las materias tratadas (con el aumento de páginas aludido). *De otro lado*, por el exquisito *análisis* del autor, operante sobre las mil y una aportaciones doctrinales de estos casi veinticinco años transcurridos desde 1970, que contrastan con aquella escasez de los 'años cincuenta' en su día denunciada por el maestro J. CASTÁN TOBEÑAS, como más arriba se ha dicho.

Un cotejo cuidadoso de estas *innovaciones sustantivas* ahora apreciadas a lo largo de la obra comentada parece sería demasiado extenso para traerlo a este lugar. Me limitaré, en consecuencia, a precisiones puntuales en torno a lo que, en mi opinión, han sido los **aspectos** más llamativos objeto de innovación o replanteamiento operados. Así, *distinguiendo* en uno y otro volumen, cabe apuntar aquí.

— En el volumen I

Primera Parte (Introducción)

En el *Capítulo I*: se amplía la noción de 'orden público económico' recogiendo ideas de F. DE CASTRO; desarrolla el comentario al artículo 7.1 del Código Civil en orden al ejercicio de los derechos de buena fe y esboza las formas típicas de actos de ejercicio extralimitado de los derechos (abuso del derecho, *venire contra factum proprium*..). En el *Capítulo III*: perfila la distinción entre onerosidad y gratuidad (*antes* ubicada en sede de obligaciones sinalagmáticas), recogiendo las aportaciones de A. GULLÓN y J. M.^a DE PRADA GONZÁLEZ en este punto; y replantea la distinción entre negocios conmutativos y aleatorios, partiendo de los planteamientos críticos de J. PUIG BRUTAU y de C. ROGEL. En el *Capítulo IV* (Las Atribuciones Patrimoniales Injustificadas) se da una profunda reelaboración a la doctrina del *Enriquecimiento Injustificado* (12), aclarando todo el período del Derecho anterior a la Codificación, ampliando las argumentaciones en torno al fundamento jurídico de la prohibición del Enriquecimiento sin causa, recogiendo el punto de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento y detallando los *tipos* de Enriquecimiento

(12) Al *enriquecimiento injustificado* había dedicado el propio profesor DIEZ-PICAZO el *Discurso* de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, titulado «La doctrina del enriquecimiento injustificado» Dicho discurso y la *contestación* del académico M DE LA CÁMARA ALVAREZ, titulada «Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa», aparecen *conjuntamente* publicados bajo el título *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* en un volumen de la editorial Civitas, Madrid, 1.^a edición, 1988, 208 págs

Injustificado (*condictio* de prestación, *condictio* por intromisión, *condictio* por inversión o desembolso).

Segunda Parte (Teoría del Contrato)

En el *Capítulo V* analiza el fundamento filosófico del contrato, en su relación con la persona, desarrolla el fundamento constitucional de la institución contractual, recogiendo los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad en materia de contratación, y señalando los límites de la libertad contractual. En un nuevo epígrafe recoge las transformaciones modernas de la dogmática contractual, con las sucesivas erosiones del paradigma del contrato por negociación y la aparición del nuevo 'Derecho de Contratos' tras la nueva legislación de protección de los consumidores.

En el *Capítulo VI*, en relación con el silencio como declaración de voluntad contractual, recoge la posición adoptada por las más recientes sentencias del Tribunal Supremo.

En el *Capítulo VII* analiza la distinción de la doctrina moderna (GORDILLO, JORDANO FRAGA) entre violencia absoluta y violencia relativa; para entender el juego de los vicios del consentimiento denominados violencia e intimidación, entiende DÍEZ-PICAZO que «no es impertinente un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (págs. 164 y sigs.), repaso que efectúa con la amplitud necesaria y el rigor en él prototípico; estudia —también con notable apoyo jurisprudencial— el llamado «miedo ambiental». El epígrafe relativo al error en la formación de los contratos recoge la argumentación de A. M. MORALES MORENO, muestra sus reticencias a la que CASTRO llama «Teoría del trato analógico» en cuanto a la distinción entre error propio y error obstativo y parece decantarse por una posición matizada en la línea sostenida por MORALES MORENO; recoge la posición de DE CASTRO y de la jurisprudencia en torno a la distinción entre error de hecho y error de derecho; analiza las posiciones de la moderna doctrina (MORALES) y de la jurisprudencia sobre el error invalidante. En el epígrafe sobre los vicios de la declaración de voluntad procede a una reelaboración sobre la reserva mental y el error obstativo, recogiendo los postulados de la joven civilística española (JORDANO FRAGA). Finaliza este capítulo con un epígrafe 6, dedicado a la figura del contrato del representante consigo mismo, objeto asimismo de una profunda reelaboración.

En el *Capítulo VIII* estudia las causas de la imposibilidad del objeto del contrato y profundiza en el tratamiento de las diferencias entre imposibilidad originaria e imposibilidad sobrevenida y entre la imposibilidad transitoria y la duradera.

El *Capítulo IX*, dedicado a la causa del contrato, ha sido objeto de significativos retoques en puntos tales como la causa del negocio, admisibilidad de los contratos abstractos en el Derecho español y los requisitos causales del contrato.

El *Capítulo X*, dedicado a la forma y documentación del contrato, prácticamente idéntico a la edición de 1970, ha sufrido una reelaboración en el punto de la llamada *renovatio contractus* y el artículo 1.224 del Código Civil, recogiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1982.

El *Capítulo XI*, dedicado a la formación del contrato, ha sido objeto igualmente de detenida reelaboración, que comienza con la puesta al día del fun-

damento de la responsabilidad precontractual recogiendo las ideas de la profesora C. ASUA; sigue con los comentarios doctrinales (C. ASUA, M. P. GARCIA RUBIO) a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1988, y termina con la atención especial a la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones (v. pág. 278). En el epígrafe relativo a la formación del contrato por la concurrencia de oferta y aceptación, y en cuanto a la *oferta de contrato*, recoge la normativa del **Convenio de Viena** —*hoy Derecho vigente en España*— y la distingue de otros supuestos; en el punto relativo a los casos de muerte y de incapacidad sobrevenida del oferente analiza ahora el artículo 1.257 del Código Civil, en relación con los artículos 659, 661 y 633, y los comentarios doctrinales (MORENO QUESADA, LACRUZ, J. DELGADO) y decisiones jurisprudenciales (STS 23-3-1988). Interesante resulta la actual inclusión del régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición de valores (en lenguaje usual, OPAS). De entre los requisitos de la *aceptación* del contrato, destaca ahora el referido al carácter *tempestivo* de la aceptación. En el epígrafe dedicado a la *contratación entre personas ausentes*, desarrolla el comentario al artículo 1.262.2.º del Código Civil y recoge los argumentos doctrinales más recientes al respecto (ALBALADEJO, LALAGUNA, ROGEL VIDE). En el epígrafe sobre *la formación del contrato por subasta y por concurso* recoge la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1990. Dedicada ahora un epígrafe especial al tema de la *publicidad comercial* en el proceso de formación del contrato. El epígrafe relativo al *contrato preparatorio o promesa de contrato* sufre especiales retoques en el comentario a las tesis de ROCA SASTRE y la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1989.

El *Capítulo XII*, dedicado al *contenido* del contrato, es objeto de innovadores retoques en el epígrafe sobre la *reglamentación contractual* (pluralidad de fuentes, integración).

El *Capítulo XIII*, enteramente nuevo, procede a una cuidada reelaboración del fenómeno moderno conocido con el nombre de «las condiciones generales de la contratación», comprensiva de diversos epígrafes y puntos (concepto, evolución de la legislación española, fundamento de la obligatoriedad, requisitos de eficacia, ámbito de eficacia)

El *Capítulo XIV* va dedicado a los *contratos atípicos* y en el apartado introductorio recoge la posición del Tribunal Supremo (Sentencia de 19 de mayo de 1982)

El *Capítulo XV*, sobre la *interpretación del contrato*, ha sido objeto de sustanciales innovaciones que recogen, de un lado, el tema de la interpretación de «las condiciones generales de la contratación», y de otro lado, las aportaciones doctrinales (JORDANO BAREA, C. VATTIER, ANGEL LÓPEZ) y las decisiones del Tribunal Supremo.

El *Capítulo XVI*, dedicado a la *eficacia del contrato* y comprensivo de epígrafes varios, permanece prácticamente idéntico a la redacción de 1970, con las *alteraciones* que siguen: en la eficacia reglamentaria del contrato introduce un detenido análisis del artículo 1.256 del Código Civil; presenta la delimitación de los conceptos de 'parte' y de 'tercero' y reflexiona sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1984, considerando también la posición del propio Tribunal Supremo en orden a si los causahabientes del contratante son 'partes' del contrato, y recoge las posiciones doctrinales (J. M. MARTÍN BERNAL, J. DELGADO) en orden a la adquisición de derechos por tercero en los contratos a favor de terceros

El *Capítulo XVII*, sobre la *ineficacia del contrato*, apenas ha sufrido modi-

ficaciones, a salvo la ampliación de ideas en torno al concepto de 'ineficacia' y la contestación razonada a las críticas de J. DELGADO.

El *Capítulo XVIII* —y último— de este Tomo I va dedicado a los Regímenes típicos de la ineficacia contractual. En el epígrafe sobre los contratos nulos desarrolla ampliamente los antecedentes del artículo 1.306 del Código Civil (*condictio ob turpem vel iniustam causam*) y del artículo 1.305 del Código Civil (ilicitud de la causa), y examina los supuestos de causa torpe con atención a las decisiones del Tribunal Supremo en el tema. Dedicó un epígrafe nuevo al tema de la nulidad parcial del contrato. El epígrafe sobre anulabilidad de los contratos introduce las argumentaciones en torno a la acción de anulabilidad (DE CASTRO, J. DELGADO) y amplía el comentario al articulado del Código Civil. En el epígrafe sobre la confirmación de los contratos anulables amplía el estudio de la naturaleza jurídica de la confirmación, recogiendo la presentación de H. CLAVERIA. El epígrafe sobre la rescisión del contrato recoge las aportaciones recientes de la civilística española (MORENO QUESADA, R. ALVAREZ VIGARAY, R. AYMERICH) y la normativa —antes «foral», hoy autonómica— de los Derechos de Cataluña y Navarra.

— Volumen II (LAS RELACIONES OBLIGATORIAS)

Novedades relevantes:

Capítulo I (La obligación). Tras unos retoques iniciales en orden a la distinción entre obligación y contrato, la innovación más relevante es el punto relativo a la obligación como vinculación y la interdicción del arbitrio del deudor (pág. 54).

Capítulo II (Deuda y responsabilidad). Sufre una profunda reelaboración todo el epígrafe dedicado a «las llamadas obligaciones naturales», recogiendo en parte las argumentaciones de LACRUZ.

Capítulo III (Delimitación del concepto de obligación). En el epígrafe sobre la patrimonialidad como requisito de la prestación amplía las consideraciones precedentes con los argumentos de A. MURILLO VILLAR y SANCHO REBULLIDA. Añade todo un epígrafe nuevo, dedicado a la diligencia como marco de desenvolvimiento de la relación obligatoria —«estudiada esta cuestión con especial profundidad y erudición», dice DIEZ-PICAZO (pág. 96)—, siguiendo así el tratamiento efectuado por F. BADOSA COLL.

Capítulo IV (El crédito y la deuda). Aparece como relevante el epígrafe relativo a las cargas del acreedor, siguiendo en su desarrollo las consideraciones de A. CABANILLAS.

Capítulo V (La constitución de la relación obligatoria). El epígrafe sobre la voluntad unilateral en el cuadro de las fuentes de las obligaciones aparece reelaborado tomando en consideración la argumentación de F. DE CASTRO y analizando con detalle las abundantes decisiones del Tribunal Supremo. Aparece también con profundos retoques todo un epígrafe dedicado al problema de los cuasicontratos, desde los antecedentes históricos, pasando por las modernas tendencias doctrinales (ALBALADEJO, SANTOS BRIZ, GULLÓN, ALVAREZ CAPE-ROCHIPÍ).

Capítulo VI (Los sujetos de la relación obligatoria). La novedad más llamativa es la de la inclusión del análisis de las obligaciones indivisibles como un epígrafe especial dentro de este capítulo, cuando antaño (edición de 1970) venían siendo tratadas dentro de un Capítulo (el XXV) relativo a la configura-

ción de la prestación, siendo significativa la *titulación* del epígrafe: «las obligaciones indivisibles en el marco de las relaciones obligatorias con pluralidad de sujetos». Asimismo ha variado todo el tratamiento anterior en este punto, que ahora recibe una especial atención con el examen de los antecedentes del Código Civil en la materia y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la erosión del principio de no-presunción de la solidaridad, hasta llegar a la conclusión final del artículo 1.138 del Código Civil y la interpretación de J. CAFFARENA.

Capítulo VII (La pluralidad de acreedores). En el epígrafe relativo a los *créditos conjuntos o en mano común* hay unos retoques en orden al ejercicio judicial del derecho de crédito y a la existencia del litisconsorcio activo necesario, recogiendo y matizando las opiniones de V. GUILARTE y de R. BERCOVITZ. El epígrafe sobre los *créditos solidarios* conserva su estructura, mas añade algunas consideraciones en orden a la conciliación de los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil, recogiendo y matizando ideas de V. GUILARTE y de A. CRISTÓBAL MONTES. Añade *todo un epígrafe nuevo* relativo a los denominados «créditos sindicados».

