

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVIII ○ Septiembre-Octubre 1982 ○ Núm. 552

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. José Poveda Murcia.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 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

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La penetración del Derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1167
«La ‘publicidad’ del acto registrado (como función social) y la fórmula del ‘Acta de inscripción’ (como protección jurídica)», por MANUEL FIGUEIRA DACAL	1189
«Cancelación de la hipoteca cambiaria» (Aproximación a sus causas y títulos formales específicos), por ANTONIO MANZANO SOLANO	1237
«Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil» por RICARDO EGEA IBÁÑEZ	1281
«La ordenación de los Registros e instrumentos públicos en la Constitución española de 1978», por JUAN-LUIS GIMENO Y GÓMEZ LA-PUENTE	1309

NOTAS:

«Reparcelación por compensación. ¿Actos reparcelatorios parciales o por fases?», por ISIDORO DELGADO ROLLÁN	1339
«Notas sobre un posible acto reparcelatorio parcial con consentimiento de los interesados», por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN	1353

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y sentencias.

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y JOSÉ QUESADA SEGURA	1363
2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	1390

LIBROS:

«Il contratto di joint venture. La disciplina giuridica dei raggruppamenti temporanei di imprese», de ANDRÉS ASTOLFI, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1397
«Estudios sobre Derecho Hipotecario», de JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ, por TIRSO CARRETERO	1402
«Derecho Urbanístico», de J. L. LASO MARTÍNEZ, por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN	1406
«Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza», de NICOLÒ LIPERI, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1409

ESTUDIOS

«La penetración del Derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad»

SUMARIO: I. *La penetración del Derecho público en el privado*: La iniciación del movimiento.—Sus repercusiones en las instituciones tradicionales.—El urbanismo como vértice del movimiento citado.—II. *La Constitución española y su enfoque*: Distinción entre Registros jurídicos y administrativos.—Principio de seguridad jurídica y de tráfico.—Principio de legalidad.—La teoría de las delimitaciones de la propiedad.—El urbanismo.—III. *La importancia de los Registros de la Propiedad y sus aportaciones en la política social de ordenación del suelo*: Los principios de publicidad y seguridad jurídica como básicos en la ordenación de la acción pública y el régimen privado.—Posibles soluciones concretas de coordinación.—El principio de legalidad, como medio indispensable para la seguridad del cumplimiento de las normas.

El contenido de las presentes notas constituyó la base de una conferencia pronunciada en Pamplona el día 1 de marzo de 1980, con motivo de la inauguración del Centro de Estudios Hipotecarios vasco-navarro, correspondiente a la Audiencia de Pamplona y que, sustancialmente, no ha sido retocado más que en su posible unidad de estilo, suprimiendo el anecdótico y la explicación previa de mi presencia en el acto. Podrían haberse añadido las notas que diversos autores de los citados han aportado en posteriores trabajos, pero ello me hubiera obligado a rehacer todo ello aclarando coincidencias o apuntando opiniones contradictorias. La fecha es un buen dato para situar mi opinión.

I. PENETRACION DEL DERECHO PUBLICO EN EL PRIVADO

Resulta aleccionador para el jurista la contemplación de esa evolución que va sufriendo el Derecho en el que inicialmente hubo, con acertada expresión castaniana, una especie de tronco común del que se fueron

desgajando diversas ramas, hasta tal punto que entre esa especialización y la constante penetración del Derecho público en el privado, éste queda en una posición poco propicia para la subsistencia. Ya veremos cómo cuando una puerta se cierra puede quedar, sin embargo, una ventana abierta y lo que resulta importante es que no se le pongan rejas.

De todos vosotros, juristas de prestigio, es conocida la forma con la que IHERING inicia su famosa obra *El espíritu del Derecho romano*: tres veces Roma dictó leyes al mundo y sirvió de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado romano en la plenitud de su poderío; luego, por la unidad de la Iglesia a la caída del Imperio; finalmente, por la unidad del Derecho al ser adoptado el de Roma en la Edad Media. La importancia y misión de Roma en la historia se resume en que representa el triunfo de la idea de la universalidad sobre el principio de las nacionalidades... Sin el centralismo de la Roma pagana no habría nacido la Roma cristiana...

Esta especie de autonomías legislativas, entre las cuales figura la rama hipotecaria, denominación que hoy se intenta sustituir por la de Derecho Inmobiliario Registral, así como la vieja distinción entre el Derecho público y el privado y la gran problemática de la crisis del Derecho tan sensacionalmente tratada por ALVARO D'ORS, podrían ser las materias que habría que abordar en estos momentos, pero creo que os debo liberar del penoso calvario que supone ir reconstruyendo las razones de la formación de disciplinas independientes, los momentos históricos en que se produjeron y la situación actual de las mismas. Entiendo que es más importante para nuestro tema destacar el fenómeno de la desprivatización o la invasión del Derecho público en el privado, las consecuencias que de ello se derivan y esa especie de esperanza que puede surgir en el horizonte jurídico.

Si la distinción entre Derecho público y Derecho privado tiene un carácter histórico y contingente, como dice SÁNCHEZ AGESTA, es evidente que el liberalismo marca en su apogeo decimonónico una necesaria delimitación del campo de actividades de dichos derechos, siendo el Derecho privado en su exaltación individualista el que ha de tener la primacía, mientras que el Derecho público sirve, sobre todo, para encerrar en las fronteras más estrechas posibles la acción del Estado. La crisis del liberalismo —como señala ANGEL LATORRE— en su forma tradicional provoca una situación de cambio de enfoque. Fenómenos como la creciente intervención del Estado en asuntos que antes se consideraban fuera de su competencia, la preocupación por las necesidades sociales que sólo puede satisfacerse por medio de la acción y organización de la comunidad y otros factores, han trastocado la ideología anterior.

La tendencia actual es a una progresiva invasión del Derecho público en los más variados sectores de la vida social.

GARRIDO FALLA llega a una mayor precisión al tratar de perfilar lo que él entiende por Derecho público administrativo. El Derecho público aparece en la medida en que el Estado interviene en la relación jurídica de que se trate, haciendo de la norma jurídica a aplicar una norma obligatoria (*ius cogens*). Pero la simple existencia de normas imperativas que desplazan el *ius dispositivum* no nos pone en presencia de Derecho público administrativo. Mientras la obligatoriedad del Derecho privado la declaran los Tribunales si es pedido por los particulares, la obligatoriedad del Derecho público es declarada por la Administración a través de sus órganos, convirtiéndose —según HAURIOU— en un «poder jurídico».

La invasión del campo privado se ha producido a través de unas técnicas operativas que, según el citado autor, son las de *anexión* de un campo de actividad privada al público, el *protectorado* de una actividad privada vigilada por normas administrativas, las *limitaciones de policía* que suponen una coactividad a la actividad privada y la infiltración que supone el respecto de la actividad privada bajo la normativa del Derecho público. Pero el rasgo formal para que surja la actividad jurídico-administrativa es la aparición de un organismo administrativo con poderes suficientes para ejecutar por su cuenta el Derecho. De ahí que SAVATIER distinga entre un proceso de *publicación* del Derecho Civil y una simultánea y paralela tendencia de *socialización* del ordenamiento jurídico privado.

Este movimiento invasor que se inicia en el siglo xx y que puede muy bien denominarse en forma un tanto genérica como «la transformación del Derecho privado» lleva consigo un supuesto técnico concurrente de gran transcendencia: aplica extensiva y analógicamente los esquemas de la teoría general del Derecho civil a otras ramas jurídicas necesitadas de «amparo» conceptual. El movimiento de invasión va a permitir «nutrir» jurídicamente a otras ramas del Derecho. La imagen es muy semejante al «derecho de conquista» del que habló GAYO y del que decía genialmente IHERIGN: la idea romana de la propiedad se manifiesta por primera vez en el derecho de conquista; la fuerza física que salió para conquistar vuelve al hogar con la idea del Derecho. A poco que se profundice, sin embargo, en las diversas ramas del Derecho se verá que algunas de ellas aún no han regresado al hogar con la idea del Derecho... Hice dos intentos serios en ese campo y creo que lo demostré al enfrentar lo jurídico con lo fiscal y lo urbanístico...

GIORGIANI (*Riv. Trim. de dir. e Proc. Civ.*, en 1961) se ocupó del

fenómeno de los «confinces» actuales del Derecho privado y señaló estas direcciones:

- a) Como consecuencia de las modificaciones económicas de los pueblos provocadas por el industrialismo y capitalismo, así como la presencia cada vez más frecuente de los poderes públicos en la vida de los pueblos, se han producido profundas transformaciones que han obligado a una obra de control y revisión de la validez de los conceptos tradicionales frente a la cambiante realidad económica.
- b) La causa de dichas transformaciones son las tesis que apuntábamos antes de SAVATIER y RIPERT, que hablaron de la publicitación o socialización del Derecho privado. La tesis, sin embargo, de SAVATIER fue impugnada por la obra de EISENMANN (*Droit public, Droit privé en Rev. de Droit Public.*, 1953) para quien las tesis sostenidas tienen el fallo de identificar el Derecho privado con el principio de autonomía de la voluntad, centrar en el interés la distinción de lo público de lo privado y entender que en cualquier caso el intervencionismo del Estado da lugar a Derecho público.
- c) Ha hecho crisis el criterio de «prioridad» del Derecho privado, relegando el dominio de la voluntad como creador de derechos subjetivos ante el predominio de la norma.
- d) Las limitaciones que el Estado introduce en el campo de la libertad económica, fenómeno de intervención del Estado en la economía, obligan a colorear de socialización todo el ejercicio de los Derechos privados, en especial del Derecho de propiedad como función social.
- e) Es patente la necesidad, enormemente sintomática, de superar el dualismo Derecho público, Derecho privado, considerándolo como distinción histórica y relativa y, sobre todo, mantener que la diferencia entre ambos se encuentra en la naturaleza de la actividad, o sea, en el instrumento utilizado por los sujetos y no en los fines que se propongan alcanzar. De ahí la discutida actividad de Derecho privado de la Administración pública.

Estas ideas fueron recogidas en su día por CABANILLAS GALLAS para destacar la construcción científica del Derecho Financiero que comenzó siendo una ciencia de cautela y llegó a ser un instrumento de eficacia.

Para hacer una especie de resumen de las repercusiones más inmediatas en las instituciones tradicionales, quiero traer a colación o cita un trabajo que leí hace tiempo y que estaba publicado en una colección

que se titulaba «*O crece o muere*», con un simbólico árbol. Lo dirigía Florentino Pérez Embid, estaba vinculada al Ateneo de Madrid y la fecha debió ser del año 1958, cuando yo aún andaba ejercitando ese duro deporte de las oposiciones. Porque la oposición es un deporte que se realiza con la cabeza... El trabajo era de HERNÁNDEZ GIL, don Antonio, y se titulaba *Reflexiones sobre el futuro del Derecho Civil*. Dicho autor decía que la transformación que el Derecho Civil estaba sufriendo no era sino la consecuencia o el reflejo de la que el ordenamiento jurídico en general estaba también soportando. La que más reflejo tienen en el campo civil se ofrece bajo el signo de lo social: Derecho social, socialización del Derecho. En el fondo una nueva toma de contacto del Derecho con la justicia: justicia social. La inmortal imagen de la justicia tallada en el barro de nuestros problemas. Ello llevaba consigo la revisión de dos conceptos capitales de la ordenación jurídica: igualdad y libertad.

Fuera de estos conceptos genéricos se fijaba dicho autor en la transformación interna del Derecho Civil, que afectaba a las siguientes instituciones: la persona (considerada como realidad natural), la familia (como comunidad orgánica), el contrato (atenuación de la autonomía, humanización de su fuerza obligatoria, instrumento de cooperación y moralización) y la propiedad (límites, penetración del Estado en su organización, función transindividual, desplazamiento del centro de la protección y acoplamiento del instituto a sus diferentes objetos).

Con gran visión de futuro, este insigne tratadista precisa lo que sucesivamente el paso del tiempo nos ha ido brindando. Cuando esto se escribía ya se había publicado la legislación sobre el suelo, pero aún no había comenzado la ofensiva de los administrativistas acaparando la parcela urbanística y empezando a sacar las conclusiones que determinan el techo o vértice del movimiento de la penetración del Derecho público en el privado. HERNÁNDEZ GIL, al enfrentarse con el concepto de propiedad decía que el Derecho no penetraba dentro, no regulaba el contenido mismo del poder, sino por medios indirectos, deber general de abstención, le nutría de innumerables posibilidades. Hoy día, la norma penetra en la interioridad de la propiedad para regular el contenido del poder que atribuye.

Aunque la doctrina urbanística no ha llegado a una plena unanimidad en la construcción dogmática de los conceptos fundamentales que la misma lleva consigo (como, por ejemplo, el concepto de «plan de urbanismo», parcelación, licencias, clasificaciones de suelo, urbanizaciones, principios de publicidad sanciones de nulidad, ineficacia y sanción, gravámenes, limitaciones obligaciones, etc.), lo que sí parece cierto es que por diversos caminos todos los urbanistas —y algún civilista— han aceptado la trans-

formación sustancial de la vieja institución de la propiedad y de las limitaciones que la afectan. Todos achacan a la vieja definición de nuestro Código Civil los males por los que atraviesa el urbanismo y lo curioso es que la Ley del Suelo no hace más que aceptar la superada definición romana de suma de facultades que plasma el artículo 348 del Código Civil. Si la propiedad que define la Ley del Suelo es aquella en la que «Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de ordenación...» (artículo 76, Ley del Suelo y artículo 2, *d*), que habla de «fomento e intervención del ejercicio de las facultades dominicales...»), es evidente que estamos ante una propiedad concebida como «un conjunto de facultades» puramente romana.

La peligrosidad de la tesis no reside en ese desenfoque inicial, sino en atribuir al Plan de ordenación la virtud de constituir derechos y obligaciones, determinar su contenido y crear esos mismos derechos. El plan, por ejemplo, para MARTÍN BLANCO y GARCÍA DE ENTERRÍA, «es determinativo y constitutivo de derechos y obligaciones de naturaleza jurídico-privada. No sólo determina el contenido y alcance de derechos subjetivos, sino que los crea». El Plan, pues, no es una limitación del dominio, sino «fuente de facultades dominicales». El contenido del derecho de propiedad urbana no hay que buscarlo en la Ley, sino en el Plan. Intentando paliar esta avanzada tesis había hecho la cita de JOSEF PIEPER, que decía que «La Justicia presupone el Derecho. Si algo se debe a un hombre como suyo, el hecho de que tal se le deba no es en sí obra de la Justicia. El acto por el cual se constituye algo en propio de alguien no puede ser un acto de Justicia». Si la Justicia no crea el Derecho, sino que lo reconoce y declara, ¿cómo es posible que un Plan de ordenación tenga esa fuerza creadora?

ALVARO D'ORS había dicho con razón que todas las limitaciones del derecho de propiedad, sean establecidas por la ley pública y por la ley privada, demuestran la existencia de la propiedad, pues sólo lo que existe puede ser limitado. Tales limitaciones desaparecen por sí mismas cuando la propiedad privada viene a ser negada y abolida. Entonces el aprovechamiento de las cosas comunes que pueda concederse a un particular no constituye ya un derecho, sino al revés, un encargo: el propietario cede entonces su puesto al funcionario. En este momento puede decirse que ha desaparecido el Derecho privado, es decir, el Derecho propiamente dicho. Y de ahí la gran habilidad de parte de la doctrina urbanística (aparentemente diversificada en la construcción de las limitaciones del dominio, pues unos hablan de tales, otros confunden gravá-

menes con obligaciones, otros hablan de la *obligatio propter rem*, etc.) que trae a primer plano la teoría de las delimitaciones del dominio formulada por WESTERMANN y puesta en rodaje intencionado en nuestra patria por GARCÍA ENTERRÍA. Ello nos acerca mucho al «encargo» de que hablara D'ORS. El tema es preocupante desde el punto de vista constitucional, como luego veremos.

Aunque el abanderado de la doctrina urbanística, reconocido como uno de los grandes puntales del campo administrativo, de vez en cuando hace concesiones al principio de publicidad, lo cierto es que ahí están los «Reglamentos de Planeamiento y disciplina urbanística» que, haciendo caso omiso de la disposición 13 de las transitorias o adicionales de la Ley, soluciona urbanísticamente y al estilo del administrativista citado todos los problemas pendientes.

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

Todo ello se decía en 1970 y ahora, al filo de su nueva publicación o segunda edición de su *Curso de Derecho Administrativo*, dice que el Derecho Administrativo resulta ser «el Derecho común de las administraciones públicas». No se trata, por ello, de un Derecho especial, como el Mercantil, sino que es un Derecho común y cuando en él hay una laguna, ésta se integra con sus propios principios, sin tener aplicación el artículo 16 del Código Civil que supletoriamente viene en auxilio de aquellas leyes que regulan materias especiales. El artículo 16 se está refiriendo a las leyes especiales del ordenamiento civil, no a las del ordenamiento administrativo, que es capaz de autointegrar sus propias lagu-

nas sobre la base de sus principios generales. Afirma que así lo viene declarando sistemáticamente el Tribunal Supremo. Claro que ya veremos luego lo que la Constitución española entiende por ordenamiento.

Por ello al principio os decía que se cerraban muchas puertas y que resultaba difícil abrir ventanas sin barrotes. HERNÁNDEZ GIL, en la monografía antes citada, tenía la virtud de hablar del «valor permanente del Derecho Civil» y entre los argumentos que utilizaba para defender a ese «Derecho primario y preeminente» decía que en el mundo se habían logrado tres grandes creaciones íntimamente ligadas, la representada por el Derecho romano, con su valor histórico y cultural, la del Derecho natural, con un valor ético, y la del Derecho Civil, ligado a las exigencias de la vida. Quizá la cuarta creación sea la del Derecho social, pero sin que por ello deba desaparecer el Derecho Civil, ya que en el orden jurídico siempre es fecunda la armonía, siempre son infecundos los exclusivismos.

MARTÍN BULLINGER puede ofrecer con su tesis de la necesidad de abandonar la división dogmático-jurídica, que distingue el Derecho público del Derecho privado, y en lugar de dicha división debería hacer su aparición una especie de Derecho común de carácter diferenciado, que podría ser aplicado como Derecho general a la comunidad del Estado, a todo tipo de relaciones jurídicas, sin consideración a la participación en las mismas de autoridades estatales, corporaciones con autoadministración, empresas de economía mixta, partidos políticos, agrupaciones económicas, personas privadas y empresas privadas con o sin vinculaciones públicas.

Deben servir esas pinceladas para enmarcar el momento actual. Personalmente no quiero añadir nada, pues, desgraciadamente, mi formación universitaria es privatista, pertenezco a los de la «concepción» plana del Derecho y de ahí que no comprenda la grosería del silencio administrativo, ni la exigencia fiscal de la tributación de un acto nulo...

II. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y SU ENFOQUE

A mí la Constitución española no me ha gustado, quizá porque la he leído... privilegio de pocos españoles, pues el resto ni se la leyeron, ni han dejado que se la lean. Claro está que no me guste a mí no quiere decir que no sea buena, mejor o peor que las anteriores; a mí no me gusta porque es muy larga y está llena de imprecisiones jurídicas. Claro que peor opina un senador real que intervino en su texto. Me estoy refiriendo a CAMILO JOSÉ CELA, que dice de ella que: «El texto constitucional remitido por el Congreso es triste, aburrido y necesariamente hortera...».

Desde el punto de vista personal, al hablar doblado la esquina del medio siglo, he podido tocar dos momentos constitucionales españoles. El primero fue de pantalón corto, sin vello en las piernas, y el segundo lo es cuando ya voy adivinando la recta final y voy perdiendo la necesidad de la curiosidad... aunque no arrastre todavía los pies. Por eso, la posible valoración personal no os puede servir. Creo que solamente el aspecto jurídico que os pueda ofrecer dentro de mi ángulo —mi maceta hipotecaria, si queréis— es el que puede tener un valor para vosotros.

De las dos posibles maneras de entender la Constitución, constitución liberal y constitución marxista, parece claro que la nuestra se adscribe al movimiento liberal teniendo un contenido de normas, disposiciones abstractas y generales que establecen la imposibilidad de un arbitrio del poder. No es, por ello, una «norma refleja» en la que se reconocen en cada momento los avances dados por el Estado socialista en la construcción de una sociedad de ese tipo. Pero no es *fuerza del Derecho*, aunque la Constitución forme parte del ordenamiento jurídico, como dice el artículo 9 de la misma. La Constitución no otorga más que un poder o facultad para dictar normas jurídicas ajustadas a los principios, los cuales sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53,1,3.º). Esos argumentos y otros, como los del recurso de inconstitucionalidad, los expongo con más detenimiento en esa publicación del Ministerio de Hacienda, Dirección General de lo Contencioso, que acaba de ver la luz. No me extiendo, por ello.

Para centrar el tema vamos a destacar, dentro del texto de la Constitución, dos materias que están en íntima conexión, como son el instrumento técnico de publicidad que aporta la institución registral y el tratamiento que el urbanismo y la propiedad tiene dentro de la misma.

A) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Resulta muy aventurado decir que la Constitución española dedica una especial referencia al Registro de la Propiedad, pero sí creo que de su texto —aunque no fuera ésa la intención de sus elaboradores— se puede descubrir una referencia al Registro de la Propiedad, a alguno de los principios que estructuran la ciencia hipotecaria y a la patente diferencia existente entre los Registros jurídicos y los administrativos. Todo ello dentro de una imprecisión espectacular que demuestra la poca formación de quienes intervinieron en la redacción.

Que el artículo 149,8.º de la Constitución se está refiriendo al Registro de la Propiedad al hablar de la «ordenación de los Registros»

como materia de exclusiva competencia del Estado español, resulta indudable, no ya por la referencia genérica que establece, sino porque enlaza con la frase «instrumentos públicos» base de «nutrición» de los Registros Jurídicos de Bienes. Esta necesidad estatal de organización a nivel nacional de los Registros y los instrumentos públicos —que lleva consigo la exclusiva— no viene a demostrar más que la efectividad que las dos instituciones tradicionales del Notariado y Registro ofrecen como fundamental base para asegurar lo que se denomina «seguridad del tráfico jurídico». Admitiendo que la frase «ordenación de los Registros» tenga un carácter general y no circunscrito a los «Registros Jurídicos» en virtud del enlace que la misma tiene con la de «instrumentos públicos», comienza a ser sistemático que de esa generalidad se dé una norma especial para lo que la misma Constitución llama «Registros administrativos». Es el artículo 105, apartado B), el que al asimilar a los archivos con los registros administrativos, concede a los ciudadanos el acceso a los mismos, dando así un trato diferencial entre lo que la doctrina llama publicidad noticia (lograda por el simple acceso), de la publicidad efecto, que surge en base de unos principios que tratan de mantener la seguridad del tráfico jurídico.

No me gustaría cansaros mucho con este tema, pero presiento que ciertas debilidades privatistas y unos ataques solapados por parte de los administrativistas pretenden unificar «administrativamente» todos los Registros y creo que es hora de levantar banderas y no arriarlas o ponerlas a media asta.

De todos vosotros es conocido el trabajo de MIGUEL MONTORO PUERTO (creo que ahora con cargo oficial) que mantiene un tratamiento unitario de la actividad registral, pretendiendo que todos los Registros responden a unos mismos principios y que todos deben tener una normativa común. Este trabajo, hecho bajo la tremenda realidad de la penetración pública del Derecho privado, resulta hoy día anacrónico a la vista política de las autonomías... Facilitaron este trabajo ciertas concesiones terminológicas de autores prestigiosos que militan en el campo privado, como son LÓPEZ MEDEL, PASCUAL MARÍN, GONZÁLEZ PÉREZ y AMORÓS GUARDIOLA, aunque este último rectifica en su ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Registral. Todo ello ha ido creando un clima poco propicio a la diferenciación apuntada, hasta el punto de que en el último Congreso Internacional de Derecho Registral se ofreció una afirmación que a mí se me antoja semejante a una herejía jurídica... o, por lo menos, me pone en el borde de renunciar a Satanás, a sus pompas y a mi condición de jurista. Me estoy refiriendo a JOSÉ MENÉNDEZ, que en Puerto Rico dijo: «Con frecuen-

cia se acude al sencillo expediente de oponer los Registros jurídicos a los Registros administrativos para justificar en estos últimos la ausencia de unos principios informadores y la escasez de garantía jurídica. Creemos que es llegado el momento de frenar la diáspora de la muchedumbre de los apellidados Registros administrativos. Si pensamos que todos ellos (al igual que el de la Propiedad y los tildados de jurídicos) están constituidos y se rigen por *disposiciones normativas*, habremos de concluir que, en definitiva, todos los Registros son jurídicos, porque no hay razón para esoterizar el concepto de lo jurídico con significados minimizadores de alcance pseudocientífico». Es decir, que para este autor se identifica lo «normativo» con lo «jurídico» y así, por ejemplo, un Registro farmacéutico, un Registro bancario, un Registro policíaco, por el hecho de tener una «normativa» que lo regule se hace sin más «jurídico».

Creo que no es el momento de entrar a discutir la equiparación de los términos «normativo» y «jurídico», pues el problema se desplaza en ese tema del campo de lo normativo o de lo jurídico al de la publicidad. Predicar la nota o el principio de publicidad como unitaria para todos los Registros es incurrir en el desconocimiento de los diferentes matices que aquélla tiene. Es un poco como la fórmula que utiliza la Constitución española en el artículo 22, 3.º, al entender que las asociaciones «deberán inscribirse en un registro a los *solos* efectos de la publicidad». ¿Qué habrá querido decir el legislador constitucional con esa fórmula?

La publicidad efecto, privilegio de los Registros jurídicos, supone que el contenido de los mismos se entiende pleno frente al adquirente que reúna determinados requisitos. Este singular efecto debe, en principio, ser considerado como jurídico y no como «normativo». Se trata de un aspecto jurídico del Derecho y no de la norma. Es Derecho justo y no Derecho normativo. Y la justicia del supuesto viene dada por un superior principio que, como veremos, recoge la Constitución: el de la seguridad del tráfico jurídico. Me hubiera gustado profundizar más en esta cuestión, sobre todo, trayendo a vuestra atención la notable diferencia existente, por ejemplo, entre los llamados Registros administrativos de aprovechamientos de aguas que se llevaban en el Ministerio de Obras Públicas, y que me imagino se seguirán llevando, y a los que hizo alusión CABELLO DE LA SOTA en una conocida publicación (*La prescripción y los aprovechamientos de aguas públicas*) entendiendo que los mismos, según las disposiciones que los crearon y la jurisprudencia que los desenvolvió, eran de carácter administrativo, dados los fines «estadísticos» que persiguen. En este sentido, la Sentencia

de 2 de marzo de 1932. Conviene, sin embargo, citar el Real Decreto de 29 de junio de 1978, que resuelve un caso de conflicto de competencias y en algunos de sus pasajes se registran frases como la de: «el acto de inscripción en el Registro de Aprovechamiento de aguas públicas... es acto puramente administrativo y equivale a una concesión...» y la más importante de todas: «la no inscripción en el Registro de la Propiedad implica que el aprovechamiento no pueda surtir efectos respecto de terceros, por aplicación del artículo treinta y dos de la Ley Hipotecaria».

Pasando a otro tema, hay que intentar arrancar a la Constitución española un principio fundamental del sistema hipotecario español. ¿Se quiso su formulación? El legislador constitucional, en su «zarpazo» para la enunciación de principios, formuló uno en forma genérica y tosca. Quizá no sea preciso más. En diversos artículos la Constitución habla de «garantías», respeto, protección de derechos y hasta de «seguridad», pero solamente en el artículo 9 se pronuncia en forma genérica a favor del principio de «seguridad jurídica». Al intérprete le corresponde el desarrollo del principio para extender el mismo a todos los supuestos que merezcan cobijarse en el mismo. En buena hermenéutica es imprescindible no excluir casos o situaciones que excepcionen la formulación genérica. De ahí que haya que acudir a la conocida tesis que contempla la seguridad jurídica en una doble vertiente: la del Derecho y la del tráfico. La primera asegurada por la autoridad judicial ante el Derecho conculcado y la segunda ante la eficacia publicitaria de los pronunciamientos registrales. De no entenderlo así —y pensar que sólo a la seguridad del Derecho se refiere—, el principio no tendría el alcance programático que lo inspiró.

No quiero dejar de referirme al principio de «legalidad» al que también alude el artículo 9 de la Constitución. Sería casi pretencioso considerar que el mismo tiene un contenido sustancial con destinatario fijo: el de la calificación registral. Pensar eso supondría entrar en esa especie de crisis sicológica que refleja la «manía persecutoria»... comprendo que hay persecución, a la vieja usanza de los cristianos primitivos, pero no creo que eso nos legitime para que el legislador constitucional nos haya brindado el principio. Parece ser que, según los más autorizados autores, el principio de legalidad lo que supone es un otorgamiento a la Administración de poderes jurídicos emanados de la Ley, definiendo exactamente sus límites. La Administración actúa en ejercicio de ese poder, precisamente al servicio de la Ley y dentro de esas fronteras. Prescindiendo ahora de si nuestra función calificadora está o no inmersa en el campo administrativo, judicial o *sui generis*, lo que sí es claro que

la Ley nos otorga un poder de calificación para velar por el principio de legalidad y que, aunque no seamos Administración, debemos quedar incluidos en ese principio genérico que formula la Constitución. Al funcionario que ejerce este poder, en el caso particular nuestro, no se le puede confundir con un administrativo, pues, a diferencia de lo que sucede en el campo de la función administrativa, el que ejerce ese singular poder no actúa en nombre del Estado y sí en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad. La diferencia resulta auténticamente importante a la hora de la decisión, pues no es lo mismo tener detrás el patrimonio del Estado que tener el patrimonio propio. En un tema de matices...

B) URBANISMO Y PROPIEDAD

El tema o los temas del urbanismo y propiedad —y los agrupo porque por ahora lo urbano sigue siendo preferente a lo rústico— ocupa tres referencias constitucionales dignas de comenar: a) El artículo 47 habla de que «todos los españoles tienen derecho a vivienda 'digna y adecuada'», concediendo a los poderes públicos la facultad de dictar las normas pertinentes para regular la utilización del suelo e impedir la especulación, debiendo participar la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística. b) El artículo 148, 1, 3.º, otorga a las Comunidades autónomas la competencia para la «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», sin que se reserve el Estado en forma exclusiva esta competencia, pues el artículo 149 sólo habla de «medio ambiente y obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad autónoma». c) El reconocimiento que se hace del Derecho de propiedad y la delimitación que de ellos debe hacer la función social, de acuerdo con las leyes (artículo 33).

Me vais a permitir que, por razones de brevedad y de alguna precisión, margine el primero de los problemas. A mí me producen *temblores urbanísticos* lo que debe o debemos entender por vivienda «digna y adecuada», pero si lo relaciono con la expresión «todos los españoles», los temblores se hacen nacionales. Tampoco me atrevo a penetrar en el segundo de los puntos citados, pues el otorgamiento de competencia a las Comunidades Autónomas para la ordenación de su territorio me imagino que será dentro del marco de una ley general, bien sea la actual del Suelo o cualquiera otra que se publique y los problemas que nos afectan serán genéricos a todas las regiones en materia hipotecaria y de publicidad.

A mi entender, el tema que ofrece más densidad es la formulación

del reconocimiento de la propiedad privada y la herencia bajo la fórmula de que «la función social de estos derechos *delimitaran* su contenido, de acuerdo con las leyes». No voy a trazar la trayectoria de la vieja institución de la propiedad y sí sólo recordaros cómo en el campo urbanístico se han registrado construcciones diversas, cuales son la de la propiedad urbana como especial, la emanada del Plan, la propiedad como volumen edificable, la que se deriva de las limitaciones del dominio y, dentro de ella, la que reconoce limitaciones, la que habla de cargas, la *obligatio propter rem* y la que parece recoger la Constitución: la de las delimitaciones del dominio a que al comienzo de estas notas hacíamos referencia. La tesis la mantienen casi todos los urbanistas (MARTÍN BLANCO, MARTÍN MATEO y NÚÑEZ RUÍZ) e incluso algún hipotecarista, como BONILLA ENCINA, aunque luego, a la hora de enfrentarse con los argumentos decisivos para justificar una publicidad, éstos se apoyan en la idea de la «cognoscibilidad legal».

De lo peligroso de la tesis creo que os apercibiréis, ya que si la delimitación de la propiedad no supone más que la expresión del contenido normal, no será precisa una publicidad registral más que de titularidad, pero no de contenido, ni limitaciones que vendrán precisadas legalmente. Resulta sumamente curioso que el mismo que difunde la teoría de nuestra patria, GARCÍA DE ENTERRÍA, rectifica en una conferencia que pronuncia en el Colegio Nacional de Registradores, hablando de la necesidad de un «verdadero sistema de publicidad y de seguridad, función en la que probablemente pueda corresponder un papel destacado a la institución del Registro de la Propiedad, aunque al margen del sistema analítico y por fincas con que hoy está organizado...».

Esta tesis constitucional era perfectamente encajable en la primitiva Ley del Suelo, pero choca abiertamente con la de reforma de 2 de mayo de 1975, en la que, como todos sabéis, en su disposición final treceava o decimotercera se abría la oportunidad de una reforma de la legislación hipotecaria para asegurar que las limitaciones y deberes establecidos por la legislación, planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas se reflejasen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad.

Lo que de verdad ha sucedido es que el legislador hipotecario, bueno, el reformador del Reglamento Hipotecario consideró más urgentes otras reformas del mismo en materias que luego resultaron muy discutibles y dejó el paso franco a la publicación de unos Reglamentos de Planeamiento y disciplina urbanística de 23 de junio de 1978 que van en contra de lo dispuesto en la Ley y suponen un conjunto de disposiciones fraudulentamente formuladas en desarrollo de una ley que partía de principios contrarios. Y ahí es donde está el auténtico conflicto, pues

si dichos Reglamentos son *contra legem* y, sin embargo, parecen ajustarse a la tesis constitucional de la teoría de las delimitaciones del dominio, planeamos la reivindicación de una norma que siendo nula, por ir contra lo dispuesto en la Ley, se convierte en válida por vía del pronunciamiento de un principio constitucional. ¿La nulidad es convalidable?