Capítulo VIII (La pluralidad de deudores). Sufre una gran ampliación todo el epígrafe relativo a *la solidaridad de deudores*, recogiendo sobre todo las atinadas consideraciones de L. PUIG FERRIOL sobre el tema. El epígrafe dedicado a *la relación obligatoria con solidaridad pasiva* también ha tenido espectaculares aumentos y retoques necesarios tras las aportaciones de la joven civilística (PUIG FERRIOL, CAFFARENA, GUILARTE). Lo mismo cabe decir del epígrafe sobre *la relación interna entre los deudores solidarios*, tras los estudios de PUIG FERRIOL y de CAFFARENA. El epígrafe de *la propagación de los efectos jurídicos en la obligación solidaria* muestra también influencias de PUIG FERRIOL. Figura, además, *todo un epígrafe nuevo* relativo a *solidaridad pasiva y proceso*.

Capítulo IX (El objeto de la relación obligatoria). En el epígrafe sobre *la prestación debida* introduce la distinción entre prestación y diligencia y la categoría de las obligaciones de resultado. El epígrafe sobre *la obligación de hacer* viene incrementado con las consideraciones derivadas de las aportaciones de doctrina (JORDANO FRAGA) y de jurisprudencia, mas la novísima referencia a las «obligaciones profesionales».

Capítulo X (Las obligaciones pecuniarias). Apenas ha sufrido modificaciones en su estructura, epígrafes y contenido, sin otra excepción que las derivadas de la conocida *supresión* de la legislación especial sobre control de cambios, en lo tocante a las obligaciones en moneda extranjera: con el aditamento de las observaciones de aspecto procesal tras las aportaciones de C. SENÉS y las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/1984, de 6 de agosto) y de la Ley Cambiaria.

Capítulo XI (La configuración de la prestación). Este capítulo ha sido objeto de cuidada reelaboración, sobre todo en el epígrafe relativo a *los efectos jurídicos del carácter genérico de las obligaciones*, debida sobre todo a la aportación fundamental de J. CAFFARENA en materia de obligaciones genéricas y de su interpretación del viejo brocardo «genus nunquam perit». También ha sufrido retoques el epígrafe dedicado a *las obligaciones alternativas*, inicialmente estructurado en torno a las argumentaciones de A. HERNÁNDEZ GIL sobre la materia, ahora con significativos cambios tras las aportaciones de M. ALBALADEJO y de J. RAMS.

Capítulo XII (Las circunstancias de la relación obligatoria). El epígrafe dedicado al *tiempo* en la relación obligatoria viene ampliado con las conside-

raciones de V. MONTES PÉNADES en torno a la regla de la exigibilidad inmediata (*statim debetur*), con las decisiones jurisprudenciales sobre la fijación judicial del plazo y con las reflexiones doctrinales (el propio V. MONTES, B. MORENO QUESADA) en orden al vencimiento anticipado de la obligación.

Capítulo XIII (Relación obligatoria y condición). Aparte del cambio de *denominación* del capítulo (antaño figuraba como «la relación obligatoria condicional»), todo el epígrafe inicial sobre *la sujeción de la relación obligatoria a una condición* ha sufrido un enorme cambio, distinguiendo entre la condición como elemento de la relación obligatoria y la condición como expresa delimitación del supuesto de hecho de la reglamentación negocial, precisando la causa de la condición, las características de los eventos condicionantes y las funciones de la condición, y perfilando las distinciones entre *las clases* de condiciones (suspensivas-resolutorias, positivas-negativas, casuales-potestativas). Por otro lado, el epígrafe sobre *la relación obligatoria bajo condición suspensiva* viene ampliado en el interesante punto del llamado «cumplimiento ficticio» de la obligación (pág. 359) (que en la edición de 1970 venía sin especial tratamiento), y en tema de la *retroactividad de la condición*, recogiendo ideas de V. MONTES.

Capítulo XIV (Las relaciones obligatorias sinalagmáticas). Este capítulo ha sufrido una importante **reducción** en la materia tratada al pasar uno de sus epígrafes de la edición de 1970 (§ 102 *La excepción de incumplimiento contractual*) a formar ahora el epígrafe 7 (*La protección del derecho de crédito lesionado y las relaciones obligatorias sinalagmáticas dentro del capítulo XXV (La defensa del derecho de crédito lesionado)*, con el consiguiente cambio de perspectiva. Se estudia en el epígrafe inicial (La caracterización de las obligaciones sinalagmáticas) el punto de *las consecuencias* del carácter sinalagmático de la relación obligatoria. Por otra parte, en el epígrafe dedicado a *los negocios parciarios* también es observable la significativa *reducción* de la materia al no incluirse ahora el punto relativo al negocio parciario como contrato sinalagmático.

Capítulo XV (Las relaciones obligatorias derivadas de títulos de crédito). No ha sufrido ninguna modificación.

Capítulo XVI (Las garantías de la obligación). Apenas ha sufrido variaciones, con la *innovación* de los nuevos puntos en que se estudian la reclamación conjunta del cumplimiento y la satisfacción de la pena (pág. 401) y la facultad judicial de moderación equitativa de la pena (pág. 402).

Capítulo XVII (La fianza). Este es uno de los capítulos de la obra objeto de profunda reelaboración: de los *cuatro* epígrafes de la edición de 1970 se ha pasado a los *once* epígrafes actuales (concepto y principios generales, sujetos, objeto, constitución, relaciones jurídicas derivadas de la fianza, relaciones jurídicas entre el deudor y el fiador, pluralidad de fiadores —confianza—, vicisitudes de la relación obligatoria y la fianza, extinción de la fianza, la subfianza y las llamadas contragarantías, las llamadas garantías independientes o autónomas), con la consiguiente mayor extensión en el tratamiento de la materia. Limitando mi examen sólo a las *novedades* observadas, cabe señalar aquí —*como idea previa*— que el autor ha tenido muy en cuenta las aportaciones de la joven civilística actual, en especial las de V. GUILARTE y A. CASANOVAS, y así **las repercusiones** en el examen efectuado por L. DIEZ-PICAZO *son como sigue*: en orden al problema de *articulación* de la fianza; en orden a las características de la accesoriedad y la subsidiariedad; respecto de las obligaciones garantizadas con fianza; el punto dedicado a la llamada fianza «omnibus»; el

punto sobre la fianza de las obligaciones naturales (J. ALVENTOSA); el punto referente a la declaración de voluntad de constitución de la fianza (ALONSO); los presupuestos de la acción de reintegro del fiador que paga frente a los cofiadores —en la relación *interna* entre los cofiadores— (A. GULLÓN); el punto dedicado a la prórroga concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador, con abundante jurisprudencia; y son completamente *novedosos* los dos epígrafes dedicados a la subfianza y las llamadas 'contragarantías' y a las llamadas garantías independientes o autónomas.

Capítulo XVIII (La dinámica de la obligación. El cumplimiento). También resulta profundamente innovado este capítulo, que pasa de los *cuatro* epígrafes de la edición de 1970 a los *diez* epígrafes actuales (la dinámica de la obligación, el cumplimiento de la obligación, los sujetos del pago, el cumplimiento del tercero, el destinatario del cumplimiento, la exactitud de la prestación ejecutada, el pago realizado a través de la entrega de títulos, valores, los efectos del pago, el pago como acto con función solutoria y la restitución de los pagos indebidos, prestación con función solutoria y pluralidad de obligaciones). También en este lugar limitado mi examen a las **novedades** observadas, éstas —con las consabidas referencias doctrinales novísimas— son como sigue: la noción amplia de cumplimiento y la llamada actuación de la relación obligatoria; el llamado cumplimiento traslativo (*solvere est alienare*); el cumplimiento como atribución patrimonial finalísticamente causalizada; el cumplimiento de la obligación y la regla de la diligencia; la posesión del deudor respecto del pago hecho por un tercero (SERRA CALLEJO); los efectos del pago de un tercero, en relación con la acción de enriquecimiento (antaño titulada como una acción *in rem verso*); el régimen de las acciones derivadas del pago del tercero; el tema de la capacidad para recibir el pago y el pago hecho a un incapacitado, en su día comentado por A. HERNÁNDEZ GIL y hoy retomado por A. CRISTÓBAL MONTES; el gran tema del pago hecho a un tercero (J. ROCA JUAN y A. CRISTÓBAL MONTES); el pago mediante ingreso en una cuenta bancaria; el requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas (J. CAFFARENA); el *nuevo epígrafe* dedicado al pago realizado a través de la entrega de títulos valores (CUNAT); la facultad de imputar el pago como facultad del deudor (A. CRISTÓBAL MONTES).

Capítulo XIX (Los subrogados del cumplimiento). Algunas **innovaciones** aparecen en este capítulo, y así son de resaltar: en el epígrafe sobre *la compensación*, la ampliación referente a los antecedentes históricos de la misma y al fundamento jurídico (M. PEÑA), así como los puntos sobre el título de nacimiento de las obligaciones compensables y sobre las causas de exclusión de la compensación legal (L. ROJO AJURIA, ALBALADEJO, M. PEÑA); la figura de la compensación judicial (pág. 550), de contornos borrosos en nuestro Derecho; el efecto de la compensación con amplias referencias doctrinales (R. ALVAREZ VIGARAY, ALBALADEJO, PEÑA, CAFFARENA). En el epígrafe sobre *la remisión y condonación de la deuda*, el punto relativo a las presunciones de condonación (F. BLASCO).

Capítulo XX (La lesión del derecho de crédito) Este es otro de los capítulos de la obra que ha sido objeto de una renovación total y a fondo al haber quedado **reducido** a dos epígrafes. el *uno*, sobre la lesión o violación del crédito e incumplimiento de la obligación, y el *otro*, sobre la tipología de las lesiones del derecho de crédito. Tras las referencias a las últimas aportaciones doctrinales (A. CRISTÓBAL MONTES, JORDANO FRAGA, P. BELTRÁN DE HEREDIA), DÍEZ-PICAZO concluye el nuevo epígrafe sobre 'tipología' diciendo que «los supuestos

de insatisfacción pueden englobarse dentro de las tres siguientes rúbricas: *a)* el retardo y la mora; *b)* la ejecución de una prestación defectuosa; *c)* el incumplimiento definitivo de la obligación» (pág. 571). Con el nuevo planteamiento del autor, *los tres supuestos* englobados en dichas rúbricas que *antaoño* (edición de 1970) venían formando parte del capítulo (XXXIV) de la lesión del derecho de crédito pasan *ahora* a formar *cada uno de ellos* un nuevo capítulo separado (XXII, XXIII, XXIV).

Capítulo XXI (La imputación de la lesión del derecho de crédito). Es este un capítulo fundamental, totalmente reelaborado: de los *cuatro* epígrafes en la edición de 1979 se pasa ahora a *nueve* epígrafes, con alteración del orden de exposición en algún caso y con una notable ampliación del epígrafe entonces clave dedicado a *la responsabilidad del deudor*, todo ello aderezado con profundas *innovaciones*, que en esquema paso aquí a detallar. El epígrafe inicial replantea el añejo tema del *problema de la responsabilidad contractual* y recoge los modernos intentos de ruptura de la línea de pensamiento tradicional (F. JORDANO FRAGA). Ocurre, sin embargo, que con la nueva perspectiva de Díez-PICAZO se ha producido un desplazamiento del tema relativo al *contenido de la responsabilidad contractual* ('*id quod interest*'), que ha pasado a formar un epígrafe nuevo **dentro del Capítulo XXV** (sobre 'la Defensa del Derecho de Crédito lesionado'). El autor presenta ahora *un nuevo epígrafe* titulado «El límite de la responsabilidad del deudor» (págs. 588 y sigs.), en donde analiza el caso fortuito como límite de la responsabilidad del deudor y la doble noción de caso fortuito, así como la tipología de los casos fortuitos como vía de esclarecimiento del concepto. También aparece *otro epígrafe nuevo*, dedicado a la responsabilidad contractual del deudor en relación con el régimen jurídico de la prueba. En el epígrafe relativo a «la responsabilidad del deudor fundada en la culpa», recoge el análisis detenido que la profesora S. DÍAZ ALABART ha hecho en orden al artículo 1.103 del Código Civil sobre el problema de la posibilidad de moderación de la responsabilidad procedente de negligencia.

Capítulo XXII (La mora del deudor). Aparte de que ahora forma este tema todo un capítulo separado, algunos *retoques* son observables en esta nueva edición, v. gr.: el punto relativo al problema de *la imputación al deudor del retardo* como supuesto de la mora (con las observaciones de J. DELGADO, y referencias a decisiones del Tribunal Supremo); el punto relativo a *la liquidez de la deuda* como presupuesto de la mora, con amplísimas referencias jurisprudenciales y su detallado análisis; el punto sobre la mora en las obligaciones pecuniarias; el gran tema de «la mora en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas», ahora convertido en *nuevo epígrafe especial*, en el que se analiza el tema de si es necesaria la *intimación* para la constitución en mora en las obligaciones recíprocas (recogiendo la posición inicial de M. ALBALADEJO, posteriormente retomada por éste con nuevos argumentos).