La Constitución española, en su artículo 9, parte de la base de que dentro de los principios que enumera está el de la «publicidad de las normas». Es todo el gran tema de la ignorancia del Derecho, de su inexcusabilidad y de la problemática de la buena fe. Aceptando, que es mucho aceptar, que el Plan de Ordenación tenga la categoría de norma (lo cual la doctrina administrativista no es generalmente conforme), resulta que para vincular necesita ser publicada y ahí es donde falla la Ley del Suelo, ya que, conforme a los artículos 56 y 55, la versión de la «publicidad» es raquítica y me atrevería a decir que escrofulosa. Es la aprobación del Plan lo que se publica y se concede al ciudadano la posibilidad de consulta. Este es todo el gran tema sobre el que ha girado el famoso cumplimiento de la exigencia de la licencia urbanística conforme a los antiguos artículos 78 y 79 (hoy, 95 y 96 de la vigente Ley del Suelo) y que aclaró la Resolución de la Dirección General de los Registros en el sentido de que su posible incumplimiento era debido a «desconocimiento de las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Madrid». La idea se repite con alguna variante, exigiéndose una denuncia concreta en la Resolución de 21 de agosto de 1978 en contestación al Colegio de Arquitectos de Andalucía Occidental y Badajoz.

Creo que fue el CONDE DE ROMANONES el que decía que no le importaba mucho que sus adversarios políticos legislasen si a él le dejaban dictar los reglamentos de aplicación. Creo que esto sigue siendo verdad, aunque ahora el módulo no es el desarrollo de una ley, sino el de una Constitución a través de leyes, aún a pesar del recurso de anticonstitucionalidad. Sin embargo, se hizo patente en ese Reglamento de 23 de junio de 1978, aprobado por Real Decreto, en el que avanzando la letra de la Ley —y tratando de burlar la disposición treceava de la opción hipotecaria— se establece la publicidad referida a la totalidad de los documentos que constituyan el Plan (cosa que, sin embargo, es de imposible cumplimiento si de verdad se contempla un Plan de Ordenación). Aparte de ello hay un conjunto de medidas de creación de libros registros, cédulas urbanísticas, licencias, etc., aunque no esté claro aún si el urbanista-administrativo decide la sanción de nulidad o la exigencia de una responsabilidad administrativa para los casos de incumplimiento

de sus disposiciones. Y es que para saber si el acto es o no nulo hace falta tener una «concepción plana» del Derecho y no esa tremenda experiencia administrativa de mesa ministerial o bufete acreditado... Ya os advertía antes que hay derechos que aún no han regresado al hogar con la idea del Derecho. También el Estado español tiene competencia exclusiva para dictar las normas que han de resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial. De la redacción de este párrafo del artículo 149 de la Constitución hay que deducir la existencia, además de un Derecho común, uno foral y otro especial, ya que si el Derecho foral se equiparase al especial, no había por qué haber repetido la expresión.

Conforme a la Constitución se sigue el mismo criterio que parece emanar del artículo 16 del Código Civil, al aplicar sólo en forma supletoria el Derecho común en defecto de normativa en la ley especial. Por ello, mientras el criterio no varíe, y si varía entraríamos en un recurso anticonstitucional, la teoría de las fuentes del Derecho debe seguir siendo la misma que hasta ahora, siendo difícil que prospere la tesis mantenida por ese ilustre administrativista.

Si ello fuera cierto, el ordenamiento jurídico español, aparte de por la Constitución, estaría formado por un conjunto de derechos comunes y no especiales: procesal, mercantil, administrativo, hipotecario, fiscal, etcétera, los cuales nunca tendrían la problemática de lagunas, ya que serían normas «completas» capaces de resolver sus propios problemas en base de los principios que les sirven de fundamento.

La cosa parece un poco fuerte, pero a base de esas audacias se ha logrado levantar la bandera del Derecho administrativo.

En forma de conclusión había que pensar serenamente en un desarrollo constitucional de la fórmula que se emplea para hablar de la delimitación de la propiedad, esto es, la llamada «función social» que ha de estructurar la misma. De cómo debemos entender esa «función social» y hasta qué límites debe jugar en los perfiles de la institución es el tema pendiente para poder afrontar un futuro registral.

III. IMPORTANCIA DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y SUS APORTACIONES EN LA POLÍTICA SOCIAL DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Aunque yo no crea mucho en las estadísticas, me hubiera gustado traeros algunas que pudieran apoyar la importancia del sistema registral en orden a esa política social de ordenación del territorio y no sólo den-

tro del campo del urbanismo, sino del medio rural y agrícola. A falta de estadísticas habrá que utilizar balances, opiniones doctrinales y realidades tangibles.

MARTÍN MATEO, ese administrativista —gran amigo mío— metido a urbanista, tuvo no hace mucho una frase poco feliz al referirse a las relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Urbanismo. El artículo, «La penetración pública en la propiedad urbana», del citado autor —publicado por la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*— dice que SAVATIER *nos habla de la propiedad del espacio, que es hoy una auténtica realidad en el mundo de los planificadores y de las relaciones económicas, pero que todavía no ha sido plenamente asimilado ni por los juristas ni por los instrumentos registrales y catastrales, que aseguran el tráfico.* Y lo curioso del caso es que a mí MARTÍN MATEO me parece un hombre inteligente, que brilla en cualquier sector del Derecho menos... en el Derecho Hipotecario, del que tiene lo que ENTERRÍA nos atribuye a los juristas: una concepción «plana» y estéril.

Precisamente es ahí donde reside toda la carga explosiva del reto que la política social de ordenación del territorio tiene con el Registro de la Propiedad. Sería muy difícil hacer un resumen que reflejase lo que acabo de afirmar, pero vamos a intentarlo con unas breves pinceladas para luego insistir en las soluciones concretas a ciertos problemas y terminar con el principio de legalidad.

A) APORTACIONES A LA POLÍTICA SOCIAL

- a) Considero que la institución del Registro de la Propiedad es de carácter aséptico que sirve públicamente en forma intemporal las diferentes etapas por las que la política económica y social de la propiedad atraviesa. Se trata de una institución con carácter de «permanencia en el tiempo», pues la serie de principios que estructuran el sistema permiten garantizar la seguridad de un derecho sobre una propiedad, bien tenga éste carácter social o individual.

En mejor forma lo había dicho ya LA RICA y ARENAL al ingresar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el año 1962, sus frases parecían «lejanas»... «La función social que la propiedad debe cumplir, esta sujeción al bien común que nadie discute, halla, por así decirlo, respecto del inmueble, en la institución del Registro de la Propiedad y en su sistema, el instrumento más apto, el auxiliar más idóneo para el cumplimiento práctico de las funciones que estas modernas con-

cepciones requieren. La propiedad privada inscrita en el Registro de la Propiedad cumple dócil y acata resignada los mandatos del Estado relativos al cumplimiento de la función social en los muy diversos órdenes que ésta abarca».

- b) De esa construcción que inician en la doctrina SPANTIGATI y SAVATIER con el contenido tridimensional, el *ius edificandi*, el «volumen de edificabilidad», etc., y su posible adaptación al sistema registral creo que desde la Universidad de Pamplona se ha dado ya la respuesta, pues de todos vosotros es conocida esa magnífica monografía que escribe JOSÉ ANGEL TORRES LANA bajo el título «La configuración jurídica del volumen de edificabilidad».
- c) En el campo agrario, en relación con el Registro de la Propiedad, hay en la actualidad un estupendo estudio, base de la tesis doctoral, de CORRAL DUEÑAS que termina uno de sus capítulos con esta significativa frase: «partiendo de este concepto del dominio cada vez más supeditado a una planificación de nivel nacional, el papel a desempeñar por el Registro de la Propiedad se ha revalorizado de modo bien patente, ya que puede constituir un medio de la máxima eficacia para conseguir los objetivos propuestos».

No hace mucho, en la Novena Conferencia de Derecho Mundial presentamos JOSÉ LUIS LASSO y yo una especie de comunicación de lo que el Derecho Inmobiliario representa en el campo nacional e internacional. El posible éxito de todo planeamiento o de las medidas de planeamiento reside en saber aprovechar esos dos grandes principios que son el eje de los sistemas jurídicos de bienes, es decir, la publicidad y la seguridad jurídica, para ponerlos al servicio de dichos planeamientos. En suma, alcanzar la inserción, lo más amplia posible, en los sistemas tradicionales de publicidad inmobiliaria. Sólo a través de una adecuada ordenación de las medidas pertinentes pueden quedar salvaguardados los legítimos intereses individuales y los fines públicos que se persiguen.

A título puramente anecdótico, pero rigurosamente cierto, os contaré cómo en la última obra teatral de ANTONIO GALA que se está representando en Madrid y que lleva por título «Petra Regalada», se hace una alusión positiva a los Registros de la Propiedad. GALA, como todos sabéis, proyecta en sus obras todos sus tres estigmas (la Iglesia, los cuarenta años de paz y la homosexualidad), pero en esta ocasión arremete brutalmente con sectores sociales como son el Notariado y la Judica-

tura, poniendo en boca de sus personajes frases difamatorias propias de ser conducido a un Juzgado de Guardia. Sin embargo, al tocar la institución registral se hace eco de su necesidad haciendo decir a otro personaje de su ficción teatral que los datos que suministra son muy necesarios para la reforma social de la tierra.

B) SOLUCIONES CONCRETAS

La fricción que desde la publicación de la primitiva Ley del Suelo se produce reside en que se manejan conceptos distintos. La Ley del Suelo y los planes operan sobre zonas, áreas, polígonos, terrenos de gran amplitud, etc., sometiéndolos a ciertas clasificaciones, limitaciones y condicionamientos, pero no manejan la individualidad de cada finca, concretada en esas descripciones registrales. Creo que si se parte de esta idea podríamos llegar a ciertas precisiones para casos concretos.

- a) *Licencias y cédulas urbanísticas.*—El pasado año explicamos en Sevilla RAFAEL ARNÁIZ y yo un conjunto de temas de Derecho urbanístico y, fundamentalmente, el problema de las licencias que a los andaluces les preocupaba mucho.

RAFAEL ARNÁIZ me explicó un poco de palabra su tesis que ya había mantenido en Barcelona. Su criterio era desplazar el problema de las licencias al Ayuntamiento u organismo encargado de otorgar la licencia. El acto sin licencia se inscribe, se hace constar la falta de licencia por *nota marginal* y se oficia al Ayuntamiento para que sepa la existencia del acto y pueda proceder en consecuencia. Las razones jurídicas en que apoyaba su tesis no os las puedo ofrecer, pero las extraía de la comparación en la redacción de ciertos artículos de la Ley del Suelo.

Es una solución un poco análoga a la que yo proponía en la llamada fase de «formulación de planes» (cosa muy diferente, por ejemplo, de la fase previa a la concentración parcelaria que de todos es conocida) y su aprobación, sin publicidad. En esta fase es donde yo creo que habría que dar vitalidad a la «cédula urbanística», pero con un sentido diferente al que la Ley plantea. La legislación urbanística parte de grandes extensiones de terreno, mientras que el Registro parte de la individualidad de la finca; pues bien, hay que partir de este último presupuesto y dar a la expedición de la certificación registral el carácter de «cédula urbanística», siempre que la misma se

presente en el Ayuntamiento respectivo para que se extienda en ella una diligencia en la que se haga constar si está o no afecta al Plan, si su suelo es o no urbanizable, programado o no, etc. Esta diligencia permitiría un reflejo posterior registral y una facilitación de la contratación y cumplimiento de requisitos legales... Yo ya comprendo las dificultades, pero hay que proponer soluciones.

- b) *La protección de la legalidad urbanística.*—Hay dentro de la normativa de la Ley del Suelo y del Reglamento de Disciplina Urbanística una serie de supuestos, como los actos de suspensión de edificación o uso sin licencia, paralización de las obras, lesividad de las licencias, anulación de las mismas, reposición de situaciones, orden de demolición, obras fuera de ordenación, etc., que podrían ser publicadas y de hecho y de derecho deben serlo a través de una anotación preventiva de publicidad. Igualmente puede aplicarse la técnica de estas anotaciones a la iniciación de expedientes de disciplina urbanística. Por el contrario, ya habría que pasar a las anotaciones de embargo administrativo cuando se trate de sanciones económicas impuestas por el expediente de disciplina urbanística. Cobra así gran importancia la figura de la anotación preventiva como instrumento facilitador de relaciones urbanísticas y registrales.

Creo que estos dos ejemplos que he puesto, marginando esa jungla de casos que exigen un debido enlace, pueden ser un camino para la deseada normalización de situaciones. Queda aún por perfilar ese difícil y discutido problema de las urbanizaciones, donde AVILA ALVAREZ y AMORÓS GUARDIOLA se han pronunciado recientemente.

Para terminar sí me gustaría reproducir algunas opiniones que tanto RAFAEL ARNÁIZ como JOSÉ LUIS LASO han expuesto al hablar del principio de legalidad que programáticamente formulado en forma genérica por el artículo 9 de la Constitución, debe recoger el de la facultad calificadora de los Registradores, que contribuye en forma indispensable para la seguridad del cumplimiento de las normas.

Las garantías del cumplimiento de los planes o de las obligaciones impuestas a la tierra, la interdicción de la arbitrariedad evitando indebida invasión de los derechos de los particulares y el aseguramiento de las obligaciones contraídas por quienes, amparados en el planeamiento, en ocasiones burlan sus determinaciones, en fraude de los derechos sociales, son medidas todas ellas que encajan perfectamente dentro de la sistemática de los registros jurídicos de bienes. Y ello tanto por su pro-

pia estructura, desde el punto de vista en que los bienes constituyen el núcleo central de su desarrollo, como por la verificación de la legalidad de la acción tanto pública como privada a través de un órgano independiente y responsable que colabora así decisivamente en el mantenimiento del orden social y en la formación de los conceptos jurídicos propios de una sociedad libre y desarrollada.

La decisiva y estrecha colaboración entre la facultad constructiva de la actuación notarial, junto con la calificación registral, no solamente asegurarán la legalidad vigente, sino que servirán con su constante intervención de mosaicos inspiradores de infinidad de soluciones que no pueden tener desarrollo y efectividad en un campo como el administrativo en el que, si bien cabe atribuirle un auge expansivo indiscutible, no le asiste por ahora la plenitud de unos principios jurídicos, desde los cuales la imaginación, asistida de la teoría y la ciencia, pueden seguir brindando al mundo soluciones ajustadas a Derecho.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

La «publicidad» del acto registrado (como función social), y la fórmula del «Acta de inscripción» (como protección jurídica)

SUMARIO: 1. *La publicidad del Registro de la Propiedad.*—2. *El acta de inscripción.*—3. *La fórmula de inscripción:* A) Adquisiciones por uno solo de los cónyuges.—B) Adquisiciones compareciendo ambos cónyuges.—C) Adquisiciones por extranjeros.—4. *Declaración de obra nueva.*—5. *Anotaciones de embargo.*—6. *Conclusiones.*

1. LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Estamos atravesando una época de intensa labor legislativa, reformadora de nuestras estructuras jurídicas de todo orden, para acomodarlas a las nuevas ideas de nuestra sociedad.

Con esta perspectiva general, y aprovechando la oportunidad de una modificación tan importante en el Código Civil como es la introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (*B. O. del E.* de 19 de mayo y, por tanto, en vigor desde el día 8 de junio de 1981), creo que es un buen momento para, sin dogmatismos que no me corresponde ni puedo sentar, tratar simplemente de cooperar a clarificar la *función práctica* que al Registro de la Propiedad, como institución, corresponde en esta moderna sociedad de progresiva tendencia «socializante».

Sin entrar en discusiones meramente teóricas, partimos del principio innegable de que el Registro de la Propiedad es un «servicio público» atendido por un profesional libre, muy cualificado. Existe, por tanto, una *obligación institucional* de incorporarnos sin demora a las nuevas tendencias sociales y un *deber corporativo e individual* de colaboración con todos los órganos de la Administración pública, central, regional y local. Y esto ha de hacerse sin poner en entredicho nuestro cometido tradicional, según el sistema de «plena protección al tráfico jurídico»

adoptado por nuestra legislación especial desde sus comienzos. Porque se corre el peligro de quedarnos en una función meramente «publicitaria» (sistema de transcripción) o, lo que sería peor, que quedáramos equiparados a los Registros Administrativos que con tanta profusión se están creando en las nuevas leyes, con un simple cometido de «publicidad-noticia», sin efectos jurídicos o sólo mínimos.

Creemos que la función pública de DAR PUBLICIDAD a los actos jurídicos válidamente realizados y, a su amparo, PROTEGER EL TRAFICO JURIDICO DE LOS BIENES, es cada día más necesaria e importante, por encima de los diversos sistemas económicos y aun políticos.

Nuestro Registro es y debe seguir siendo un Registro de «publicidad» y un Registro de «bienes», con plenos efectos jurídicos de «seguridad» en el tráfico.

* * *

Dejemos aparte, de momento, el importante problema de la «clase de bienes» a los que debe extenderse esa protección registral. Desde los comienzos del sistema, estamos refiriéndonos, con frase estereotipada, a «bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos»; y los tímidos intentos de ampliar esa base inicial («bienes identificables», «bienes perseguibles...») han cristalizado muy poco. Sin embargo, la legislación positiva, obligada por la realidad, hace cada vez más frecuentes referencias a otras clases de bienes que en el tráfico jurídico y económico tienen igual, e incluso mayor, importancia que los inmuebles, no sólo económica, sino también «inversionista» o de previsión. (Confróntense los artículos 166, 1.321, 1.352, 1.384, 323, 324...; por no citar más que algunos de la nueva redacción o reforma del Código Civil, que aluden a «acciones», «participaciones sociales», «cédulas, bonos y participaciones hipotecarias», joyas y objetos artísticos, etc.)

Es conveniente procurar la ampliación de la base de nuestro sistema registral, al compás de las necesidades de los tiempos modernos y de su economía, para no quedarnos anquilosados en el siglo pasado. Para ello, bien está procurar ampliar la base «real» (los bienes protegibles); pero también debe procurarse ampliar el «objetivo»: LA PUBLICIDAD, que es cada vez más conveniente y necesaria; sin perder nunca de vista esa finalidad última de «protección al tráfico jurídico», pero sin menospreciar tampoco la publicidad meramente «publicitaria», que, sin duda, colaborará intensamente a aquélla.

Sin intentar siquiera mediar en la discusión teórica y doctrinal de si se inscriben los «títulos», los «actos», los «bienes» o los «derechos», lo que está fuera de toda discusión es que esa PUBLICIDAD se consi-

gue, simplemente, mediante la publicación en los Libros del Registro del acto jurídico realizado por las partes, previa calificación por el registrador de que es válido y ajustado a la Ley y que tiene eficacia «*erga omnes*» (1). Es decir, al Registro llega el «acto» (título material) incorporado a un «documento» (título formal); y si el registrador decide incorporarlo a los libros del Registro, se produce la «*publicidad registral*» de todos sus elementos y circunstancias. Y, tanto del acto jurídico, como de su «publicidad», se deducen unas consecuencias jurídicas que extienden su radio de acción no sólo respecto del titular registral, sino también respecto del que contrata con él, e incluso respecto de terceros ajenos al acto en su realización, pero que se ven afectados por su conocimiento (presunto), o que, por propia iniciativa, buscan información en el Registro, con objeto o pretensión de adquirir derechos «seguros» en la cosa. Es la «protección al tráfico jurídico».

Estos perfiles de nuestra institución registral, a la par que ennoblecen nuestra decisión calificadora, delimitan nuestra función a un ámbito peculiar: *El Registro no crea derechos*; sólo publica los actos jurídicos con eficacia *erga omnes* y que van provistos de un Certificado de Garantía de un técnico jurídico imparcial que acredita su validez y eficacia. Y sólo como consecuencia de ello se producen unos determinados efectos: los que la «*Ley vigente en cada momento*» atribuye a esos actos y a su publicidad registral.

Hemos destacado la frase «Ley vigente en cada momento», porque en esta sociedad cambiante tenemos que acostumbrarnos a admitir que un acto realizado en un momento determinado y bajo una determinada legislación puede llegar a tener en el futuro unas consecuencias jurídicas imprevisibles. Piénsese, por ejemplo, en la gran cantidad de matrimonios que se celebraron (¿por contrato?) bajo una legislación que establecía un régimen económico que atribuía al marido derechos y facultades omnímodas, y que, al parecer, iba a ser inamovible; y que, ante esta situación tan clara y terminante, los cónyuges no se preocuparon de precisar con exactitud qué bienes eran privativos y cuáles debieran seguir siéndolo en sustitución de otros; de qué dinero disponían uno y otro; cómo se invertía; etc. Y no digamos nada de esa imprevisión con que, frecuentemente y para no pagar mayores impuestos, se hacían ventas entre padres e hijos en lugar de donaciones; o se transmitían por documento privado solares que eran privativos a cambio de viviendas a construir, pero que en escritura pública se documentaban como ventas y se inscribían como gananciales, a pesar de no serlo; o

(1) Partimos de este principio, que es el tradicional; no obstante, al final de este trabajo lo veremos «superado»,

cuando se estimaba, sin mayores precisiones, que era ganancial toda edificación que se levantaba en suelo privativo, por aplicación de un precepto tan excepcional como el artículo 1.404, párrafo 2.º, del Código Civil antes de su reforma, y al que se dio, sin duda, tan excesiva y general aplicación, que ha sido preciso derogarlo y sustituirlo por la presunción de signo contrario (artículo 1.359, reformado). Y el colmo de la imprevisión legal era la imposibilidad de inscribir como «privativo» un bien comprado con dinero exclusivo de uno de los cónyuges, pues, todo lo más, aun mediando el consentimiento o confesión del otro, sólo se conseguía la inscripción «sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial». También esto ha sido corregido por la reforma del Código Civil.

Esta imprevisibilidad de las consecuencias jurídicas de un determinado acto realizado con arreglo a una legislación que después se modifica, puede también predicarse de los efectos jurídicos de la publicidad registral, si no se cuida la «fórmula» para lograr una «*publicidad objetiva*». Es tan probable que esto pueda ser así, que puede decirse, según la experiencia de la última reforma del Código Civil, que, incluso de la forma en que estén hechas las inscripciones (y según la «fórmula» empleada en los asientos), puede pretenderse que los efectos o consecuencias jurídicas sean distintas.

Un claro ejemplo de esto que decimos es el nuevo artículo 1.384 del Código Civil, que dice: «Serán válidos los actos de administración de bienes..., realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren...». Indudablemente, tratándose de bienes inmuebles tiene que referirse el precepto a su «inscripción» en el Registro de la Propiedad.

Si se quiere apurar hasta sus últimas consecuencias esta norma, claramente excepcional al principio de «gestión conjunta» por ambos cónyuges de los bienes gananciales (art. 1.375 reformado), indudablemente se pretenderá aplicar a todos los supuestos en que los bienes aparezcan inscritos «formalmente» a favor de un solo cónyuge, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran otorgado los actos o se hubiera practicado la inscripción, y prescindiendo del carácter «ganancial» que puedan tener por presunción de la ley. Y dada la amplitud del concepto de «actos de administración» (divisiones, segregaciones, agrupaciones, declaraciones de obra nueva, adquisición de servidumbres en favor de la finca, establecimiento de un régimen estatutario, etc.), no cabe duda de que este precepto tendrá mucha aplicación práctica. Lo mismo cabe decir si se adquirió una finca pagando su precio con un «cheque» o talón bancario con cargo a una cuenta de la que es titular uno solo de los cónyuges, si de ello puede presumirse que el otro cónyuge tiene ya reco-

nocido el carácter privativo del dinero por figurar únicamente «a nombre del adquirente», en base al citado artículo 1.384 reformado.

Es indudable que en estos casos, y en otros muchos que pueden presentarse, se va a poner a prueba la eficacia de la «fórmula registral», por la gran anomalía que supondría el que actos iguales se inscriban de diferente manera, según la época, y lo que es peor, según los Registros o sus distintos titulares.

Y nuestros Registros están plagados de situaciones tan anómalas, como hemos podido constatar a lo largo de nuestra ya no corta vida profesional. Y así hemos podido observar:

1) Que las inscripciones anteriores a la reforma del Reglamento Hipotecario de 1947, que se practicaban como consecuencia de adquisiciones onerosas, se hacían, sin mayor preocupación, a favor del cónyuge adquirente, a veces mencionando tan sólo su estado civil de casado, pero sin consignar el nombre del otro cónyuge (normalmente, el adquirente era el marido), lo que planteaba con frecuencia el problema de las segundas nupcias; hasta que en 1947 se impuso la necesidad de hacer constar el nombre y apellidos del cónyuge «si el acto afectaba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal». Incluso se prescindía de consignar la aseveración del otro cónyuge, si constaba, de que el dinero con que se efectuaba la adquisición era «privativo del adquirente», manifestación a la que no se reconocía relevancia registral por estimarse que tenía efectos exclusivamente entre los cónyuges (que eran «una sola carne») y no afectaba a terceros.

2) En esa misma época, aunque, como hemos dicho, las adquisiciones las efectuaba el marido, en los casos excepcionales en que adquiriría la esposa, la inscripción también se practicaba a nombre de ella (aunque hubiera estado presente el marido en el otorgamiento de la escritura para prestar la «licencia marital» de la que no estaban exceptuadas las adquisiciones onerosas), lo que obliga a considerar «gananciales» esos bienes así inscritos, pues normalmente tampoco se hacía constar el carácter privativo del dinero, ni siquiera en la escritura, aunque el hecho de ser excepcionales las compras por mujer casada pudiera hacer pensar, cuando no presumir, que sí lo era. Y la consecuencia jurídica más importante y en cierto modo irregular, es que el marido podía vender dichos bienes, actuando sólo él hasta 1958 (Ley de 24 de abril de 1958), e incluso después con autorización judicial supletoria; pero lo cierto es que sin intervención de la esposa adquirente.

3) Vino después el famoso artículo 95 del Reglamento Hipotecario, en su versión de 1959, cuya regla primera *ordenaba a los Registradores* practicar la inscripción «a favor de ambos esposos conjuntamente, sin

atribución de cuotas y para su sociedad conyugal», en los supuestos en que no se acreditaba ni se hacía declaración alguna sobre la procedencia del dinero empleado en la adquisición; y esto debía hacerse así, aunque en el acto adquisitivo interviniera exclusivamente uno solo de los cónyuges, como era lo normal, casi siempre el marido, aunque también cuando adquiriría la mujer casada, a partir de las famosas Resoluciones de 1977 y 1978.

Y no fue hasta la también importante Resolución de 4 de mayo de 1978 cuando la Dirección General se hizo eco de la irregularidad que suponía esta forma de inscribir, al decir que: «... incluso en las situaciones normales de un matrimonio puede parecer excesivo que de acuerdo con dicha regla primera (del art. 95 del Reglamento Hipotecario) se practique la inscripción a nombre de ambos cónyuges cuando sólo adquirió uno de ellos, con lo que aparece como *titular registral quien no ha sido parte en el acto o contrato*».

Es decir, que dicha forma de inscribir, impuesta reglamentariamente (dicho sea de paso, creo que la más usada en las inscripciones de todos los Registros de España, al menos en las regiones de Derecho común), fue un craso error. Pero, además, innecesario, porque, como sigue diciendo la misma Resolución citada, su única finalidad era «poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen». Como si con esa forma de redactar el «acta de inscripción» se dispensase al Registrador de leer el resto del asiento al inscribir un acto dispositivo posterior, lo cual creo innecesario advertir que no debe omitirse nunca, y no sólo para averiguar si el adquirente era casado y si su cónyuge había o no reconocido el carácter privativo del dinero con que se efectuaba la adquisición, sino también para examinar otras circunstancias del acto adquisitivo, sus «condiciones» y acaso «reservas», que no siempre se recogen en el «acta de inscripción», bien por no estimarse necesario al depender su eficacia de su ejercicio «facultativo» (caso de la «reserva» del art. 811 del Código Civil) o por un mero olvido, pero que indudablemente no deben pasar inadvertidas al calificar el acto posterior o al expedir una certificación de cargas. (Es difícil, aunque desgraciadamente posible, que al inscribir una compra con condición resolutoria, se omita en el «acta de inscripción» dicha circunstancia; pero lo que ya no es tan difícil es que se omita una condición resolutoria que debe «arrastrarse» de una adquisición precedente, porque todavía esté sin extinguir, al menos registralmente.)

4) Y descendiendo de los textos legales y reglamentarios a la realidad práctica de las Oficinas, nos encontramos con variedad de fórmu-

las, más o menos justificadas: En unas, se sigue manteniendo (¿por simple rutina?) la fórmula antigua de inscribir a favor del adquirente, si bien consignando siempre el nombre y apellidos del otro cónyuge (y quizá esta fórmula, que sería antirreglamentaria desde 1959, no sea precisamente la más incorrecta). En otras Oficinas, a lo anterior se añade la coletilla de estilo «para la sociedad conyugal» (y se me ocurre preguntar, ¿es la «inscripción» para la sociedad conyugal o la «compra» para la sociedad conyugal?). Finalmente, ya dejamos constancia de que la expresión más usada en todos los Registros es la de inscribir «a favor de ambos cónyuges, conjuntamente y para su sociedad conyugal», como establecía el Reglamento, no obstante ser incorrecta cuando adquiriría uno solo; por eso, con gran sutileza, en algunos Registros se inscribe a favor del adquirente, «casado con doña... y para la sociedad conyugal de ambos» (que no es lo mismo que «a favor de ambos conjuntamente»).

No creo haber agotado la casuística.

* * *

No cabe duda de que esas formas de inscribir, tanto las impuestas por el artículo 95 del R. H. como las empleadas, más o menos arbitrariamente, en la práctica por las distintas Oficinas no eran simple «publicidad» de lo que el Documento recogía, sino que *también pronunciaban «consecuencias jurídicas deducidas»* del acto realizado; y así, se inscribía a favor de ambos cónyuges «conjuntamente y para su sociedad conyugal», aunque sólo hubiera adquirido uno de ellos y nada hubiera manifestado al respecto; igual se hacía en las declaraciones de obra nueva, aplicando «de oficio» la «accesión invertida», lo mismo en obras terminadas que «en construcción» (algunas veces «mero proyecto», pues ninguna prueba se exigía del comienzo de las obras).

Esto hacía que el principio de «tracto registral» se viera conculcado con frecuencia, y se estimara suficiente el consentimiento de uno de los cónyuges, en la venta por el Juez en ejecución de una obligación asumida sólo por uno de los cónyuges; retroventa por ejercicio del derecho de retracto convencional o legal; cancelación de hipoteca ganancial por pago del crédito garantizado; ejercicio de la acción hipotecaria sólo contra el marido; embargo de bienes gananciales «notificándose» simplemente a la esposa, y considerando suficiente esa notificación para que la «adjudicación o venta judicial» se hiciese por el Juez en el tramo final del procedimiento de apremio; y otros muchos supuestos.

Y lo cierto es que *de la inscripción no nacen derechos materiales,*

por lo que *tampoco es preciso que se inscriban derechos. Los derechos nacen del «acto realizado»*. De aquí que hayamos dicho que no nos parece correcto «inscribir para la sociedad conyugal» (entre otras cosas, porque no es una persona jurídica); debe inscribirse «la compra para la sociedad conyugal»; es decir, la compra «efectuada» para la comunidad de ambos cónyuges, si así se manifestó en el acto de adquisición.

* * *

Y ahora, ¿qué va a pasar con esas inscripciones, con toda su variedad más o menos caprichosa, si, por ejemplo, se exige la aplicación rigurosa del artículo 1.384, reformado, del Código Civil? ¿Puede sostenerse con rigor técnico que, por razón de la «fórmula» empleada al inscribir, las consecuencias jurídicas de un mismo acto sean distintas y no sólo en distintos Registros, sino incluso en la misma Oficina, si hay más de un titular y emplean distintas expresiones?

NO CABE DUDA DE QUE SE IMPONE BUSCAR UNA UNIFORMIDAD EN LA FORMULA.

Pero esta UNIFORMIDAD no debe ser impuesta reglamentariamente (al estilo de las reglas del ya caduco artículo 95 del R. H.), sino que debe, y puede, ser conseguida a través de una convicción general de que las inscripciones, lo mismo que la función calificadora, han de practicarse, incluso «formalmente», como imponen los principios básicos de la institución registral, que son permanentes e inalterables, a pesar de los cambios legislativos.

Y para ello creo necesario precisar con toda exactitud cuál debe ser el contenido del asiento registral, de acuerdo con la especial naturaleza y objeto de la institución registral.

En el asiento de inscripción conviene diferenciar (y, salvo escasas excepciones, así se viene haciendo en la práctica) el «*acto registrado*» y el «*acta de inscripción*».

En cuanto al primero, es preciso asegurarse que el acto material, válidamente celebrado, se incorpore a los libros de Registro tal y como ha sido realizado u otorgado por las partes interesadas, *sin suprimir nada que pueda ser importante para una completa «publicidad registral»*, pero, también, *sin añadir nada que pudiera hacer variar el sentido de la intención de aquéllas*. La regla 6.^a del artículo 51 del R. H. hace una aplicación rigurosa de esto, al disponer que se copien «literalmente» las estipulaciones o condiciones del contrato; sin embargo, su última frase («No se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real») quizá no debiera ser tan tajante; porque, como tendremos ocasión de decir, son numerosos los

supuestos, y cada vez se ha de ir a más, en que nos veremos obligados a consignar algunas de esas cláusulas para que la publicidad sea completa.