Capítulo XXIII (El incumplimiento definitivo de la obligación). Aparece este *nuevo* capítulo con considerables *retoques*, que paso a resumir: la ampliación del comentario al artículo 1.184 del Código Civil y el desarrollo del tema de «la imposibilidad sobrevenida de la prestación», su aplicación en las obligaciones sinalagmáticas (el *periculum obligatonis*), la imposibilidad sobrevenida parcial y la cesión legal del *commodum reppresentationis* (J. ROCA JUAN, PANTALEÓN); el tema de la imposibilidad temporal prolongada con frustración del fin del negocio.

Capítulo XXIV (El cumplimiento defectuoso). También como capítulo *nuevo*, aparece sin apenas modificaciones.

Capítulo XXV (La defensa del derecho de crédito lesionado). Este es uno de los capítulos fundamentales de la obra, que ahora aparece con notables **modificaciones**: los *cuatro* epígrafes de la edición de 1970 pasan a ser *siete*, *desapareciendo* de la exposición el estudio de las acciones revocatoria y subrogatoria (que pasan ahora a formar parte del *nuevo* capítulo XXVII, «la defensa de la capacidad patrimonial del deudor») y *apareciendo* aquí los grandes temas de la llamada perpetuación de la obligación (el *id quod interest*), la indemnización de los daños contractuales y de la protección del Derecho de Crédito lesionado en las relaciones obligatorias sinalagmáticas. De entre las **innovaciones** observadas, cabe aquí anotar las siguientes: la ampliación del examen del fenómeno de la llamada «perpetuación de la obligación»; la considerable extensión que ahora tiene el tema de *la indemnización de los daños contractuales*, *nuevo epígrafe* comprensivo de los *puntos* relativos a la relación obligatoria de indemnización como transformación de la obligación incumplida y como relación complementaria al llamado «interés positivo», a los criterios de cálculo de la indemnización (A. CARRASCO), a la indemnización del llamado 'daño moral' en las obligaciones contractuales (F. IGARTUA), a los problemas de la relación de causalidad en materia de daños contractuales, etc. En el epígrafe dedicado a la protección del derecho de crédito lesionado en *las relaciones* obligatorias sinalagmáticas son relevantes las numerosas referencias jurisprudenciales y el examen del *ius variandi* en relación con el efecto preclusivo de la facultad de opción del artículo 1.124 del Código Civil (J. DELGADO).

Capítulo XXVI (La resolución de la relación obligatoria sinalagmática). Lo que *antao* en la edición de 1970 venía a ser un punto incluido *dentro* del Capítulo XXXVI sobre 'la defensa del derecho de crédito' y dentro del epígrafe sobre la protección del derecho de crédito lesionado, aunque desarrollado *in extenso* posteriormente como un epígrafe aparte dentro del Capítulo (XL) sobre 'la extinción de la relación obligatoria', aparece *ahora* como un capítulo enteramente nuevo y separado. Dentro del nuevo capítulo las *modificaciones* más atrayentes son las relativas a *los presupuestos* de la resolución por incumplimiento, con un detenido análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en especial, Sentencia de 16 de abril de 1991) y al *incumplimiento resolutorio* (J. DELGADO), con numerosas citas jurisprudenciales.

Capítulo XXVII (La defensa de la capacidad patrimonial del deudor). Aparece ahora como un capítulo nuevo que gira en torno a *la idea inicial* acerca del poder de los acreedores sobre la gestión patrimonial del deudor, con lo que arrastra tras ella las dos acciones prototípicas revocatoria y subrogatoria, antes en otra sede, como vimos. Como *modificaciones* observadas, v gr : las citas jurisprudenciales en orden a los presupuestos de la acción pauliana.

Capítulo XXVIII (La concurrencia de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor). Capítulo éste ya clásico en la obra del autor aquí comentada, aparece ahora con muy ligeros *retoques*, que resumo seguidamente: en el tema de *las excepciones* a la regla de igualdad de los créditos (*par conditio creditorum*) examina los llamados «derecho de separación» y «derecho de ejecución separada»; en el tema de *los privilegios inmobiliarios* comenta **la extensión** del primitivo privilegio en favor del Estado a los Organismos autónomos del Estado, Comunidades Autónomas y Haciendas Locales y *la configuración jurídica* que a tal privilegio ha dado la moderna doctrina (muy numerosa, a la que aquí remito: v. gr. págs. 755 y sigs.); el *nuevo epígrafe* dedicado enteramente a *las garantías de los créditos derivados de relaciones laborales*; el *nuevo epígrafe* dedicado al *privilegio de los acreedores quirografarios*, con am-

plia argumentación y extensas citas doctrinales (A. GULLÓN, R. DE ANGEL, J. GIL RODRÍGUEZ).

Capítulo XXIX (La modificación de la relación obligatoria). Este capítulo ha visto notablemente alterado su contenido, quedando *ahora* reducido a dos epígrafes: *uno*, sobre las *vicisitudes* de la relación obligatoria, y *otro*, sobre la *novación* de la obligación. Quedaron descolgados una serie de temas (cambios de acreedor, cambios de deudor, delegación, cesión del contrato) que pasan ahora a constituir *nuevos* e independientes capítulos de la obra. Dentro del conjunto ahora dedicado a la materia «modificación» apenas hay novedades introducidas por el autor, con la notable excepción del añadido relativo a *los efectos de la novación*.

Capítulo XXX (Los cambios de acreedor). Este capítulo *nuevo* recoge ahora en sus distintos epígrafes los grandes temas de la cesión de créditos, su función económica y estructura, el endoso y la subrogación en el crédito. De entre las **innovaciones** observadas, cabe aquí anotar, v. gr.: el epígrafe entero dedicado a la función económica de la cesión de créditos (PANTALEÓN); el punto relativo a la obligación legal de garantía en los casos de insolvencia anterior y pública (J. GIL RODRÍGUEZ); la ampliación del análisis de las llamadas presunciones de subrogación del artículo 1.210 del Código Civil, y el cotejo de opiniones con las tesis de LACRUZ y F. SANCHO REBULLIDA.

Capítulo XXXI (Los cambios de deudor). Aparece ahora como un capítulo *nuevo* lo que en la edición de 1970 constituía un mero epígrafe dentro de la «modificación» de la relación obligatoria. El nuevo capítulo comprende, tras las consideraciones generales previas, los antecedentes históricos del problema del cambio del deudor, el tratamiento en el Derecho español, los problemas prácticos y los puntos de conflicto en el fenómeno del cambio de deudor y los tipos negociables determinantes del cambio de deudor. Apenas son observables los ligeros *retoques* introducidos por el autor en este tema, justificados sobre todo por las constantes citas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: en el punto de la transmisión pasiva de la obligación; en el punto sobre la subsistencia o extinción de las obligaciones accesorias (precedentes del art. 1.207 CC).

Capítulo XXXII (La delegación). También este tema ha pasado a ser un capítulo entero y separado. No cabe anotar *retoques* significativos en el tema.

Capítulo XXXIII (La cesión del contrato). Aparece ahora como capítulo nuevo y separado. Al observar los *retoques* introducidos por causa de las decisiones jurisprudenciales.

Capítulo XXXIV (La modificación sobrevenida de las circunstancias). Es este un capítulo completamente *nuevo* y que procede del desglose efectuado por el autor al descomponer el gran tema de la «extinción» de la relación obligatoria. Los únicos *retoques* que el autor introduce en la exposición del tema obedecen a las recientes decisiones jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo (SS. de 12 de noviembre 1990 y 23 de abril de 1991).

Capítulo XXXV (La extinción de la relación obligatoria). Este capítulo ha sido objeto de especiales **modificaciones**, al **perder** los epígrafes relativos a 'la Resolución de la relación obligatoria' y a 'la Extinción por excesiva onerosidad y por desaparición de la base del negocio', que —como vimos— *ahora* forman capítulos separados y distintos de éste. Comprende este capítulo los epígrafes relativos a la distinción entre extinción de la relación obligatoria y extinción de la obligación, al contrato extintivo de la relación obligatoria, a la facultad unilateral (desistimiento, denuncia o rece-

so) de extinguir la obligación y a la confusión de derechos. Apenas hay *modificaciones* en este capítulo, que obedecen nuevamente a las precisas citas jurisprudenciales (en el desistimiento y en la confusión de derechos) y al añadido interesante de los precedentes del artículo 1.194 del Código Civil (la confusión de derechos y la relación obligatoria con pluralidad de personas).

III. EL TEMA DESARROLLADO POR EL AUTOR

Teniendo en cuenta el pormenorizado análisis que, a modo de resumen crítico de las *innovaciones* observadas en la forma y en el fondo de los dos tomos que componen la obra aquí comentada, acabo de efectuar en el epígrafe II precedente, parece aquí poco oportuno el indicar cuáles sean *los temas* que ha desarrollado L. DÍEZ-PICAZO, ya que aparecen antes reseñados al enumerar todos y cada uno de los *capítulos* de la obra.

Habrà quizá que proceder a *delimitar cuáles* —dentro de la amplia temática abordada por el profesor DIEZ-PICAZO— *sean aquellas líneas directrices subyacentes* en la obra objeto de comentario y *señalar*, en mi opinión, los *puntos relevantes* merecedores de especial reflexión.

Atendidas estas consideraciones, parece, pues, conveniente el detenerse, muy someramente, en las *líneas y puntos* aludidos. Lo que paso a efectuar de la manera más breve posible, en el sentido que a continuación se detalla.

1. LÍNEAS DIRECTRICES

A mi modo de ver, cabe señalar las siguientes:

En el Tomo I

— La consideración previa de la unidad fundamental del «Derecho Civil Patrimonial» o 'Derecho de Bienes' (págs. 40 y sigs.)

— La justificación de una «Introducción» al 'Derecho Civil Patrimonial', estudiando desde un punto de vista general y abstracto el tema de la relación jurídico-patrimonial.

— El replanteamiento del viejo problema de la distinción de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos de crédito (págs. 58 y sigs.)

— El concepto de 'negocio jurídico patrimonial'. Partiendo de su idea previa de 'negocio jurídico', entiende el autor que un negocio jurídico será *patrimonial* cuando reglamente una relación jurídica patrimonial, es decir, cuando verse acerca de bienes o de intereses de naturaleza económica.

— El concepto de 'atribución patrimonial' (págs. 80 y sigs.)

— La categoría de las «atribuciones patrimoniales injustificadas» (págs. 89 y sigs.).

— El concepto de 'contrato' (págs. 122 y sigs.). Parte el autor de que, en términos jurídicos, más que de *un concepto* de contrato cabría hablar de *varios conceptos* de contrato (como un supra-concepto, como una idea de carácter general en el Derecho Privado, como un negocio jurídico bilateral que incide sobre relaciones jurídicas patrimoniales).

— El replanteamiento del viejo problema conceptual de la causa del contrato (págs. 215 y sigs.).

— La distinción entre la forma del contrato (págs. 247 y sigs.) y la documentación del contrato (págs. 254 y sigs.).

— La idea de «formación del contrato» (págs. 269 y sigs.).

— La idea de «contenido del contrato» como categoría conceptual (págs. 328 y sigs.), entendiendo por tal «lo que el contrato lleva dentro de sí, aquello que constituye su más íntima sustancia; en definitiva, lo que en verdad es y aquello en que consiste». Entiende Díez-PICAZO que «el contenido del contrato consiste en una o varias reglas de conducta. El contrato tiene siempre, desde este punto de vista, un contenido reglamentario, un contenido preceptivo...»

— La consideración de que la problemática básica de las figuras contractuales atípicas abarca dos grupos de problemas: el primero, el dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y por consiguiente dispone de la protección del ordenamiento jurídico (problema de admisibilidad y de validez), el segundo, el determinar, a falta de una normativa legal, cuál es la disciplina a la que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias (problema de disciplina normativa) (pág. 363).

— La consideración relativa a los «principios rectores» de la interpretación del contrato (pág. 370). Dichos principios básicos de la interpretación contractual los reduce Díez-PICAZO a los tres siguientes: 1) el principio de búsqueda de la voluntad real de los contratantes; 2) el principio de conservación del contrato; 3) el principio de buena fe.

— La consideración de la «eficacia» del contrato como la necesidad de que las partes ajusten su conducta ulterior a la reglamentación establecida en el contrato (pág. 390).

— La doctrina de la «ineficacia» del contrato (págs. 423 y sigs.), entendiendo por tal «la falta de producción de consecuencias o, cuando menos, de aquellas consecuencias que normalmente deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato». Para Díez-PICAZO, saliendo con ello al paso de algunas críticas: «Desde nuestro punto de vista (más que una 'disciplina normativa') hay más bien una categoría general, perteneciente a una teoría general, cuya legitimidad y función consisten en explicar o permitir la comprensión de disciplinas normativas que pueden ser y que la mayor parte de las veces serán distintas» (pág. 426).

— La idea de «contenido general de la situación de ineficacia» (págs. 438 y sigs.).

En el Tomo II

— La premisa subyacente, esto es, *implícita* o no manifestada por el autor, en el sentido de proceder a una perfecta distinción entre la *estática* y la *dinámica* de la obligación. O, de otro modo dicho, la diferenciación claramente desarrollada en el volumen entre la *estructura* y el *funcionamiento* de la relación obligatoria.