Pero el «*acta de inscripción*» es algo diferente. Es un «*juicio consecuente*» del *acto registrado*, que realiza el registrador, por el que se precisa con toda exactitud «qué es lo que se inscribe», es decir, «*qué derechos o situaciones jurídicas merecen la protección registral legitimadora*».

Podemos, por tanto, decir que el «*acto registrado*» tiene un *contenido publicitario* (con efectos registrales de «simple noticia», o de situación de «pendencia», o como «antecedente» o presupuesto de otro acto posterior) *mayor que el «acta de inscripción»*; pero *sólo el contenido de esta última tiene plenos efectos legitimadores en la protección del tráfico jurídico*. Lo cual no quiere decir que las demás circunstancias que publica la parte del asiento que no es el «acta» no ayuden a esa protección del tráfico; indudablemente cooperan, pero sólo con su «publicidad», sin efectos legitimadores plenos.

Varios supuestos permitirán aclarar estas ideas:

— SUPUESTO PRIMERO: En la venta de un solar o de una vivienda con parte del precio aplazado y garantizado con «condición resolutoria expresa», es frecuente la estipulación de que dicha condición resolutoria quedará «pospuesta» a la hipoteca que se constituirá en garantía de un préstamo que el comprador ha obtenido de un Banco o Caja de Ahorros, precisamente para afrontar el primer pago o «entrada» de la compra; cuya hipoteca no siempre se determina de un modo perfecto para que puede ser inscrita la «reserva de rango» (requisitos del artículo 241 del R. H.), pero sí con los datos suficientes para que quede «identificada»: principal ya recibido, entidad prestamista y, si acaso, fecha de la escritura, que normalmente es inmediata a la de compra, aunque no simultánea, pues incluso cabe que sean autorizadas por Notarios distintos, ya que las escrituras de hipotecas con las Cajas de Ahorro o entidades públicas están sujetas a «turno» entre los fedatarios.

Al otorgarse la escritura de hipoteca, la entidad acreedora, si no expresamente, al menos tácitamente, acepta la «anteposición» de su hipoteca, pues al reseñarse el título de adquisición de la finca se hará constar que la condición resolutoria se «pospuso» ya de antemano (posición que, de hecho, viene impuesta por la entidad prestamista como una de las condiciones para conceder el préstamo).

Ambas escrituras, la de compra y la de hipoteca, llegan por separado al Registro (y, por tanto, ni siquiera cabe la ficción que ideó la Resolu-

ción de 5 de febrero de 1915, al considerar perfecta la posposición por la presentación simultánea de ambas escrituras). No cabe duda de que al inscribir la venta se hará constar la estipulación relativa a la «posposición» de la condición resolutoria inserta (cuya «posposición», repetimos, no estará inscrita como «reserva de rango» por la incompleta determinación de las circunstancias de la hipoteca, aunque su «identificación» sea perfecta por otros datos), porque dicha consignación vendrá impuesta por la necesidad de transcribir literalmente todas las condiciones del contrato (artículo 51, regla 6.^a, del R. H.), cuando no por la necesidad de hacer constar de un modo completo la contraprestación de una de las partes contratantes o las circunstancias del precio y forma de pago del mismo (artículo 10 de la L. H.). Y cuando con posterioridad se inscriba la hipoteca, su «anteposición» a la condición resolutoria se operará automáticamente, *por efectos de la publicidad registral de aquella estipulación de la compraventa*.

Es necesario advertir, sin embargo, que los derechos que pudieran adquirir los terceros en el «interin», no quedarán perjudicados por la permuta de puestos, como lo serían si la «reserva de rango» se hubiera inscrito con la venta, *lo que haría necesario que dicha «reserva» se reflejara en el «acta de inscripción»*.

— SUPUESTO SEGUNDO: Otro caso parecido y más claro tiene lugar cuando en una escritura de hipoteca se estipula, como una de las cláusulas, que el comprador de la finca hipotecada «quedará subrogado en el préstamo garantizado»; y en la posterior escritura de compraventa se pacta también expresamente dicha subrogación entre vendedor y comprador. No cabe duda de que al inscribir la compra la «subrogación» se producirá también automáticamente, aunque no concurra la entidad acreedora, cuyo consentimiento ya se había prestado por anticipado en la escritura de hipoteca, *según constará del Registro*.

— SUPUESTO TERCERO: Los mismos efectos del supuestos anterior se producen en las compras de fincas hipotecadas con «asunción» por el comprador de las deudas garantizadas, pero todavía imperfecta por faltar el consentimiento del acreedor (artículo 118 de la L. H.); cuya «asunción» se hará constar en el Registro, al menos como circunstancia o forma de pago del precio, pero *indudablemente como «publicidad»*, a la espera de su perfección registral, que tendrá lugar cuando el acreedor la consienta; en cuyo momento se consignará en el «acta de inscripción».

(No se puede decir que, tanto la «subrogación» como la «asunción» en la deuda garantizada con hipoteca, en los dos supuestos anteriores,

no debieran preocupar al Registro, ya que se producen en el campo de la «obligación» y no en el de la «hipoteca», que es el derecho real inscrito. Aparte de que lo inscrito es el «préstamo hipotecario» como una unidad, la constancia en el Registro del cambio de deudor, que suponen la «subrogación» o la «asunción», debe hacerse formalmente y reflejarse en el «acta de inscripción» del acto que las contenga, por la importancia que tiene la persona del obligado al pago, sobre todo en el momento de la ejecución hipotecaria, por ser el que debe ser requerido de pago y ser demandado si no lo verifica.)

Los dos supuestos explicados pueden entenderse como simples «prestaciones de consentimiento anticipado» para la «subrogación» o la «asunción» de deuda, que se perfeccionarán posteriormente mediante una «ficción» de unidad de acto que, en realidad, ha sido realizado en dos tiempos. Y pudiera decirse que el Registro de la Propiedad no es el lugar adecuado para publicar esos «consentimientos anticipados», como no lo es para publicar «poderes». Pero, en rigor, no pueden entenderse así, ya que son pactos o condiciones del contrato que los contiene, que van a estar inactivos o en estado de «pendencia» durante un tiempo, pero que operan como presupuestos «modalizadores» de las prestaciones de una o de las dos partes contratantes y, por tanto, inseparables de dichas prestaciones. Concretamente, así lo entendió la Resolución de 28 de noviembre de 1978, al admitir la inscripción de la estipulación relativa a un «consentimiento formal cancelatorio anticipado» para que en su día se produjese la «caducidad de la condición resolutoria» que garantizaba el pago del precio aplazado en una compraventa, por simple transcurso del plazo de caducidad señalado.

Esa «ficción de unidad de acto», aunque haya sido realizado formalmente en dos momentos separados, enlaza con la cuestión general de la «publicidad de poderes y consentimientos», por medio de un Registro, que hoy día no puede ser el nuestro, dado el sistema de registración por «fincas»; a no ser que se refirieran concretamente a un inmueble determinado para poder consignarlos en su «folio registral». Pero, indudablemente, nuestro Registro de la Propiedad sí que puede servir para dar plena eficacia al llamado «*poder irrevocable*» para un determinado acto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1980 lo acepta expresamente, cuando así se ha convenido «como contenido o medio de ejecución especialmente pactado de un negocio bilateral o plurilateral, en cuyo caso ha de subsistir en tanto subsista el contrato originario»; lo cual viene a ser tanto como decir que *el «poder irrevocable» es aceptado si es una estipulación expresa e inseparable del contrato, por lo que acompañará a éste durante toda su vida, incluso en*

su inscripción; con la que se conseguirá su perfecta eficacia. Puede servir de antecedente la figura del «mandatario» que se nombra en el procedimiento «extrajudicial» de ejecución hipotecaria (que incluso hemos visto extendida en su aplicación a otros procedimientos ejecutivos, aunque en el «judicial sumario» no puede aceptarse, porque la adjudicación la hace el juez en nombre del dueño de la finca, y se inscribe el auto de adjudicación; pero sí que pudiera valer para el «ejecutivo ordinario» e incluso para el «declarativo», si los procesalistas no dicen otra cosa por estimar que todo lo relativo al procedimiento, incluso el otorgamiento de la escritura de venta, es de orden público, y sustraído, por tanto, a la voluntad de las partes).

Otros supuestos, también claros, de «publicidad registral-extra» del asiento de inscripción, sin que en el «acta» se recoja ningún derecho correlativo, son las que, en terminología de ROCA SASTRE, se denominan «*reservas autenticadas*,» o «causas embebidas en un asiento», por constituir circunstancias integrantes o derivadas del acto registrado y expresadas en el propio asiento como elementos inherentes; y que, si son lo suficientemente «explícitas», pueden servir de apoyo a las acciones «rescisorias o resolutorias» que de ellas se deriven, para que surtan efectos contra terceros, por aplicación «a sensu contrario» de lo dispuestos en el artículo 37, Primero de la L. H. (por ejemplo, la «reserva del artículo 811 del Código Civil. según el 265 del R. H.).

Finalmente, apuntaremos un dato, del que la Dirección General, con amplio espíritu publicitario, admitió su consignación en el Registro a efectos puramente de «publicidad-noticia»: *el domicilio* señalado especialmente para oír notificaciones derivadas de un determinado acto; y no para el caso de los procedimientos sumario y extrajudicial de ejecución hipotecaria, para los que ya estaba admitido por la Ley Hipotecaria, sino para cualquier otro supuesto o contrato (Resolución de 30 de enero de 1970), lo que *obligará a consignar este dato* siempre que venga determinado entre las estipulaciones de un contrato.

Indudablemente este «domicilio» tiene un significado distinto del señalado en la comparecencia de las escrituras como de los otorgantes, el cual queda reducido a un papel meramente coadyuvante, con el nombre, apellidos, profesión y estado civil, a la identificación de los mismos. Y, sin embargo, también este domicilio debe consignarse en la inscripción, si constare en el título (artículo 51, regla 5.ª, del R. H.), si bien, puede caber la duda de si por tal ha de entenderse el «pueblo» de residencia habitual, distinto del Municipio de vecindad, o la calle, número de la casa y planta de la vivienda (me inclino por esto último, a la vista de cómo se señala el domicilio de las sociedades, y el mismo

de las hipotecas, artículo 130 de la L.H.). Incluso ha de dársele ciertos efectos publicitarios registrales al señalamiento del domicilio de la comparecencia, pues el artículo 353 del R. H. dispone que se hará constar en las Certificaciones de Cargas a los efectos de los procedimientos ejecutivos, si aparece un tercer poseedor de la finca según el Registro. Y desde luego, tendrá especial significación para las notificaciones «personales» que deban hacerse, bien en los procedimientos hipotecarios (expedientes de dominio o de liberación de cargas), bien en los administrativos (artículo 99 del Reglamento de Recaudación). Una aplicación rigurosa de esto hace la Sentencia de lo Contencioso de 22 de abril de 1980, a propósito de la notificación «personal» al interesado en una parcelación urbanística. Si en el Registro consta un «domicilio» no cabe acudir al medio extraordinario de «notificación por edictos», como ya había dicho una Resolución de 4 de abril de 1957, a propósito de una venta en procedimiento de «apremio administrativo».

En todos estos casos, y en otros muchos que pueden presentarse, encontramos «datos» en el Registro que sirven de simple «noticia», o que anuncian una situación registral «de pendencia» o «carente de firmeza», en terminología de FEDERICO DE CASTRO, para designar derechos o situaciones de publicidad «imperfectas» a efectos legitimadores, porque están a la espera de un acto posterior que completará su estructura; como serán en los supuestos antes explicados: la posterior inscripción de la hipoteca que va a «anteponerse» (SUPUESTO PRIMERO de «reserva de rango imperfecta»); la aceptación de la «subrogación» por el comprador de la finca (SUPUESTO SEGUNDO, en el que ya constaba en la inscripción de hipoteca el consentimiento anticipado del acreedor); o el «asentamiento» expreso o tácito del acreedor a la «asunción de deuda» (SUPUESTO TERCERO); o el mero transcurso del tiempo o plazo señalado para la «caducidad» de la condición resolutoria en garantía del precio aplazado (caso de la R. de 28 de noviembre de 1978); o, finalmente, el ejercicio de las acciones resolutorias o rescisorias derivadas de una «reserva autenticada» o causa embebida en un asiento (y hecha constar en el «fondo» de la inscripción, como establece el artículo 265 del R. H. para la «reserva» del artículo 811 del Código Civil), pero lo suficientemente «explícita» para que surta efectos en perjuicio de tercero.

Son situaciones «interinas» o derechos «latentes» (que todavía no se reflejan en el «acta de inscripción»), y que, una vez serán «claudicantes» (al modo de lo dispuesto en el artículo 98 del R. H. si no se obtiene el requisito administrativo que hace «condicional» la inscripción), y otras pueden ser consideradas como «vocaciones» o llamadas

al derecho real, u obligaciones *propter rem*, o un *ius ad rem* en formación; pero que en todo caso «*exceden*» de las simples obligaciones personales, y «*trascienden*» del mero ámbito de las partes, por lo que merecen y necesitan de la cobertura de la «publicidad registral».

* * *

Lo mismo cabe decir de las «manifestaciones» que se hagan en el momento de adquirir un bien registrable, si tales manifestaciones pueden determinar un ámbito mayor o menor de responsabilidad, o unos «efectos jurídicos» diversos según el sentido de las mismas; y no sólo respecto del adquirente, sino incluso respecto de su cónyuge y con posible «trascendencia» a terceros (caso, por ejemplo, de la «confesión de privatividad del dinero» con que se adquiere una finca, que reconoce el otro cónyuge en el acto de adquisición, o incluso posteriormente; cuyos efectos serán distintos). Si un cónyuge adquirió «para la sociedad conyugal», ¿podrá por sí solo rectificar esa declaración?; ¿y si no manifestó nada?; ¿responderá también el otro cónyuge, incluso con sus bienes propios o al menos con su parte en los gananciales, de la culpa extracontractual, o de las obligaciones tributarias o cargas inmobiliarias del bien adquirido «para la sociedad conyugal» por voluntad de uno solo de los cónyuges?; ¿responderá de la deuda personal «asumida» por el cónyuge comprador y garantizada con hipoteca de la finca que ingresa en el patrimonio ganancial?

Son situaciones cuyas «consecuencias jurídicas» se verán influidas por las «manifestaciones» que se hagan en el momento de realizar el acto adquisitivo; y que, por tanto, *deben quedar reflejadas en el «fondo» de la inscripción correspondiente*, para que la publicidad registral sea completa.

* * *

2. EL ACTA DE INSCRIPCION

Si el «acto registrado» debe recoger todas las circunstancias que permitan una publicidad «íntegra» del negocio jurídico, para que se puedan prever todas sus «consecuencias jurídicas», el ACTA DE INSCRIPCION, cuyos efectos legitimadores, respecto de los derechos o situaciones que recoge, son «plenos» y con fuerza protectora del tráfico jurídico, también necesita de unos requisitos indispensables para que sea perfecta:

1.º Debe ser COMPLETA, tanto respecto de la TITULARIDAD de todos los que adquieren un derecho en virtud del acto que se inscribe, como respecto de todos los derechos reales o situaciones jurídicas que conllevan eficacia *erga omnes* y a las que proporciona fuerza legitimadora. Y así, en el supuesto de compra con condición resolutoria que se «pospone» a una hipoteca futura, sólo se incorporará al «acta» dicha «posposición» (mejor, «reserva de rango»), si es perfecta por reunir todos los requisitos del artículo 241 del R. H. Y lo mismo tendrá lugar en los restantes supuestos, respecto de la «asunción» o «subrogación» en la deuda garantizada con hipoteca de la finca: únicamente se consignarán en el «acta de inscripción» cuando sean completas y perfectas, pero no cuando sólo exista una situación de «pendencia registral» en la que, de momento, sólo existirá una «publicidad registral» meramente publicitaria, a la espera de que se perfeccione el acto, si antes no se produce una situación claudicante.

2.º El «acta de inscripción» debe también ser PERMANENTE; es decir, viable frente a los cambios legislativos.

En efecto, el Registro proporciona «publicidad» no sólo para el presente, sino también, y sobre todo, para el futuro. Es preciso, por tanto, prevenir los cambios legislativos (o de «interpretación» jurídica de los principios básicos), frente a los cuales la «publicidad» debe ser «objetiva», es decir, *eficaz en toda época y bajo la vigencia de cualquier legislación* de la tendencia política que sea.

Para ello es preciso dejar fuera del asiento de inscripción toda referencia a las «consecuencias jurídicas» del acto registrado; incluso las «presuntivas» por Ley en un determinado momento. Porque, ¿quién puede decir que no cambiará el sentido de esas presunciones?; incluso con efectos retroactivos, o al menos, desde una fecha anterior a la entrada en vigor de la nueva ley, como ocurre con las leyes que «mejoran situaciones» (por ejemplo, suprimida la licencia marital por Ley de 2 de mayo de 1975, hay que entender «perfeccionadas» las actuaciones anteriores de mujer casada sin intervención del marido que no hubiere «anotado» la demanda de anulación; porque no parece lógico exigir que repitan el acto, reiterando un «consentimiento» que ya prestaron, y que, para ser perfecto, desde el punto de vista de su impugnabilidad, estaba simplemente a la espera de un requisito «externo», como era la «licencia del marido», que podía otorgarla o impugnar el acto, pero cuyo requisito fue «suprimido» por considerarlo innecesario). Lo mismo cabe decir del cambio experimentado en el criterio de «accesión» por edificación en suelo «privativo» de uno de los cónyuges (artículo 1.404, párrafo segundo, en su anterior redacción, sustituido por el

nuevo artículo 1.359), si se estima, conforme a la Doctrina más aceptada y a la Jurisprudencia, que el derecho del otro cónyuge sobre el solar sólo se entiende adquirido desde que «concluya» la obra construida; ¿qué va a ocurrir con las declaraciones de obras «en construcción», que estén inscritas aplicando la «accesión invertida»? Y ¿podemos seguir introduciendo en el Registro unas dudas tan importantes, si seguimos inscribiendo como gananciales las obras en construcción declaradas «antes» de la reforma, pero que lleguen al Registro «después»; manteniéndonos así, con esta postura tan irregular, toda la vida, pues indudablemente esas escrituras pueden retrasarse indefinidamente en llegar al Registro? ¿Quién estará autorizado para «vender» esos edificios, una vez terminados? ¿Y el resto de los terrenos «privativos», no ocupados por la edificación, pero tampoco «segregados»?

¿Quién puede asegurar que no se establecerá en el futuro una «presunción» contraria a los gananciales? ¿O de que el régimen matrimonial «presunto» no será pronto el de «separación de bienes», como lo es en Cataluña («adelantada» en la concepción jurídica)? Y, aunque esos cambios legislativos no se produzcan, o no deban «perjudicar nunca los derechos adquiridos», no cabe duda de que «aludir a preceptos jurídicos» en los asientos registrales, es, al menos, innecesario, pues la Ley siempre tiene una «publicidad» mayor que la que el Registro puede proporcionar. Pero, además, puede tener consecuencias «impopulares» el invocar en una inscripción una disposición legal (o unas «consecuencias» derivadas de una Ley vigente en un momento determinado) si, después, cambia el contenido de dicho precepto legal y llega a decir algo distinto, cuando no contrario; ¿qué «publicidad» tendrá cara al futuro esa alusión a artículos reformados, ya no para el profesional del Registro (o incluso del Derecho), sino para el «lego en la materia» que consulta los asientos? Como está ocurriendo ahora con las inmatriculaciones practicadas «al amparo del antiguo artículo 20 de la L. H.», y ocurrirá en el futuro con las que ahora se practican «al amparo del 205» actual. Y todavía se puede producir más incertidumbre con esas alusiones legales si, aunque no cambie el artículo, cambia el criterio interpretativo en base a unos «principios jurídicos» que en todo momento están siendo sometidos a crítica y revisión. Con acierto dispone el artículo 3 del Código Civil, en su redacción actual, que las normas se interpretarán... «en relación con... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Quizá, salvando siempre los derechos adquiridos, pueda decirse lo mismo de las inscripciones.

Llegados a este punto, quizá pueda pensarse que la solución mejor para lograr una «publicidad completa» sería suprimir el «acta de inscripción», dejando los asientos reducidos a una mera «transcripción» del documento o del acto realizado.

No lo creemos así, porque desaparecería la base de nuestro Sistema Registral de «plena protección del tráfico jurídico». Este sistema exige *un «juicio», una «decisión resolutive» sobre qué es lo que se inscribe, diferenciándolo de lo que simplemente se publica.* Y esto es tan esencial, que la «función registral» se ha parangonado con la «función judicial»: El asiento recogerá «todos los requisitos y circunstancias del acto realizado», que lo configurarán con una determinada naturaleza y con unos determinados efectos; y el «acta de inscripción» pronunciará el «juicio» del registrador y resumirá lo que es objeto de «publicidad legitimadora», haciendo eliminación de los demás datos que sirvieron de fundamento a ese juicio, y que quedan relegados, como simple publicidad-noticia, al «fondo» de la inscripción. Es la misma diferencia que hay en las sentencias judiciales entre los denominados Considerandos y el «Fallo», que es lo único que «ordena o declara» el juez en forma imperativa; aunque no cabe duda de que en aquéllos puede haber pronunciamientos o afirmaciones válidas y afectivas.

En los «asientos registrales», el «acta de inscripción» equivale al «fallo» de las resoluciones judiciales; es la parte más importante y donde debe cuidarse más la «forma» y la «fórmula».

Háganse, pues, los asientos registrales «escuetos», pero *claros; «cortos», pero completos.* Límitese el «acta de inscripción» a recoger los derechos o situaciones jurídicas «reales» o de eficacia *erga omnes*; pero en el cuerpo del asiento recójase «todo» lo que interesa para una «publicidad» completa del acto; *todo lo que «trascienda» de la mera esfera o ámbito de los otorgantes, y que permita «deducir» todas las consecuencias jurídicas, aun las futuras, frente a un cambio legislativo, o ante un acto posterior que viene a completar lo que está «latente» en el Registro.*

✧ ✧ ✧

3. LA FORMULA DE INSCRIPCION

Y, en virtud de todo lo expuesto, someto a juicio crítico las siguientes FORMULAS DEL ACTA DE INSCRIPCION (limitadas en este caso a las adquisiciones onerosas «constante matrimonio», por la oportunidad del cambio legislativo tan importante operado por Ley 11/1981,

de 13 de mayo), y sólo con la única intención de que puedan servir de puntos de partida para encontrar las «perfectas».

• • •

Una primera observación, de carácter general: ¿Deben «inscribir» los propios interesados, o es el registrador quien «inscribe»?

Todos hemos observado, y practicado indistintamente, las dos maneras de redactar el «acta»:

«DON XXX y su esposa DOÑA YYY, *INCRIBEN* su título de...»

«... *INSCRIBO* a favor de DON XXX y su esposa DOÑA YYY, su título de...»

Los mismos «modelos reglamentarios» no emplean una misma «fórmula», aunque sólo en los modelos V y IX, de las «inscripciones», y en el XIII referente a «anotación preventiva por defecto subsanable», inscribe (o anota) el propio registrador. En los demás relativos a «inscripciones», inscriben los propios interesados, y en las anotaciones y cancelaciones se emplea «reflexivo» impersonal «se inscribe», «se cancela» o «queda cancelada».

¿Es indiferente? No lo creemos así. No me resisto a la tentación de copiar un artículo del Reglamento Notarial, que estimo aplicable en su esencia (ante la omisión de un precepto análogo en nuestro Reglamento) a los asientos de inscripción en general: «Los (instrumentos públicos) deberán redactarse, empleando en ellos un estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma» (artículo 148 del Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944, intocado en las reformas posteriores, porque creo que no se pueda decir nada mejor).

Si esto debe ser así, también en los asientos del Registro no puede ser indiferente decir «inscribo» o «inscriben los otorgantes». Al menos, lo insostenible de todo punto es que se empleen ambas formas indistintamente. O una u otra; pero nunca las dos indiferentemente; y menos combinadas, a veces, con el reflexivo impersonal, que parece querer eludir una responsabilidad. Porque, leyendo los asientos (y siempre debe pensarse que se está inscribiendo para que se «usen» esas inscripciones por todos los que consultan el Registro) se observan «incongruencias» tales como, cuando se dice que «Don XXX *inscribe sin prejuzgar* el carácter privativo o ganancial de la finca», cuando en realidad él sí

que «prejuzó», pues en la escritura decía que el dinero era «privativo» suyo, aunque no pudiera justificarlo; o cuando «Don XXX *inscribe al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria* (Modelo reglamentario IV), con las limitaciones de no surtir efectos...», y nos tememos que ni conozca el artículo ni mucho menos acepte «pacíficamente» las «limitaciones» *que la Ley impone y que «el registrador» aplica.*

Estos ejemplos, y el sentido de «orgullo y responsabilidad profesionales», me obligan a tomar partido porque sea el propio registrador quien inscriba, y no los interesados. Quizá quepa alguna excepción «oportunista».



A) ADQUISICIONES POR UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES

1. *Sin decir nada sobre la procedencia del dinero ni para quién se adquiere:*

...«INSCRIBO a favor de DON XXX casado con DOÑA YYY su título de compra de esta finca».

Confieso que he estado dudando si debiera añadirse en este caso la famosa coletilla «para su sociedad conyugal», o la expresión más significativa todavía «bajo presunción de ganancialidad»; puesto que es el supuesto más claro de aplicación de la «presunción legal de ganancialidad»; que, además es doble: del dinero con que se compra, al no indicarse nada sobre su procedencia, y de la finca en sí, al no hacerse manifestación alguna sobre su destino. Y también por aplicación de un doble precepto: el artículo 1.361 («Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio *mientras no se pruebe* que pertenecen privativamente al marido o a la mujer»), y el artículo 1.348, 3.º («Son bienes gananciales: ... 3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición *para la comunidad*, bien *para uno solo de los esposos*»). No obstante, he querido ser consecuente con lo anteriormente expuesto, y *no añadir nada que no conste en el documento, ni indicar «presunciones legales»* que mañana pueden cambiar de signo, pues los «añadidos oficiosos» pudieran entorpecer un juicio exhaustivo sobre la intención verdadera del adquirente, que incluso cabe deducir de «actos coetáneos y posteriores», conforme a las reglas de interpretación de los contratos (artículo 1.282 del Código Civil).

No cabe duda de que la finca así adquirida, «presuntivamente» (es decir, mientras no se pruebe lo contrario), entra «de inmediato» en el

patrimonio ganancial; y, por consiguiente, aun la simple «rectificación» del acto adquisitivo, si implica pérdida de derechos para el otro cónyuge, necesita de su intervención y consentimiento, a quien indudablemente beneficia la adquisición, aunque no le perjudique mientras no preste su conformidad a que la cosa sea ganancial; y, por consiguiente, del precio aplazado sólo responderá el bien adquirido (artículo 1.370), y de las obligaciones que asuma el cónyuge adquirente en el acto de la adquisición, o de las contribuciones y cargas tributarias de la finca, así como de los daños causados por la cosa, sin culpa (responsabilidad extracontractual), únicamente responderá el adquirente que verificó la adquisición, sin contar con el consentimiento expreso del otro cónyuge (artículo 1.367), pues si los bienes gananciales de éste no responden, menos responderán sus bienes propios.

Esta «fórmula de inscripción» es lo que se ha llamado de «*inscripción abierta*»; quizá demasiado incompleta; pero como el acto es «válido y perfecto» no cabe duda de que es inscribible (ya que incluso el vendedor no hizo «reserva ni indicación» alguna de «a quién» vendía, pues indudablemente pudo querer vender exclusivamente al cónyuge comprador y no a ambos, ni siquiera conjuntamente; el vendedor sólo quiso desprenderse de la cosa vendida, y es únicamente al comprador a quien corresponde señalar el destino).

TITULAR REGISTRAL FORMAL de esta inscripción será sólo EL ADQUIRENTE, sin perjuicio de que la finca «se presuma ganancial»; y, por consiguiente, los «*actos de administración*» los podrá realizar sólo aquél (artículo 1.384), pero no los de «*disposición*», que precisarán del consentimiento de los dos (art. 1.377), suplido, en su caso, el de quien no pueda o no quiera prestarlo injustificadamente, por el juez. En la esfera de la *responsabilidad*, ésta recaerá personalmente sólo sobre el adquirente, quien responderá con sus bienes propios, y siempre con el bien adquirido del precio alzado (art. 1.370); sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas del Código, si las deudas son de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1.319 y 1.362 y siguientes) y de que si los bienes privativos del cónyuge deudor no fueren suficientes, el acreedor pueda embargar los «gananciales» (los demás bienes gananciales distintos de la finca adquirida), con la posibilidad en este caso, por parte del otro cónyuge no deudor, de utilizar el recurso extraordinario que para su protección establece el artículo 1.373. No obstante, *cuando este otro cónyuge haya manifestado fehacientemente su consentimiento (posterior) o su adhesión al acto adquisitivo*, la finca entra de lleno en el patrimonio ganancial con todos sus efectos y consecuencias para ambos cónyuges, incluso en cuanto a la responsabilidad

compartida, respecto del precio aplazado y demás responsabilidades que puedan derivarse de la adquisición. En este momento, tal circunstancia se hará constar en el Registro por medio de una nota marginal (aprovechando en algo el artículo 95, último apartado, del R. H.), aunque creo que sería más correcto hacer una nueva inscripción a favor de «ambos cónyuges, conjuntamente y para su sociedad conyugal».

2. *Si el adquirente manifiesta que compra con dinero ganancial o para la sociedad conyugal:*

... «INSCRIBO a favor de DON XXX casado con DOÑA YYY su título de compra de esta finca para su sociedad conyugal según manifiesta» (o «manifestando que adquiere para su sociedad conyugal o de gananciales»).

En este supuesto la atribución «para la sociedad conyugal» es más manifiesta; al menos es indudable por parte del cónyuge adquirente. Sin embargo, todavía falta el consentimiento o asentimiento por el otro. Es, por tanto también, una «*inscripción abierta*» susceptible de completarse posteriormente con la manifestación del otro cónyuge, que podrá aceptar o no el que la adquisición entre definitivamente y con plenos efectos, incluso en cuanto a la *esfera de responsabilidad*, en el patrimonio ganancial.

Pero, de momento, habrá UN SOLO TITULAR REGISTRAL FORMAL, que podrá realizar por sí solo los «*actos de administración*» (ya que si pudo adquirir la finca, «para la sociedad conyugal», agrupada con otra, o dividida en porciones, o con una obra ya realizada, indudablemente ha de poder realizar por sí solo esos actos «a posteriori», y por aplicación rigurosa del art. 1.384); pero, por imperativo legal de la «presunción de ganancialidad» (e incluso de su propia manifestación de que adquiere «para la sociedad conyugal») no podrá desdecirse por sí solo de ese «destino que atribuyó a la finca» y que presuntivamente atribuye derechos a su cónyuge, perfectamente asumibles por éste a la vista del artículo 1.347, 3.º E, indudablemente, para los «*actos de disposición*» necesitará del «consentimiento» del otro cónyuge.

Incluso, con un rigor quizá excesivo pero defendible en algún supuesto especialísimo, para que la finca «pase a ser adquirida por uno solo de los cónyuges», rectificando en estos términos el contrato primitivo, además del consentimiento del otro cónyuge no adquirente en principio, se podría exigir el consentimiento del «vendedor», a quien puede no ser indiferente el vender a uno solo o a los dos (o lo que es lo mismo, «para el adquirente o para la sociedad conyugal»); y no únicamen-

te por la esfera de responsabilidad respecto de las obligaciones anejas al acto adquisitivo (precio aplazado, obligación «asumida» por el comprador, contribuciones y cargas inmobiliarias de la propia finca), sino también por razones de «expectativa futura»; piénsese, por ejemplo, que el cónyuge no adquirente sea precisamente «el constructor», y que, sólo en atención a esa construcción futura y más o menos inmediata, se convino la venta, quizá con un precio más favorable o en combinación con una «opción de compra» de los pisos a construir; y piénsese además que ese constructor sea el elegido «por sus circunstancias personales o profesionales».

3. *Si se acredita que el dinero es privativo del adquirente* (cuyos elementos de prueba concluyente se consignarán en el cuerpo del asiento):

... «INSCRIBO a favor de DON XXX su título de compra de esta finca con carácter PRIVATIVO».

No cabe hacer ningún comentario; sólo decir que la prueba debe ser «auténtica», es decir, deducida de «documentos públicos», y «objetiva», es decir, según resultado de esos documentos, «sin atender a explicaciones o declaraciones de los otorgantes». Esta prueba del carácter privativo del dinero con que se compra un bien determina la aplicación rigurosa del principio de «subrogación» (art. 1.346, 2.º), y provoca una situación «irreversible», salvo error en la «apreciación» de la prueba (yo diría, más acertadamente, «salvo error o falsedad en la preconstitución de la prueba», pues el error en la «apreciación» será de responsabilidad del registrador que la aceptó; de ahí que deba ser «rigurosa»).

4. *Si el adquirente manifiesta que adquiere para sí, o con dinero privativo que no acredita, o que está separado «de hecho» o por Sentencia Canónica no ejecutada en cuanto a los efectos civiles con «disolución» de la sociedad conyugal* (vaya o no seguida de «liquidación»):

Es preciso distinguir en este supuesto el caso en que del documento (o de la solicitud de inscripción) resulte claro que el adquirente quiere de modo indudable que la finca adquirida se inscriba a su nombre con «carácter PRIVATIVO», del mero supuesto en que por el adquirente se consignent aquellas circunstancias que «simplemente manifiesta» con intención, quizá, de intentar «acreditarlas» si llega el caso de que pueda llegar a hacerlo. En el primer caso no cabe duda de que, al no poderse practicar la inscripción como el interesado solicita, se debe SUSPENDER hasta que dicho interesado (y quizá también el mero «presentante»)

consienta expresamente (en instancia o en el Asiento de Presentación, que deberá recoger su firma) que no se consigne en el asiento a practicar el carácter «privativo» de la adquisición, lo cual se debe hacer figurar en la «nota de despacho del documento», para advertencia de los interesados y de quien examine el mismo.