— La distinción inicial entre 'obligación' y 'relación obligatoria' (págs. 50 y sigs.), considerando preferible esta última expresión

— Consecuente con tal planteamiento, DIEZ-PICAZO procede a configurar la *relación obligatoria* (págs. 127 y sigs.), poniéndola en relación con las ideas de organismo, de proceso y de «cooperación social».

— La consideración de la obligación como «la correlación que existe entre un derecho de crédito y un deber de prestación o deuda como situaciones jurídicas coincidentes pero de signo contrario» (págs. 127 y sigs.).

— La configuración de las obligaciones naturales como justas causas de atribuciones patrimoniales y como justas causas de negocios jurídicos (págs. 74 y sigs.).

— La configuración del *crédito* y de la *deuda* como una situación jurídica compleja donde confluyen facultades y deberes (págs. 102 y sigs.; págs 117 y sigs.).

— La reconstrucción del problema de las fuentes de las obligaciones.

— La idea de la posible reconstrucción de la categoría dogmática de los «cuasicontratos» a través de la figura del 'Enriquecimiento sin causa' (págs. 152 y sigs.).

— La *superación* de las viejas clasificaciones didácticas de las obligaciones mediante el recurso técnico del estudio pormenorizado de **los distintos tipos** de obligaciones en función de la *estructura* de la obligación.

— El análisis del fenómeno de la pluralidad de personas en la relación obligatoria (págs. 161 y sigs; 176 y sigs.).

— La detenida reflexión acerca del gran tema de la solidaridad de deudores (págs. 203 y sigs.), dentro del conjunto de las formas típicas de la pluralidad de deudores.

— El análisis de la configuración de la prestación debida (págs. 289 y sigs.) y, en especial, de las formas de determinación de la prestación.

— El replanteamiento de la vieja discusión sobre la cuestión dogmática de la obligación alternativa (págs 302 y sigs.).

— El análisis del tiempo como circunstancia de la relación obligatoria (págs 321 y sigs.), que no tiene una función unívoca y que puede cumplir funciones muy diversas.

— El análisis del lugar de la realización obligatoria (págs. 340 y sigs.).

— La consideración de la sujeción de la relación obligatoria a una condición (págs. 347 y sigs.), análisis que parte de la configuración de la condición como «una delimitación expresa del supuesto de hecho de vigencia de la reglamentación negocial».

— La caracterización de las relaciones obligatorias sinalagmáticas (págs 371 y sigs.) partiendo de la distinción en orden a la reciprocidad en la estructura del contrato y a la reciprocidad en la estructura de la obligación, y recurriendo a la diferenciación entre sinalagma genético y sinalagma funcional

— La configuración de las garantías de la obligación (págs 395 y sigs.), en el sentido de que «toda garantía consiste en un nuevo derecho subjetivo o en una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar».

— El tratamiento detenido y extenso del tema de *la fianza* (Capítulo XVII, con *once* epígrafes antes ya citados) y de cuyo análisis sobresale la finura de las reflexiones acerca de *las distintas relaciones jurídicas derivadas* de la fianza (entre acreedor-fiador, entre deudor-fiador, entre cofiadores).

— El análisis completísimo de la amplia temática en orden al **aspecto dinámico de la obligación** (págs. 469 y sigs.), partiendo de una gradación perfecta que va desde el cumplimiento o pago (o propiamente dicho, o los

llamados «subrogados» del cumplimiento), pasando por la lesión o violación del crédito (con su tipología diversa, la imputación de la lesión y la mora del deudor) hasta llegar al incumplimiento definitivo de la obligación, sin dejar de lado el llamado cumplimiento 'defectuoso'. El aspecto **dinámico** de la obligación, esto es, el perfil de la obligación **en su funcionamiento**, queda completado con los *tres grandes grupos de temas*: el primero, sobre la defensa del derecho de crédito lesionado; el segundo, sobre la modificación obligatoria de la relación, y el tercero, sobre la extinción de la relación obligatoria.

— La configuración de la categoría conceptual de «subrogados» del cumplimiento (págs. 529 y sigs.).

— La delimitación del concepto de «incumplimiento de la obligación» (págs. 567 y sigs.), tema que suele bascular —dice Díez-Picazo— en gran medida *sobre la perspectiva del deudor* y la valoración de su conducta, dejando en la sombra la perspectiva del acreedor y la satisfacción de su crédito.

— El replanteamiento del gran tema de *la imputación de la lesión* del derecho de crédito y del viejo problema de la responsabilidad del deudor.

— La superación del debatido problema del «incumplimiento definitivo» de la obligación —calificado por Díez-Picazo como «el problema de la omisión definitiva de la prestación debida»— (págs. 647 y sigs.), dejando a un lado los esquemas de la pura lógica jurídica y atendiendo a la justa composición de los intereses en juego

— La superación del problema acerca del llamado «cumplimiento defectuoso» de la obligación a través de la descripción de los supuestos posibles de inexactitud en el cumplimiento, que Díez-Picazo reduce a la inexactitud relativa al *objeto* de la prestación.

— La configuración de la defensa del derecho de crédito lesionado mediante la descripción de *las posibles medidas de protección* que la ley otorga a favor del acreedor (pág. 674).

— La superación de la problemática de la resolución en las relaciones obligatorias sinalagmáticas (págs. 699 y sigs.).

— La caracterización del principio de igualdad de condición de todos los acreedores concurrentes (*par conditio creditorum*) como consecuencia del principio general de igualdad y de no discriminación y de igualdad de derechos de todos ellos a recibir satisfacción en sus créditos (págs. 749 y sigs.).

— La delimitación del concepto de «modificación» de la relación obligatoria atendiendo a un doble criterio.

— La caracterización de la figura conceptual de «extinción de la relación obligatoria» (págs. 887 y sigs.) mediante la descripción de aquellos fenómenos extintivos de la relación obligatoria considerada como unidad.

2. PUNTOS RELEVANTES

Al proceder en este lugar a señalar *cuáles* —a juicio de este comentarista— pudieran ser los puntos más relevantes o merecedores de cierta atención en el conjunto de la obra examinada, quizá el firmante hubiera necesitado disponer de un fino «diafragma de irrelevancia», en el decir de E. BETTI, para dejar satisfechos igualmente a autor, comentarista y lectores interesados. Por todo ello, con el riesgo del implícito *subjetivismo* de mi postura, podría quizá condensar la rica problemática que en cada tema suscita el profesor Díez-Picazo

en los que, a mi modo de ver, son los más interesantes *puntos* merecedores de reflexión, en el sentido que sigue.

En el Tomo I

- La idea de «orden público económico».
- La configuración jurídica del 'Enriquecimiento Injustificado' (págs. 99 y sigs., 105 y sigs.) (13).
- La distinción entre «vicios del consentimiento» (como causas de justa desvinculación del contrato: págs. 158 y sigs.) y «vicios de la declaración de voluntad» (como casos de discrepancia o de divergencia entre la voluntad y su declaración, que presuponen que la voluntad interna se ha formado de una manera regular y correcta: págs. 186 y sigs.).
- La ubicación del «autocontrato» (o figura del «contrato del representante consigo mismo») dentro de la temática del consentimiento contractual y su articulación, de manera tal que excluya totalmente el conflicto de intereses (págs. 190 y sigs.).
- La ubicación del viejo tema de la *simulación* dentro de la problemática de la causa del contrato (págs. 218 y sigs.).
- La negación de la posibilidad de admisión de los contratos abstractos en el Derecho español (págs. 239 y sigs.).
- La delimitación de *las funciones de los documentos en la contratación* (págs. 256 y sigs.) como presupuesto de la existencia del contrato (*forma dar esse rei*), como presupuesto de eficacia del contrato (*ad probationem*), como presupuesto de la oponibilidad del contrato respecto de terceros, y como un acto de fijación y de reproducción del contrato.
- El análisis de *la naturaleza jurídica del acto* por medio del cual el contrato queda documentado —la vieja cuestión de la *renovatio contractus*— (págs. 259 y sigs.).
- El fino análisis respecto del *acuerdo no documentado* y la obligación de *hacer* el documento (págs. 261 y sigs.).
- La reflexión sobre *los tratos preliminares (trattative)* y la reconsideración del problema de la responsabilidad precontractual (págs. 270 y sigs.).
- La delimitación de las figuras conceptuales de la oferta del contrato (págs. 281 y sigs.) y de aceptación de la oferta de contrato (págs. 290 y sigs.) dentro del tema de la formación del contrato por la concurrencia de oferta y aceptación.
- La configuración de *la promesa de contrato (contrato preparatorio)* como negocio de concesión de la facultad de exigir el contrato proyectado (pág. 310 y sigs.).
- El análisis de la eficacia reglamentaria del contrato (págs. 391 y sigs.), con las distinciones entre efectos directos-indirectos, entre partes —respecto de terceros, definitivos— preliminares.
- La descripción detallada del repertorio de *los efectos del contrato entre las partes* (págs. 396 y sigs.): constitutivos, modificativos, preceptivos, declarativos, extintivos.
- La delimitación de *la eficacia del contrato respecto de terceros* (págs. 398 y sigs.): directa, indirecta, refleja, provocada.

(13) Para mayores detalles y ampliación véase la obra citada en nota 12 precedente.

— La configuración de *los modelos teóricos de la ineficacia contractual* (págs. 432 y sigs.): automática —provocada, absoluta-relativa, originaria-sobrevenida, total-parcial, estructural-funcional, sanable-insanable.

— La caracterización de los llamados «regímenes típicos de la ineficacia contractual» (págs. 443 y sigs.), en el sentido de formas especiales que adopta la disciplina normativa y *no* de categorías conceptuales o de la lógica jurídica.

En el Tomo II

— La confirmación del viejo tópico jurídico de la distinción entre deuda y responsabilidad como recurso (retórico) que permite profundizar en el concepto y en las características de la relación obligatoria (págs. 62 y sigs.).

— El replanteamiento del problema de la patrimonialidad como elemento necesario de la obligación acudiendo a la distinción entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad de la obligación (págs. 88 y sigs.).

— La acogida sin reservas del modelo de conducta llamado «diligencia» como marco de desenvolvimiento de la relación obligatoria (págs. 95 y sigs.).

— La delimitación de *un núcleo central* en las situaciones jurídicas de *crédito* (págs. 102 y sigs.) y de *deuda* (págs. 116 y sigs.).

— La configuración del concepto «cargas del acreedor» (págs. 109 y sigs.).

— El análisis de la regla de no-presunción de la solidaridad y la erosión de tal principio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (págs. 170 y sigs.; 173 y sigs.).

— La delimitación de *la prestación debida* como objeto de la relación obligatoria, como programa o proyecto y como comportamiento, y como medio de satisfacción del interés del acreedor (págs. 235 y sigs.).

— La distinción, *dentro de la obligación de dar*, entre un 'dare' traslativo y un 'dare' restitutorio (págs. 240 y sigs.).

— La distinción, *dentro de las obligaciones de hacer*, entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado (págs. 246 y sigs.).

— El análisis de los efectos jurídicos del carácter genérico de las obligaciones (págs. 293 y sigs.).

— El análisis de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación alternativa (págs. 308 y sigs.).

— La distinción, *dentro del epígrafe* «el tiempo en la relación obligatoria», entre tiempo de la obligación y tiempo de la prestación y entre el término como momento de eficacia y el término como momento de vencimiento (págs. 326 y sigs.).

— Las reflexiones sobre el vencimiento anticipado de la deuda y la llamada pérdida del beneficio del plazo (págs. 332 y sigs.) (14).

— La distinción, *dentro del epígrafe* «el lugar de la relación obligatoria», entre lugar de la obligación y lugar de la prestación, y entre las obligaciones *querables* y las obligaciones *portables* (págs. 341 y sigs.).

(14) Para una adecuada profundización, v. los estudios de. DIEZ-PICAZO, «El pago anticipado», en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1980, pág. 155 y sigs.; MONTES PENADES, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV-2, Madrid, 1983, págs. 1 y sigs.; LASARTE ALVAREZ, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, págs. 100 y sigs.

— La distinción, *dentro* del epígrafe «sujeción de la relación obligatoria a una condición», entre la condición como elemento de la relación obligatoria y la condición como expresa delimitación del supuesto de hecho de la reglamentación negocial (págs. 348 y sigs.).

— El análisis de la retroactividad de la condición y su incidencia en la relación obligatoria (págs. 361 y sigs.).

— El examen del tema de las obligaciones garantizadas con fianza (págs. 419 y sigs.).

— La configuración del *pago como acto con función solutoria* en relación con la restitución de los pagos indebidos (págs. 514 y sigs.).

— El análisis de las causas de exclusión de la compensación legal (págs. 546 y sigs.).

— La delimitación de la tipología de las lesiones de derecho de crédito (págs. 569 y sigs.).

— El examen detenido del caso fortuito como *límite* de la responsabilidad del deudor (págs. 588 y sigs.).

— La ubicación del *retardo* y de la *mora* dentro del cuadro general de las lesiones del derecho de crédito (págs. 619 y sigs.).

— El análisis de la mora en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas (págs. 639 y sigs.).

— El análisis de la evolución de la resolución, ex artículo 1.124 del Código Civil, a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (págs. 702 y sigs.).

— El análisis, apoyado en el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acerca del incumplimiento resolutorio (págs. 710 y sigs.).

— El análisis de las acciones revocatorias (págs. 730 y sigs.) y subrogatorias (págs. 741 y sigs.) *dentro* del capítulo dedicado a «la defensa de la capacidad patrimonial del deudor».

— El análisis de la categoría conceptual de los «privilegios» (págs. 751 y sigs.).

— La configuración de las llamadas «situaciones preconcursales» —*dentro* del capítulo dedicado a «la concurrencia de acreedores y la insuficiencia del patrimonio del deudor»— y su acogida en el Derecho español (págs. 786 y sigs.).

— La reflexión acerca del gran tema de *la novación* de la obligación en el sistema del Código Civil (págs. 795 y sigs.).

— La separación clara entre *la problemática general* de los cambios de deudor dentro de la relación obligatoria (págs. 833 y sigs.) y *los tipos negociales concretos* determinantes del cambio de deudor (págs. 850 y sigs.).

— La distinción entre extinción de la relación obligatoria y extinción de la obligación.

IV. SITUACION DE LA OBRA COMENTADA EN UNA PERSPECTIVA ACTUAL

Anteriormente se puso de relieve la panorámica o perspectiva de la doctrina española civilista en los 'años sesenta' en materia del DERECHO DE OBLIGACIONES. Se aludía también a la aparición del embrión o germen de la obra aquí comentada —las «Lecciones...» de 1965— y a la inserción de dicho volumen dentro del cuadro general de la doctrina más autorizada en aquel entonces

Resulta tremendamente ilustrativo un mínimo trabajo de *cotejo* en orden a la configuración y a la estructura y contenido de las obras dedicadas al DERECHO DE OBLIGACIONES aparecidas en aquellos años (15) y la obra de L. DIEZ-PICAZO aquí comentada. En un *primer cotejo o aproximación* entre las obras citadas más arriba aparecería una disposición *estructural* muy similar, cuyo orden podría ser el siguiente: *una teoría general de la obligación* (distribuida en concepto, naturaleza, elementos, fuentes, clasificación, cumplimiento, incumplimiento, protección, prueba, transmisión y extinción), y *una teoría general del contrato* (distribuida en concepto, naturaleza, clases, elementos o requisitos, perfección, interpretación, eficacia, ineficacia). En una *segunda aproximación* cabe decir que esa disposición que he presentado resultó tremendamente impactada con la aparición de la obra ya referida de A. HERNÁNDEZ GIL (16), donde por primera vez se habla de «estructura» de la obligación y en la que la distribución *en tres partes* (estructura, nacimiento, cumplimiento) está ya aludiendo implícitamente a la diferenciación de los *perfiles estático-dinámico* de la obligación o, de otro modo, a la presentación de la obligación en su vertiente de 'estructura' y en su vertiente de 'funcionamiento'. En una *tercera aproximación*, hay, además, en la obra de A. HERNÁNDEZ GIL las referencias *explícitas* a la prestación y sus distintas categorías, a los distintos *perfiles* dentro del tema del 'cumplimiento' de las obligaciones y al pago de las deudas del dinero.

Expuestas estas consideraciones aproximativas entre las obras relativas al DERECHO DE OBLIGACIONES al comienzo de los 'años sesenta' disponibles en España, cabe observar que la publicación en 1965 de las «Lecciones...» de DIEZ-PICAZO *aparentemente* venía a ser una presentación *similar* en su 'estructura' a los anteriormente citados, pero cuyo 'contenido' venía a romper todos los esquemas habituales entre nosotros. Esto se tradujo en 1970 en una renovada versión de aquel 'germen' con los «Fundamentos...» cuya *cuarta edición* ahora se comenta. Fundamentalmente, en su *aspecto estructural*, la obra rompía moldes con la distribución en una parte introductoria, una teoría del contrato (con carácter general) y una teoría de la obligación. En su *aspecto funcional*, el contenido parecía el mismo que el de otras obras, pero no era el mismo: no vale la pena insistir ahora en ello, remitiéndome a páginas anteriores.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, quizá cabría decir que algunas 'resonancias' de HERNÁNDEZ GIL podían detectarse en la obra aquí comentada, al menos en la *primera edición de 1970*: pero que en esta *cuarta edición* lo que 'suena' es el modo de hacer de LUIS DIEZ-PICAZO. Alguien podrá objetarme quizás que no se diga cuál sea ese 'modus operandi', y el firmante podría responder diciendo que el objeto lea la obra y compare, pero no es ese mi estilo. A mi modo de ver, *lo que caracteriza en primer lugar y fundamentalmente* a LUIS DIEZ-PICAZO *no es tanto* el conjunto de sus doctrinas, estudios o perspectivas *como* ese especial «talante» jurídico manifestado en ciertas preferencias lingüísticas, en la selección de hechos y de datos, en ciertos tipos de argumentos utilizados. En *segundo lugar*, en los términos más frecuentemente usados en la obra transparece lo que cabe llamar la moderna «humanización» de los problemas jurídicos (lo que quizá sea un trasunto de las

(15) De todas ellas se ha hecho especial mención anteriormente: v. *notas 4, 5 y 6* precedentes

(16) V *en nota 5* precedente

tendencias post-existencialistas de convertir al hombre en tema de investigación incensante) (17): experiencia, situación, cooperación social, etc. *En tercer lugar*, es dable observar en la obra una permanente tensión entre subjetividad-objetividad, entre dogma (ideología, doctrina) y realidad social, entre método conceptual y técnica problemática. *En cuarto lugar*, es detectable en la obra un creciente rechazo a todo dogmatismo de escuela, lo que se compensa con un intento de ofrecer a modo de «bases» o «fundamentos» que sirvan para futuras reelaboraciones posteriores. *En quinto lugar*, parece claro que el análisis de instituciones, temas y puntos concretos en esta obra ha sido un análisis *estructural*, aplicando luego esas estructuras conceptuales a los distintos tipos de actividades que puedan darse dentro del 'Derecho de obligaciones'. *En sexto lugar*, la elaboración por DÍEZ-PICAZO de figuras conceptuales, tipologías, etc., viene a ser como una vía libre al funcionamiento de la imaginación como productora de 'modos de ver', esto es, de posibilidades de elaboración conceptual. *En séptimo lugar*, finalmente, la técnica utilizada por DÍEZ-PICAZO es la *problemática*.

«Mis puntos de partida permanecen invariables. He preferido volver a hacer un libro analítico y un libro que continúa siendo problemático. Me parece preferible describir los problemas y plantearlos bien a solucionarlos» (18).

Centrada, por tanto, la obra aquí comentada desde las perspectivas de la manera de hacer del autor y de la situación en la España de los 'años sesenta', parece conveniente situarla *en una perspectiva actual*, lo que, a mi manera de ver, cabe hacer atendiendo a diversos planos: el doctrinal, el profesional y el de la realidad. En la forma que sigue:

a) *En el plano doctrinal*

Para un observador desapasionado y ajeno a las disputas de 'escuelas' y de 'maestros', *lo más llamativo* de la obra comentada es la cita constante y permanente de **todos** los autores que se ocupan de un tema o de un punto concreto, llámense JORDANO BAREA, LACRUZ BERDEJO, ALBALADEJO, CASTAN, etc., y ese dato es revelador de una característica esencialmente **científica**: *la cita y comentario de toda opinión, aunque no nos guste*. En ese sentido, a mi parecer, la obra aquí comentada ha devenido ya por méritos propios un texto «clásico», como en su día la obra encomiable e inigualable del maestro J. CASTÁN TOBEÑAS, y a cuya modestia y manera de hacer tantas veces recuerda en la dicción.

Para un lector atento a *las novedades* de todo tipo en el ámbito jurídico, resulta impactante la perfecta puesta al día *bibliográfica* (19) y las constantes referencias a las aportaciones de los autores jóvenes, sin importar su edad ni notoriedad (20).

(17) V. FERRATER MORA, *op. cit.* en nota 9 anterior, págs. 132 y sigs

(18) V. DÍEZ-PICAZO, 'Prefacio' de esta cuarta edición, Madrid, 1992, pág. 31

(19) A observar que la *relación bibliográfica* que aparece al principio de cada capítulo viene expuesta **en orden alfabético**.

(20) Es esta también *una constante* del auténtico magisterio intelectual, en el que se da esa especial transmisión del saber —tantas veces a modo de cadena iniciática—

Para los auténticos especialistas cultivadores del Derecho Privado, parece no ofrecer dudas *la situación central de la obra aquí comentada*, a modo de polaridad o de eje alrededor del cual giran las nuevas aportaciones doctrinales y en la que encajan sin estridencias.

b) *En el plano profesional*

Para el profesional del Derecho, inmerso en la práctica de cada día, práctica enormemente compleja en tantas ocasiones, la lectura de esta obra es enormemente enriquecedora: de un lado, por la notable acumulación de datos fácticos y de planteamientos realistas; de otro lado, por la abundancia de referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siempre con citas exactas y comentario preciso

Para todo jurista, sea investigador del Derecho, sea 'operador' actuante en la aplicación del Derecho, entiendo es obra que no puede faltar en los despachos de todos ellos. No sólo no va a defraudarles, sino que va a ayudar —un 'instrumento auxiliar', en la modesta autocalificación del autor— a la solución de mil y un problemas en la contratación.

c) *En el plano de la realidad*

Parece posible afirmar que en su repercusión *en la vida real* la importancia de la obra es extraordinaria, y no por lo que dice, sino *por el cómo lo dice*.

Baste recordar aquí *las dificultades surgidas*, v. gr., a la hora de articular una demanda, de vertebrar las contrapuestas pretensiones de las partes en un contrato, la necesidad de dar suficiente protección al derecho de crédito del acreedor, la conveniencia de no incrementar la situación gravosa para el deudor, la implantación de la normativa de protección de consumidores y usuarios, etc.

Para todo lo cual, esta obra aquí comentada no sólo suministra y ofrece un elenco de problemas, sino que aporta múltiples criterios rectores para la solución de los mismos.

V. TOPICA Y ARGUMENTACION JURIDICA EN DIEZ-PICAZO

Hay que partir aquí de *un dato previo*: para DIEZ-PICAZO «la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier cosa, el conflicto de intereses» (21), y un 'conflicto de intereses' existe siempre que entre dos o más personas se produce una situación de tensión o de incompatibilidad en sus necesidades o en sus aspiraciones respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas

por el maestro al joven que a él se acerca en demanda de ayuda. Quizá recordaba también el autor aquel tiempo en el que *un maestro* —J. CASTÁN TOBEÑAS, director entonces de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*— le daba su apoyo y le publicaba algunos de sus primeros trabajos, «El sentido histórico del Derecho Civil», *RGLJ*, noviembre 1959 (ed separata), y «El negocio jurídico de Derecho de Familia», *RGLJ*, junio 1962 (ed separata).

(21) V. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Editorial Ariel, 1.º edición, 1973, Esplugas de Llobregat (Barcelona), págs 7 y sigs.

A la hora de proceder a la justa solución de los *conflictos jurídicos*, Díez-PICAZO aboga por una interpretación del derecho como un sistema de determinación de un *iustum* concreto: «el derecho no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando incesantemente, y las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda. » (22).

Llamando la atención hacia la interpretación por el camino de los *ejemplos*, plantea Díez-PICAZO el problema de si ante las diferentes variantes u opciones entre las cuales el intérprete debe decidir, o bien debe realizarlas libre y espontáneamente, o bien debe ajustarse a unas reglas, cánones o criterios establecidos. Tras la detenida exposición de *la serie de cánones o criterios posibles*, pasaba Díez-PICAZO a la presentación de *la conexión entre interpretación y razonamiento jurídico*, reconociendo, al lado de la *lógica genuina o estricta*, la llamada «nueva retórica o arte de la argumentación» (23): **el pensamiento tópico o problemático**. Para los partidarios de esta corriente de pensamiento *el razonamiento jurídico* no busca una demostración, sino una argumentación. En este 'arte de la argumentación' se usan razonamientos que, en rigor, son extralógicos o metalógicos. Para Díez-PICAZO hay *tres tipos* de razonamientos jurídicos: los lógicos en sentido estricto, los dialécticos y los retóricos o persuasivos. «Materia esta poco tratada y necesitada de un análisis minucioso» —decía en 1973 Díez-PICAZO— y que hasta hace poco tiempo no ha producido entre nosotros aportaciones de relieve (24).

(22) V *Experiencias...*, cit., págs. 231 y sigs.

(23) V *Experiencias...*, cit , págs. 239 y sigs ; 257 y sigs , *especialmente* 263 y sigs. y 176 y sigs.

(24) Entre las recientes aportaciones de los autores cabe citar aquí las siguientes en *lengua española, cronológicamente* expuestas

J. A GARCÍA AMADO, *Teoría de la tónica jurídica*, 1ª edición, ed Civitas, Madrid, 1988, págs 173 y sigs.; 244 y sigs , y 290 y sigs.

R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica* (la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), traducción de M. ATIENZA e I ESPEJO, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, especialmente págs. 203 y sigs.

A. AARNIO, *Lo racional como razonable* (Un tratado sobre la justificación jurídica), traducción de M. ATIENZA e I. ESPEJO, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, especialmente págs. 207 y sigs

M. ATIENZA, *Las razones del derecho Teorías de la argumentación jurídica*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 49 y sigs., y 235 y sigs.