En el segundo caso, si no se hace patente la solicitud de inscripción con carácter «privativo», creo que la fórmula del asiento debe ser la misma que la del apartado 1 (cuando no se dice «nada»), sin perjuicio de hacer constar en el «fondo» o «cuerpo» del mismo las expresadas circunstancias que simplemente «manifiesta» el adquirente, y que nada «acreditan» mientras no las pruebe o merezcan el reconocimiento expreso del otro cónyuge (reconocimiento que deberá referirse expresamente a que el «dinero con que se compró la finca» era «privativo» del adquirente para que estemos en el supuesto del art. 1.324; pues para supuestos en que no sea así, o no se reconozca así, sólo cabe articular una «donación entre cónyuges», del dinero o de la finca). Este caso es, pues, también de *«inscripción abierta»*, susceptible de completarse, o con la «prueba» de los hechos alegados, o por mero reconocimiento o «confesión de privatividad» por parte del otro cónyuge. Pero si éste, al pronunciarse, afirma, en contra de lo manifestado por el adquirente, que el dinero era «ganancial» (o niega la certeza de los demás supuestos, no reconociendo la separación «de hecho», o la separación canónica, o alega que esta última está suspendida en cuanto a la ejecución de sus efectos civiles) se debe SUSPENDER la toma de razón de esta manifestación «contradictoria»; pues sólo con un «mutuo acuerdo» de ambos cónyuges se podrá considerar indefectiblemente la finca como «privativa» (uno de ellos manifiesta que adquiere «para sí», y no «para la sociedad conyugal», y el otro «asiente posteriormente», reconociendo el carácter privativo del dinero —art. 1.324—, o admitiendo que, a pesar de todo, la finca es «privativa» de aquél —todo lo más por «donación» que le hace de sus posibles derechos o expectativas—).

No obstante estas matizaciones, creo que (si no se solicita expresamente que la finca se inscriba como «privativa») en el supuesto de que no se diga nada de cómo debe inscribirse, la inscripción debe practicarse, porque el acto es perfectamente «válido» (incluso el vendedor puede estar muy interesado en que se inscriba la venta, para no seguir figurando como «titular registral» de una finca que ya no es suya —artículo 6, 2.º, de la L. H.— y que vendió válidamente, sin que deba perjudicarle un «conflicto» entre el comprador y su cónyuge que no le afecta; salvo, si acaso, en el supuesto especialísimo que indicamos en el apartado 2, en cuyo caso debe tomar parte en la solicitud de que

se practique la inscripción de una u otra forma). La inscripción se practicará, por tanto, a favor del adquirente como casado (haciendo en el «cuerpo» del asiento todas las matizaciones que resulten de las afirmaciones que hace el adquirente), pero con un evidente carácter «ganancial» presuntivo, conforme el artículo 1.361 vigente (y por tanto, mientras esté vigente esta presunción legal; que ya hemos dicho, puede llegar a cambiar de signo, aunque no creemos que dicho cambio pueda nunca perjudicar «derechos adquiridos» por el otro cónyuge; pero que sí son en todo momento «renunciables» por el que los adquirió). No se comete ninguna «oficiosidad» por el registrador que inscribe en esta forma, porque, como ya dijo la Resolución de 4 de mayo de 1978, a propósito de un caso de adquisición por mujer casada «separada de hecho», también se han de inscribir estas compras «con los efectos del artículo 1.401, 1.º», en su anterior redacción, que viene a ser prácticamente la misma que la del actual artículo 1.347, 3.º; en ambos preceptos se dice que «son bienes gananciales: ... 3.º los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, ... *para* uno de los esposos». (La redacción está transcrita del actual artículo, pero únicamente cambia en que el anterior precepto añadía «durante el matrimonio», lo que es indudable aun después de la modificación; y eso aunque se hable de «esposos» y no de «cónyuges»).

5. *Si el adquirente manifiesta que con dinero «privativo» (que no acredita) adquiere para la sociedad conyugal:*

Podría entenderse que este supuesto es también admisible (y, por tanto, inscribible), pues todo lo más podría entenderse como una «donación» del dinero a favor de la sociedad conyugal. No obstante, creemos que no es posible admitirlo así simplemente, porque toda «donación» debe ser aceptada y, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.355, sólo «por acuerdo de ambos cónyuges» se puede «atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación»...

Por consiguiente, también estimamos más acertada la postura, en este supuesto, de SUSPENDER la inscripción hasta que el otro cónyuge admita o reconozca el carácter «ganancial» de la adquisición; en cuyo momento se practicará «a favor de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal».

6. *Si la adquisición por uno de los cónyuges se hace con precio aplazado*, es preciso distinguir, conforme a los artículos 1.356 y 1.357:

a) Si la compra se verifica «*constante la sociedad*», los bienes tendrán el carácter que tuviera el «primer desembolso», aunque sea mínimo, y el resto del precio se pague con dinero de otra procedencia. No cabe duda de que será fácil probar el carácter «privativo» de un primer plazo relativamente pequeño en cuantía; no obstante, la prueba deberá ser tan rigurosa y objetiva como hemos indicado para el supuesto del apartado 3. En caso contrario, operará la «presunción de ganancialidad». En el supuesto de que los restantes plazos se satisfagan con dinero de otra procedencia, habrá lugar al reembolso que establece con carácter general el artículo 1.358, al tiempo de la liquidación.

b) Si la compra con precio aplazado por uno solo de los cónyuges se verifica «*antes de comenzar la sociedad*» (no sólo antes de celebrarse el matrimonio, sino también «después», pero antes de adoptarse el régimen de gananciales modificando el anterior de separación»; por eso estimamos acertada la expresión «cónyuges» y no la de simplemente «esposos»), *los bienes tendrán siempre carácter «privativo»*; lo cual es indudable, salvo el supuesto de que el anterior régimen fuera el de «comunidad absoluta» y no sólo de gananciales. Verdaderamente este supuesto, perfectamente justo, sólo planteará el problema «inverso»: cómo probar que el primer desembolso o plazo fue abonado «antes del matrimonio» (o antes de adoptar el régimen ganancial) si la escritura pública se otorga «después»; ¿basta la afirmación del vendedor y, claro es, del cónyuge adquirente? Dada la frecuencia de estas compras «a plazo», este artículo no dejará de plantear problemas registrales sobre la admisibilidad de «pruebas» más o menos convincentes (documentos privados, casi siempre; transferencias bancarias; talones o cheques; dinero que se dice procedente de la venta anterior o simultánea de otros bienes privativos; reconocimiento por el vendedor de que recibió en tal fecha el primer plazo, etc., que quizá obliguen a adoptar una «fórmula» registral «aséptica», inscribiendo «sin prejuzgar», o en la forma del apartado 4, como «inscripción abierta», hasta que el otro cónyuge lo «reconozca»; lo que parece bastante absurdo. Recordemos aquí la actual tendencia a reconocer cierto valor a los «documentos privados» de compra de viviendas (tan frecuentes e ineludibles). Véase al respecto el artículo 5 del R. D.-L. 15/1979, de 21 de septiembre, sobre medidas urgentes de apoyo a las viviendas, recogido de nuevo en la Ley 41/1980, de 5 de julio; y las disposiciones que regulan los «préstamos a Viviendas de Protección Oficial» que admiten la compra en «documento privado» visado por la Delegación Provincial de la Vivienda para transformar el «préstamo al promotor» en «préstamo al comprador». ¿Podrán ser-

vir estos «documentos privados» para justificar el pago del primer plazo de la compra con dinero «privativo»? La prueba es importante.

Respecto de estas adquisiciones con precio aplazado, cuando sea «total» el aplazamiento, ¿cuál ha de ser el factor decisivo para considerar la finca «privativa» o «ganancial»? Respecto de los contratos «formalizados» antes de comenzar la sociedad, no cabe duda de que serán «privativos» los bienes adquiridos, si se prueba cumplidamente esa adquisición anterior; pero los adquiridos «constante la sociedad», la afirmación de que el precio se va a pagar con dinero «privativo» o «ganancial», no tendrá más valor que la afirmación o manifestación hecha por el adquirente de que adquiere con dinero de una u otra clase; y deberá inscribirse como en los supuestos 4 y 2, respectivamente, a reserva de que posteriormente se «pruebe» cumplidamente el carácter «privativo», o se «reconozca» por el otro cónyuge el carácter «ganancial»; con los efectos correspondientes a cada supuesto.

En todos estos supuestos de adquisiciones con «precios aplazados», los «actos de administración» y los de «disposición», se efectuarán por quien corresponda, según quién sea el TITULAR REGISTRAL y el carácter «privativo» o «ganancial» que tengan los bienes; y las mismas reglas expuestas según los casos serán las que determinen la esfera o ámbito de «responsabilidad» del adquirente, y de la sociedad conyugal y el otro cónyuge.

No obstante, respecto de este problema de la responsabilidad, puede plantear alguna cuestión al artículo 1.370, cuando dice que «por el *precio aplazado* del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro, responderá *siempre* el bien adquirido»... Por su colocación («De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales»), como por la falta de un precepto análogo para el caso de compra, también con precio aplazado, por ambos cónyuges o, con carácter «privativo», por uno sólo (donde sería más necesario y conveniente), creo que la expresión «responderá *siempre* el bien adquirido», a pesar de ser indiscriminada, debe limitarse a la responsabilidad *mientras el bien permanezca* en el patrimonio de la sociedad, y no cuando haya salido por haberlo adquirido un tercero; lo contrario supondría admitir los efectos de las que se han dado en llamar «inscripciones permeables»; o que se establece una «hipoteca legal tácita» en garantía del precio aplazado, a todas luces incompatible con la seguridad del tráfico jurídico por «quiebra» del principio de «fe pública registral» (sobre todo si, como exige el art. 10 de la L. H., se consigna esa circunstancia del precio aplazado en el cuerpo de la inscripción y se pretende que esa consignación obligada tenga el valor de una «reserva autenticada» o «causa em-

bebida en el asiento», con efectos respecto de terceros adquirentes, por un imperativo, que creo sería mal entendido, del referido artículo. Sería una «garantía» legal del precio aplazado, excesiva y perturbadora de la seguridad en el tráfico; y, por otra parte, innecesaria, al existir los recursos voluntarios de la «condición resolutoria» o la «hipoteca ordinaria» (art. 11 de la L. H.).

B) ADQUISICIONES COMPARECIENDO AMBOS CÓNYUGES

1. *Si adquieren ambos cónyuges «conjuntamente» sin determinar cuotas:*

... «INSCRIBO a favor de DON XXX y su esposa DOÑA YYY su título de compra de esta finca, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal».

Es el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.355 (y para el supuesto de «bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente», establece lo mismo el art. 1.353). Los bienes «se presumirán», o se entenderán, «gananciales»; lo que permite la «prueba» en contrario (adquisición «por cuotas indivisas»), para lo que bastará la manifestación por ambos cónyuges de ello, lo cual supondrá una «recíproca confesión» de privatividad del dinero con que cada cónyuge adquiere su cuota respectiva.

En este supuesto de adquisición «conjunta» serán TITULARES REGISTRALES ambos cónyuges; por lo que «a ambos conjuntamente» corresponde realizar los «actos de administración» y de «disposición» (art. 1.375), si bien podrá actuar uno solo con el «consentimiento» del otro, bien personal (y, en su caso, genérico), bien «suplido» por el juez, conforme al artículo 1.376 y al 1.377, respectivamente, para los actos de administración y disposición. Para los «actos a título gratuito» no cabe la suplencia judicial; y si falta el consentimiento de uno de los dos, el acto gratuito es «nulo» (art. 1.378). Por el contrario, en los actos de administración y disposición onerosa que requieran el consentimiento de los dos cónyuges, la falta del de uno de ellos determinará su posible «anulación» (art. 1.322).

2. *Si adquieren ambos cónyuges «por cuotas indivisas», con dinero que manifiestan (sin acreditarlo) que es «privativo» de cada uno:*

El supuesto ya está decidido en el comentario del anterior apartado. Ha de entenderse que hay «confesión recíproca» de la privatividad del

dinero que emplea cada cónyuge en adquirir su respectiva cuota. Y la «fórmula» registral puede ser:

... «INSCRIBO a favor de DON XXX y de su esposa DOÑA YYY sus respectivos títulos de compra de esta finca, en la proporción expresada, cada uno para sí».

3. *Si adquieren ambos cónyuges «por cuotas indivisas», acreditando el carácter «privativo» del dinero que emplea cada uno:*

... «INSCRIBO a favor de DON XXX y de su esposa DOÑA YYY sus respectivos títulos de compra de las participaciones indivisas expresadas, con carácter PRIVATIVO para cada uno».

No cabe hacer comentario alguno; salvo que «de común acuerdo» ambos cónyuges pueden atribuir carácter ganancial a «toda la finca», conforme al artículo 1.355, «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación»; por lo que, si media ese acuerdo «expreso», se inscribirá la adquisición en forma «conjunta y sin atribución de cuotas».

4. *Si adquieren por participaciones indivisas «para un cónyuge» y para la sociedad conyugal:*

... «INSCRIBO a favor de DON XXX para sí, y conjuntamente con su esposa DOÑA YYY para la sociedad conyugal, sus respectivos títulos de compra de las participaciones indivisas expresadas (o correspondientes al valor de las aportaciones del dinero «privativo» y de la sociedad conyugal)».

La «privatividad» del dinero invertido por el cónyuge que adquiere una cuota para sí, está indudablemente «confesado» por el otro cónyuge también compareciente.

Claro es que esta forma de adquisición «por cuotas indivisas» para un cónyuge y para la sociedad conyugal, también puede darse compareciendo «uno solo» de los cónyuges; en cuyo caso, la «fórmula registral será una combinación, para cada cuota, de lo expresado en los apartados 4 y 2, de la letra A.

Como comentario común, sólo cabe decir que debe entenderse derogado, en la parte correspondiente, el artículo 53 del R. H., segundo párrafo, cuando dice que no debe entenderse hecha la designación de cuotas indivisas cuando se hace con referencia a «unidades de moneda».

5. *Si adquiere un cónyuge «confesando el otro» que el dinero es privativo del adquirente:*

... «INSCRIBO a favor de DON XXX su título de compra de esta finca, por reconocer (o confesar) su cónyuge DOÑA YYY que el dinero era privativo del adquirente».

Proponemos esta fórmula en base de la redacción del nuevo artículo 1.324, que recoge una de las innovaciones más importantes de la reforma; aunque llega un poco tarde, pues ya hace tiempo que la Doctrina más avanzada venía demandando esta solución, estimando que sólo la redacción del artículo 95, regla segunda, del Reglamento Hipotecario, hoy también reconocida como «obsoleta» y «caduca», impedía su admisión incluso antes de la reforma. Si el cónyuge del adquirente había ya reconocido el carácter «privativo» del dinero con que se compró la finca, ¿por qué se exigía su intervención en la venta posterior? ¿Es que podría desdecirse e ir contra su declaración anterior? Sólo la sutileza de «presumir» o sospechar una «donación entre cónyuges», que estaban prohibidas antes de la reforma, podía justificar esa postura, totalmente inoportuna, al menos «en vida del confesante» (que indudablemente había de mantener su anterior confesión de «privatividad», so pena de ser sospechoso de «extorsión»). Otra cosa podría, si acaso, pensarse una vez «fallecido» el «confesante», pues, aunque los herederos «voluntarios» tenían que pasar por lo reconocido por su causante, los herederos «forzosos» podrían sentirse «perjudicados» por una «posible» (aunque no segura) donación entre cónyuges «prohibida»; pero no cabe duda de que exigir su concurso en la «transmisión posterior» de la finca y el reconocimiento de que lo «confesado» por su causante era cierto, era excesivo; y, aparte de dar pie a la «extorsión», no estaba totalmente justificado, como lo viene a probar ahora el cambio que en ese punto establece y sanciona la reforma del Código.

Dicho artículo 1.324 viene a dejar anulada la regla segunda del artículo 95 del R. H., que ordenaba inscribir «sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes»; ahora no cabe duda de que debe inscribirse la adquisición como PRIVATIVA del cónyuge adquirente, siquiera debamos evitar el consignar que la «finca es privativa» para ser consecuentes con lo consignado en la primera parte de este trabajo, y eludamos expresar «consecuencias jurídicas» del acto realizado, en el propio asiento de inscripción, que debe limitarse a publicar el «acto» sin añadir ni quitar nada, sin recoger «presunciones legales», y sin pronunciar ninguna «consecuencia jurídica», que incluso pudieran variar con el tiempo, aun las que parezcan más seguras y permanentes. (Uni-

camente hemos admitido consignar el carácter «privativo» en el supuesto 3 del apartado A, cuando se prueba de forma «auténtica y objetiva» la procedencia «privativa» del dinero con que se efectúa la compra, situación a todas luces «irreversible», salvo falsedad en la prueba.)

El referido artículo 1.324 comienza diciendo: «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos»...; lo cual debe entenderse, no que la prueba se limite al ámbito exclusivo de «los dos cónyuges» (pues si así fuera sobraba el artículo), sino que ha de referirse a adquisiciones efectuadas por personas casadas o unidas en matrimonio, para determinar unas consecuencias que «trascienden» del mero acto adquisitivo y de la propia esfera de los cónyuges.

Y sigue diciendo el artículo: ... «será bastante la confesión del otro»...; lo cual supone una aplicación normal del principio de los «actos propios» y de los efectos de la «confesión» («hace prueba contra su autor», art. 1.232; «se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas para la prueba», artículo 1.239). Es decir, el confesante no puede desdecirse en perjuicio de tercero; y el tercero perjudicado por la confesión sólo puede «impugnar» la certeza del hecho confesado, pues la suficiencia o no del medio de prueba es cuestión reservada a los Tribunales.

Y termina el artículo diciendo: ... «pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges».

Esta prevención de «no perjuicio» a dichas personas, creemos que es «innecesaria», si la confesión de privatividad del dinero se considera «gratuita», y «excesiva» si se considera «onerosa». En efecto:

El artículo en cuestión está regulando los efectos de un *medio de prueba*: la confesión. Y en el primer punto dice que «será bastante», es decir, *suficiente*, para probar aquella «privatividad» del dinero, respecto de todos los efectos que puedan derivarse de la confesión; excepto, según el último inciso, respecto de las relaciones que puedan afectar a los herederos forzosos del confesante o a los acreedores de la comunidad o de cada uno de los cónyuges (indudablemente anteriores a la confesión), respecto de los cuales dichos efectos son limitados, pues «*por sí sola no perjudicará*» los derechos de dichas personas (2). Como tal medio de prueba, es preciso partir de la presunción de legitimidad y validez plena del hecho confesado: el dinero «era privativo del cónyuge adquirente» (principio de «buena fe»); y, únicamente cuando la «confe-

(2) ¿Quién puede predecir que en un futuro, más o menos próximo, no se establecerá que, incluso respecto de dichas personas, la «confesión» hará siempre «prueba plena»? Si lo demanda la seguridad del tráfico jurídico.

sión» *perjudique* a esas personas, a quienes la Ley considera más débiles ante un posible fraude de sus derechos, se establece una «limitación de efectos», para paliar en lo posible un eventual perjuicio. Por eso será imprescindible que el perjuicio «exista» en alguna de esas personas a quienes la Ley intenta proteger; las cuales deberán probar su existencia y su cuantía al tiempo de su reclamación o impugnación. Presumir de antemano que el perjuicio existe siempre y que, en prevención de ello, todos los efectos de la «confesión», como medio de prueba, quedan «en suspenso» (cualquiera que sea la cuantía del posible perjuicio) y, en consecuencia, admitir que dichas personas (los herederos forzosos del confesante, aun antes de «abrirse» su sucesión, y los acreedores, sin probar con documento «ejecutivo» la existencia y cuantía de sus créditos) pueden desconocer o negar el carácter «privativo» del dinero y, por tanto, que respecto de ellas los bienes adquiridos *mantienen un carácter ganancial* que, para los demás terceros, no existe, supone una «inseguridad en el tráfico», incompatible con la finalidad del Registro como institución. Serían unas consecuencias «excesivas» y «perturbadoras».

Pero, además, «innecesarias». En efecto:

Supongamos que no sea verdad, sino falso o erróneo, el «hecho confesado, porque si es exacto y verdadero (y así se puede corroborar con otra prueba) no existirá problema.

Pero con objeto de examinar detenidamente las consecuencias, hagamos antes una corta disgresión respecto de la eficacia de la «prueba por documentos», la llamada «prueba reina» o de máxima importancia del proceso civil. El artículo 1.218 del Código Civil dice que «Los documentos públicos *hacen prueba, aun contra tercero*, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También *harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes*, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros». Es decir, el documento hace prueba plena de su «existencia» (salvo demostración de su falsedad, que incluso afectará al notario autorizante); pero, respecto de las declaraciones que integran el negocio jurídico contenido en el documento, éste sólo hace prueba mientras no se demuestre la nulidad de dicho negocio (principio de «permanencia del negocio jurídico»). Y como tiene declarado el Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de diciembre de 1953), «no debe darse al contenido de este artículo una interpretación restrictiva, en lo que respecta a que vinculen a los causahabientes las declaraciones de sus causantes en los documentos públicos, porque ha establecido la Jurisprudencia que se puede combatir esta prueba y demostrar la falta de correspondencia entre aquellas aludidas declaraciones y la realidad, mediante otros elementos de prueba, y que *los herederos pueden impug-*

nar por vicio de simulación las enajenaciones que hubiesen hecho sus causantes que redundasen en perjuicio de los derechos legítimos de los herederos reclamantes». Por consiguiente, el acto o negocio jurídico documentado «surte efectos probatorios contra terceros» en cuanto a las relaciones establecidas por las partes, si estos terceros no las impugnan, por falta de capacidad de los otorgantes o demuestran la «simulación» del contrato (Sentencia de 12 de diciembre de 1961). Creo que, indudablemente, estos «terceros» a quienes, en principio, afectan las declaraciones de los contratantes *mientras no las impugnen*, son aquellos a quienes «trascienden» las mismas, por estar en el ámbito o esfera de afectación normal o «previsible» en el momento de realizarse el acto o negocio en sí (contratantes, sus causahabientes en sentido amplio, es decir, herederos voluntarios y forzosos y adquirentes de derechos en la finca por actos «inter vivos», y también los que ya tienen derechos o simples expectativas con anterioridad, como son los acreedores); porque, al menos «teóricamente», los contratantes habrán realizado el negocio «pensando» en las consecuencias que iba a tener para «esas personas», respecto de las cuales, *de momento*, y al no haberse adoptado ninguna medida preventiva, «dominaban por entero el ámbito o campo de actuación y de responsabilidad», bajo el principio de «buena fe» y de «eficacia». Y al que alega algún «vicio» o «defecto» corresponde la carga de la prueba (Sentencia de 20 de febrero de 1943), pero únicamente cuando alegue que aquel negocio celebrado por las partes le ha causado algún perjuicio (nunca por mero capricho); perjuicio que tendrá que demostrar y cuantificar.

Pues bien, «todo documento es una confesión extrajudicial documentada» (RODRÍGUEZ ESPEJO, *Confesión extrajudicial*). Por consiguiente, en cuanto a la realidad del «hecho de la confesión», la prueba es *patente y plena*; pero la realidad del «hecho confesado» *está sometida a la apreciación de los Tribunales «según las reglas establecidas sobre la prueba»* (art. 1.239); es decir, según los mismos criterios jurisprudenciales que hemos señalado para la prueba «documental». Y, por tanto: la «confesión» hecha en documento suscrito por ambas partes (y respecto de la «cuestión» que estamos examinando «ambas partes» son «ambos cónyuges»), o por una sola pero aceptada por la otra, es vinculante para ellos, no sólo en cuanto al «hecho de la confesión», sino también en cuanto a la «realidad de lo confesado». Pero, respecto de aquellos «terceros» a quienes «trascienden» los efectos «previsibles» del negocio, también les vinculará su eficacia mientras no prueben la «falsedad del hecho de la confesión» (para lo que la acción es «pública», como derivada de un delito penal), o el «error o simulación» del «hecho

confesado», para lo que tendrán que demostrar que han sufrido algún perjuicio «real y cuantificado»; y cuando esto sea así, podrán impugnar el negocio, adoptando, al efecto, cuantas medidas «preventivas» estén establecidas legalmente («anotación preventiva de demanda» o «anotación preventiva de embargo», dirigiendo la demanda ejecutiva contra el titular registral «actual» de los bienes; y sin olvidar que la preferencia registral de dichas anotaciones de embargo sólo opera respecto de créditos «posteriores a la anotación», según los artículos 44 de la L. H. y 1.923 del Código Civil, pues, respecto de los créditos «anteriores» al derecho del titular registral únicamente cabe la «tercería» de mejor derecho, demostrado judicialmente).

Pero, por otra parte, demostrado el «error o la simulación» del «hecho confesado», el negocio jurídico que en él se contiene, o que de él se deduce, tiene una «apariencia jurídica» que produce efectos negociales; pues, en cuanto al «error», entrará en juego el principio de «responsabilidad negocial», contrario a la declaración de «inexistencia» del negocio si resulta perjuicio para quien confió en la declaración de buena fe y diligencia, que deben presumirse; y en cuanto a la simulación, si es «absoluta» se produce la «inexistencia o nulidad del negocio» por carencia o falsedad de la causa, pero para ello habrá que desvirtuar la presunción legal de su existencia (art. 1.277), pues, como tiene declarado la Jurisprudencia, «la simulación crea el perjuicio, generalmente fundado, de que se oculta algo ilícito “pero ha de ser el tercero perjudicado por ella quien la alegue”»; y si la simulación es «relativa» y se puede demostrar la existencia de un negocio «disimulado» y que su causa es verdadera y lícita, se produce la nulidad del negocio aparente, «pero como la simulación no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta es sólo un medio de ocultar un negocio verdadero que se concluyó entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado, la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media entre las partes, con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, la cual será eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias para su existencia y validez» (Sentencia de 13 de febrero de 1958). Esta es la posición crítica, al respecto, de FEDERICO DE CASTRO, en *El negocio jurídico*, páginas 122, para el «error», y 352, para la «simulación».

Aplicando estas consecuencias a la «confesión» documental, falsa o simulada, que un cónyuge hace con ocasión de un acto adquisitivo por el otro, de una finca que, como consecuencia de aquella declaración, ingresa en el patrimonio «privativo» del cónyuge adquirente, puede

ocurrir una doble alternativa: Si el «reconocimiento de privatividad», no verdadera de hecho, que un cónyuge hace respecto del «dinero» con que el otro compra la finca, da derecho a aquél para reembolsarse, en su caso, del valor, conforme establece el artículo 1.358, reformado, con carácter general, tal «reconocimiento» producirá una *atribución «onerosa»* en favor del cónyuge favorecido por la confesión; y, como consecuencia, el crédito que nace en favor del confesante para obtener dicho reembolso será perfectamente embargable por los acreedores o reclamable por los herederos forzosos. Y si, por el contrario, no ha lugar a dicho reembolso, por estimarse que aquel «reconocimiento de privatividad» no verdadero es «gratuito», estaremos, todo lo más, ante una *«donación del dinero»* (es decir, si con posterioridad se demostrase que el dinero no era privativo); y como tal «donación entre cónyuges» (hoy ya no ilegal, sino perfectamente válida en todos los regímenes económicos, según el art. 1.323 reformado), tanto los herederos forzosos del confesante-donante (una vez «abierta» la sucesión), como los acreedores anteriores, de la comunidad o de cualquiera de los cónyuges, tienen resortes jurídicos para proteger sus derechos *cuando acrediten el perjuicio que hubieren sufrido, pero no antes*. Existiendo ese perjuicio, los herederos forzosos exigirán la «colación» de lo presuntamente donado, o impugnarán por «inoficiosa» tal presunta donación; y los acreedores, si no tienen otros medios directos para cobrar sus créditos, podrán «impugnar» lo hecho en fraude de sus derechos, probando, en su caso, la complicidad en el fraude del favorecido por la «confesión», si ésta se estima como «atribución onerosa», y presumiéndose dicho fraude en las que se estimen «gratuitas» en cuanto al cónyuge «favorecido» por la atribución «privativa» de lo adquirido, pero no respecto de los «subadquirentes», a quienes no perjudicará la impugnación mientras no conste «anotada preventivamente» en el Registro la demanda en que aquélla se haga efectiva. Es la doctrina de la «acción Pauliana», combinada con la protección registral de los terceros, según lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria y correlativos.

Como consecuencia de lo expuesto, podemos decir que *nada ha cambiado respecto de los «efectos» de esa confesión de privatividad*. Lo único que ha variado es *el criterio de apreciación de una posible ilicitud* del acto, pues si antes de la reforma, atendiendo a una «posible» donación entre cónyuges (que era ilícita, según el anterior art. 1.334), y, si acaso, ante una «titularidad registral», imperfecta, que atribuía la finca al adquirente pero «sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial», se imponía en los actos de enajenación posteriores, que concurriera el cónyuge confesante o sus herederos (al menos cuando eran «forzosos»),

para que «corroboraran» aquella afirmación o reconocimiento anterior, esa concurrencia se hace «innecesaria» después de la reforma: Primero, porque las donaciones entre cónyuges ya no están prohibidas; Segundo, porque la mejor técnica registral hará que aparezca como «titular registral», exclusivamente y sin reserva alguna, el cónyuge adquirente; y Tercero, porque el artículo 1.324, reformado, todo lo más establece una *presunción de gratuidad* de la «confesión de privatividad» que un cónyuge hace respecto del «dinero» que el otro invierte en la compra.

Y, dando un paso más, opino incluso que este mismo criterio es aplicable a las inscripciones anteriores a la reforma, practicadas «sin prejuzgar» por haber «confesado o reconocido» el otro cónyuge el carácter privativo. No creo que pueda hablarse de «derechos adquiridos» por nadie como consecuencia de esa confesión, hasta que judicialmente se haya declarado su falsedad, simulación o error. Y si esto es así, el artículo 1.324 puede aplicarse «retroactivamente» en toda su eficacia probatoria.

La consignación de esa prevención de «no perjuicio a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores» no es preciso hacerla en el asiento de inscripción, ni siquiera en el «fondo» o cuerpo del asiento: Primero, porque es una consecuencia jurídica que ya dispone un precepto legal, con mayor publicidad que la del Registro (art. 1.324); Segundo: porque su consignación «oficiosa» podría estimarse como una «reserva autenticada» o «cláusula embebida en un asiento», de posible afección a terceros indiscriminadamente; Tercero, porque es innecesario consignarla, ya que si estimamos que hay una «presunción de gratuidad» en ese reconocimiento o «confesión de privatividad del dinero», operarán los resortes legales para proteger del posible fraude a los herederos forzosos y a los acreedores, al igual que ocurre en las donaciones; y, finalmente, Cuarto, porque la misma razón existiría para consignar también en el Registro «prevenciones protectoras» de la misma clase en supuestos análogos, entre los cuales no deja de destacar, en la misma reforma del Código, el artículo 1.355 («Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso..., cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación...»); es el caso «inverso» al regulado por el artículo 1.324, pero las consecuencias pueden ser las mismas para el cónyuge que «decae de sus derechos» por «renunciar», en beneficio de la comunidad (y en definitiva, del otro cónyuge), a sus derechos en el «precio» o contraprestación que pueden ser «privativos» del mismo; siempre sus herederos forzosos y los acreedores anteriores podrán estimarse perjudicados por ser dicha «renuncia» fraudulenta de sus derechos, y no cabe

duda de que, aunque el Código no lo diga (ni se consigne en el Registro), podrán «impugnar» dicha atribución ganancial, con todos sus efectos diversos según sea «gratuita» u «onerosa».

Por consiguiente, TITULAR REGISTRAL, en este supuesto de «confesión de privatividad del dinero», será únicamente el cónyuge que adquirió, *sin reserva alguna*; pero no debe omitirse consignar, *incluso de manera destacada*, ese «reconocimiento» o «confesión» del otro cónyuge referida al dinero, que será la «prueba» concluyente del carácter «privativo» de los bienes así adquiridos; lo que estará «bajo la salvaguardia de los Tribunales» hasta que «judicialmente» se declare, en su caso, lo contrario a instancia de quien sea perjudicado.

No ha lugar a admitir, por tanto, las que por algún jurista, e incluso en algún recurso gubernativo (Resolución de 6 de noviembre de 1981, en el escrito de interposición por la parte recurrente), se han denominado «*inscripciones permeables*», es decir, aquellas que no protegen del todo al tercer adquirente, en base a circunstancias o causas que no constan en el Registro «preventivamente anotadas» antes de, al menos, registrarse el acto de adquisición por ese tercero. La Resolución citada y las análogas de 10 y 16 del mismo mes y año rechazaron esa posibilidad (que abriría una brecha enorme en el principio de seguridad y fe pública registral) a propósito de solicitarse una anotación de embargo de bienes inscritos como «privativos» a favor de un cónyuge no demandado personalmente, a quien se le habían adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal, como consecuencia de haber adoptado en Capitulaciones Matrimoniales modificativas, el régimen de separación absoluta de bienes; se rechazó la «anotación de embargo», a pesar de resultar del mandamiento (mejor dicho, de un testimonio complementario de los autos) que la «deuda reclamada» era anterior a la disolución de la sociedad conyugal y, por tanto, a cargo de los bienes que, en su día, fueron gananciales. Se precisó de manera clara, en dichas Resoluciones, que debería dirigirse la demanda «indefectiblemente» contra el cónyuge que aparecía como titular «privativo» de los bienes según el Registro, en el momento de presentarse el mandamiento; sin perjuicio, claro es, de «impugnar» en su caso, como fraudulenta si lo fuera, la adjudicación realizada al liquidar la sociedad conyugal.

Tanto los «*actos de administración*» como los de «*disposición*» serán realizados por el cónyuge adquirente y único titular registral; y respecto del *ámbito de responsabilidad*, serán considerados, a todos los efectos, los bienes como «privativos», siquiera eludamos esta expresión tan definitiva, por cuanto, al faltar una prueba «plena» frente a todos (ya dijimos que era «limitada», pero de eficacia vinculante mientras no se impugne,

frente a herederos forzosos del confesante y acreedores), la situación no es totalmente «irreversible».

C) ADQUISICIONES POR EXTRANJEROS

1. *Si adquiere el cónyuge varón «extranjero», o española casada con extranjero:*

... «INSCRIBO a favor de DON XXX CASADO CON DOÑA YYY, su título de compra de esta finca, sin que se determine el régimen económico del matrimonio».

Los «*actos de disposición*» precisarán del consentimiento de «ambos» cónyuges, si antes, o simultáneamente, no se prueba que, con arreglo al régimen económico que les corresponda, puede disponer por sí solo el adquirente por ser «privativos» los bienes. Para los «*actos de administración*» puede estimarse aplicable el artículo 1.384, y podrá realizarlos sólo el cónyuge titular o adquirente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10-1, también del Código, según su redacción actual (Ley de 2 de mayo de 1975).

2. *Si adquiere una «extranjera» casada con español*

Dependerá de si la extranjera adquirió o no la nacionalidad española por consecuencia de su matrimonio (manifestación o prueba que no debe omitirse en la escritura).

Si adquirió la nacionalidad española se inscribirá el acto adquisitivo conforme a las «fórmulas» indicadas para cada caso.

Si no adquirió la nacionalidad española debe decirse cuál es el régimen económico conyugal; y si no se indica, se inscribirá con la fórmula del número 1 de este apartado.

En realidad, de poco servirá el que, al tiempo de adquirir una finca un extranjero casado, haga constar el régimen económico vigente en ese momento y, por tanto, que se inscriba con carácter «privativo» o como perteneciente a la comunidad conyugal, de la clase que sea, existente en el matrimonio en dicho momento. Ello no libera de acreditar por los medios oportunos, la capacidad y poder de disposición del cónyuge que actúe *en el momento de realizar actos posteriores*, de administración o de disposición; puesto que aquel régimen puede variar; incluso el «presuntivo» legal, con efectos retroactivos para los matrimonios celebrados antes de la modificación; e, incluso también, respecto del poder de dis-

posición de los bienes «privativos», como ha ocurrido en España con la «vivienda familiar» (art. 1.320).

* * *

Finalmente, unas NOTAS COMPLEMENTARIAS, de aplicación general:

1. Ya hemos dicho que por aplicación, a los bienes registrados, del artículo 1.384, reformado, los ACTOS DE ADMINISTRACION (en sentido amplio) los puede realizar *por sí solo* el cónyuge titular o adquirente.

Pero para los ACTOS DE DISPOSICION se precisa el *consentimiento de ambos cónyuges* (art. 1.377).

Ahora bien, no parece que sea indiferente el que concurra uno cualquiera de ellos con un «consentimiento genérico» del otro, otorgado previamente. Creo que para ser consecuente con la forma de adquisición (y por tanto con la «fórmula» de la inscripción y el principio de «tracto registral»), debe siempre otorgar el acto de disposición el cónyuge adquirente (personalmente o con poder suficiente); pero si los dos adquirieron «conjuntamente», puede comparecer cualquiera de ellos.

2. Siempre que se habla de «consentimiento *del otro cónyuge*», vale el consentimiento «genérico» otorgado antes, y la «ratificación» posterior. Valen, también, los consentimientos otorgados con anterioridad a la reforma, con referencia al artículo 1.413 en su antigua redacción, puesto que, a pesar del cambio de dicho artículo, se refieren a la misma clase de bienes (gananciales y presuntivamente gananciales). No obstante, dicho consentimiento anterior no valdrá ya para enajenar los bienes en que el «otro cónyuge» haya manifestado que el dinero de compra fue «privativo» al tiempo de aquella adquisición, aunque sea anterior a la reforma y estén inscritos «sin prejuzgar...». Creo que esos bienes han pasado a ser «privativos» del cónyuge que los había adquirido en su día, ya que no se puede decir que el otro tenga derechos adquiridos, si «confesó» en su día el carácter privativo del dinero.

3. El consentimiento «genérico» para enajenar vale para los «*actos de administración*», en los casos en que, por estar los bienes inscritos a nombre de ambos cónyuges, sea necesario el consentimiento de los dos, conforme a la regla general del artículo 1.375. Los «actos de administración» son un «minus» respecto de los de «disposición».

4. Pero la reforma de la Ley 11/1981 ha introducido una nueva clase de bienes: «*la vivienda familiar*» a que se refiere el artículo 1.320; cuya especialidad cabe en toda clase de regímenes económicos.

Para «disponer de derechos» sobre esa clase de VIVIENDA, destinada a domicilio habitual de la «familia», se necesita el «consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial».

Creemos que es de aplicación este precepto excepcional, no sólo a las viviendas «privativas» de un cónyuge, sino también a las adquiridas con ese destino a título oneroso durante el matrimonio. Y en este segundo supuesto, para disponer de ella no bastará el consentimiento «genérico» dado en escritura aparte para disponer de los «bienes gananciales» en general. *La vivienda «familiar» «excede» de la categoría de los «bienes gananciales»*, y será preciso que el «consentimiento del otro cónyuge» (no concurrente al otorgamiento de la escritura de venta o hipoteca) se conceda de manera «especial» para esa clase de vivienda. Con excesivo rigor, quizá se deba exigir siempre «poder especial» o comparecencia personal (claro es que *siempre que no se «manifieste» que no es la vivienda familiar*).

4. DECLARACIONES DE OBRA NUEVA

Como hemos indicado, la Ley 11/1981 ha cambiado el sentido de la accesión del antiguo artículo 1.404, párrafo segundo, del Código Civil (que establecía la llamada «accesión invertida»); y ahora dispone en su artículo 1.359, reformado, que «las edificaciones... que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho»... Por consiguiente:

En solar *ganancial*, las obras que se realicen y declaren, sean en construcción o terminadas, y cualquiera que sea la procedencia, acreditada o no, del dinero invertido, serán siempre gananciales, sin perjuicio del reembolso correspondiente al cónyuge que hizo la inversión. La declaración de obra nueva, como acto de administración, corresponde hacerla al cónyuge titular (art. 1.384), si el solar fue adquirido y figura inscrito a su nombre, o a ambos conjuntamente, en los casos en que los dos sean titulares registrales (art. 1.375).

En solar *privativo* las obras efectuadas y que se declaren, lo mismo en construcción que terminadas, se inscribirán también a nombre del titular propietario; y debe ser él solo el que haga la declaración de obra nueva, y lo mismo la constitución del régimen de Propiedad Horizontal; correspondiéndole también exclusivamente el poder de disposición de los departamentos que se formen. El otro cónyuge, para poder actuar, necesitará «poder expreso», con aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.713 para los actos de disposición y gravamen.

En solar «*proindiviso*» de ambos cónyuges, o de la sociedad conyugal y de uno de los cónyuges, la obra nueva se inscribirá en la misma proporción; y deben ser ambos esposos (con consentimientos individualizados) los que otorguen la declaración de obra nueva, la constitución del régimen de Propiedad Horizontal, en su caso, y la venta de los departamentos que la integran, sin que baste la actuación de uno solo con el «consentimiento genérico» del otro para disponer de bienes gananciales, pues la participación privativa perteneciente a uno de los cónyuges exige su intervención personal (o por poder suficiente).

No habrá problema, pues, para las declaraciones de «obras realizadas» después de la entrada en vigor de la reforma del Código Civil, tanto en construcción como terminadas. Si acaso, la posible aplicación del artículo 1.355, si, por «común acuerdo» de ambos cónyuges, se pretende atribuir la condición de *ganancial* al edificio construido (o en construcción) sobre solar *privativo*, lo que parece admisible, pues, todo lo más, habría una donación del solar privativo en favor de la sociedad conyugal, perfectamente posible, después de la reforma (art. 1.323).

Lo que sí planteará grandes problemas serán las *obras nuevas inscritas «en construcción» antes de la reforma* y con aplicación de la «accesión invertida», *si se terminan «después»* y se acepta la opinión más unánime en la doctrina de que «el momento de la terminación o conclusión de las obras» es el que determinaba el nacimiento del derecho del otro cónyuge no propietario del solar. ¿Será preciso «rectificar» la inscripción practicada a favor de ambos cónyuges o «para la sociedad conyugal» que, con toda seguridad, figurará en el Registro? ¿Quién tiene el poder de disposición de los departamentos que integren el edificio? ¿Y los simples actos de administración, por ejemplo, la constitución del régimen de Propiedad Horizontal, o la adquisición de una servidumbre beneficiosa, si aparece hecha la declaración de obra por el titular del solar pero inscrita «para la sociedad conyugal» por aplicación del antiguo artículo 1.404?

Y también será problema, quizás, la inscripción de las declaraciones de obra nueva «en construcción» (e incluso las «ya terminadas», si no se prueba esto cumplidamente) otorgadas «antes» de la reforma pero *que se presenten a inscribir «después»* de su entrada en vigor; porque, indudablemente, la reforma no debe perjudicar los derechos ya adquiridos por el cónyuge no propietario del solar al amparo de la anterior legislación. Pero, ¿cuándo se adquirieron esos derechos? ¿Cómo se puede probar ante el Registro la terminación de una obra? (No nos vale ni siquiera la Cédula de Calificación Definitiva, en caso de viviendas de protección oficial, que supone un trámite administrativo que

puede verificarse mucho tiempo después de la terminación «real» de las obras, y que, incluso exige la «previa» inscripción en el Registro de la declaración de obra nueva.)

No me resisto a la tentación de decir que muchos de estos problemas no se presentarían si las inscripciones se hubieran practicado sin consignar «consecuencias jurídicas» ni «presunciones» conforme a la legislación vigente en el momento de practicarlas. En las declaraciones de obra nueva se ha de limitar el asiento (y así debiera haberse hecho en la etapa anterior) a recoger el «acto declarado» por quien tuviere facultad de hacerlo, consignando lo que el título dijera sobre la procedencia del dinero invertido en la obra y el estado de la construcción; dejando las «consecuencias jurídicas» para el momento en que hubiere de actuarse, para administrar, disponer o, incluso, liquidar la sociedad conyugal. Ello permitiría atender, en cada caso concreto, al momento en que se considerase «adquirido» el derecho del otro cónyuge según el criterio más acertado, dominante en la doctrina o declarado por la Jurisprudencia. Incluso permitiría acogerse a la opinión, aislada pero no totalmente descartada por la Jurisprudencia, de Cosío, cuando dice que el derogado artículo 1.404, párrafo segundo, era una norma de «liquidación de la sociedad conyugal», sólo aplicable en ese momento final, cuando se abona al propietario del solar el valor de éste; únicamente en ese momento la finca adquiriría carácter ganancial, para ser inventariada como tal y adjudicada en la forma que conviniera; pero, constante la sociedad conyugal, el edificio se unía al suelo conforme a las normas directas de la accesión. Con esta interpretación, la reforma de la Ley 11 de 1981 no habría modificado nada en este punto, pero las inscripciones estarían mal hechas.

5. ANOTACIONES DE EMBARGO

Pueden ser ordenadas en procedimientos seguidos para ejecutar créditos derivados de DEUDAS PRIVATIVAS o GANANCIALES.

Es principio incontrovertible en esta materia el de que, para que pueda ser inscrita la Resolución judicial (Providencia seguida de Mandamiento) ordenando la anotación, *debe haberse dirigido la demanda contra el TITULAR REGISTRAL*, pero también contra todos aquellos cuyos derechos se vean perjudicados, o cuyo consentimiento sea necesario para la validez del acto dispositivo que entraña todo embargo.

Pero las «deudas» que se reclaman, o las «obligaciones» cuyo cumplimiento se ejercita, pueden estar «pasivamente» a cargo de uno solo de los cónyuges, o de ambos conjuntamente, bien por ser los dos los

obligados, mancomunada o solidariamente, o bien por ser uno solo el obligado directo y el otro ser responsable «subsidiario», por Ley (artículo 1.319, párrafo segundo), o como fiador, real o personal, o hipotecante por deuda ajena, o haber adquirido una finca hipotecada sin «asunción ni subrogación» en la deuda garantizada.

Normalmente, en los mandamientos ordenando practicar una anotación de embargo no se explica suficientemente el origen de las obligaciones cuyo cumplimiento se reclama. Quizá pudiera sostenerse (por aplicación inversa del art. 1.361 actual y 1.407 antiguo) el principio de «presunción» de ganancialidad también de las obligaciones. Pero parece más aceptable el principio contrario, de «privatividad» de las obligaciones mientras no se pruebe que están a cargo de la sociedad conyugal, conforme a las normas de los artículos 1.362 y siguientes, reformados. Pero esto es una cuestión «tangencial» para el Registro, ya que el registrador no puede entrar a calificar el «fondo» de las decisiones judiciales, ya que debe detenerse en los requisitos, llamémosles «superficiales»: competencia del Organo, congruencia con el procedimiento, formalidades extrínsecas del documento y «obstáculos que surjan en el Registro» (art. 99 del R. H.). Presupuesto el cumplimiento de los tres primeros, del Registro pueden surgir obstáculos materiales (una «prohibición de disponer», por ejemplo) y obstáculos meramente formales (no aparecer la finca inscrita a favor del demandado).

Aun prescindiendo de los supuestos especiales en que hay una «responsabilidad sin débito personal», nacida expresamente de un convenio, no cabe duda de que, a la vista de los artículos 1.362 y siguientes del Código Civil, en su nueva redacción (y lo mismo ocurría con los anteriores), *por deudas «gananciales» se pueden embargar bienes «privativos» del cónyuge que contrajo la deuda* (que responderán «solidariamente» con los gananciales, según el art. 1.369), *e, incluso, «privativos» del otro cónyuge*, si, con su consentimiento o «asentimiento posterior» (al acto adquisitivo, por ejemplo, art. 1.370, respecto del precio aplazado), «asumió» también la deuda o se «responsabilizó» de ella (como «fiador», por ejemplo), en cuyo caso responderá directamente (artículo 1.318), o si se trata de deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, en cuyo caso los bienes del otro cónyuge responderán «subsidiariamente» (art. 1.319). Y, a la inversa, *por deudas «privativas» de un cónyuge se pueden embargar bienes «gananciales»* (art. 1.365), 2.º, deudas contraídas en el «ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios»; art. 1.373, si los bienes privativos no fueren suficientes, «el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales»...). Quizá pueda existir duda en el caso

extremo de que *por deudas «privativas» de un cónyuge se pretenda embargar bienes «privativos» del otro*, pues no mediando pacto expreso de «responsabilidad por deuda ajena», o consentimiento que implique «asunción» de la deuda, parece que no debiera ser posible. No obstante, como esos supuestos excepcionales cabe que estén acreditados en los «autos», aunque no consten en el mandamiento (y, ciertamente, son extraños al Registro, por afectar exclusivamente a la esfera obligacional de los contratantes), hay que admitir su posibilidad, pues sólo al juez corresponde decidir; y el embargo será perfectamente anotable si la demanda se ha dirigido contra el titular registral de los bienes embargados, sin que pueda el registrador entrar en el «fondo» de la decisión judicial. Incluso en caso de separación de bienes (como régimen convencional, o en el supuesto excepcional de haberse exigido por el cónyuge no deudor, notificado del embargo sobre bienes gananciales, según el artículo 1.373) pueden existir «cargas del matrimonio», a cuyo sostenimiento deben contribuir ambos cónyuges, según hayan convenido o proporcionalmente a sus recursos económicos (art. 1.438).

Por consiguiente, ante un mandamiento de embargo, lo único que debe examinarse es si, según aparecen inscritos los bienes trabados, *han sido demandados* (o «notificados») *todos los que sean titulares de derechos en los mismos*:

Por consiguiente:

1. *Si la finca está inscrita como «privativa»*, por haberse acreditado la procedencia del dinero o contraprestación, no hay la menor duda de que *debe estar demandado el titular registral*; tanto si la deuda es suya (débito y responsabilidad propios), como si es del otro cónyuge (en cuyo caso también debe figurar éste como demandado en los «autos», como deudor, lo que se presumirá si del mandamiento no resulta).

2. *Si la finca está inscrita «como del adquirente»* (eludimos el término «privativa» en este supuesto, como antes dejamos dicho), *porque el otro cónyuge «confesó» el carácter privativo del dinero*, no cabe duda tampoco de que *bastará con que del mandamiento resulte demandado dicho titular*. Así se deduce de la interpretación que, creemos, debe darse al artículo 1.324, pues el «no perjuicio a los acreedores de la confesión de privatividad del dinero», cuya salvedad hace, no puede entenderse en el sentido de que, respecto de ellos, la finca sea «ganancial» y pueda demandarse a uno cualquiera de los cónyuges (al deudor, aunque no sea el comprador y titular registral) «notificándose» al otro («inscripción permeable»), sino simplemente que dichos acreedores pue-

den «impugnar» esa confesión de privatividad del dinero, la cual, además, se presume «gratuita», con todos sus efectos limitados en cuanto a que los terceros no estarán siempre protegidos por la «fe pública registral» (art. 37, L. H.).

No obstante, si la deuda es *ganancial*, debe notificarse, al menos, el embargo al otro cónyuge; y si es *privativa* del confesante (no titular) también debe demandarse al mismo como deudor personal.

3. Si la finca está inscrita como *ganancial*, a favor de ambos cónyuges conjuntamente (art. 1.355, párrafo segundo, y 1.353), *debiera demandarse a los dos*, pues a ambos corresponde conjuntamente la gestión y disposición de los bienes gananciales (art. 1.375), y ninguno de ellos tiene la representación del otro, a menos que expresamente le fuera conferida (art. 63 del Código Civil). No obstante, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.385, párrafo segundo («cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes»), podría seguir admitiéndose *que la demanda se dirija únicamente contra el cónyuge deudor*, cualquiera que sea, «notificándose» simplemente al otro, conforme a la interpretación que la Dirección General hizo en la etapa anterior, al artículo 144 del R. H.

Entendemos que esto pueda ser así únicamente cuando la finca esté inscrita «conjuntamente a favor de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal» (arts. 1.353 y 1.355, 2.º); pero no cuando esté *inscrita a favor de los dos cónyuges «por cuotas indivisas»*, en cuyo supuesto habrán de ser demandados «personalmente» los dos cónyuges, titulares por separado de sus cuotas respectivas; a menos que se limite el embargo a la cuota de uno de ellos; ni tampoco cuando la finca embargada fue *adquirida por uno solo de los cónyuges «para la sociedad conyugal» o sin manifestarse nada al respecto* (sin que conste del Registro el consentimiento o asentimiento posterior del otro cónyuge), pues en este supuesto necesariamente debe ser demandado el cónyuge adquirente (y «notificado» el otro). Si ya consta el asentimiento del otro, la inscripción se habrá completado (por «nota marginal», o mejor por una nueva inscripción que la hará figurar en forma «conjunta» a favor de los dos cónyuges), en cuyo caso bastará demandar a uno (el deudor personal) con simple «notificación» al otro.

Finalmente, si la finca aparece inscrita como «*ganancial*» por acuerdo de ambos cónyuges que así lo decidieron en el acto de adquirir, «*cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación*» (art. 1.355), la finca es claramente «ganancial» y puede demandarse sólo al deudor, notificándose el embargo al otro; sin perjuicio de las acciones de impugnación que puedan ejercitarse por los acreedores del cónyuge que

«renunció» a sus derechos en el dinero o contraprestación, sobre todo si tal renuncia fue hecha gratuitamente, como en el supuesto de «confesión» de privatividad del dinero del artículo 1.324.

Como resumen, y como REGLA PRACTICA, podemos decir que, para que sea anotable un Mandamiento de Embargo, *debe resultar del mismo que ha sido demandado el titular registral siempre* (y si los dos son titulares «pro indiviso», los dos deben ser demandados), *notificándose al otro cónyuge que tenga derechos «presuntivos» en la finca por disposición legal; pero si la finca está inscrita a favor de ambos esposos «conjuntamente y sin atribución de cuotas», bastará demandar a uno (el deudor personal) y notificarse simplemente al otro.*

4. Si la finca está inscrita como «privativa» de un cónyuge en virtud de liquidación de la sociedad conyugal, como consecuencia de haberse adoptado el régimen de Separación de Bienes, en Capitulaciones Matrimoniales (art. 1.317), debe demandarse únicamente al titular registral, si la deuda es propia; si se acredita que la deuda es «ganancial» por haberse contraído «antes» de la modificación del régimen conyugal, o a cargo de ambos cónyuges por ser «carga del matrimonio» (art. 1.438), siempre debe ser demandado el cónyuge titular «privativo» de los bienes (y, si acaso, el otro como deudor personal); supuestos que no intentamos siquiera justificar, por haberlo sido ya, cumplidamente, en las Resoluciones de 6, 10 y 16 de noviembre de 1981.

6. CONCLUSIONES

A modo de conclusión de estas ideas expuestas, y generalizando su dogmática, podemos decir que no sólo está en «crisis» la distinción entre derechos «reales» y derechos «obligacionales», como la Doctrina ha señalado desde hace tiempo, sino también el principio, base o punto de partida de nuestro Sistema Registral, de que únicamente son inscribibles los «derechos reales» o situaciones jurídicas con eficacia *erga omnes, frente a todos*. Es una evolución progresiva, fácilmente comprobable:

Ya en los inicios del sistema se admitió en los Libros del Registro la registración de «obligaciones de pagar cantidades líquidas», que adquirirían, con la ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO, preferencia real sobre la finca embargada, pero no frente a todos, sino únicamente frente a los acreedores posteriores a la anotación (arts. 44 de la L. H. y 1.923 del Código Civil); o simples DERECHOS OBLIGA-

CIONALES, como era el arrendamiento; e incluso, relaciones extrañas, como las resoluciones judiciales de incapacidad.

En una *etapa posterior* se abrió el Registro a simples FACULTADES PERSONALES, como el «derecho de opción» convenido como «cláusula o estipulación» de otro contrato inscribible (art. 14 del R. H.), o el «derecho de retorno» arrendaticio, que no es más que un pacto añadido a un derecho de arrendamiento que queda interrumpido, y que se inscribe (por nota marginal), aunque no esté inscrito el derecho principal (art. 15 del R. H.).

Más recientemente (1960) se abre también el Registro a los Estatutos y Normas de Comunidad del Régimen de Propiedad Horizontal de los Edificios, que con frecuencia contienen «normas organizativas», «obligaciones personales» e incluso «prohibiciones de disponer» perpetuas (como cuando se prohíbe a sus copropietarios establecer una sala de fiestas, industrias ruidosas, clínicas médicas o despachos profesionales, cuando no otras «limitaciones» más o menos caprichosas y justificadas). Y generalizando esta idea del «estatuto privado de la propiedad», se regulan en la misma forma las «urbanizaciones», o el «uso y disfrute, actual y futuro», de una determinada finca, en beneficio de sus múltiples propietarios (la Resolución de 1 de abril de 1981 declaró inscribible un «pacto sobre división futura de la finca en copropiedad»); e incluso, en beneficio de una finca ajena, conforme a la sugestiva «tesis de la adherencia»: limitaciones del dominio establecidas obligacionalmente, pero que, con su inscripción en el Registro, adquieren el carácter de «obligaciones reales» o «cargas reales», «adhiriéndose» de esta forma a la propiedad del bien cuyo uso se limita, y «trascienden» a tercero. (Ver al respecto los interesantes comentarios que hacen JOSE MANUEL GARCIA GARCIA y JOSE QUESADA SEGURA, a la Sentencia de 5 de junio de 1976, en R. C. D. I., septiembre-octubre de 1978).

Otro paso más lo representa el progresivo avance del Derecho Urbanístico, que, con apoyo en la nueva Ley del Suelo de 1976, y los varios Reglamentos que la desarrollan, permiten hablar de «Limitaciones y Cargas Urbanísticas», impuestas obligatoriamente en los Planes de Urbanización de las poblaciones, y que llegan al Registro a través del general artículo 221 de la Ley del Suelo, que permite a las Comisiones Provinciales de Urbanismo, «de oficio o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización», pedir la anotación o inscripción de los «actos administrativos» derivados de aquella Ley; y que se materializa en declaraciones de «indivisibilidad de los terrenos» por agotamiento de su «volumen edificable», «unidades mínimas», declaraciones de «no edificables» determinadas zonas, u otras a las que se da

«un destino industrial», o de «edificación intensa», o «limitada en alturas», e incluso «en estructura». Todo esto, y muchas más limitaciones, pueden constituir un Estatuto de la Urbanización Privada, o una «imposición» al propietario de vínculos y obligaciones de carácter «público», contenidas en un plan general o parcial de urbanización; a cuya «publicidad» eficiente contribuirá la inscripción en el Registro de la Propiedad, que dotará a esas «limitaciones» de efectos reales, frente y en beneficio de terceros.

Una *penúltima etapa* puede ser la tesis que propugnamos en este trabajo, de AMPLIAR LA PUBLICIDAD REGISTRAL a esas «situaciones pendientes», carentes de firmeza, o consentimientos «anticipados», que en el Registro esperan, ya con publicidad (aunque no legitimadora en perjuicio de tercero), a que se completen y pasen a «registrarse de un modo perfecto» y con eficacia protectora del tráfico jurídico, reflejándose entonces en el «acta de inscripción». O esas otras «obligaciones» personales, conectadas de un modo inseparable a las prestaciones o contraprestaciones de las partes contratantes: la obligación de «pagar el precio aplazado de una compraventa» haciendo efectivas a su vencimiento unas «letras de cambio» aceptadas, y cuyo impago, sea cualquiera su tenedor, puede dar lugar a la «resolución del contrato»; las obligaciones complementarias o accesorias de un «préstamo hipotecario», que obligan a conservar la finca como un diligente padre de familia, tenerla asegurada durante toda la vigencia del contrato, pagar cumplidamente las contribuciones e impuestos, etc., y cuyo incumplimiento «precipita» la acción hipotecaria al estimarlo como causa de «vencimiento anticipado» del plazo del préstamo, y que el Registro publica al recoger esas causas en el asiento de hipoteca.

Y la *última etapa, por ahora*, puede ser la «necesidad» (y no la simple posibilidad) de inscribir TODAS LAS MANIFESTACIONES Y DECLARACIONES DE VOLUNTAD que se hagan con ocasión de la realización de un acto jurídico (ese «reconocimiento» del carácter «privativo» del dinero con que se compra; ese destino «para la sociedad conyugal» con que se adquiere una finca) y que «trascienden» del puro acto adquisitivo para afectar a la esfera de la «administración», «disposición» o «responsabilidad» dentro de la sociedad conyugal y con proyección al exterior (terceros).

Quizá podamos concluir diciendo que estamos en el umbral de una NUEVA CONCEPCION DE LA INSTITUCION REGISTRAL: «Serán necesariamente inscritos en el Registro de la Propiedad, TODOS AQUELLOS ACTOS O MANIFESTACIONES EN ELLOS CONTENIDAS, CUYOS EFECTOS «TRASCIENDEN» DEL MERO ACTO AD-

QUISITIVO Y «SOBRESALEN» DE LA ESPERA DE LOS OTORGANTES, AFECTANDO A TERCEROS, NO SOLO EN PERJUICIO DE ELLOS, SINO TAMBIEN, Y SOBRE TODO, EN SU BENEFICIO Y EN EL DE TODA LA SOCIEDAD. De ahí la conveniencia de que la PUBLICIDAD REGISTRAL sea lo más completa posible.

Es una experiencia que los años de vida profesional van imponiendo siempre: Si al principio aplicamos con rigor, quizá excesivo, el principio depurador de «lo real» y «lo obligacional» para no dar cabida en el Registro más que a lo primero, a medida que pasan los años se va atenuando en nosotros ese rigor en la calificación, dando entrada a pactos o estipulaciones cada vez menos reales o más dudosas (por ejemplo, en las «larguísimas» inscripciones de hipoteca). Y no sólo por comodidad o por evitar una responsabilidad que se ve mayor en la «exclusión» que en la «inclusión»; sino, también, porque la experiencia práctica nos va convenciendo de que cuanto mayor sea la «publicidad» del acto, en todos sus elementos y circunstancias, mejores posibilidades tendremos para entender y calificar el acto posterior, y mayor utilidad proporcionaremos a quienes se sirven del Registro.

Esta afirmación me trae a recuerdo las inolvidables palabras del que fue nuestro Decano, PEDRO CABELLO DE LA SOTA, en el acto de entrega de los títulos a los componentes de la promoción a que pertenece quien esto escribe: «Apliquemos con medida nuestra facultad calificadora, para no hacer de ella una función negativa. Porque *nuestra misión es la de inscribir y no la de denegar*».

MANUEL FIGUEIRAS DACAL
Registrador de la Propiedad

Cancelación de la hipoteca cambiaria

(Aproximación a sus causas y títulos formales específicos)

SUMARIO: I. *Justificación del tema.*—II. *Punto de partida.*—III. *Caducidad de la acción hipotecaria cambiaria. ¿Es posible pactarla?*—IV. *Perjuicio de la letra.*—V. *Pérdida de la letra.*—VI. *Pago de la letra:* a) Pago total.—b) Pago parcial.—VII. *Hipoteca única en garantía del pago de varias letras:* a) Con responsabilidad distribuida.—b) Sin distribución de responsabilidad.—VIII. *Hipoteca cambiaria unilateral.*—IX. *Renuncia a la hipoteca y regreso de la letra.*—X. *Renovación cambiaria:* a) Posiciones doctrinales.—b) Dirección General.—XI. *Hipoteca cambiaria ganancial.*—XII. *¿Se extingue la hipoteca cambiaria por confusión de derechos?:* a) Hipoteca constituida por el librado-aceptante.—b) Hipoteca constituida por otros obligados cambiarios.—XIII. *Títulos formales para la cancelación:* cobro, pago, consignación, letras que no han sido puestas en circulación, letra girada a la propia orden, ejecución judicial y extrajudicial de la hipoteca, prescripción de la acción hipotecaria, pacto de constancia registral del protesto, perjuicio y pérdida de la letra, cancelación parcial, pago parcial, renovación cambiaria y confusión de derechos.

I. JUSTIFICACION DEL TEMA

En un trabajo reciente (1), hemos intentado estudiar algunos aspectos parciales de la llamada hipoteca cambiaria, entendiendo por tal la hipoteca constituida en garantía del pago, por vía cambiaria —es decir, mientras el mandato abstracto de pago conserva su específica naturaleza—, de una o varias letras ya emitidas o que se libran en el acto de

(1) «La identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 546, septiembre-octubre de 1981.

su constitución. Del concepto estricto de hipoteca cambiaria debe excluirse, por tanto, la que garantiza la relación subyacente o causal (2).

Planteábamos allí, como introducción al tema, la inequívoca realidad de la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio, figura jurídica constituyente, al menos a partir de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 y 26 de octubre de 1973. En ellas se reconoce su existencia legal como modalidad de las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso, si bien su regulación es incompleta e insuficiente, «deficiencia legal que puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de notarios y registradores que, como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal», según expresa el cuarto Considerando de la segunda de las Resoluciones citadas.

En esta línea y en un intento de acercamiento a los problemas reales que la figura plantea, el trabajo, con intención práctica, contiene una relación crítica de aquellas cláusulas que, siendo habituales en las escrituras de hipoteca en garantía de letra de cambio, han sido ya objeto de controversia y sobre las cuales la Dirección General ha intentado establecer una doctrina que supere las dificultades de adaptación del derecho real a las particularidades jurídicas y mercantiles de la cambial. Citaremos, como ejemplo, junto al espinoso problema de la identificación de las letras, las cláusulas de vencimiento anticipado de la hipoteca en caso de impago de alguna de las mismas, de pago anticipado por el deudor, de constitución de una sola hipoteca en garantía del pago de varias letras sin distribución de responsabilidad, de utilización del procedimiento judicial sumario, etc. Estas y otras cuestiones han sido ya encaradas por la Dirección General en las dos Resoluciones apuntadas, en las posteriores de 31 de octubre de 1978 y de 18 de octubre de 1979 o en la más reciente de 23 de octubre de 1981.

Es decir, la hipoteca cambiaria no es, como se ha dicho, una creación ficticia de investigadores o de juristas de laboratorio. Al contrario, responde, en nuestra opinión, a dos factores de palpitante actualidad: la mecánica del sistema crediticio de las sociedades financieras y la crisis de la letra de cambio (3). Frente a esa crisis, la garantía real que supo-

(2) Vid. MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA: «La hipoteca cambiaria», en la misma *Revista*, núm. 533, julio-agosto de 1979, pág. 875.

(3) Esta crisis es tan patente que los datos que aportábamos tan sólo hace unos meses, ya han quedado desfasados. «No hay respeto a la letra de cambio», decía *ABC Económico* el 3 de marzo de 1981, al señalar que sólo en Madrid se dejaron de pagar en 1980 letras de cambio por un valor cercano a los cincuenta mil millones de pesetas. Y el 19 de julio de 1982 reiteraba: «Jaque mate a la letra de cam-

ne la hipoteca es un refuerzo nada desdeñable desde el punto de vista de la seguridad cambiaria y, desde otro ángulo, un reto que se nos hace a notarios y registradores de la Propiedad para dar solución práctica a los enormes problemas que la figura plantea, teniendo en cuenta las normas hoy vigentes tanto en Derecho cambiario como hipotecario. Este choque de normas es, a veces, tan violento que explica la actitud reticente de algunos autores ante esta modalidad de hipoteca. Esta es la postura, por ejemplo, de un hipotecarista de tanto prestigio como BUENAVENTURA CAMY (4), aunque la formulación de futuro que él ofrece es, sin duda alguna, la más atractiva que se ha hecho hasta el momento: la creación de cambiales con la característica de título real y cuyo contenido de hipoteca estuviese predeterminado legalmente.