C. E. ALCHOURRON y E. BULYGIN, «Análisis lógico y derecho», *Prólogo* de G. H. VON WRIGHT, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 3 y sigs.; 25 y sigs. , 169 y sigs., 303 y sigs ; 331 y sigs.; 355 y sigs., y 465 y sigs

T. VIEHWEG, *Tópica y filosofía del derecho*, traducción de J. M. SEÑA, revisión de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING, edit. Gedisa, S. A., 1ª edición, Barcelona, 1991, págs 15 y sigs.; 99 y sigs ; 114 y sigs., 141 y sigs ; 150 y sigs.; 163 y sigs.; 176 y sigs , y 196 y sigs.

L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas Problemas del razonamiento jurídico*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 99 y sigs., 129 y sigs , y 162 y sigs.

L. FIGA FAURA, «Lógica, tónica y razonamiento jurídico» (*Discurso leído el día 7 de junio de 1993 en el acto de su recepción pública como académico de número por el excelentísimo señor don Luis Figa Faura, y discurso de contestación del académico excelentísimo señor don Juan Vallet de Goytisolo*), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Aguirre, Madrid, 1993, págs 23 y sigs., y 153 y sigs.

Anteriormente y al principio de este comentario (25) había creído conveniente proceder a la caracterización del pensamiento de L. Díez-PICAZO acudiendo a sus propias palabras. Palabras que quedan confirmadas con estas otras, escritas de intento *para esta cuarta edición*, reveladoras del propósito que guía al autor en esta obra y explícitas en orden al *razonamiento jurídico* utilizado.

«Conviene aclarar que la defensa de un punto de vista problemático no significa en modo alguno que todo pueda problematizarse y que nuestra disciplina sea una especie de campo de agramante en el que todo valga. Es esta una sensación frente a la cual conviene ponerse en guardia. En derecho hay que deslindar notoriamente el campo de las *res certae* y el de las *res dubiae*. Cuando hablamos de *res certae* nos referimos a aquellos temas en los que las coincidencias son absolutas y ni siquiera puede hablarse de doctrina dominante o doctrina mayoritaria. Distintas son, en cambio, las *res dubiae*, donde la vacilación permanece y las opciones son posibles siempre que para sostenerlas se siga una vía metodológica correcta.» (26).

Me parece suficientemente esclarecedor el párrafo aquí transcrito y explícito en orden al *modus operandi* y al *razonamiento jurídico* habitualmente empleado por el profesor Díez-PICAZO. No parece necesario que en este lugar me detenga en ulteriores desarrollos del argumento ni en la búsqueda de los *lugares y puntos concretos de la obra* donde transparece, que, sin duda, el lector avezado habrá descubierto a lo largo de mi precedente exposición sin dificultad.

Al referirme a ese pensamiento *problemático* del profesor Díez-PICAZO y a su habitual *razonamiento jurídico*, y al aludir a la no necesidad de detallarlo en los dos volúmenes de esta obra, estoy intentando eludir un casuismo innecesario en este lugar, pero no quiero dejar de sugerir otro tipo de argumentos *no jurídicos* (bien lógicos *stricto sensu*, bien dialécticos, bien retóricos) que el autor utiliza a lo largo de la obra comentada. A mi modo de ver, las **sugerencias** pueden ser éstas:

— *Método*. La utilización del pensamiento o canon *problemático* no empece el uso de otros cánones de interpretación: el historicista, el comparativo, el sistemático, el inductivo, etc. *Depende de cada institución, tema o punto concreto el uso del medio interpretativo a utilizar*. Esto parece claro *en cuanto a esta obra comentada*. Que siga siendo así *en obras futuras* del propio autor va a depender de si el modo de pensamiento continúa siendo el indicado aquí y de si ese *modus operandi* es compartido por sus discípulos y seguidores (o, lo que es igual, de su comunicación a los demás y de su aceptación social).

— *Lenguaje*. Los lingüistas distinguen entre lenguaje *escrito* y lenguaje *hablado*, y suelen decir que con frecuencia uno y otro lenguaje *son distintos* (27).

(25) V. *epígrafe inicial*, titulado «A modo de prólogo», párrafo último.

(26) V. el PREFACIO a *esta cuarta edición*, Madrid, 1992, pág. 31.

(27) V. J. FERRATER MORA, *Indagaciones sobre el lenguaje*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1970, págs. 103 y sigs., y 193 y sigs. Expresivamente nos dice. «Hay 'modos de escribir' que difieren considerablemente de los 'modos de hablar'... Aun en un mismo grupo social, y hasta en una misma persona, se perciben diferencias entre el lenguaje hablado y el escrito».

Nada más lejos de la realidad —en relación con la obra comentada y su autor— es la presunta *diferencia* entre la manera de *escribir* y la manera de *hablar* de L. Díez-Picazo cuando se le conoce desde cierto tiempo. Así, no cabe sorprenderse de que ciertas expresiones lingüísticas del autor —«parece», «no parece», «a mi modo de ver», «en mi opinión», «puede ser», «habría que matizar», «insatisfactorio», etc.— son exactamente **idénticas** en el 'habla' de Díez-Picazo y en 'lo escrito' por él mismo. Lo que no deja de ser un curioso dato que refutaría una usual tesis lingüística. Lo que ocurre en nuestro autor —además— es que tan importante como «lo que dice» (escrito-hablado) es «lo que no dice», o, de otro modo, lo que yo denominaba un día los «silencios» de Díez-Picazo. Pero esto ya forma parte de la *comunicación verbal* y no escrita, prototípico de la transmisión del saber por un maestro y aludida explícitamente por F. PANTALEÓN (28).

— *Citas*. Las referencias *doctrinales* y las correspondientes *citas* están efectuadas con la dedicación y amplitud que en cada caso estima el autor precisas, con consideración y respeto al opinante y encajando dentro del 'sistema' de Díez-Picazo todas las piezas convenientes. Recuerda en esto también la actitud y el respeto que en su día mostraba el maestro J. CASTÁN TOBEÑAS hacia todas las corrientes nuevas de pensamiento y hacia los jóvenes investigadores.

Las referencias *jurisprudenciales* son exactas, precisas y con el resumen fáctico o jurídico, en cada caso oportuno.

Es la típica manera de hacer de Díez-Picazo en su análisis —global o concreto, según el caso— de la jurisprudencia del TS. No parece aquí oportuna la alusión a los numerosos trabajos del profesor Díez-Picazo sobre el tema, que están en la mente de cualquier jurista culto en España.

— *Aspiración*. El propio autor considera su obra *a modo de 'guión'* de un orador o locutor,

«... algo que nos suscita palabras o ideas y que, problemáticamente, nos permite que nosotros mismos lleguemos, no sin alguna fatiga, a conquistar un resultado intelectual» (29).

Además, desde la perspectiva *helénica* por Díez-Picazo contemplada, en la conceptualización del 'libro' *distingue entre el punto de vista de los lectores y el del propio autor*, y *entiende* —para uno y otro supuesto, *respectivamente*— que la obra aquí comentada

«... aspira sólo a ser un instrumento auxiliar en el trabajo de edificación de una visión del mundo jurídico y en el planteamiento e intento de solución de una problemática jurídica, que son siempre tareas solitarias y estrictamente personales de cada uno».

Recientemente, v. UMBERTO ECO, *Semiótica y filosofía del lenguaje*, edit Lumen, traducción de R. P., 1.ª edición, Barcelona, 1990.

(28) Véase F. PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *ADC*, tomo XLIV, fasc. III, julio-septiembre 1991, págs. 1019 y sigs., en *llamada de atención con asterisco*: «La mayor parte de las mejores ideas que puedan encontrarse en las páginas que siguen son fruto de las largas conversaciones con el profesor Díez-Picazo. Se ha tratado de una colaboración entre maestro y discípulo en el sentido clásico de la palabra...» (*subrayados míos*. J. C. G.).

(29) V el PREFACIO a la primera edición, Valencia, 1970 (*subrayados míos*. J. C. G.), pág. 36 (*en la presente edición*, pág. 28).

«...condensa una etapa de la fatigosa lucha por la comprensión del mundo jurídico y debe seguir estando sometido a una constante reelaboración. El libro aspira a suscitar ideas y no a imponer soluciones. Trata de desdogmatizar y de problematizar los fenómenos jurídicos...» (30).

La configuración de la obra y la aspiración de Díez-PICAZO siguen siendo las mismas que en 1970. Lo reiteraba en la segunda edición en 1983 y lo renueva ahora en la cuarta edición en 1993 (31). La justificación argumental del autor lo aclara perfectamente:

«Las normas han cambiado en nuestro Ordenamiento jurídico, y con ellas algunos puntos de vista y el tratamiento de algunos problemas. La doctrina ha laborado incansablemente y, muchas veces, con gran tino. Significa ello que el libro debe ser sometido a una reelaboración profunda y es mi propósito hacerlo así. No hay nada más instructivo que comprobar, con el paso del tiempo, cuáles son los puntos de vista, las opiniones y las creencias a los que uno se aferra con firmeza, y cuáles son aquellos otros en que, en cambio, se produce la valoración y el cambio» (32).

Cabe concluir, a la vista de las consideraciones iniciales del propio autor y de sus propósitos y aspiraciones explicitados al emprender esta obra aquí comentada y sus sucesivas reelaboraciones, en la caracterización de la obra como **abierta** y sujeta a múltiples lecturas, interpretaciones y correcciones. Nada más «lejos» de la intención de Díez-PICAZO que el considerar esta obra comentada como algo *cerrado*, definitivo, dogmático y no sujeto a renovación o cambios.

— *Racionalidad*. Me he referido en otro lugar (33) al tema de la *racionalidad jurídica* en relación con la actividad jurisprudencial. De entre las posibles *acepciones* del término ocupa el lugar central —a juicio de los autores que del tema se han ocupado (34)— la idea de **sistematicidad**. De ahí que se entienda —en expresión de M. RIVERO (35)— que la tarea primordial del jurista sea la de sujetarse a dicha «regla de juego» y que en definitiva todo jurista deba ser «un hacedor de sistema» Poner el acento sobre determinados *aspectos forma-*

(30) V. el PREFACIO a la primera edición, Valencia, 1970 (*subrayados* míos: J. C. G.), pág. 36 (en la presente edición, pág. 28).

(31) Me remito a la nota 18 precedente

(32) V. el PREFACIO a la segunda edición, Madrid, 1983 (*subrayados* míos: J. C. G.), en la pág. 29 de la presente edición

(33) V. mi capítulo *introdutorio* —titulado «Notas sobre una concreta jurisprudencia del Tribunal Supremo»— a mi obra *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen II: *Notas a sentencias sobre Derecho de Familia (1967-1977)*, con *Prólogo* de don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Ed. del Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 15 y sigs., especialmente 34 y sigs., y allí las referencias y citas doctrinales.

(34) Véase MICHEL VAN DE KERCHOVE, «Jurisprudence et rationalité juridique», en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 30 (La Jurisprudence), Ed. Sirey, París, 1985, págs. 207 y sigs.; J. LENOBLE y F. OST, *Droit mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980.

(35) Véase J. RIVERO, «Apologie pour les faiseurs de systèmes», en D., 1951, pág. 99 (cita en M. VAN DE KERCHOVE, cit., pág. 208).

les (independencia, 'decidibilidad', coherencia, complitud) y sobre ciertos *aspectos materiales o axiológicos* (igualdad, justicia, seguridad, certidumbre) de la denominada 'racionalidad jurídica' es tarea laboriosa, pero que permite identificar cualquier actividad jurídica en orden a la realización de ese ideal y precisar sus límites en caso de ultrapasarlo. Aplicando estas ideas a la *actividad jurídica doctrinal* desarrollada por nuestro autor, parece posible decir que esta obra comentada del profesor DÍEZ-PICAZO —incluible dentro del grupo de las que yo denomino 'opera magna'— alcanza notables niveles de racionalidad jurídica y que encaja perfectamente en la configuración conceptual que JOSEF ESSER (36) hace de la 'Voverstandnis' (precomprensión) en orden a la interpretación del derecho.

— *Valoración de la obra dentro del 'sistema jurídico'*. Considera el profesor DÍEZ-PICAZO que esta obra, perteneciente, es obvio, al sector o ámbito del Derecho Privado conocido como DERECHO DE OBLIGACIONES/CONTRATACION, participa de las características primordiales de este peculiar derecho, es decir:

«... *El Derecho de Obligaciones*, merced al influjo creciente del comercio jurídico en todos los campos, **ha seguido un curso ascendente. Siempre he creído que es la parte más dinámica del Derecho privado y aquella que posee una mayor importancia práctica.** Los años transcurridos reafirman esta convicción y por ello el **buen sentido que tiene dedicarse a ello preferentemente**» (37).