Creemos que las líneas precedentes justifican el interés que el tema tiene para notarios y registradores. Es ese interés el que nos lleva —por supuesto, con toda modestia— a tratar sobre otro aspecto parcial de la hipoteca cambiaria: su cancelación. Este problema, que tiene la trascendencia derivada de la propia naturaleza del acto cancelatorio como negocio jurídico de riguroso dominio y que, referido a la hipoteca en garantía de un título-valor como la letra, esencialmente destinado a la circulación, es de una enorme importancia práctica, no ha sido, en cambio, suscitado aún ante la Dirección General.

En cualquier caso, el problema existe y pensamos que la laguna legal se va llenando gracias al buen sentido jurídico de notarios —en la redacción de las cláusulas correspondientes en las escrituras de hipoteca— y de registradores —en la búsqueda de fórmulas de analogía con otros títulos susceptibles de ser asegurados con hipoteca—.

II. PUNTO DE PARTIDA

La Ley Hipotecaria, en su artículo 76, consigna como causas de extinción de las inscripciones en cuanto a tercero, su cancelación o la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona. No obstante, en cuanto a la segunda, sólo constata, en realidad, un cambio de titularidad, pero no extingue totalmente la inscripción anterior y mucho menos extingue en cuanto a tercero el derecho registrado. Respecto a la cancelación, hay que decir que no es propiamente tampoco causa de extinción de las inscripciones o anota-

bio. La desaparición física de la letra no está lejos, sustituida por el apunte contable electrónico».

(4) En el comentario que hace en la *Revista de Derecho Privado*, enero de 1979, pág. 104, a la Resolución de 31 de octubre de 1978.

ciones preventivas ya que, salvo el caso de caducidad, es sólo un medio para eliminar el asiento, dando por supuesto que se ha extinguido el inmueble objeto de las mismas o el derecho inscrito o anotado o que se ha declarado la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho (los tres supuestos recogidos en los arts. 79 y 80 de la Ley Hipotecaria y que son las verdaderas causas generales de cancelación).

Pues bien, dejando a un lado los casos de extinción, total o parcial, del inmueble hipotecado y de nulidad del título que, como causas extra-letra, sujetarían la cancelación a las reglas generales, vamos a limitarnos al supuesto de extinción, total o parcial, del derecho real de hipoteca que garantiza el pago de la cambial, con una previa referencia a la caducidad, legal o pactada, del propio asiento.

III. CADUCIDAD DE LA ACCION HIPOTECARIA CAMBIARIA. ¿ES POSIBLE PACTARLA?

O dicho más claramente: ¿es posible que en la escritura de constitución de la hipoteca cambiaria se fije un período de vida a la misma, transcurrido el cual su inscripción habría incurrido en caducidad y podría ser cancelada?

Hay autores que, lisa y llanamente, consideran aplicable a la hipoteca cambiaria el artículo 950 del Código de Comercio, entendiendo que la acción hipotecaria prescribe a los tres años del vencimiento de la letra. En este sentido, JOAQUÍN LANZAS GALVACHE (5) que aduce fuertes razones: 1.^a El artículo 1.938 del Código Civil deja a salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto a determinados casos de prescripción. 2.^a El artículo 943 del Código de Comercio dispone que sólo las acciones que no tengan un plazo determinado en el Código de Comercio se regirán por el Derecho común. 3.^a La Ley de Hipoteca Naval establece un plazo de prescripción de diez años y la de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento un plazo de tres años para ambas acciones, la hipotecaria y la pignoraticia. 4.^a El concepto mismo de hipoteca cambiaria que lo que garantiza es directamente el pago de la letra y no el negocio causal documentado, y 5.^a Los artículos 496 y 499 del Código de Comercio que permiten, a su juicio, que la fianza de que habla dicho Código pueda adoptar todas las modalidades legales, quedando cancelada una vez prescrita la aceptación, es decir, la acción por el citado plazo de tres años.

(5) «La hipoteca cambiaria», dos conferencias en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Andalucía Occidental, abril-mayo de 1977. Ejemplar regalo del autor.

Rozando esta línea se encuentran las posiciones de ROCA SASTRE, SAPENA y CANO FERNÁNDEZ (6). El primero, aunque reconoce el silencio de la doctrina española al respecto, cree posible la constitución de hipotecas con duración predeterminada en el caso de fiador real o hipotecante por deuda ajena. Cita en su apoyo no sólo la posibilidad de que pueda pactarse la duración de la fianza personal, sino también el artículo 1.842, 5.º, del Código Civil que establece un límite de diez años, cuando la duración de la obligación principal asegurada no tiene término fijo para su vencimiento, así como el Código Civil italiano que, en su artículo 2.878, 6.º, admite esta causa de extinción.

Los segundos entienden que todos los problemas sobre cancelación de estas hipotecas se resolverían fijando un período de vida a las mismas, transcurrido el cual caducaría la inscripción y podría ser cancelada a instancia de cualquier interesado. Con ello se resolvería la dificultad para obtener la cancelación si la hipoteca fue constituida por el librador u otra persona, ya que carecerá de la cambial que obrará en poder del librado como justificante de pago, así como la de conocer al último tenedor que percibió el importe de la letra, para que firme la solicitud de cancelación u otorgue, en su caso, la escritura correspondiente.

Pero, como los mismos autores reconocen, tanto la fijación de un plazo convencional de caducidad, como la aceptación del plazo de tres años establecido por el artículo 950 del Código de Comercio, tropiezan con la redacción del artículo 128 de la Ley Hipotecaria, que establece tajantemente el plazo de veinte años para la prescripción de la acción hipotecaria.

La Dirección General, en su 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, a contar 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, en la Resolución de 28 de noviem-

(6) El primero en la 6.ª edición de su *Derecho hipotecario*, IV-2.º, pág. 1111. SAPENA TOMÁS en su trabajo «Hipoteca cambiaria», *Revista de Derecho Mercantil*, 62/1956 Y EMILIANO CANO en «La hipoteca cambiaria», II Congreso Internacional de Derecho Registral. Ponencias y Comunicaciones, Colegio de Registradores, tomo I, pág. 573.

bre de 1978, en un caso sustancialmente idéntico (la única diferencia es que aquí el plazo era de cuarenta y cinco meses y que el Centro Directivo justifica su nueva doctrina por la necesidad de evitar —penúltimo Considerando— «que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que, según los propios asientos del Registro, está extinguida», aunque esto sea algo marginal al problema de fondo) mantiene un criterio radicalmente distinto. En el primer Considerando, permite la inscripción de la cláusula en la que se previene, en la escritura de compraventa, «la posibilidad de cancelación de un asiento una vez que el derecho a que se refiere se encuentre extinguido o caducado por haber vencido su plazo de vigencia y haber prestado su consentimiento anticipadamente la persona favorecida por la inscripción registral».

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ (7), en armonía fundamental con la primera de las Resoluciones citadas y al estudiar el pacto comisorio, acepta: la validez del convenio por el que se fija un término convencional al pacto de Lex Commissoria, cuya naturaleza de condición pone en tela de juicio; la licitud del consentimiento formal anticipado del vendedor para la cancelación; la aplicación de los artículos 23, de la Ley Hipotecaria, y 56 y 177, del Reglamento Hipotecario, previa solicitud cancelatoria, como vía formal, cuya determinación no corresponde ni a los interesados ni al Registrador; y, como consecuencia, el rechazo del pacto de utilización del artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

A nuestro juicio, esta nueva orientación de la Dirección General es de muy dudosa aplicación a la cancelación de la hipoteca cambiaria, por varias razones:

- 1.^a Representa una solución excepcional, muy ajustada a las exigencias de una concreta finalidad: «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» (son términos literales del penúltimo Considerando). Es, por tanto, la propia Dirección la que parece seguir rechazando la idea de cancelación automática para el caso de caducidad (pactada) del asiento.
- 2.^a La solución que la Dirección General ofrece, aunque con el limitado objetivo señalado, referida a una condición resolutoria,

(7) «El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del artículo 355 del Reglamento Hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1981, págs. 16, 24 y 36.

es de muy dudosa aplicación no ya a la hipoteca cambiaria, sino, en general, a la cancelación de cualquier tipo de hipoteca. Como dice CHICO ORTIZ (7 bis), la generalidad de la doctrina opina que la nota marginal del artículo 58 del Reglamento Hipotecario, como medio para hacer constar el pago del precio aplazado cuando se haya dado al impago el carácter de condición resolutoria, sirve también de instrumento cancelatorio; en cambio, si el precio aplazado se asegura con garantía hipotecaria, habrá que estar a las normas generales sobre cancelación de las hipotecas.

- 3.^a La Dirección subordina la posibilidad de la cancelación a la extinción del derecho inscrito, pero, además, exige otro requisito: «haber prestado su consentimiento anticipadamente la persona favorecida por la inscripción registral». Pues bien, este requisito es de imposible cumplimiento en la hipoteca cambiaria, al constituirse la misma, teniendo en cuenta la naturaleza de la letra como título esencialmente destinado a la circulación, en favor del «tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos que hayan podido realizarse o a través de las incidencias derivadas de la renovación de la cambial», lo cual hace que una de las características de estas hipotecas sea «la indeterminación del acreedor hipotecario» (segundo Considerando de la Resolución de 26 de octubre de 1973). Insistiremos más adelante sobre este aspecto de la hipoteca cambiaria, en la que la garantía está más directamente conectada con la letra que con la posición accidental de acreedor del eventual portador de la misma.

De Derecho constituido, por tanto, creemos que no es posible cancelar la inscripción de hipoteca cambiaria por caducidad de la acción hipotecaria si no ha transcurido el plazo de veinte años, fijado por el artículo 128 de la Ley Hipotecaria, contados desde que pueda ser ejercitada. Para ello es necesario, según la Resolución de 31 de octubre de 1978, que se haya producido el «impago de la letra, justificado con el correspondiente protesto».

En esta línea, TIRSO CARRETERO GARCÍA (8) se pregunta si cabe someter la hipoteca a término final desconectándola del pago del crédito hipotecario y si no representa ello una flagrante violación del principio

(7 bis) «Precio aplazado, letras de cambio y condición resolutoria», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 114, junio de 1976, pág. 316.

(8) Comentario a la Resolución de 11 de diciembre de 1974, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 508, mayo-junio de 1975, pág. 656.

de accesoriedad de la hipoteca. La verdad es que no sale de la duda, recordando cómo ROCA SASTRE sólo aduce argumentación en favor de la hipoteca a término final —distinto de la hipoteca en garantía de un crédito a término final—, en el supuesto de la hipoteca por deuda ajena, pero no en términos generales, limitándose a citar a GAYOSO y el Código italiano. Pero este último parte de una temporalidad institucional de la hipoteca, ajena a nuestro Derecho, que es más acorde en este punto con la doctrina alemana y francesa.

Por último —y aunque tenga evidente relación con el problema ahora tratado—, no creemos que éste sea el momento de entrar en la polémica que trata de dar una explicación a la diferencia existente entre el plazo de veinte años del artículo 128 de la Ley Hipotecaria y el de quince años del artículo 1.964 del Código Civil para el ejercicio de la acción personal. Reviven dicha polémica RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ, profesor de la Universidad de Valencia, y el notario y registrador de la Propiedad SANTIAGO RUBIO LINIERS (8 bis). El primero estima coherente la armonización de ambas acciones sobre la base de que no hay en la hipoteca una accesoriedad que pueda reconducirse a parasitismo, ni tampoco en la obligación. Se produce una a modo de simbiosis en el derecho real de hipoteca que hace que el ejercicio de la acción hipotecaria para exigir el cumplimiento de una obligación cuya acción se ha extinguido, sea algo más que el ejercicio de un derecho de postulación procesal: el de un derecho real subsistente con toda su energía. El segundo se inclina también por la compatibilidad de ambos plazos, en base a la distinta finalidad y naturaleza de las dos acciones.

Y en cuanto a la caducidad prevista en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Hipotecaria —hipotecas constituidas antes del 1 de enero de 1945 y que vayan cumpliendo treinta años de antigüedad a partir de la fecha del vencimiento del crédito— es, desde luego, aplicable a la hipoteca cambiaria, aunque, por la relativa novedad de la figura, se dará muy excepcionalmente.

IV. PERJUICIO DE LA LETRA

Si la letra no es presentada a la aceptación o al pago dentro del término señalado o no es protestada oportunamente, queda perjudicada (art. 469 del Código de Comercio), perdiendo el portador el derecho a

(8 bis) El primero en su trabajo sobre «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 de 1979, pág. 729.

El segundo en «La prescripción extintiva del crédito hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, septiembre-octubre de 1978, páginas 955 y sigs.

reintegrarse de los endosantes (art. 483 it.), si bien puede exigir el reembolso de la letra del librador cuando éste no pruebe que, al vencimiento, tenía hecha provisión de fondos, aunque el protesto se hubiera sacado fuera de plazo, mientras la letra no haya prescrito; y si hiciere dicha prueba pasará la responsabilidad del reembolso a aquel que aparezca en descubierto de él (art. 460 it.).

Hemos transcrito estos textos por considerar oportuno tenerlos a la vista en orden a la argumentación que vamos a intentar esgrimir.

Si la hipoteca lo que garantiza es el pago, por vía cambiaria, de la letra, el perjuicio de la letra acarrea el de la hipoteca que se extingue. La Resolución de 31 de octubre de 1978 exige, como ya hemos dicho, «impago, justificado con el correspondiente protesto» para que sea posible el ejercicio de la acción hipotecaria, la ejecución de la hipoteca.

No obstante, LANZAS GALVACHE (9) estima que no se extingue la hipoteca, a pesar del perjuicio de la letra, en tres casos:

1. Cuando la hipoteca ha sido constituida por el librador mientras no pruebe haber hecho provisión de fondos (en base al art. 460 del Código de Comercio).

2. Cuando la ha constituido el librado, en tanto no pruebe su falta (it.).

3. Respecto del librador o endosante que, perjudicada la letra, se hubiere saldado de su valor en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia (en base al art. 525 del Código de Comercio).

En estos casos, entiende que no debe cancelarse la hipoteca, aunque se acredite la falta de protesto, mientras no se prueben las referidas circunstancias.

Nosotros disentimos de LANZAS GALVACHE en este punto, por entender que el Código de Comercio, en dichos textos, se mueve más en el terreno de la relación causal subyacente que en el de la propia letra como mandato abstracto de pago, de tal modo que las acciones que nacen de dichos supuestos no son cambiarias, sino de enriquecimiento injusto. Como dice JOAQUÍN GARRIGUES (10), si bien el librador res-

(9) Conferencias citadas.

(10) *Instituciones de Derecho mercantil*, 5.ª edición, Madrid, 1953, páginas 295 y sigs.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1981 se dice lo siguiente: «La acción de enriquecimiento —derivada de la letra, aunque no propiamente acción cambiaria— (es) mecanismo corrector de los efectos propios de la decadencia o perjuicio del título cuando, por no haber sacado el protesto por falta de pago, pierde el tenedor la acción cambiaria ejecutiva y la de regreso

ponderará civilmente de las resultas de la letra a todas las personas que la vayan sucesivamente adquiriendo y cediendo (art. 459 del Código de Comercio), cambiariamente sólo responde si el portador cumple puntualmente los actos conservadores de su derecho cambiario. La acción que conserva el portador de la letra perjudicada no es una acción cambiaria ejecutiva, pues sin protesto no hay acción y, por tanto —insiste GARRIGUES—, esa acción no se funda en la letra, sino en la relación de provisión de fondos y es una acción de enriquecimiento injusto.

El perjuicio de la letra por falta de protesto podríamos decir que agota la vía cambiaria propiamente dicha. Lo que los citados artículos del Código de Comercio regulan no es el pago de la letra por vía cambiaria, sino el reembolso de su importe —e incluso de otros gastos (ver arts. 458 y 460)— en favor de aquel que se ha perjudicado económicamente, ya que hizo oportuna provisión de fondos (negocio causal), o de aquel cuyo perjuicio deriva de la compensación que el librador o alguno de los endosantes han hecho en sus cuentas con el deudor o con valores o efectos de su pertenencia (art. 525), operaciones totalmente extrañas al negocio cambiario en sí mismo.

No es obstáculo para lo que decimos que el artículo 521 del propio Código de Comercio hable indistintamente de la acción para exigir el pago o reembolso, porque lo importante es que para el ejercicio de la acción cambiaria ejecutiva basta la vista de la letra y el protesto, además del reconocimiento judicial de firmas, en su caso. En cambio, para obtener el reembolso en los casos antes citados es necesaria la prueba, positiva o negativa, según proceda, de la provisión de fondos.

Quizá convenga no olvidar que, sin perjuicio de la declaración cambiaria fundamental del librador, creadora del negocio cambiario, desde la posición del librado-deudor, sólo la aceptación lo constituye en obligado cambiario: «el que acepta paga»; «solamente puede excusar el pago quien no aceptó»; «la única obligación *cambiaria* del librado nace en el momento de la aceptación» (11).

Si aceptamos, en resumen, que la hipoteca cambiaria se extingue por el perjuicio de la letra, al omitirse el protesto, el problema está en la búsqueda de un procedimiento del que resulte formalmente acreditada aquella falta.

Dice GONZÁLEZ LAGUNA (12) que, aunque no hay base legal para ello, sin duda que puede pactarse en la escritura de hipoteca la necesidad de la constancia registral del protesto. Una cláusula así no hay

(artículos 460, 483, 509, 515 y 516 del Código de Comercio y Sentencia de 5 de octubre de 1971 [cuarto considerando]).

(11) GARRIGUES, *obra citada*, págs. 291 y 317.

(12) *Trabajo citado*, pág. 895.

duda que resolvería el problema de cancelación de la hipoteca por perjuicio de la letra. Fijado el vencimiento de la letra en la inscripción de hipoteca, el hipotecante, el tercer poseedor, el titular de derechos reales sobre la misma finca gravada u otros interesados, podrían solicitar la cancelación, acompañando a la instancia una certificación negativa de aquella expresión registral que la escritura podría prever se hiciera en un plazo breve a contar desde el vencimiento. Un contenido aproximativo de la cláusula podría ser: «Para la ejecución de la hipoteca será requisito necesario la constancia registral del protesto, dentro de los... (diez, quince, veinte días...) siguientes a la fecha del vencimiento de la letra, mediante la presentación en el Registro de la Propiedad de copia del acta respectiva. Transcurrido dicho plazo, la hipoteca podrá cancelarse a instancias del dueño de la finca u otro interesado».

Una cláusula de esta naturaleza creemos que puede válidamente pactarse al amparo del principio de autonomía de la voluntad, ya que no afecta al acto constitutivo de la hipoteca, sino a las condiciones de ejecución que, junto con las demás estipuladas, el tenedor puede y debe conocer, al contener la letra los datos de constitución de la hipoteca, lo que le permite saber que está asegurada con garantía hipotecaria e investigar en el Registro el exacto alcance del derecho real del que, como tomador de la cambial, ha devenido titular (art. 1.255 del Código Civil y Resoluciones de 26 de octubre de 1973 y 18 de octubre de 1979). En este sentido, puede recordarse la Resolución de 4 de diciembre de 1980, en la que lo que se ha rechazado ha sido la posibilidad de inscripción de una hipoteca sujeta a condición suspensiva (*la hipoteca*, no la obligación asegurada, que sería el caso del art. 142 de la Ley Hipotecaria). En el supuesto que nosotros contemplamos, la hipoteca sería perfecta como derecho real ya constituido y la constancia registral del protesto se establecería como una simple condición de su ejercicio o ejecución. Esta constancia serviría, además —y éste es el espíritu de la Resolución de 26 de octubre de 1973— para establecer la adecuada conexión letra-Registro en un momento crucial de la vida de la cambial, como es el protesto, necesario para el ejercicio de las acciones tanto cambiaria como hipotecaria (arts. 516 y ss. del Código de Comercio y Resolución de 31 de octubre de 1978).

Sin embargo, hay que decir que una cláusula como la que comentamos no suele pactarse en las escrituras de hipoteca cambiaria. Esto hace que si la letra se ha perjudicado, la cancelación requiera el consentimiento del tenedor, si fuere conocido. Incluso estimamos que si se negase a otorgar la cancelación una vez requerido, puede ser compelido

a ello, porque, además de que el perjuicio de la letra impide la ejecución de la hipoteca, la cancelación de ésta no es obstáculo para el ejercicio de las acciones de enriquecimiento injusto, únicas que, como veíamos, puede ejercitar el tenedor de letra perjudicada.

Si no se ha pactado la constancia registral del protesto ni es conocido el tenedor de la letra perjudicada, la cancelación de la hipoteca o sólo podrá fundarse en otras causas o habrá de reclamarse de aquellos obligados cambiarios de quienes el tenedor, en su caso, reclame el reembolso de la letra o contra quienes dirija sus acciones de enriquecimiento injusto: librador, endosantes, aceptante, interventores (arts. 459, 460, 483, 515 y 525 del Código de Comercio) (12 *bis*).

V. PERDIDA DE LA LETRA

El artículo 498 del Código de Comercio regula los derechos del tenedor que pierde una letra, aceptada o no.

El librado constituyente de la hipoteca puede recurrir a la consignación (art. 492 del Código de Comercio) haya sido o no requerido, pues se haya producido o no el enriquecimiento a que se refiere el artículo 498 citado, el librado aceptante tiene derecho a pagar al vencimiento de la letra y, subsiguientemente, a obtener la liberación de la finca gravada.

Si no ha sido requerido, será suficiente para cancelar una solicitud a la que se acompañen los documentos acreditativos de la consignación hecha «con los requisitos prevenidos en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil» (art. 156 de la Ley Hipotecaria).

Si ha sido requerido para el pago —y no olvidemos que, según los artículos 448 y 500, el último tenedor de la letra perdida podrá reclamar un ejemplar que la sustituya a su cedente y así sucesivamente de uno a otro endosante hasta llegar al librador— y el librado ha accedido a ello, a la solicitud para cancelar deberá acompañar la documentación que acredite «el depósito del importe de la letra en el establecimiento público destinado a ese objeto o en persona de mutua confianza o designada por el juez en caso de discordia» (art. 498 del Código de Comer-

(12 bis) Es evidente, como aclara la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1981, que «la posibilidad de reclamar contra un endosante indebidamente enriquecido, esgrimiendo el artículo 525, sólo surgirá en el caso singular de que el librador le hubiera cedido la provisión, recuperada por ese cesionario mediante una acción causal, o en la hipótesis de que a virtud de negocios celebrados por el endosante con el librador, el librado y el tomador, sean novadas las relaciones subyacentes asumiendo aquél su titularidad» (cuarto considerando).

cio). En estos casos, creemos que el depósito debe acreditarse por medio de acta notarial, u ordenarse en mandamiento judicial.

Si el librado no ha accedido al pago de la letra perdida, el que la hubiera perdido «podrá hacer constar la resistencia al depósito por medio de protesto igual al precedente por falta de pago». La hipoteca en este caso creemos que subsiste y, por tanto, de momento no puede cancelarse. (*Vid.* art. 498 del Código de Comercio.)

GONZÁLEZ LAGUNA (13) se plantea el problema de pérdida de la letra después de haber sido pagada y llega a la conclusión de que no cabe otro recurso, para obtener la cancelación de la hipoteca, que acudir a un juicio declarativo. El documento cancelatorio, en este caso, sería lógicamente el mandamiento ordenando la cancelación o el testimonio judicial de la resolución recaída, si fuere favorable.

VI. PAGO DE LA LETRA

El pago culmina el proceso normal de circulación de la letra de cambio. Los artículos 490 y 495 del Código de Comercio hablan de «persona legítima» y «portador legítimo», como personas legitimadas para el pago: el tomador, si la letra no fue endosada; el librador, en la letra a la propia orden, y el último endosatario, si la letra fue endosada. Como dice GARRIGUES (14), el pago extingue todas las obligaciones derivadas de la letra: obligaciones del librador, endosantes y avalistas de uno y otros. Si paga un endosante en vía de regreso, sólo se extinguen las obligaciones de los endosantes posteriores. Si paga el librador, se extinguen las obligaciones de todos los endosantes, conservando el librador acción sólo contra el aceptante (*conf.* arts. 512 y 519 del Código de Comercio).

De todas formas, el supuesto ordinario es el pago de la letra por el aceptante. Con ello, el negocio cambiario se consuma, el crédito derivado de la letra queda realizado y los derechos accesorios se extinguen, procediendo su cancelación si, como la hipoteca, han tenido acceso al Registro.

Nosotros, con vistas a la cancelación de la hipoteca constituida precisamente en garantía del pago de la letra, vamos a distinguir dos casos: pago total y pago parcial de la letra.

a) *Pago total.*—Al dar lugar el pago total a la extinción de la obligación asegurada, la hipoteca se extingue también. En este caso, es aplicable el primer párrafo del artículo 156 de la Ley Hipotecaria y, por

(13) *Trabajo citado*, pág. 899.

(14) *Obra citada*, págs. 327 y 328.

tanto, la hipoteca cambiaria podría cancelarse mediante escritura otorgada por el último tenedor en la que debe constar haberse inutilizado en el acto del otorgamiento la letra o letras, o solicitud firmada por el último tenedor y el aceptante-pagador a la cual se acompañen inutilizadas las letras.

Esta forma de operar responde a la tesis, generalmente sostenida por la Dirección General (15), que establece una enérgica distinción entre el crédito —campo de las obligaciones— y la hipoteca —campo de los derechos reales—, cuya cancelación exige el consentimiento del acreedor y que, por su parte, consagran los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 del Reglamento Hipotecario.

No obstante, en materia de hipoteca cambiaria, por la especial naturaleza de la letra, cuya posesión por el aceptante-librado después del vencimiento es prueba cambiaria del pago, la tesis citada choca con los derechos del pagador y con la misma realidad cambiaria, pues si la letra está en su poder, es porque el último acreedor hipotecario o tenedor ha sido reembolsado. Por ello, entendemos que debe bastar para la cancelación la solicitud del librado-pagador a la que acompañen las letras, o, como entienden SAPENA y GONZÁLEZ LAGUNA (16), más comprensivamente, la presentación por el constituyente de la hipoteca «de la cambial, junto con los duplicados previstos, en su caso, ya que la tenencia de la misma justifica su pago, junto con la correspondiente solicitud de cancelación». Y más claro será —insisten— que en la letra conste el recibí del último tenedor o que esté endosada al hipotecante. Sobre si este endoso puede implicar una extinción por confusión o una modalidad de hipoteca del propietario, arriesgaremos nuestra opinión más adelante.

Por su parte, JOSÉ SANAHUJA TOMÁS (17) entiende que, una vez pagadas todas las letras, requisitadas con el recibí del acreedor-tenedor y exhibidas ante el notario para identificarlas con las emitidas y con las circunstancias de las escrituras y de las renovadas, en conexión con aquéllas e inutilizadas por el fedatario, el acta notarial levantada al efecto sería título suficiente para la cancelación.

b) *Pago parcial*.—El pago total de la letra provoca la cancelación total de la hipoteca, pero podemos preguntarnos si es posible cancelar parcialmente la hipoteca cambiaria en caso de que lo pagado sea solamente una parte de la cantidad que el librador manda pagar.

(15) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo IV, 5.ª edición, págs. 910 y sigs.

(16) *Trabajo citado*, pág. 897.

(17) «La hipoteca cambiaria es actualidad en función del acceso a la propiedad», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1971, pág. 748.

En este punto hay una total discordancia entre las normas cambiarias y las hipotecarias. El Código de Comercio admite que, previo acuerdo entre el portador y el librado, puede pagarse una parte de la letra y dejar la otra en descubierto; en este caso, se podrá protestar la letra por la cantidad que hubiere dejado de pagarse, reteniéndola el portador en su poder, anotando en ella la cantidad cobrada y dando recibo separado de lo percibido (art. 494).

Además de ser cambiariamente posible el pago parcial, «los pagos hechos a cuenta del importe de una letra por la persona a cuyo cargo estuviere girada disminuirán en otro tanto la responsabilidad de librador y de los endosantes» (art. 501). El pago parcial de la letra da lugar, por tanto, y en la misma medida, a la disminución de la responsabilidad de los distintos obligados cambiarios.

Hipotecariamente, en cambio, «aunque se reduzca la obligación garantizada» (art. 122 de la Ley Hipotecaria), la hipoteca subsiste íntegra, de tal modo que «no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho» (art. 125 Ley Hipotecaria). Es el principio de indivisibilidad de la hipoteca, en cuya virtud, como dice ROCA (18), la extinción parcial de la obligación garantizada no origina, por sí misma, o sea, no consintiéndolo el acreedor, la extinción parcial de la hipoteca (y no entramos de momento —lo haremos más adelante— en los actos del tenedor actual que, como el consentimiento para la cancelación parcial o la renuncia a la hipoteca, pueden afectar a los demás obligados cambiarios).

Ahora bien, el artículo 144 de la Ley Hipotecaria permite que surta efectos registrales el convenio entre las partes que pueda modificar una obligación hipotecaria anterior, como evidentemente puede ser el convenio de pago parcial de una letra asegurada con hipoteca, que hemos visto permite el artículo 494 del Código de Comercio. El propio artículo 144 de la Ley Hipotecaria establece los medios para la constancia registral del negocio modificativo o extintivo, según su importancia: una inscripción nueva, una cancelación total o parcial o una nota marginal.

Esto último, a nuestro juicio, es lo que procede en caso de pago de «parte de la deuda» cambiaria, a la vista de lo que previene el artículo 240 del Reglamento Hipotecario y por analogía con lo que la propia Ley Hipotecaria, en su artículo 156, y el Reglamento Hipotecario, en los artículos 211 y 212, preveen para la cancelación parcial de las hipotecas en garantía de otros títulos endosables o al portador, cosa sólo

(18) *Obra y tomo citados*, pág. 920, 5.ª edición.

posible en caso de pago, inutilización o canje de uno o varios títulos, pero no de parte de ellos.

Ahora bien, ¿podría pactarse en la escritura de hipoteca la cancelación parcial para el caso de pago parcial de la letra? Nosotros —desde luego, con el respeto debido a opiniones más fundadas, teniendo en cuenta que nos movemos en un terreno totalmente nuevo, de normas constituyentes— nos pronunciamos por la negativa. Y lo hacemos en base al principio de indivisibilidad de la hipoteca conectado con el de solidaridad cambiaria. Es cierto que todo acreedor hipotecario puede consentir la cancelación parcial de su hipoteca en caso de extinción parcial de la obligación garantizada. Antes hemos citado en este sentido la opinión de ROCA SATRE, opinión que, por otra parte, cabe en los términos amplios de los artículos 125 y 144 de la Ley Hipotecaria. Es cierto igualmente que todo crédito hipotecario puede enajenarse o cederse, con las formalidades, limitaciones y particularidades que establecen los artículos 149 a 152 de la Ley Hipotecaria. Pero no es menos cierto que el sentido de liberación del negocio hipotecario que la cesión del crédito implica en la hipoteca ordinaria —«el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente»— cede en la hipoteca cambiaria ante el principio de solidaridad frente al crédito cartulario de toda persona que pone su firma en la letra, lo cual hace que hasta que el mandato abstracto de pago es satisfecho a su vencimiento, no puede hablarse ni de un solo obligado cambiario, sino de obligados, en plural, ni tampoco de acreedor en sentido estricto, sino de portador o tenedor, expresiones que, por su propia naturaleza, revelan una idea de transitoriedad o eventualidad. El cedente o endosante en la letra no queda liberado, pues aún responde de la letra en vía de regreso y los actos del tenedor accidental no pueden, no deben perjudicarlo. Dejamos el tema apuntado y, como decíamos, insistiremos sobre él a propósito de la renuncia a la hipoteca como posible causa cancelatoria en materia de hipoteca cambiaria.

Para extender la nota al margen de la inscripción de la hipoteca cambiaria que acredite el pago de parte de la deuda cambiaria o importe de la letra, conforme al citado artículo 240 del Reglamento Hipotecario, creemos que es suficiente la presentación de la escritura de hipoteca, junto con el recibo de que habla el artículo 494 del Código de Comercio y el acta de protesto por la cantidad que hubiere dejado de pagarse que, por otra parte, acredita que la letra no se ha perjudicado; de lo contrario, no sería posible la ejecución de la hipoteca.

VII. HIPOTECA UNICA EN GARANTIA DEL PAGO DE VARIAS LETRAS

Las dudas que había suscitado en la doctrina esta posibilidad (19) quedaron definitivamente resueltas con las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979, en las que la Dirección General afirmó tajantemente que «no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca, en el expediente en que son varias, la responsabilidad hipotecaria».

Nosotros no entramos ahora (20) en la argumentación del problema de fondo. De acuerdo con la línea que venimos siguiendo, sólo nos interesan las repercusiones que la aceptación de dicha doctrina tiene con vistas a la cancelación de la hipoteca cambiaria. Partimos, por tanto, de un hecho: que la hipoteca se ha constituido en garantía del pago de varias letras y que puede o no haberse distribuido la responsabilidad hipotecaria, como ha dicho la Dirección General, «por cada letra y en cuanto a cada finca». Veamos los dos supuestos por separado.

a) *Con responsabilidad distribuida*.—En este caso, se aplicarán las reglas generales y, en especial, el artículo 124 de la Ley Hipotecaria. Pagadas una o varias letras, a cuya responsabilidad esté afecta una finca determinada, se podrá exigir la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca, en todo o en parte, pues, representando cada letra una obligación autónoma, no vemos ninguna dificultad para que pueda liberarse la finca íntegramente de la responsabilidad que de aquella deriva, quedando subsistente la responsabilidad hipotecaria en cuanto a las demás letras no vencidas y a cuyo pago esté afecta la misma finca. Insistiremos en seguida sobre el particular, a propósito del caso en que la hipoteca en garantía de varias letras se haya constituido sin previa distribución de responsabilidad. La Dirección General, por su parte, parece dar a entender la solución propuesta, al hablar de distribución de responsabilidad «por cada letra y en cuanto a cada finca».

El título cancelatorio específico podrá ser el acta notarial que acredite estar recogidas y en poder del librado-deudor, debidamente inutiliza-

(19) EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO había defendido el principio de «tantas hipotecas como letras», en base a que el artículo 444 del Código de Comercio exige especificar «la cantidad que el librador manda pagar», es decir, el importe por el cual se libra, lo cual supone, a su juicio, necesariamente, distribución de la responsabilidad hipotecaria. «Comentarios a las Resoluciones 25 y 26 de octubre de 1973», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 501, 1974, pág. 339.

En este mismo sentido se había pronunciado LANZAS GALVACHE: *Conferencias citadas*.

(20) Lo hicimos en el *citado trabajo*, págs. 1211 y sigs.

das, la letra o letras, por analogía con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria para la cancelación parcial de la hipoteca en garantía de títulos al portador, que tiene aquí perfecta aplicación.

Por último, no podemos silenciar que hay un precepto hipotecario, previsto para el caso de hipoteca ordinaria con distribución de responsabilidad, que entendemos no es susceptible de aplicación a la hipoteca cambiaria. Nos referimos al artículo 221 del Reglamento Hipotecario.

Este texto permite al tercer poseedor de alguna de las fincas sobre las que se hubiese hecho la distribución, pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de aquélla y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la misma. El tercer poseedor de finca hipotecada en garantía del pago de letras de cambio, creemos que carece de esta facultad, debido a la particular naturaleza del negocio cambiario, porque, como acertadamente explica LANZAS GALVACHE (21), no puede haber más deudor cambiario que el que la letra revela como tal y esto sólo puede conseguirse mediante el propio mecanismo cambiario: emisión de la letra, endoso, aceptación, intervención, etc. Y es lógico que así sea, habida cuenta del carácter sacramental de toda declaración cambiaria, lo que justifica la radical diferencia con el Código Civil (ver artículo 1.158).

Lo dicho no es obstáculo, sin embargo, para que el tercer poseedor pueda acreditar, en su momento, la extinción de la hipoteca, por pago de la letra, caducidad u otras causas, y exigir su cancelación.

b) *Sin distribución de responsabilidad.*—Si la hipoteca se constituyó en garantía del pago de varias letras de cambio y, siendo varias las fincas gravadas, no se ha hecho la distribución de responsabilidad hipotecaria «por cada letra y en cuanto a cada finca», se plantea el problema o posibilidad de cancelar parcialmente la hipoteca por pago de alguna o algunas letras.

El supuesto debe diferenciarse netamente del caso de pago parcial de la letra, que antes hemos intentado deslindar, susceptible de provocar registralmente una nota marginal que lo constate, pero no una cancelación parcial. El pago parcial de una de las letras, una vez levantado el protesto «por la cantidad que hubiere dejado de pagarse», puede dar lugar a la ejecución de la hipoteca y, agotado el procedimiento por consumación o agotamiento, a una cancelación parcial o total, según proceda. En cambio, el pago total de solo alguna o algunas de las letras garantizadas con la misma hipoteca, entendemos que sí puede dar lugar,

(21) *Conferencias citadas.*

por sí mismo, a la cancelación parcial de la hipoteca cambiaria. Y nos apoyamos para ello en la doctrina de la propia Dirección General.

En efecto, la Resolución de 31 de octubre de 1978 considera aplicable a estas hipotecas el párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria, de modo que «cada tenedor podrá proceder a ejecutar aislada o parcialmente la hipoteca en base al impago, justificado con el correspondiente protesto, de la letra o letras que sirvan de justificante a la ejecución y con subsistencia de la hipoteca en cuanto a las restantes, según se deduce del artículo 211 del Reglamento» (penúltimo Considerando).

Si es posible, por tanto, la ejecución aislada de la hipoteca en cuanto a cada letra separadamente y obtener, conforme al artículo 211 del Reglamento Hipotecario, su cancelación parcial, no vemos ningún obstáculo para que la misma sea procedente en el supuesto de pago voluntario. Lo contrario sería hacer de mejor condición al que paga por vía ejecutiva que al que lo hace cumpliendo puntualmente su obligación (22).

En cualquier caso, la cláusula en la escritura de hipoteca sobre cancelación parcial por pago, voluntario o forzoso, de alguna o algunas de las letras, eliminaría toda duda sobre la procedencia de dicha forma de cancelación.

En cuanto a los documentos cancelatorios, no ofrecen particularidad y nos remitimos a la relación final.

VIII. HIPOTECA CAMBIARIA UNILATERAL

Aquí nos enfrentamos al problema de aplicación a la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio del supuesto previsto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria: hipoteca constituida unilateralmente por el hipotecante. Esta aplicación suscita dos problemas fundamentales que están relacionados entre sí: la necesidad o no de aceptación de la hipoteca unilateral, cuando está referida a la garantía de pago de la letra; y la posibilidad o no de cancelación, también unilateralmente «a petición del dueño de la finca», por falta de la aceptación, en base al párrafo segundo del citado artículo.

El tema lo ha tratado monográficamente RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ (23), en su problemática general, y nosotros no pretendemos, tam-

(22) GONZÁLEZ LAGUNA cita el artículo 227 del Reglamento Hipotecario como base para la cancelación parcial y subsistencia de la hipoteca en cuanto a las letras no pagadas (cit. pág. 897). En el mismo sentido, CANO FERNÁNDEZ, que cita en su apoyo la Resolución de 26 de octubre de 1973.

(23) «La hipoteca cambiaria de constitución unilateral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 531, marzo-abril 1979, págs. 347 y sigs.

poco en este caso, entrar en los aspectos de fondo del mismo, a no ser que rocen la problemática cancelatoria.

La tesis más generalizada en la doctrina que se ha ocupado de la cuestión, considera que no es necesaria la aceptación de la hipoteca unilateral constituida en garantía del pago de letras de cambio, produciendo todos sus efectos desde el momento de la inscripción del acto constitutivo y, por tanto, pudiendo el acreedor ejecutarla si llega el caso.

En apoyo de dicha tesis, que nosotros aceptamos, no está de más recordar que también es unilateral y no necesita de aceptación la hipoteca en garantía de títulos u obligaciones al portador (ver arts. 154 de la Ley Hipotecaria, 114 y 116 de la Ley de Sociedades Anónimas y 130 del Reglamento del Registro Mercantil), en los que basta el acuerdo de emisión para que sea posible la constitución de la hipoteca. El criterio de analogía, que debe ser el punto de partida, según la Dirección General (ver la Resolución de 26 de octubre de 1973), para llenar las lagunas que ciertamente existen en la materia, tiene aquí perfecta aplicación. No puede olvidarse que la letra de cambio es un título esencialmente destinado a la circulación, como las obligaciones al portador. Exigir la aceptación de cada tenedor requeriría saber, en cualquier momento, quién es y dónde se encuentra, a fin de poder dirigirle el requerimiento. La hipoteca se constituye en interés de todos los posibles tenedores de los títulos, de los actuales y de los futuros que, al ser desconocidos, no pueden ser requeridos para la aceptación. Y aún más: si la hipoteca se ha constituido en garantía del pago de varias letras con distintos tomadores, tenedores o portadores, los requerimientos para la aceptación tendrían que multiplicarse y el resultado podría ser la aceptación de unos y el rechazo de otros.

El fenómeno se aproxima al de la hipoteca en garantía de títulos al portador, emitidos en masa, que se constituye normalmente en garantía de la total emisión y en los que la garantía hipotecaria es una cualidad que adorna a los títulos y que no puede globalmente dejarse depender de la voluntad de algunos de sus eventuales tenedores. Según FUCHS (24), en materia de títulos al portador, la hipoteca se inscribe a favor de la deuda, no de los acreedores, con lo cual, según JERÓNIMO GONZÁLEZ (25), se andaría cerca de crear un derecho subjetivamente real: el portador legítimo del papel sería titular de la hipoteca como el dueño del predio dominante lo es de la servidumbre. Es la misma tesis que, desde el aspecto pasivo de la relación jurídica, ha explicado FÉLIX RODRÍGUEZ LÓ-

(24) y (25) Ambos citados por ROCA SASTRE, *obra citada*, pág. 535.

PEZ (26) al configurar la renta vitalicia como obligación *ob rem* respecto del adquirente de la finca gravada con la hipoteca rentaria.

Quizá de la hipoteca cambiaria podría decirse lo mismo: que lo que garantiza es el buen fin de la letra, la deuda cambiaria a cuyo favor se inscribe, siendo de segundo orden la posición accidental de acreedor que tiene el eventual portador de la letra. Y desde el punto de vista de la hipoteca unilateral en garantía de letra de cambio, además de proporcionar un fundamento serio para la plena validez y eficacia de la misma sin necesidad de aceptación, explicaría la falta de legitimidad del hipotecante o del tercer poseedor para solicitar la cancelación, buscando apoyo en el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria.

Por estas razones, nosotros no aceptamos la mayoría de las conclusiones a que llega RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ (27) que, partiendo de la tesis de que la aceptación no es necesaria para que «la hipoteca cambiaria constituida unilateralmente produzca todos los efectos propios de ese derecho real de garantía desde el momento de la inscripción del acto constitutivo», configura el requerimiento o la aceptación, según los casos, como condiciones de ejercicio de los derechos que corresponden o las obligaciones que competen tanto al hipotecante como al acreedor-tenedor: posibilidad de constatar registralmente la aceptación sin necesidad de previo requerimiento; posibilidad de cancelación a instancia unilateral del propio hipotecante; necesidad de probar que el requerimiento se ha formulado a la persona idónea o tenedor actual; conveniencia, en cualquier caso, de aceptar y hacer constar la aceptación en el Registro «para tener absoluta seguridad de la eficacia real de la garantía»; posibilidad de que la aceptación y su anotación sean posteriores al vencimiento, extremo que, de admitir la necesidad de la aceptación para la constitución de la hipoteca —que no acepta dicho autor—, reclamaría la necesidad del protesto, pues si la letra se ha perjudicado, la cancelación discurriría por otros cauces; etc. Sí aceptamos, desde luego, las conclusiones que predicán de la hipoteca cambiaria unilateral los efectos de una hipoteca normal en beneficio del acreedor.

En resumen, a nuestro juicio, la falta de aceptación de la hipoteca cambiaria unilateral no es causa suficiente para su cancelación, que se

(26) «La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 541, 1980, págs. 1335 y sigs. Ratifica dicho punto de vista en su libro *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Jaén, 1981, págs. 163 y sigs., si bien plantea el problema de la validez del pacto que excluya la asunción de deuda.

(27) *Trabajo citado*, págs. 388 y sigs.

sujetará a las normas generales de las demás hipotecas de esta naturaleza.

Otra cosa sería, por último, si, constituida unilateralmente la hipoteca por el librador o emitente de las cambiales, las letras no se hubieran puesto en circulación. En este caso, bastaría declaración del librador de que los títulos no han sido puestos en circulación, acompañada de las letras, lo cual sustituiría a la certificación de contabilidad y publicación de anuncios que exige el artículo 156 de la Ley Hipotecaria (28).

IX. RENUNCIA A LA HIPOTECA Y REGRESO DE LA LETRA

El portador de una letra de cambio presentada y protestada en tiempo y forma tiene derecho a exigir del aceptante, del librador o de cualquiera de los endosantes, el reembolso de la letra (art. 516 del Código de Comercio), o puede exigir del librador o endosantes que afiancen o depositen o le reembolsen el valor de la letra (arts. 481 y 492 del Código de Comercio), o puede reembolsarse de su importe y gastos girando contra el librador o uno de sus endosantes una nueva letra o letra de resaca (art. 527 del Código de Comercio).

En todos estos casos renace la responsabilidad solidaria de los obligados cambiarios y, por esta razón, se habla de regreso de la letra a aquellos que la habían firmado antes. Cosa lógica, por demás, pues las obligaciones cambiarias, si el librado no acepta o paga, mueren en el librador que es quien pone en circulación el título.

Intentando centrar el problema en el aspecto cancelatorio —respecto de la hipoteca que garantiza el pago de la letra que regresa—, nos interesan particularmente los actos del portador que puedan afectar a la garantía real de que disfruta la cambial. El acto más grave que puede cometer el tenedor de la cambial es dejarla perjudicar: con ello, la hipoteca se extingue; las acciones cambiarias propiamente dichas, también; lo único que restan son acciones de enriquecimiento que puede ejercitar el portador de la letra perjudicada contra quien aparezca en descubierto del reembolso o contra quien conserve en su poder el valor de la letra sin haber hecho su entrega, pero estas acciones ya no se fundan en la letra, como mandato abstracto de pago, sino en la relación de provisión de fondos, que es un concepto causal (29). Y no vamos a insistir sobre los efectos que el perjuicio de la letra pueda tener en cuanto a

(28) En este sentido se pronuncian CANO FERNÁNDEZ y GONZÁLEZ LAGUNA (citados pág. 899).

(29) Ver GARRIGUES, *obra citada*, pág. 295 y arts. 459, 460, 483 y 515 del Código de Comercio.

la cancelación de la hipoteca, que ya ha sido tratado más arriba (ver epígrafe IV).

El tenedor de la letra, como acreedor hipotecario y en la medida en que lo autorice la escritura y el Derecho cambiario, podrá realizar una serie de actos que modifiquen las condiciones, digamos, «normales» de la letra en vía de regreso: aceptar el pago solo parcial de la letra; protestarla antes del vencimiento, si la persona a cuyo cargo se giró la letra se constituyere en quiebra (art. 510 del Código de Comercio); acudir al protesto de mejor seguridad, si el librado hubiese dejado protestar otras aceptaciones anteriores (art. 481); proceder a la renovación de la letra, etc. Nosotros vamos a intentar detenernos en el ejercicio por el portador-acreedor hipotecario de un derecho que habitualmente corresponde a todo acreedor hipotecario, cual es la renuncia al derecho real de hipoteca, que da lugar a su extinción y consiguiente cancelación del asiento respectivo.

La pregunta, en efecto, puede ser ésta: ¿la renuncia a la hipoteca hecha por un tenedor posterior implica extinción del derecho real y cancelación del mismo, con el natural perjuicio para los tenedores anteriores que al regreso, en su caso, de la letra la encuentran desprovista de la garantía?

En el orden jurídico general, siguiendo a ROCA SASTRE (30), podemos decir que, en principio, la renuncia a los derechos es válida, salvo cuando contraría el interés o el orden público o perjudique a terceros (art. 6-2 del Código Civil). Por lesionar intereses de terceros, la renuncia a la hipoteca hecha por el acreedor hipotecario en perjuicio de sus acreedores, podrá ser considerada ineficaz. Por ejemplo: en el caso de una subhipoteca, si el deudor subhipotecante renuncia a la hipoteca gravada, la subhipoteca deberá subsistir hasta que se cumpla la obligación asegurada por ella o hasta que la hipoteca se extinga por un hecho ajeno a la voluntad del deudor subhipotecante (confr. art. 175, 4.º, del Reglamento Hipotecario).

En el orden mercantil, el principio de solidaridad cambiaria —«todo el que pone su firma en una letra de cambio se obliga a pagarla»— tiene un límite formal expreso: respecto al endosante que, al tiempo de transmitir la letra, haya puesto la cláusula de «sin mi responsabilidad» (artículo 467, 2.º, del Código de Comercio). Pero, además, y aunque el Código de Comercio no haga en este sentido declaración expresa, es evidente que dicho principio tiene los límites derivados de la función que, en cada momento, desempeñan los distintos obligados cambiarios. En este sentido, observamos que la responsabilidad de los obligados en

(30) *Obra citada*, tomo IV, pág. 892.

vía de regreso está siempre condicionada al cumplimiento por el portador de las obligaciones que le competen, a fin de evitar el perjuicio de la cambial. En una serie de artículos, el Código de Comercio trata de proteger al librador y endosantes frente a los actos del tenedor. Veamos algunos:

- Artículo 458: el librador no responde de los gastos que se ocasionen por no haber sido aceptada o pagada la letra cuando se da alguno de los tres supuestos que indica.
- Artículo 460: si el tenedor de la letra no la ha presentado o ha omitido protestarla en tiempo y forma, cesa la responsabilidad del librador...
- artículo 467: si las diligencias de presentación y protesto no se han practicado en tiempo y forma, cesa la responsabilidad de los endosantes...
- Artículo 482: si el poseedor de la letra deja pasar los plazos fijados para la presentación o el protesto, pierde el derecho a exigir del librador o endosantes el afianzamiento, el depósito de su importe o el reembolso de la letra.
- Artículo 509: si el portador omite el protesto, pierde las acciones que le competen contra el librador y endosantes, sin que pueda suplir esa omisión con ningún acto ni documento.
- Artículo 517: los endosantes y el librador quedan exentos de responsabilidad si el portador decide dirigir antes su acción contra el aceptante y no les hiciere la oportuna notificación del protesto por medio de notario...

En estos textos —y la lista no está agotada— el Código de Comercio revela la intención del legislador de que el librador o endosantes a quienes regrese la letra, la reciban en las mejores condiciones cambiarias, de tal modo que aparece penado cualquier acto del tenedor que suponga perjudicar esas condiciones. Es decir, el Código de Comercio parte de una idea de solidaridad bien entendida, que subordina la reclamación del portador al cumplimiento por el mismo de las obligaciones cambiarias que la ley asigna a su propia condición.

Si trasladamos la idea de solidaridad cambiaria así entendida a la relación de los obligados cambiarios en la letra asegurada con hipoteca, la renuncia a la hipoteca hecha por el tenedor actual de la letra nos enfrenta a una doble vertiente, claramente contradictoria. De una parte, calificado como acreedor hipotecario el portador, hay que reconocerle la posibilidad de abandono, dejación o renuncia de dicha cualidad, manteniendo intacta su posición jurídica de acreedor cambiario. De otra

parte, el principio de solidaridad cambiaria impide que el tenedor de la letra realice ningún acto que pueda perjudicar los derechos de los obligados en vía de regreso. Si aceptamos la posibilidad de renuncia por el portador, con efectos cancelatorios de la garantía, el perjuicio para los demás obligados cambiarios es patente.

Nosotros pensamos que, en Derecho constituido, son compatibles los derechos del portador-acreedor hipotecario con el mantenimiento intacto del principio de solidaridad cambiaria. De Derecho constituyente, la solución puede venir dada a través de una nueva configuración de la letra con contenido de hipoteca.

En el primer sentido, la renuncia a la hipoteca por el portador —que, en definitiva, es un propietario accidental— en la medida en que pueda entrañar un ataque o perjuicio para los demás responsables solidarios a las resultas de la letra, aparece rechazada por el propio artículo 6-2 del Código Civil. Así ocurriría, si dicha renuncia implica la posibilidad de cancelación por extinción del derecho real. Pero esta solución absoluta es inaceptable. Según la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 26 de octubre de 1973). la hipoteca tiene como acreedores a los tenedores presentes o futuros de las cambiales. Es decir, la hipoteca no se constituye en garantía o a favor de ningún acreedor en particular; si así fuera, más que de hipoteca cambiaria, creemos que debiera hablarse de *ava! hipotecario* (confróntese artículo 487 del Código de Comercio). Como hemos apuntado más arriba, ningún tenedor accidental puede monopolizar para sí las ventajas de la garantía real que lo que asegura es el buen fin de la letra, la deuda cambiaria, siendo de segundo orden la posición accidental de acreedor que tiene el portador (y citáhamos a FUCHS —la hipoteca se inscribe a favor de la deuda— y a JERÓNIMO GONZÁLEZ —se andaría cerca de crear un derecho subjetivamente real—).

En base a ello, a nuestro juicio, de Derecho constituido, es posible que el tenedor actual de la letra renuncie a la hipoteca, pero se trataría de una renuncia personal que no afectaría a los demás obligados cambiarios; lo impedirían la propia naturaleza de la hipoteca cambiaria —constituida a favor de los tenedores presentes y *futuros*— y el principio de solidaridad cambiaria. Dicha renuncia no podría surtir efectos nada más que respecto del renunciante, se haría constar en escritura pública y tendría acceso al Registro, pero no por medio de un asiento de cancelación, sino a través de una inscripción ordinaria. El renunciante no podría ejercitar la acción hipotecaria y el derecho real de hipoteca se mantendría íntegro respecto de los demás obligados cambiarios, a cuyo favor también se constituyó. Y aquí hay que incluir tanto a los

obligados cambiarios a quienes vuelva la letra en vía de regreso, como a los futuros tenedores de la letra, con la única excepción del renunciante.

A esta solución puede oponerse un reparo, al menos: que no es concebible, en teoría general, una hipoteca sin acreedor hipotecario, porque ello rozaría la idea de hipoteca del propietario, rechazada por nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, en materia de hipoteca cambiaria, según veíamos y por analogía con la hipoteca en garantía de títulos al portador, es posible la constitución unilateral con plena validez, y aún antes de que los títulos se hayan puesto en circulación. Y a mayor abundamiento, del mismo modo que, desde la posición del librado-deudor, sólo la aceptación de la letra lo constituye en obligado cambiario, sólo el pago por el aceptante extingue la relación cambiaria que garantiza la hipoteca y que, constituida en favor de todos los posibles tenedores, no puede quedar supeditada al acto aislado de uno de ellos.

En resumen: la renuncia a la hipoteca que garantiza el pago de la letra, hecha por el tenedor actual, en escritura pública y constatada registralmente por medio de un asiento de inscripción, surte efectos respecto del renunciante, pero no respecto de los tenedores futuros, tanto si reciben la letra «ex novo» como si se trata de tenedores en vía de regreso, a cuyo favor sigue estando inscrita la hipoteca.

Por último, en Derecho constituyente, no tenemos más remedio que hacer una breve alusión a la posición doctrinal de BUENAVENTURA CAMY, ya apuntada (31), autor al que se suele presentar como contrario a la admisión de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho. Nosotros pensamos que su actitud de reticencia ante la figura no es una posición de rechazo absoluto, sino el reconocimiento de las dificultades que la normativa vigente ofrece a su regulación. En este sentido, la solución que él propone de creación de cambiales cuyo contenido de hipoteca estuviese configurado legalmente como de derecho necesario, cambiales con garantía hipotecaria con la característica de título real, representa, en nuestra opinión (32), la posición doctrinal más avanzada y atrayente que se ha elaborado sobre hipoteca cambiaria. Aunque habría de quedar al margen de la regulación de derecho necesario un campo mínimo para la posible actuación del principio de autonomía de la voluntad, concretamente en la elaboración de las cláusulas de la escritura de hipoteca, la naturaleza misma de hipoteca de la cambial no sería

(31) En su comentario a la Resolución de 31 de octubre de 1978, en la *Revista de Derecho Privado*, señalado en la nota 4.

(32) Así lo expresamos ya en el citado trabajo, págs. 1195, 1210 y 1212.

cuestionable y, por tanto, habría que rechazar la posibilidad de renuncia a la misma por el tenedor y la subsiguiente cancelación.

X. RENOVACION CAMBIARIA

a) POSICIONES DOCTRINALES

La doctrina (ROCA, SAPENA, SANAHUJA, CANO FERNÁNDEZ, MUÑOZ PLANAS, LANZAS GALVACHE) (33) admite, en general, la extensión de la hipoteca a la renovación de la letra que asegura, siempre que así se haya pactado en la escritura, con distintas variantes en cuanto a la forma en que ha de hacerse para que la hipoteca que garantiza la letra originaria alcance a la letra renovada: simple extensión de notas de conexión en las letras; acta notarial o solicitud privada con firmas legitimadas, si en la escritura se han determinado las condiciones de la renovación, especialmente, plazo y cuantía; o escritura pública, si sólo se pactó, sin más concreción, la posibilidad de extensión de la hipoteca a las renovaciones de las letras, o si no se pactó nada.

En cuanto a las operaciones registrales que hayan de practicarse, algunos autores estiman suficiente una nota al margen de la inscripción de hipoteca, indicando la renovación efectuada. Y lo entienden así en base, generalmente, a los artículos 23 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario, relativos al modo de hacer constar en el Registro el cumplimiento o incumplimiento de condiciones, o de haberse contraído las obligaciones futuras.

A nuestro juicio, la renovación, cuando deriva de un pacto previo en la escritura de hipoteca, es el simple ejercicio de una facultad, que modifica el contrato primitivo, pero no es una condición del mismo. Por tanto, encaja en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria que reclama que la modificación lo sea de una obligación hipotecaria anterior, sin exigir que el hecho o convenio sean necesariamente posteriores. Y si entendemos —como veremos lo hace un sector de la doctrina— que la renovación cambiaria provoca novación extintiva de la primitiva obligación y el nacimiento de una nueva, lo procedente sería cancelar la inscripción de hipoteca (extinguida la obligación principal asegurada, se habría extinguido también la accesoria de hipoteca) y practicar una nueva. Pero esto tampoco sería el cumplimiento de ninguna condición y el supuesto entraría de lleno en el artículo 240 del Reglamento Hipotecario.

(33) Vid. GONZÁLEZ LAGUNA, *trabajo citado*, págs. 887 y sigs., y LANZAS GALVACHE, *conferencias citadas*.

Si, por el contrario, no se ha pactado la posibilidad de renovación en la escritura de hipoteca, o no se han concretado las circunstancias esenciales de la misma, será necesaria nueva escritura, como decíamos, y el asiento a practicar será de inscripción, también por aplicación del artículo 144 de la Ley Hipotecaria que, en este caso, sí hay unanimidad en la doctrina sobre su procedencia. Ahora bien, es indispensable que concurra el hipotecante al otorgamiento de la nueva escritura para que la hipoteca se extienda a la seguridad de la letra renovada. Si no es así, creemos que la hipoteca se extingue en los casos en que la renovación suponga destrucción del título primitivo o devolución al deudor y que el portador, lógicamente, sólo conservaría la acción cambiaria. En esta eventualidad, creemos que procedería la cancelación, total o parcial, de la hipoteca, según las letras a que afectara la renovación.

En cuanto a los efectos de la renovación de la letra en el orden jurídico-cambiario y su repercusión en cuanto a la posible cancelación de la hipoteca —terreno en el que, en definitiva, procuramos siempre situarnos—, se aprecian dos posiciones doctrinales. Para la mayoría de los autores, la renovación es una simple prórroga de la obligación primitiva: su constancia registral debe realizarse a través de una nota marginal (renovación pactada) o de una nueva inscripción (renovación no pactada). Esta última no afectaría a terceros, sino desde su fecha, como acertadamente indican LANZAS GALVACHE y GONZÁLEZ LAGUNA (34).

MUÑOZ PLANAS (35) admite que la voluntad renovadora pueda serlo de simple prórroga de la obligación primitiva o de pago o novación de la misma: si la letra primitiva es retenida por el acreedor, sólo hay acumulación de obligaciones; si hay sustitución de títulos, puede suponerse voluntad novatoria. Que esta voluntad novatoria pueda implicar cancelación de la hipoteca cambiaria que garantizaba la letra o letras primitivas, depende, a nuestro juicio, de lo que el propio autor llama una *quaestio voluntatis*. Habrá que estar a la previsión hecha en la escritura de hipoteca, en sus cláusulas inscritas, debiendo otorgarse, desde luego, el nuevo título por los elementos personales principales de la letra renovada.

b) DIRECCIÓN GENERAL

La posibilidad de extensión de la hipoteca a la letra renovada aparece reconocida en el segundo Considerando de la Resolución de 26 de octubre de 1973. En él se habla de la indeterminación del acreedor

(34) *Trabajos citados*.

(35) En *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971.

y de su concreción en el tenedor legítimo a través de los sucesivos endosos o «a través de las incidencias derivadas de la *renovación* de la *cambial*».

En la cláusula séptima de la escritura que ha dado lugar a la Resolución de 23 de octubre de 1981 se pacta expresamente la posibilidad de renovación: «Caso de renovarse alguna de las letras, se prorrogará el vencimiento de la obligación hipotecaria, en lo que afecta a la parte representada por la letra objeto de renovación, sin que esto afecte al vencimiento normal de las restantes». E igualmente se había previsto que en la nueva cambial se extendería por un notario nota expresiva de que renueva la anterior, con indicación de la numeración de ésta y reproducción de la nota de constitución o inscripción de la hipoteca, consignada en la letra renovada o anterior.

El registrador calificó dicha cláusula en el sentido de que, para que la hipoteca se extienda a las letras que, por renovación, sustituyan a las garantizadas, es necesaria nueva escritura en la que consten las circunstancias e identificación de las nuevas cambiales. Esta exigencia fue aceptada tanto por el notario recurrente en su informe, como por la Dirección General. Pero veamos con algún detalle los respectivos puntos de vista.

La Dirección General (en el penúltimo Considerando de la última Resolución citada) localiza, quizá excesivamente, la necesidad de la constancia registral de la renovación en el pacto de vencimiento anticipado, recogido también en el documento calificado: «... para el supuesto de que se renovase alguna de las letras emitidas, de indudable interés y trascendencia por suponer una excepción al vencimiento anticipado... y de ahí que dada su finalidad de completar dicho pacto deba tener acceso a los libros registrales...». Aunque los obligados límites del recurso justifiquen la necesidad de la constancia registral por la indudable conexión interna de ambos pactos, parece fuera de toda duda que, independientemente del convenio sobre vencimiento anticipado, la renovación de las letras aseguradas con hipoteca debe tener acceso siempre a los libros registrales.

En cuanto al documento idóneo para dicha constancia, el registrador, como hemos apuntado, exigía en la nota «*nueva escritura*». El notario en su informe reconoce que «indudablemente habrá de acreditar-se al registrador por el medio idóneo —*escritura o acta*— la sustitución de letras realizada». Por último, la Dirección General declara «la indudable necesidad de otorgamiento de nuevo *documento público* para extender la hipoteca a las nuevas letras que sustituyen a las anteriormente garantizadas». Aunque el pronunciamiento de la Dirección Gene-

ral es muy genérico —«documento público»—, como hace en seguida la aclaración de que ésta es una «circunstancia que el propio notario recurrente estima ser necesaria», creemos que hay base para interpretarlo en el sentido de que el documento idóneo o título formal para la constancia registral de la renovación habrá de ser público, notarial y escritura o acta.

En cualquier caso, la escritura —y no el acta— será necesaria cuando la renovación no se haya previsto con todas sus circunstancias. Si las únicas circunstancias nuevas son las de plantilla de la letra, el acta será suficiente. Escritura y nuevo asiento de inscripción, en el primer caso; acta y nota marginal en el segundo.

La cancelación, total o parcial, de la hipoteca, sólo será posible cuando, no habiéndose previsto la renovación, el hipotecante se niega al nuevo otorgamiento. Porque, si se ha previsto la renovación —detalladamente o no— y el hipotecante se niega al nuevo otorgamiento, podría ser compelido a ello, en ejecución del primitivo contrato de hipoteca.

Por último, la Dirección General parece rechazar la idea de que la renovación pueda implicar novación extintiva de la primitiva obligación, pues se refiere específicamente a la forma de hacer constar en la letra renovada «la *prórroga* del vencimiento de la obligación hipotecaria». Por tanto, tampoco procederá la cancelación de la primitiva inscripción de hipoteca y su sustitución por otra nueva. La inscripción a que dé lugar la renovación será simplemente modificativa de la que aseguraba el pago de la letra renovada.

XI. HIPOTECA CAMBIARIA GANANCIAL

El nuevo artículo 1.375 del Código Civil —Ley 11/1981, de 13 de mayo— establece un sistema de gestión y disposición conjunta de los bienes gananciales. Se trata de una regla general, pues el artículo 1.384 decreta la validez de los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados «por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren». Y, a mayor abundamiento, el artículo siguiente, 1.385, establece que «los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos».

Sin entrar en otras consideraciones suscitadas por la reciente reforma del Código Civil, los artículos citados permiten a cualquiera de los cónyuges, bajo el régimen ganancial, disponer —a título de préstamo, o para compra de bienes, por ejemplo— del dinero que figure a su nom-

bre o en cuyo poder se encuentre. Y ello sin perjuicio de la presunción de ganancialidad, mantenida íntegra por el también nuevo artículo 1.381 (36).

Del mismo modo, el cónyuge disponente podrá convenir con el prestatario, en su caso, la devolución del dinero prestado mediante el procedimiento de las llamadas *letras en garantía* o *letras financieras*, libradas por aquél y aceptadas por el segundo, con vencimientos en los respectivos plazos de amortización del préstamo (37).

Por último, no parece ofrecer duda que el prestatario-librado-deudor puede constituir hipoteca en garantía del pago de las respectivas cambiales, unilateral o bilateralmente convenida con el cónyuge dador del dinero. En virtud de la presunción de ganancialidad, el crédito cartulario será presuntivamente ganancial y la hipoteca en su garantía, como derecho accesorio, participará de esa misma naturaleza.

A la vista del nuevo artículo 1.385 del Código Civil, si alguna de las letras no es pagada a su vencimiento —y una vez sacado el oportuno protesto—, la hipoteca puede ser ejercitada, ejecutada, por el cónyuge librador. Su capacidad procesal está confirmada por el propio artículo 1.385, 2.º párrafo, que autoriza a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción y excepción. En este caso, no creemos que pueda cuestionarse el problema de cancelación de la hipoteca cambiaria, pues es el juez quien, verificado el remate o la adjudicación, dicta auto ordenándola, despa-chando al efecto el oportuno mandamiento (regla 17 del art. 131 de la Ley Hipotecaria).

Cuando, vencida la letra, el librado la paga ¿puede el cónyuge disponente otorgar por sí solo la cancelación de la hipoteca o necesita el consentimiento del otro cónyuge, teniendo en cuenta su carácter de acto de riguroso dominio, de acto de disposición sobre bienes inmuebles

(36) EMILIO GARRIDO CERDÁ (*Reforma de la sociedad de gananciales*, ponencia, hoja núm. 15) entiende que, en base al artículo 1.384, un cónyuge puede conceder préstamos de dinero ganancial, aunque considera distinto el caso de la apertura de crédito si después pierde el cónyuge la posesión o disponibilidad del dinero.