En esta *valoración global* del DERECHO DE OBLIGACIONES en su conjunto, profiere DÍEZ-PICAZO una afirmación o proposición asertiva, una creencia u opinión y una convicción. Dejando ahora *de lado* todo lo relativo a la obra comentada —objeto de consideración especial en páginas anteriores—, me gustaría **matizar** alguna de aquellas afirmaciones últimamente expuestas por el profesor DÍEZ-PICAZO en el sentido que sigue:

— Si de lo que se trata es de constatar *la evolución y el desarrollo 'in crescendo'* de la materia de «Derecho de Obligaciones», nada hay que objetar. Aunque habrá que admitir *una aseveración paralela* en el sentido de que tanto el «Derecho de Familia» como el «Derecho de Sucesiones» han tenido *ese mismo curso ascendente* y, en algún caso, incluso algo superior. Me remito a los Manuales y Tratados usuales entre nosotros, y no digamos en orden a la literatura jurídica extranjera.

— Si de lo que se trata es de *la importancia práctica* de la materia, *la creencia u opinión* del docente y amigo pudiera *matizarse* un tanto dado que, a la postre, vendría a identificarse con aquellas posiciones maximalistas (de tipo marxista-materialista 'científica', de tipo capitalista-economicista) que niegan todo valor a las disciplinas relativas al DERECHO DE FAMILIA y al DERECHO DE SUCESIONES (38) En definitiva, si hay un *más* ('mayor') debe

(36) Véase JOSEF ESSER, «Vorverstandnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung». Frankfurt, 1970, págs. 65 y sigs., 103 y sigs.

(37) V. el PREFACIO a esta cuarta edición, Madrid, 1992 (párrafos finales *subrayados míos*), en la pág. 32

(38) Que tal posición no es ninguna utopía lo muestra el hecho notorio de pretendidos «Planes de estudios» (?) que *suprimen* tales disciplinas. Si nadie las va a enseñar, ¿cómo se van a conocer?, ¿cómo se van a aplicar?

haber un *menos*, y ese *minusvalor* debe cargarse a esos otros sectores o ámbitos del Derecho Privado, sin que sepamos el criterio adoptado de valoración. Desde el punto de vista eminentemente *económico*, es obvio que el «Derecho de Obligaciones/Contratación» suele mover ingentes cantidades de dinero, pero no parece que la mayor o menor cantidad de dinero sea un criterio de *valor* (en sentido axiológico). Desde el punto de vista de la *práctica jurídica*, la importancia mayor o menor *de uno u otro sectores* del Derecho privado no depende de su referente económico, sino de la complejidad de las cuestiones presentadas. Y, en tal sentido, es obvio que los grandes temas jurídicos oscilan en torno al *eje matrimonial-sucesorio* (39).

— Si de lo que se trata es del *dinamismo* de esta parcela del Derecho Privado, *la creencia u opinión* del docente y amigo pudiera también *matizarse* un tanto en función de qué cosa se entienda por esa «dinámica». En tal sentido, a mi parecer, pocas cosas hay tan *movibles* como el actual DERECHO DE FAMILIA contemplado desde una perspectiva *externa* a nuestro sistema (40), y cabe esperar pocas certidumbres en torno al futuro del sistema de «legstimas» si se contempla la evolución de los regímenes sucesorios actuales. Claro es que mi opinión no cuenta mucho. En definitiva, también aquí en este punto si hay un *más* hay un *menos*. Pero ese 'menos', desde el punto de vista de la *práctica jurídica* es más relativo y, quizá, poco relevante para algunos.

— Si de lo que se trata es de *una convicción* del autor, muestra quizá unas 'preferencias' que, por supuesto, respeto y comparto, mas no totalmente. Todo ello por cuanto le acabo de matizar ahora.

— Importa ahora, para dejar terminadas estas reflexiones en torno a la manera de hacer o tipo de «razonamiento jurídico» de L. Díez-Picazo, cerrar este comentario volviendo al principio, esto es, a la amistad del firmante y el autor, amistad *manifestada* explícita e implícitamente (41), y de ello era bien consciente el propio Díez-Picazo cuando en *la primera edición en 1970* comenzaba la obra diciendo:

«La generosidad y el afecto de algunos buenos amigos sacaron (aquellas lecciones) del ámbito de mi cátedra, donde yo hubiera querido mantenerlas rigurosamente, y le proporcionaron alguna difusión. Ello me produjo cierta desazón, porque aquella obra desigual e

(39) Opinión exclusiva del firmante, por supuesto Opinión que he escuchado antes de ahora a eminentes docentes y autorizados tratadistas LACRUZ, VALLET DE GOYTISOLO, PUIG FERRIOL.

(40) Sólo hay que pararse a repasar los recientes números de la revista *Journal of Family Law*, los resultados de los Congresos Internacionales de la «International Society on Family Law», etc

(41) Me remito a *notas 1 y 3*. Amplias **referencias** a lo que yo llamo «germen» —las «Lecciones .» de 1965— de la presente obra comentada aparecieron ya en *mis primeros estudios doctrinales*, v. gr.: en mis comentarios de 1968 a las sentencias del Tribunal Supremo sobre el legado de parte alcuota (hoy **constituyen el volumen** titulado *Estudios sobre jurisprudencia civil*. Volumen I. El legado de parte alcuota (Jurisprudencia monográfica), *Prólogo* de M. ALBALADEJO GARCÍA Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992: v. gr. *vide* págs. 163, 183, 185 y sigs., etc.), en comunicaciones a congresos y/o Jornadas de Derecho Civil Foral; v. gr., a las de Jaca en 1976 (hoy **formando parte del volumen** titulado *Estudios sobre codificación y derechos civiles territoriales*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993. *vide* págs. 110, 112, 123, 125 y sigs., etc.)

inacabada no era seguramente un libro, en el sentido estricto de la palabra...» (42).

Me temo, en consecuencia, que el firmante fue *uno de tantos* de los que DÍEZ-PICAZO calificara de «buenos amigos» causante de aquella difusión. De lo cual, como es notorio, doy fe.

VI BASES PARA UNA RECAPITULACION

Una *relectura* como la hasta aquí propuesta de la obra del profesor DÍEZ-PICAZO objeto de comentario ofrece suficientes pistas o bases necesarias en orden a una **recapitulación** en este lugar, en el sentido que sigue:

1.º Unas reflexiones preliminares *a modo de prólogo* han intentado la caracterización de la figura del profesor DÍEZ-PICAZO partiendo de la base de la amistad y el afecto hacia el mismo.

2.º Un balance de la situación jurídica española alrededor de los 'años sesenta' ha permitido un intento de aproximación a la vertiente *sociológica* del tema y una delimitación de la tarea intelectual de DÍEZ-PICAZO en su perfil de pensamiento *problemático*.

3.º Reflexiones subsiguiente muy personales me han permitido efectuar algunas consideraciones acerca de las *innovaciones y reelaboración* sufridas por la obra en la presente edición, en los aspectos estructural y sustantivo, en forma detallada y pormenorizada al máximo.

4.º Situado el firmante ante la ingente tarea desarrollada por el autor en los dos tomos de esta obra comentada, ha parecido conveniente deslindar *dos grupos de cuestiones: uno*, comprensivo de aquellas *líneas directrices* que indican los principios generales que han guiado al autor, y *otro*, conteniendo los *puntos relevantes* que, a mi juicio, son merecedores de reflexión.

5.º Tratado el enfoque *objetivo* de la obra en la forma detallada expuesta, ha parecido también oportuno el situar ahora la obra comentada desde una perspectiva actual: en su cotejo inicial (de 1970) con otras similares y en su caracterización *subjetiva* con el perfil del autor, y en la incidencia en los planos doctrinal, profesional y de la realidad.

6.º Una reflexión complementaria acerca de lo que he denominado «tópica y argumentación jurídica en DÍEZ-PICAZO», ha permitido, además, un acercamiento a la esencia de lo que el autor entiende por *pensamiento tópico o problemático* y su manera de utilizarlo, y una detección de las *sugerencias* suscitadas en torno al método, lenguaje, citas, aspiración, racionalidad y valoración de la obra dentro del sistema jurídico.

7.º Repasado selectivamente el texto del profesor DÍEZ-PICAZO en sus distintas vertientes y ofrecida una visión personal de la manera de hacer del autor en orden a la argumentación jurídica, parece posible cerrar ya ésta a modo de personal *relectura* de la obra aquí comentada.

(42) V. el PREFACIO a la primera edición, Valencia, 1970 (párrafos iniciales *subrayados míos*): en la pág. 35 (hoy repetido el Prefacio en la presente edición, pág. 27)

VII. REFLEXIONES FINALES

Una recapitulación intermedia ha permitido la condensación de las ideas más relevantes habida tras las precedentes consideraciones introductorias, resumen crítico en orden a la forma y el fondo de la obra, desarrollo del tema de la obra con sus líneas directrices y puntos relevantes, encaje de la obra desde una perspectiva actual y aproximación a la manera de la argumentación jurídica en DIEZ-PICAZO.

Resta ahora terminar este comentario con unas consideraciones **a modo de reflexiones finales**, en la forma que sigue:

1.º La relectura hecha de la obra comentada lo ha sido en función de la amistad y el afecto hacia el autor, sin el distanciamiento crítico del oponente, pero sin el apego del discípulo

2.º La nueva versión de la obra, ahora en su *cuarta* edición, ofrece importantes novedades y ha sido objeto de cuidada reelaboración en numerosos puntos, que se han detallado.

3.º Las líneas directrices y los puntos relevantes de la obra ofrecen un elenco o muestra de la manera de ver y de hacer del autor en esta parcela del Derecho privado

4.º La situación de la obra desde la perspectiva actual permite afirmar sin alardes que ofrece *una posición de polaridad* a cuyo rededor encajan las nuevas aportaciones doctrinales. Devenido ya, a mi modo de ver, un texto *clásico*.

5.º La manera de hacer del autor, con su técnica de pensamiento *proble-mático*, permite considerar sus distintos perfiles y calificar la obra de 'abierta' y en constante renovación o reelaboración.

6.º La importancia práctica de la obra, en cualquiera de los planos que se contemple, es fundamental. De consulta y manejo imprescindibles.

7.º La transmisión del conocimiento —el saber 'jurídico'— a cargo del autor no está acabado, ni en su aspecto *escrito* ni, mucho menos, en su aspecto *hablado*.

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario de Ibiza

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 597 (Junio 1994)

- «La protección del adquirente de una vivienda según la normativa vigente», por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, pág. 6457.
- «La pignoración de saldos de depósitos bancarios (nueva modalidad del derecho real de prenda)», por IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI, pág. 6475
- «El derecho civil de Galicia: Una actuación imposible a la luz de la historia», por PABLO SANDE GARCÍA, pág. 6499.
- «La libertad sindical», por CARLOS FLORES JUBERIAS, pág. 6591.
- «El derecho a la igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. su desarrollo jurisprudencial», por LUIS JIMENA QUESADA, pág. 6819.
- «La ejecución judicial», por BENIGNO VARELA AUTRÁN, pág. 6893.
- «Prestación asistencial para mayores de cincuenta y dos años. La jurisprudencia laboral de los Tribunales Superiores de Justicia», por José María BOTANA LÓPEZ, pág. 6917.

Números 598-599 (Julio-Agosto 1994)

- «La excusa absolutoria de parentesco. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 564 del Código Penal. Innovaciones del anteproyecto. Reflexiones críticas y formularios», por FRANCISCO PASTOR ALCOY, pág. 7681.
- «Situación actual de la responsabilidad civil», por JOSÉ MORENO CARRILLO, pág. 7739.
- «La víctima del delito y el sistema jurídico penal: ¿hacia un sistema de alternativas?», por PABLO A LANZAROTE MARTÍNEZ, pág. 7759.
- «Aproximación a las dispersas previsiones normativas de una garantía constitucional: el secreto profesional», por FERNANDO CALVET GIMENO, pág. 7855.
- «La libertad personal en el Convenio de Roma de 1950», por MARÍA VICENTA GARCÍA SORIANO, pág. 8051.
- «El derecho a los recursos: su configuración constitucional», por TERESA ARMENTA DEU, pág. 8105.
- «Las condenas de futuro», por FRANCISCO LÓPEZ SIMO, pág. 8105.
- «Eficacia probatoria del atestado policial en el proceso penal», por JOSÉ M.^a ROCA MARTÍNEZ, pág. 8155
- «Acciones ejecutivas contra el suspenso. Valor concursal de las sentencias de remate», por ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA, pág. 8281.
- «En torno a los procesos concursales en los que, en sus convenios, se entregan bienes en pago de deudas: *pro soluto* o *pro solvendo*. Tercería de dominio», por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 8303

- «Intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos. Denegación de la condición de comerciante y de la posibilidad de ampararse en el expediente de suspensión de pagos. Consideraciones al auto de la Audiencia de Barcelona de 19 de mayo de 1993», por JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN, pág. 8311.
- «Intervención estatal en favor de las empresas públicas: Las exenciones tributarias como elemento positivo de ayuda de Estado (comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de marzo de 1994 en el asunto C-387/92, Banco de Crédito Industrial, S.A., c. Ayuntamiento de Valencia)», por RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, pág. 8319.

Número 600 (Septiembre 1994)

- «El Proyecto de Ley del Jurado: sinopsis y observaciones críticas», por ANTONIO GIBBERT GIBBERT y FRANCISCO MARES ROGER, pág. 9097.
- «La nulidad de los contratos sometidos a condición puramente potestativa», por JOSÉ MARÍA DAVO ESCRIVÁ, pág. 9121.
- «Delitos contra la Administración de Justicia (breve comentario al delito de acusación y denuncia falsa y su proyección en el Proyecto de Código Penal de 1992)», por ALFREDO ELÍAS MONDEJA, pág. 9135.
- «La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción», por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 9221.
- «La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (acerca de la Sentencia Casado Coca contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994)», por LUIS JIMENA QUESADA, pág. 9469.
- «La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida», por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 9523.
- «Acerca de la reciente legislación francesa regulando actividades relacionadas con la bioética», por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 9535.
- «Journal International de Bioéthique. International Journal of Bioethics», por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 9541.
- «Doctrina y jurisprudencia sobre la aprobación de los planes urbanísticos municipales», por IGNACIO SEVILLA MERINO, pág. 9547.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Septiembre 1994)

- «La doble nacionalidad en el Ordenamiento jurídico español», por MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, págs. 731 a 754.
- «De la suspensión de acuerdos y anotación preventiva de la demanda en la impugnación de los acuerdos de las sociedades mercantiles», por JOSÉ MARÍA NEILA NEILA, págs. 755 a 761.
- «Sobre la acción individual de responsabilidad de los administradores societarios», por PASCUAL MARTÍN VILLA y RAMÓN GONZÁLEZ PRIETO, págs. 762 a 765.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 9 (Enero-Marzo 1994)

- «Reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil», por AURELIO DÍEZ GÓMEZ, pág. 9.
- «El incumplimiento resolutorio en la reciente doctrina del Tribunal Supremo», por JOSÉ ANGEL MARTÍNEZ SANCHIZ, pág. 19.
- «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo)», por EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, pág. 57.
- «Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código Civil y su aplicación a los créditos hipotecarios», por JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ, pág. 107.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Números 211-212 (Enero-Junio 1994)

- «Palabras de presentación del libro de LUIS JOAQUÍN GARRIGUES, *Imágenes de una vida: Joaquín Garrigues*, Madrid, 1994», por MANUEL OLIVENZA, pág. 7.
- «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta General», por ROBERTO BLANQUER UBEROS, pág. 11.
- «Derechos de autor en el marco de la transmisión de empresa», por FERNANDO CERDÁ ALBERO, pág. 69.
- «El empresario social como sujeto de derecho en el Ordenamiento jurídico español», por JESÚS NICOLÁS MARTÍ SÁNCHEZ, pág. 119.
- «La tutela de los acreedores de la sociedad anónima parcialmente escindida (reflexiones a la luz del derecho y doctrina españoles)», por EMILIO J. LAZARO SÁNCHEZ, pág. 163.
- «La responsabilidad del empresario por daños medioambientales. Nuevas tendencias en el Derecho norteamericano», por CARMEN BOLDO RODA, pág. 199.
- «La asistencia mixta del socio a la Junta general», por IGNACIO FARRANDO MIGUEL, pág. 213.
- «Adquisición de acciones o participaciones de otras sociedades y objeto social», por MARÍA DE LOS ANGELES ALCALÁ DÍAZ, pág. 229.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 29 (1994)

- «La letra de cambio como título ejecutivo: sus requisitos para despachar ejecución», por JAVIER SÁNCHEZ MARTÍNEZ.

Número 30 (1994)

- «La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea», por MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO.

Número 31 (1994)

«La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios según la Ley 2/1994, de 30 de marzo», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA.

Número 32 (1994)

«La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por EMILIO J. LÁZARO SÁNCHEZ.

Número 33 (1994)

«El sujeto pasivo en las obligaciones de contribuir a los gastos comunes», por PATRICIA VELASCO DOMÍNGUEZ.

Número 34 (1994)

«Cesión de remate», por ANTONIO ROBLEDO VILLAR.

Número 35 (1994)

«Constituciones, códigos y fueros. La codificación civil en España y la cuestión regional», por JOSÉ ANTONIO NAVARRO FERNÁNDEZ.

Número 36 (1994)

«La repudiación de la herencia», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA.

Número 37 (1994)

«Renta (arts. 17 y 21 del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 21 de febrero de 1994)», por MARÍA JESÚS MORO ALMARAZ.

Número 38 (1994)

«Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», por JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ y MAGDALENA UREÑA MARTÍNEZ.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 139 (Julio-Agosto-Septiembre 1994)

- «Algunas consideraciones en torno al procedimiento abreviado del artículo 161 del Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio», por FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, pág. 11.
- «Las cesiones exigibles tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley del Suelo», por MANUEL MARTI FERRER, pág. 29.
- «Las reservas de los terrenos para la constitución o aprobación del patrimonio municipal del suelo», por VICENTE LASO BAEZA, pág. 67

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 136 (Enero-Junio 1994)

- «Las relaciones Episcopado-Primado según don Martín Pérez de Ayala (1503-1566)», por A. GARCÍA GARCÍA, págs. 9-33.
- «Teologicidad y juridicidad de la canonística. Klaus Morsdorf y su concepción de la canonística como disciplina teológica con método jurídico», por A. CATTANEO, págs. 35-49
- «Sínodos españoles posconciliares», por J. M. MARTI, págs. 51-82.
- «Los obispos españoles ante la asignación tributaria (1988-1993)», por F. R. AZNAR GIL, págs. 83-113
- «La cuestión de la confesionalidad en la historia constitucional española. Un análisis de legislación (1808-1931)», por N. MONTESINOS SÁNCHEZ, págs. 115-152.
- «La extraterritorialidad del sistema matrimonial: las negociaciones inéditas de Alonso Martínez con la Santa Sede», por S. ADROHER BIOSCA, págs. 155-169.
- «Iglesias, locales y catolicidad», por M. M.^a GARIJO-GUEMBE, págs. 171-183.
- «El fuero competente matrimonial: c. 1673, 3.º Texto y comentario», por J. L. ACEBAL LUJÁN, págs. 185-189.
- «La relación Iglesia y Estado en Rumanía», por I. RENCNIK, págs. 191-198.
- «La asistencia religiosa católica en centros penitenciarios. Comentario al Acuerdo de 20 de mayo de 1993 entre el Presidente de la CEE y el Ministro de Justicia», por M.^a MORENO ANTÓN, págs. 199-216.
- «Reproducción privada de los archivos eclesiásticos», por M.^a I. ALDANONDO SALAVERRIA, págs. 217-225
- «Régimen jurídico, económico y fiscal de las hermandades y cofradías», por F. J. GONZÁLEZ DÍAZ, págs. 227-260.
- «La nueva Europa y la Iglesia», por J. CANTÓ RUBIO, págs. 261-280.

DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Números 23-24 (Enero-Julio 1994)

- «Régimen jurídico de la Agricultura de Montaña en el Derecho español», por JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, pág. 7
- «La calidad de la leche El sistema de pago diferenciado en función de la calidad», pág. 14.

**BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO.
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Vol. LXVIII (1992)**

- «La Codification en Europe: le Code Civil Portugais», por ANTONIO PINTO MONTEIRO, pág. 1.
- «Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers une Citoyenneté Européenne», por RUI MANUEL MOURA RAMOS, pág. 17.
- «O Branqueamento de Capitais», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 59.
- «Constitutions et Progrès Scientifique et Technique», por José MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, pág. 87.
- «Justiça e Comunicaçao», por CUNHA RODRIGUES, pág. 111.
- «Do Contrato a Termo e do despedimento por Inadaptaçao», por FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, pág. 133.
- «Pre-Compreensoes na Disciplina Jurídica do Fenómeno Religioso», por JONATAS EDUARDO MENDES MACHADO, pág. 165.
- «Conflictos Internacionais de Convenções Colectivas de Trabalho», por Pedro MAIA, pág. 181.
- «O Código Penal de 1982. Subsídio para uma compreensao Histórica da sua Génese», por CRISTINA LIBANO MONTEIRO, pág. 265
- «O Acórdao Marleasing. Rumo à Consagração Implícita do Efeito Horizontal das Directivas?», por SOFIA OLIVEIRA PAIS, pág. 283.

**REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS
DEL URUGUAY
Números 7 a 12 (Julio-Diciembre 1993)**

- «Aspectos jurídico-registrales vinculados a las figuras del *leasing*. Arrendamiento e intercambio de aeronaves», por CARLOS PARODI RAFULS, pág. 191.
- «Conclusiones del IX Congreso Internacional de Derecho Registral sobre el tema "La protección registral de los negocios inmobiliarios"», pág. 199.
- «Decreto-Ley 14500 y su incidencia en el derecho de familia», por ENRIQUE AREZO PIRIZ, pág. 203.
- «El abandono de bienes inmuebles, modo de perder el dominio», por SUSANA CAMBIASSO, pág. 215.
- «La simulación en la enajenación de establecimientos comerciales», por ORLANDO FIRPO MARTY, pág. 223.
- «Posibilidad de disolver la sociedad conyugal regida por la Ley extranjera de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley 10783; e interpretación de la expresión material de estricto carácter real en nuestras normas de Derecho Internacional Privado referentes al régimen de bienes en el matrimonio», por RONALD HERBERT, pág. 233.
- «Depósito de suma de dinero con función de garantía», por ROQUE MOLLA, pág. 243.

REVISTA DEL NOTARIADO
DE LA REPUBLICA ARGENTINA
Número 836 (Enero-Febrero-Marzo 1994)

«En la República Argentina, de acuerdo con la Constitución Nacional, los extranjeros pueden desempeñar la función notarial», por FRANCISCO FERRARI CERETI, pág. 29.

«Consentimiento conyugal y poder. Diferencias», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 33

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS
DE BUENOS AIRES
Número 916 (Septiembre-Diciembre 1993)

«Donación a terceros: un título más, a la luz de nuevos fallos antiguos», por GASTÓN R. DI CASTELNUOVO, pág. 549.

«Posibilidad de incorporar la mejora al Derecho argentino (Derecho sucesorio)», por CLAUDIA Y. SCHMIDT HOTT, pág. 583.

«Propiedad horizontal», por JULIETA EMA ORIOL, pág. 595.

«El notariado en países del MERCOSUR Documento notarial. Circulación. Representación orgánica y voluntaria. Publicidad, aspectos registrales», por MARÍA RAQUEL LASSALOTTE y otras, pág. 635.

Número 917 (Enero-Abril 1994)

«Posición doctrinal ante la obra de don Jerónimo González», por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ, pág. 19.

«Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 41

«El desarrollo político en la Argentina», por PEDRO J. FRÍAS, pág. 61.

«Calificación registral de los documentos de origen judicial», por AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, pág. 71.

«El Proyecto de Reforma al Régimen de Bienes del Matrimonio», por JORGE ADOLFO MAZZINGHI, pág. 117.

«La función notarial no es función pública», por EDUARDO BAUTISTA PONDE, pág. 137.

«La publicidad como medio de asegurar la personalidad jurídica societaria. La intervención notarial», por EFRAÍN HUGO RICHARD, pág. 151.

«Oponibilidad del boleto de compraventa de inmueble», por JUAN CARLOS VENINI, pág. 183.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 9 (Mayo-Agosto 1994)

- «La acción como elemento de la teoría del delito», por DANIEL NÚÑEZ AVALOS, págs. 11-23.
- «Sistemas electorales y democracia», por CARLOS SEPULVEDA VALLE, págs. 25-52.
- «Breve comentario sobre el cambio radical de la jurisprudencia mexicana de amparo en materia de refrendo», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 53-63.
- «Mecanismos para la solución de controversias laborales en el TLCAN», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, págs. 65-96.
- «La clausura. Análisis de la constitucionalidad de esta figura, prevista en algunos reglamentos municipales, por TERESITA RENDÓN HUERTA BARRERA, págs. 97-127.
- «Filosofía del Derecho Ontología», por EFRAÍN GONZÁLEZ MORFIN, págs. 129-153.
- «Las cooperativas pesqueras en el derecho vigente mexicano», por MARÍA DELGADINA VALENZUELA REYES, págs. 155-185.
- «Reflexiones sobre el Tratado de la Mesilla», por JUAN JOSÉ MATEOS SANTILLÁN, págs. 187-264.
- «La soberanía de los Estados y la Suprema Corte de Justicia», por VICENTE RIVA PALACIO, págs. 267-303.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Números 115-116 (Agosto-Septiembre 1994)

- «Adaptación de Directivas y potestad sancionadora de la Administración», por JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 11.
- «La repercusión constitucional del Tratado de la Unión Europea», por CARLOS RUIZ MIGUEL, pág. 17.
- «Los instrumentos jurídicos para la armonización y uniformidad fiscal comunitaria y su incidencia en el ordenamiento interno español», por CÉSAR GARCÍA NOVOA, pág. 29.
- «Una nota sobre la cooperación administrativa en materia de impuestos indirectos (IVA) a nivel comunitario», por JESÚS I. RIVAS GARCÍA y MARTA MAGADÁN DÍAZ, pág. 43.
- «Reflexiones sobre el mercado interior eléctrico: A propósito del "common carrier"», por JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, pág. 49.
- «Acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) Exposición crítica y valoración global», por SEBASTIÁN GARCÍA TRUJILLO, pág. 63.
- «Las nuevas perspectivas financieras de la CEE y los flujos presupuestarios con el sector público español», por ALFONSO UTRILLA DE LA Hoz, pág. 81.
- «El impacto de la adhesión a la CEE en el comercio exterior de Galicia», por RAMÓN VALERA SANTAMARÍA, pág. 91.