En esta línea, PEDRO AVILA ALVAREZ (*Inscripción de adquisiciones hechas por uno solo de los cónyuges en el régimen de la sociedad de gananciales*, notas a la reforma) considera inscribible la compra por un cónyuge solo disponiendo del dinero que obre en su poder. El mismo autor, en su trabajo sobre «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», págs. 1396 y sigs. del número 547 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, estima ratificado este punto de vista en los nuevos artículos 1.374-3.º, 1.356 y 1.370.

(37) GARRIDO CERDÁ (*ponencia y hoja citadas*) acepta que cada uno de los cónyuges pueda librar letras de cambio, aunque cree que, en el terreno civil, la vía de regreso no afecta directamente a los gananciales.

gananciales que, según el artículo 1.377 nuevo, exige el consentimiento de ambos cónyuges?

Hay, desde luego, y ya de entrada, un argumento de equidad o de agravio comparativo, que debe operar en beneficio del librado-deudor que paga voluntariamente y reclama la liberación de su finca gravada: no hacerlo de peor condición que el que paga a virtud de procedimiento de ejecución (el problema lo hemos tratado, desde esta perspectiva, en el epígrafe VII, b), para el caso de cancelación parcial de hipoteca única en garantía del pago de varias letras). No obstante, tratándose de hipoteca ganancial, el problema tiene otras connotaciones históricas y actuales que puede ser oportuno puntualizar.

Al discutirse la reforma del Reglamento Hipotecario —luego concretada en el Decreto de 17 de marzo de 1959—, se planteó el problema suscitado por el entonces nuevo artículo 1.413 del Código Civil que exigía por primera vez el consentimiento de la mujer o la supletoria autorización judicial para los «actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales». Tratándose de hipotecas pertenecientes presuntivamente a la sociedad de gananciales, ¿podrían cancelarse con solo el consentimiento del marido o sería necesario el consentimiento de la mujer?

Abonaba esta segunda solución el hecho de que la cancelación es, en definitiva, un acto de disposición de un derecho real inmobiliario, distinto del cobro del crédito. Una antigua y abundante Jurisprudencia, por ejemplo, negaba al mandatario, autorizado para cobrar, facultades para cancelar. Por el contrario, la cancelación sólo por el marido se justificaba por el derecho del deudor que paga a liberar su finca y la obligación del acreedor a otorgarla. E incluso, una tercera posición pensaba que el consentimiento de la mujer sólo podía exigirse si la hipoteca se cancelaba antes de su vencimiento (38).

Se trató de buscar una fórmula de equilibrio, que fue el último párrafo del artículo 178 del Reglamento Hipotecario: «Bastará el consentimiento del marido para la cancelación, por pago, de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales».

La norma se presentaba entonces como transitoria, pues, para las hipotecas que se constituyeran después de la reforma, no sería aplicable; por la sencilla razón de que esas hipotecas se inscribirían, conforme al también nuevo artículo 95 del Reglamento Hipotecario, a nom-

(38) Este planteamiento puede verse en los *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, Madrid, 1959, págs. 129 y sigs. Y en el *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, Madrid, 1976, páginas 109 y sigs., tomo II. Ambas publicaciones del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

bre de ambos cónyuges, indistintamente y sin atribución de cuotas, y su cancelación, por tanto, se habría de otorgar también con el consentimiento de marido y mujer.

Hoy dicho precepto ha de estimarse obsoleto, a la vista de la reciente reforma del Código Civil, que ha pasado de un sistema de administración exclusiva por el marido, y de disposición por el marido con el consentimiento de la mujer (arts. 1.412 y 1.413 antiguos), a otro de gestión y disposición conjunta de ambos cónyuges, como regla general (art. 1.375 nuevo). La posibilidad sucesiva de que cualquiera de los cónyuges disponga del dinero presuntivamente ganancial que figure a su nombre o en cuyo poder se encuentre (arts. 1.381 y 1.384); decida la forma en que ha de ser devuelto a la sociedad ganancial (verbigracia, mediante la emisión de letras de cambio en garantía); acepte la seguridad de un derecho real inmobiliario (la hipoteca cambiaria, en este caso); que aparezca constituido a su nombre (art. 1.385); el ejercicio exclusivo de dicho derecho de crédito, «cualquiera que sea su naturaleza», por el mismo cónyuge (art. 1.385, primer párrafo); y la posibilidad de ejercitar su defensa procesal «por vía de acción o de excepción» (art. 1.385, segundo párrafo), son facultades que no pueden detenerse en el momento en que el crédito se ha realizado, por una serie de razones:

- 1.^a Porque todos estos actos y facultades del cónyuge son una excepción a la regla general de disposición y gestión conjunta, y sería inhumano otorgar al cónyuge facultades excepcionales sólo en la medida en que benefician a la sociedad ganancial —el cobro del crédito— y, en cambio, volver a la regla general para otorgar la cancelación formal de la garantía.
- 2.^a Porque el deudor que paga al cónyuge que gestiona legalmente en nombre de la sociedad tiene derecho a que sea el mismo cónyuge el que le otorgue la carta de pago y cancelación de la hipoteca.
- 3.^a Porque si no fuera así, en el caso de pago voluntario, se haría de mejor condición al que paga en vía ejecutiva en la que va a ser el juez, sin más, el que decreta la cancelación.
- 4.^a Porque, en cualquier caso, el otro cónyuge no podría oponerse a la cancelación, ya que supone que el cónyuge disponente del dinero le ha informado periódicamente sobre la situación y rendimientos de su actividad económica (art. 1.383), sin que aquél, en su momento, haya impugnado la eficacia del acto, por estimar que causaba daño a la sociedad (art. 1.390).
- 5.^a Porque —y aunque ésta sea una razón marginal, más general—

pagada la letra se extingue el negocio cambiario y, por consiguiente, la hipoteca como derecho accesorio del mismo; lo cual permite, como veíamos más arriba, que la cancelación pueda reclamarse no sólo por el hipotecante o tercer poseedor, sino también por cualquier interesado, como pueda ser el titular de otro derecho real sobre la misma (39).

En resumen, debe quedar indubitado el derecho del deudor-librado-hipotecante a obtener la cancelación por pago de la hipoteca que grava su finca, así como la obligación del cónyuge dador del dinero a otorgarla por sí solo. Sin embargo, esta fijación de posiciones no resuelve por sí sola, y a pesar de su claridad, el problema básico y anterior de precisar qué ha de entenderse por derechos de crédito que «*aparezcan constituidos*» a nombre de un cónyuge. Esta imprecisa terminología estamos seguros que va a causar no pocos dolores de cabeza en la calificación registral, al menos hasta que sean reformados los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario. Se trata de un problema en el que, como dice PEDRO AVILA ALVAREZ (40), hay que hilar fino para determinar qué es lo que figura a nombre de un solo cónyuge. Nosotros no vamos a intentar resolverlo, por dos razones: porque sería una pretensión abocada necesariamente al fracaso, a falta de fuentes serias, legales y jurisprudenciales, de interpretación; y ello sin perjuicio de las respetabilísimas opiniones personales que estudiosos muy calificados ya han emitido sobre el particular. Y en segundo lugar, porque creemos que no es necesario hacerlo en el caso específico que hemos propuesto de cancelación de hipoteca ganancial derivada de disposición de dinero hecha por un solo cónyuge a virtud del nuevo artículo 1.384. Y lo creemos porque éste es el dato básico: la disposición del dinero por uno solo de los cónyuges y la presunción de ganancialidad. El deudor que paga la letra tiene derecho a la cancelación de la hipoteca, aunque a

(39) GARRIDO CERDÁ (*ponencia citada*, hoja 13) acepta la cancelación por el cónyuge titular, en virtud del carácter accesorio de la hipoteca; pero le niega esa facultad para cancelar por sí solo cuando no se da aquella razón de accesoriedad, como es el caso del consentimiento formal cancelatorio, subsistiendo el crédito.

Conforme a este punto de vista, no parece que el cónyuge tomador o endosatario de una letra asegurada con hipoteca pueda renunciar a la garantía por sí solo, pues aunque esa renuncia no provoca la cancelación de la hipoteca cambiaria (ver epígrafe IX), sí impide el ejercicio por el renunciante de la acción hipotecaria, aunque conserve la acción cambiaria.

(40) *Notas de urgencia sobre algunos aspectos de la reforma de 1981 del Código Civil*, pág. 4. Incluye en este grupo: los privativos y parafernales, los inscritos a nombre de un cónyuge antes del vigente Reglamento, los inscritos conforme al artículo 95-2.º y los inscritos conforme al artículo 95-1.º adquiridos por uno o por los dos cónyuges. Pero pone en duda los dos últimos casos.

virtud de la calificación registral —y no por su intervención en el negocio jurídico— aparezca inscrita a nombre del dador del dinero y del otro cónyuge, pero como ganancial.

Por estas razones, pensamos que, en el caso de que haya de mantenerse en la reforma del Reglamento el último párrafo del artículo 178, será inevitable, además de la supresión de la referencia exclusiva al marido —que habrá de extenderse genéricamente al cónyuge—, deferir la exigencia del consentimiento para la cancelación exclusivamente al cónyuge que haya dispuesto del dinero, independientemente de que la hipoteca ganancial aparezca inscrita a favor de uno o de ambos cónyuges.

Esta solución sería perfectamente aplicable a la hipoteca cambiaria ganancial. El título cancelatorio específico será la escritura o ejecutoria, según proceda, a que se refiere el artículo 179 siguiente del propio Reglamento Hipotecario.

XII. ¿SE EXTINGUE LA HIPOTECA CAMBIARIA POR CONFUSION DE DERECHOS?

En rigor, debiéramos hablar de dos clases de confusión que podrían dar lugar a la extinción y subsiguiente cancelación de la hipoteca cambiaria: una primera, de naturaleza estrictamente cambiaria, cual es la reunión en una sola persona de la doble cualidad de endosatario-acreedor y de librado-aceptante-deudor; y una segunda, de naturaleza hipotecaria, en caso de endoso de la letra al hipotecante.

No obstante, vamos a concretar el problema en dos supuestos: hipoteca constituida por el librado-deudor, que es el caso más frecuente, e hipoteca constituida por otros obligados cambiarios.

a) HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL LIBRADO-ACEPTANTE

Si el sujeto pasivo de la relación jurídico-cambiaria es el deudor o librado-aceptante (art. 480 del Código de Comercio) y la cualidad de acreedor cambiario se adquiere a través del endoso (art. 461), cuando la letra se endose al aceptante, éste reunirá la doble condición de deudor y acreedor cambiario.

Las obligaciones en general se extinguen por esta causa (art. 1.192 del Código Civil). En materia de letra de cambio, el único obligado directo es el aceptante. Los demás firmantes de la cambial son responsables solidarios, pero subsidiarios: responden del pago, por vía cambiaria, en el

caso de no hacerlo el aceptante, si la letra no se ha perjudicado (artículos 516 y 527 del Código de Comercio), o pueden convertirse en sujetos pasivos de las acciones de enriquecimiento que dirija contra ellos el tenedor de la letra perjudicada (arts. 456, 458, 460, 525 del Código de Comercio).

Ahora bien, el mandato abstracto de pago en que consiste la letra no es exigible hasta el vencimiento. La aceptación supone una promesa de pago que sólo podrá hacer efectiva el tenedor si realiza puntualmente los actos conservativos de su derecho. El librado tiene derecho a seguir siendo deudor, pero sólo potencial, hasta el vencimiento, ya que la consolidación de esa cualidad, tanto en el terreno cambiario como en el civil, dependerá, en definitiva, de la realización por el tenedor de aquellos actos conservativos de su derecho cambiario, de las personas contra quienes dirija sus acciones de enriquecimiento injusto y de la prueba de la provisión de fondos. Es decir, la posición del librado como deudor cambiario es, o puede ser, accidental; del mismo modo que lo es la posición de acreedor del tenedor que, a virtud del mecanismo cambiario del retorno, puede pasar de acreedor a deudor.

Estas consideraciones generales las hacemos porque nos llevan a la conclusión de que, *antes del vencimiento*, es perfectamente posible y legítimo el endoso de la letra al aceptante, sin que esto suponga confusión de derechos cambiarios, cuyos titulares, tanto desde el punto de vista activo como pasivo, no están aún consolidados. El aceptante-endosatario podría, a su vez, endosar la letra de nuevo.

En cambio, *después del vencimiento* de la letra, si el librado es, además, endosatario, los elementos subjetivos de la relación jurídica cambiaria, tanto desde el lado activo como pasivo, se han consolidado, y, al confluir en una sola persona, provocan la confusión de derechos. Extinguida la obligación cambiaria por confusión, se extingue también la hipoteca constituida en su garantía y procedería su cancelación formal. El librado podría utilizar los medios ordinarios de cancelación en cuanto que la posesión de la letra después del vencimiento implica el pago de la misma como título de rescate —acta fundamentalmente—. Pero también podría utilizar los medios de cancelación que son inherentes a la condición de acreedor, por ejemplo, la escritura consinténdola en base a su posición de tenedor-acreedor, de la que resulte o a la que se acompañe la letra endosada a su favor.

El endoso sería posible, como dice GARRIGUES (cit. pág. 313-2), incluso después del vencimiento, aunque antes de que transcurra el plazo para el levantamiento del protesto. Pero si la letra se ha perjudicado, no sólo no es posible el endoso, sino que el perjuicio determina por sí mis-

mo la extinción de la hipoteca (ver más arriba el epígrafe IV), cuyo concepto estricto exige la existencia de la obligación cambiaria. Sólo cabe la cesión ordinaria de la letra, pero, como aclaró la Resolución de 25 de octubre de 1973, la titularidad cambiaria sólo se adquiere cambiariamente; la simple cesión permitirá el ejercicio de las acciones civiles ordinarias, pero no de las especiales cambiarias cuyo soporte es la letra misma. El perjuicio de la letra convierte a los acreedores y deudores cambiarios en acreedores y deudores ordinarios, y éste es el terreno de la relación causal subyacente, que puede asegurarse con hipoteca, pero que excede del concepto estricto de hipoteca cambiaria. Quizás, sólo podrían salvarse aquellos supuestos especiales, citados por GONZÁLEZ LAGUNA (cit. pág. 892), en los que la sustitución de los sujetos cambiarios por otros es consecuencia directa de la desaparición o extinción de los anteriores, ya sea física (caso de la muerte), ya sea jurídica (v. gr., en la fusión de sociedades).

Por último, si aceptamos la tesis expuesta de que el endoso, antes del vencimiento, al librado hipotecante no implica confusión de derechos cambiarios, cabe preguntarse si no estamos, hasta que aquel vencimiento se produce, en un caso de hipoteca en cosa propia. Nosotros, conforme a lo que hemos venido manteniendo (ver epígrafes VIII y IX), estimamos que la hipoteca, constituida en favor de los tenedores presentes y futuros de la cambial, garantiza más bien el buen fin de la misma que la posición accidental de acreedor que tiene el poseedor temporal. Y, al no estar definida la cualidad de acreedor hasta el vencimiento, no puede hablarse con rigor de derecho real en cosa propia o hipoteca de propietario.

b) HIPOTECA CONSTITUIDA POR OTROS OBLIGADOS CAMBIARIOS

Bajo esta rúbrica incluimos no sólo al librador y endosantes, sino también a los posibles fiadores reales porque, como acertadamente expone LANZAS GALVACHE (conferencias citadas), no puede darse entrada en el círculo cambiario a quien no figura en él a través de la propia letra. Esta es una peculiaridad que deriva de la naturaleza de la letra, de modo que la hipoteca tiene que aceptarla tal y como es. La consecuencia es que el hipotecante no deudor se convierte en avalista. Y esto es así tanto si se acepta la posibilidad del aval por documento separado, como si no, porque, a través de los datos escriturarios y registrales, consignados en la letra, siempre quedará revelada su existencia. Lo que no impide, según dicho autor, que se dé sólo en favor de persona determinada, dados los términos de los artículos 486 y 487 del Código de Comercio.

A nuestro juicio, habría que hacer una distinción cuya raíz se encuentra en la esencia del concepto mismo de hipoteca cambiaria. Si la hipoteca se constituye en garantía del pago de la letra por persona determinada, estaríamos ante lo que puede llamarse un aval hipotecario, pero no una hipoteca cambiaria que, al garantizar el buen fin de la cambial a todo tenedor y frente a cualquier obligado cambiario, no puede limitarse en el orden personal. Si la hipoteca se constituye por un obligado cambiario distinto del librado-aceptante, no creemos que, en el orden estrictamente cambiario, pueda hablarse de extinción por confusión. En el círculo de los obligados cambiarios hay que distinguir la cualidad de deudor de la de responsable, que lo es todo el que pone su firma en la letra a virtud del principio de solidaridad. En cambio, el único deudor directo es el librado-aceptante que contrajo la deuda cambiaria. Al aceptante le conviene la idea de *debitum*, de deudor cambiario; a los demás obligados cambiarios les conviene la idea de responsabilidad. En este segundo aspecto, debe incluirse al fiador. No olvidemos cómo, históricamente, hay una fase, explicada por SCHUPFER (41), en la que la responsabilidad nace de la garantía añadida al débito mediante un especial acto jurídico: el *nexum*, la fiducia, la garantía de los terceros.

En resumen, todo obligado cambiario distinto del librado-aceptante no es un deudor cambiario directo o principal, sino sólo un responsable subsidiario a virtud del principio de solidaridad cambiaria (cfr. artículo 1.193 del Código Civil). Esto hace que no pueda hablarse de extinción por confusión, con su posible efecto hipotecario de cancelación de la hipoteca, en caso de endoso de la letra a alguno de aquellos obligados.

Por último, rechazamos igualmente la idea de hipoteca del propietario, en caso de endoso al hipotecante, por las mismas razones antes expuestas en el apartado a) de este epígrafe.

XIII. TITULOS FORMALES PARA LA CANCELACION

Un intento de hacer práctico cuanto hasta aquí hemos venido manteniendo, creemos que debe llevarnos, con todos los peligros que encierra, a la casuística de la cancelación. Sin pretender agotar los supuestos posibles, quizás pueda servir para lograr aquel fin la relación que sigue:

1. Escritura pública otorgada por el tenedor o endosatario que haya *cobrado* la letra, en la cual consienta la cancelación y de la que resulte

(41) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil*, tomo III, 7.ª edición, págs. 14 y sigs.

haberse inutilizado aquélla en el acto del otorgamiento (art. 156, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria) (42).

2. Solicitud firmada por el tenedor o endosatario que haya cobrado la letra o letras, y por el deudor-librado, aceptante, avalista o interventor para el *pago*, o sólo por estos últimos, a la cual se acompañen inutilizadas aquéllas (art. 156, párr. 1.º, de Ley Hipotecaria, y ver epígrafe VI, letra a).

3. Mandamiento judicial en el que conste que se ha declarado bien hecha la *consignación* y se ordene la cancelación de la hipoteca. Previamente se habrá depositado el importe de la letra a disposición de la Autoridad Judicial en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» de la Caja General de Depósitos, o en la «Cuenta Provisional de Consignaciones» para los depósitos que hayan de devolverse antes de treinta días, acreditándose ante aquella Autoridad el ofrecimiento de pago hecho al tenedor de la letra, creemos que por medio de acta notarial (art. 156, párr. 1.º, *in fine*, de la Ley Hipotecaria; arts. 1.176 y ss. del Código Civil; art. 180 del Reglamento Hipotecario, y Decreto de 14 de octubre de 1971 sobre Depósitos Judiciales, en especial sus arts. 2.º y 3.º).

4. Acta notarial acreditativa de estar recogidas y en poder del deudor la letra o *letras debidamente pagadas* e inutilizadas (párr. 2.º, art. 156 de la Ley Hipotecaria y ver epígrafe VI, letra a) *in fine*).

(Este medio de cancelación se recoge, con frecuencia, en las escrituras de hipoteca cambiaria, indicándose que la cancelación podrá hacerse sin necesidad del consentimiento de los tenedores de las letras. De todas formas, a veces, se habla de escritura de cancelación y esto nos parece erróneo. En el caso 1, el tenedor *consiente* la cancelación y el molde adecuado para la expresión de su voluntad es la escritura. En el caso que nos ocupa ahora, el deudor, hipotecante o tercer poseedor, simplemente acreditan un hecho: que las letras pagadas están en su poder, y el medio para ello es el acta. Aquí no hay necesidad de ningún consentimiento del acreedor-tenedor. La posesión de la letra acredita el pago y por tanto, la extinción del derecho. El supuesto es el del número o párrafo segundo del art. 82 de la Ley Hipotecaria. Por ello, es conveniente que al acta se acompañe la escritura de hipoteca, a la vista del art. 174 del Reglamento Hipotecario.)

5. Declaración del librador o emitente de las cambiales de que

(42) La inutilización de la letra, además de evitar que una vez pagada vuelva a ser puesta en circulación, impide, por la destrucción del objeto o título al cual estaba incorporado el crédito, el nacimiento de lo que podría ser una hipoteca de propietario.

las *letras no han sido puestas en circulación* (art. 156, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria), acompañada de las letras, que sustituiría a la certificación de contabilidad y publicación de anuncios que exige el propio artículo 156 de la Ley Hipotecaria.

(Como indicamos más arriba, CANO FERNÁNDEZ y GONZÁLEZ LAGUNA admiten este medio de cancelación tratándose de hipoteca cambiaria unilateral, que nosotros hemos estimado perfecta sin necesidad de aceptación—ver epígrafe VIII—. La misma solución creemos que es aplicable al caso planeado por la Resolución de 23 de octubre de 1981, es decir, cuando la *letra es girada a la propia orden*, reuniendo el emitente la doble condición de librador y primer tenedor, aunque no se trate de hipoteca unilateral.)

En cualquier caso, aquella declaración implica una voluntad cancelatoria que creemos debe recogerse en escritura pública y que, en la actual concepción de la letra asegurada con hipoteca, afectaría al derecho real, pero, al no tratarse de un caso de cancelación por extinción de la obligación cambiaria, que subsiste, no impediría la puesta en circulación de la cambial o la aparición de segundos o terceros tenedores quienes recibirían aquella sin garantía hipotecaria. Otra cosa sería si se inutilizan las letras. (Ver art. 237 del Reglamento Hipotecario.)

6. Escritura pública otorgada por el rematante o adjudicatario soío, si fuese el mismo acreedor-tenedor, o por aquel y el dueño de la finca. o el mandatario designado en la escritura de hipoteca, en la que el notario ante el que se haya seguido el *procedimiento ejecutivo extrajudicial* dé fe de la recogida e inutilización de las letras (arts. 234 y 235 del Reglamento Hipotecario, en relación con el 211 del mismo).

7. Mandamiento judicial ordenando la cancelación, en el que se recoja la decisión o providencia ejecutoria dictada en el *procedimiento respectivo, ordinario o especial*, y en el que se inserte, o al que se acompañe, testimonio del secretario en el que se haga constar la recogida e inutilización de las letras (art. 211 del Reglamento Hipotecario, en relación con la regla 17 del art. 131 de la Ley Hipotecaria y el art. 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(Como dice ROCA SASTRE, si bien debería bastar el testimonio judicial de la resolución y diligencias oportunas, salvo en el procedimiento extrajudicial, siempre se exige que la Autoridad Judicial ordene la cancelación en el oportuno mandamiento) (43).

(43) ROCA, cit., tomo IV, pág. 915. Y así parece deducirse, entre otros, de los artículos 83 de la Ley Hipotecaria, y 174, último párrafo. 224 y 233 del Reglamento Hipotecario.

8. Solicitud o instancia privada, a la que se acompañe copia del acta de protesto, de la que resulte haber transcurrido el plazo de veinte años de *prescripción de la acción hipotecaria* establecido en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria (ver epígrafe III).

9. Solicitud o instancia privada, a la que se acompañe certificación negativa del Registro de la Propiedad, cuando, existiendo *pacto de constancia registral del protesto* para la ejecución de la hipoteca, no conste así una vez transcurrido el plazo para dicha constancia (ver epígrafe IV).

10. Testimonio de la resolución judicial recaída —o mandamiento, en su caso—, en el procedimiento seguido contra el tenedor de la letra que, habiéndola *dejado perjudicar*, se negare a otorgar la cancelación de la hipoteca consintiéndola voluntariamente (ver epígrafe IV y número 3 de este mismo).

11. Escritura pública otorgada, según los casos, por el librador, endosante, aceptante o interventor de quienes el tenedor de la *letra perjudicada* reclame el reembolso o contra quienes dirija sus acciones de enriquecimiento injusto (ver epígrafe IV *in fine*).

12. Solicitud o instancia privada del librado que, requerido para el pago por el tenedor de la *letra perdida*, *hubiere* depositado su importe en el establecimiento destinado a este objeto, o en persona de mutua confianza, o designada por el juez en caso de discordia. En el primer caso, creemos que a la solicitud debe unirse copia del acta notarial que acredite el depósito, que es extrajudicial. También en el segundo caso. En el tercero, al tratarse de un depósito judicial, creemos que debe presentarse el mandamiento en el que conste que se ha declarado bien hecha la consignación y se ordene la cancelación (arts. 1.180 del Código Civil y 180 del Reglamento Hipotecario), debiendo el juez observar las prescripciones del Decreto de 14 de octubre de 1971 sobre Depósitos y Consignaciones Judiciales, antes citado.

Si el pago se hace sobre el ejemplar que ha sustituido a la *letra perdida* (arts. 448 y 500 del Código Complementario) se aplicarán las reglas generales y será necesaria escritura, acta o solicitud (números 1, 2 y 4 de este epígrafe) a las que se acompañe inutilizado el referido ejemplar.

Por último, si la letra la pierde el librado o aceptante *después del pago*, será necesario para cancelar el mandamiento en que se ordene o el testimonio de la resolución dictada en el procedimiento incoado a

tal fin (ver epígrafe V *in fine*). Y si aceptamos que el librado que pagó tiene derecho a reclamar el ejemplar a que se refiere el artículo 500 del Código de Comercio, una vez obtenido, estaríamos de nuevo en el caso del párrafo anterior.

13. *Cancelación parcial* en el caso de hipoteca única en garantía del pago de varias letras. La hemos estimado posible siempre, tanto en caso de pago voluntario como en el caso de ejecución de la hipoteca (ver epígrafe VII, letra b), y los títulos serán los generales.

En el caso de *pago parcial de una letra*, hemos rechazado la posibilidad de cancelación parcial (ver epígrafe VI, letra b) y aceptado que pueda constatare registralmente por medio de nota marginal, presentando la escritura de hipoteca, el recibo de que habla el artículo 494 del Código de Comercio y el acta de protesto por la cantidad que hubiere dejado de pagarse. No obstante, una vez ejecutada la hipoteca en cuanto al resto no pagado, cabe la cancelación parcial y el juez la ordenará en el oportuno mandamiento, quedando subsistente la hipoteca, en su caso, en cuanto a las letras aún no pagadas.

14. *Renovación cambiaria*.—En el caso de que no se haya pactado en la escritura la renovación de las letras y el hipotecante no acepte la extensión de la hipoteca a la garantía de las nuevas, la cancelación, total o parcial, procederá, como en los casos ordinarios, mediante escritura, acta o solicitud privada, a las que se unan la letra o letras renovadas, debidamente inutilizadas.

Si se ha pactado la renovación con voluntad novatoria de la primitiva obligación y se lleva a efecto mediante la destrucción del título primitivo o devolución al deudor, será necesaria escritura para la inscripción de la nueva hipoteca en garantía de las letras de renovación. La inscripción de hipoteca que aseguraba las letras renovadas podrá cancelarse —total o parcialmente, según las letras a que afecte la renovación— bien con la misma escritura, de la que resulten aquellos antecedentes; bien mediante acta de la que resulte la inutilización de las letras renovadas; o bien mediante solicitud, a la que se acompañen las mismas, debidamente inutilizadas.

Si no hay sustitución de títulos y la letra renovada es retenida por el acreedor, no procederá cancelación alguna, ya que la renovación implica solamente o acumulación de obligaciones o prórroga de la primitiva obligación hipotecaria (ver epígrafe X).

15. *Confusión de derechos*.—Si la hipoteca se ha constituido por el librado-aceptante, además de los medios normales, éste puede obtener

la cancelación, después del vencimiento de la letra, mediante escritura de la que resulte su doble condición de librado y endosatario, o a la que se acompañe la letra con la cláusula de endoso (ver epígrafe XII), consintiendo dicha cancelación.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil (*)

SUMARIO: I. *Concepto y terminología*: A) Impresa y azienda.—B) *Entreprise y fonds de commerce*.—C) Empresa y establecimiento mercantil.—II. *Empresa y establecimiento mercantil. Su consideración como un bien. Calificación como un bien ganancial o privativo*.—III. *Empresa o establecimiento mercantil ganancial*: A) Fundación del establecimiento mercantil ganancial.—B) Sucursales C) Cambio de situación.—D) Incrementos patrimoniales de un establecimiento mercantil privativo: A') Inversiones: A'') Explotación regular de los negocios.—B') Inversiones extraordinarias.—B'') Actividades de los cónyuges.

I. CONCEPTO Y TERMINOLOGIA

Siempre que nos encontramos con temas relacionados con la empresa o el establecimiento mercantil nos enfrentamos previamente a una cuestión de terminología. El Código Civil (reforma mayo 1981) y en materia de bienes privativos y gananciales, aparecen en el lenguaje jurídico los siguientes términos. Empresa y establecimiento, artículo 1.347-5 del Código Civil. Explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa, artículo 1.360 del Código Civil. Y negocios, artículo 1.362-4 del Código Civil.

Pero toda esta terminología distinta ya tenía sus antecedentes en el Código de Comercio. POLO recogía los conceptos de empresas y sus equivalentes en el Código Civil. Según aparece en dicho texto legal, la palabra empresa es una actividad organizada, sin que por ello pueda considerarse

(*) Este trabajo es una adaptación a la nueva reforma del Código Civil de parte de mi tesis doctoral leída en la Universidad de Murcia, bajo la dirección de don MANUEL BATLLE. En los estudios en honor de ROCA SASTRE había aparecido también otro trabajo mío sobre cuestiones relacionadas con este tema.

sujeto de derecho, artículo 175-3 del Código Civil. Otras veces la empresa aparece como equiparada a compañía o sociedad mercantiles y se refleja este sentido en los artículos 67-2, 69, 70, 175-2 y otros del Código Civil. También aparece la palabra empresa como equiparada a establecimiento en el artículo 285 del Código Civil.

También se considera la empresa como un conjunto organizado de bienes, artículos 283 y 286 del Código Civil; a su vez, en el Código Civil aparecen otra serie de palabras con distintas significaciones jurídicas, como lonjas y casas de contratación, artículo 81 del Código Civil; almacenes y tiendas abiertas al público, artículos 3 y 85 del Código Civil (1).

Pero la doctrina moderna ha empezado a depurar toda esta terminología para fijar su verdadero contenido y para poder determinar con arreglo al Código Civil cuando nos encontramos ante una empresa o establecimiento mercantil que sea ganancial o privativo.

A) IMPRESA Y AZIENDA

En el Derecho italiano han quedado deslindados dentro del texto legal los conceptos de empresa y azienda. El artículo 2.555 del Código Civil Italiano (C. C. I.) considera como azienda un conjunto de bienes organizado por el empresario para el ejercicio de su empresa. Empresa y azienda, dice AULETA, no constituyen términos sinónimos, como muchas veces ocurre en el lenguaje corriente, sino que son dos conceptos que se mueven sobre planos diversos: la empresa, que se refiere a la actividad del empresario, y la azienda, que es un instrumento de dicho empresario, es decir, un conjunto de bienes necesarios para el ejercicio de la actividad del empresario.

GALGANO señala también cómo ambos términos, empresa y azienda, que aparecen en el lenguaje corriente como términos sinónimos, adoptan en el lenguaje técnico jurídico significados diversamente diferenciados. La empresa es jurídicamente una actividad y así aparece claramente en el artículo 2.082 del Código Civil Italiano, cuando define al empresario como aquél que ejerce como profesión una actividad económica organizada con la finalidad de producir o cambiar bienes y servicios. El concepto de azienda es lo que en el terreno de la teoría económica se considera como instrumento o medios de producción.

La distinción entre empresa y azienda aparece, pues, como entidades

(1) POLO: *Leyes mercantiles y económicas*, 1956, tomo I. Introducción XL; MARÍN LÁZARO: *Comentarios al Código de Comercio español*, tomo I, 1932, página 700; BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, tomo II, página 38; ESPEJO DE HINOJOSA: *Curso de Derecho mercantil*, 1947, pág. 296.

distintas. Actividad que es a lo que se refiere la impresa y objeto o conjunto de bienes que tiene por referencia la azienda.

Pero, sin embargo, existe una estrecha relación entre ambas, hay una recíproca dependencia entre la una y la otra, ya que actividad, que es la impresa, es la que crea y organiza los bienes que componen la azienda. De tal manera, existe esta recíproca dependencia que dice FERRARI que estamos ante un problema doctrinal no aclarado, concretamente el de la disciplina jurídica que regula la competencia mercantil y la competencia desleal entre empresas. El problema consiste si estas normas jurídicas aparecen como un derecho de la personalidad del empresario y en realidad protege la actividad de dicho empresario que, en definitiva, no es otra cosa que la impresa y en este sentido ALLARA y ASCARELLI. O más bien estas normas jurídicas protegen a la azienda, ya que se refieren a la clientela que tiene toda azienda y se consideran como una protección al derecho de propiedad que el empresario tiene sobre sus bienes organizados que constituyen la azienda y éste es el criterio de CASANOVA Y FERRARA. Todo esto nos revela que, pese a que el Código Civil Italiano ha definido legislativamente los conceptos de impresa y azienda como cosas distintas, no pueden, sin embargo, considerarse como datos independientes, sino que hay que tener en cuenta la recíproca dependencia entre una cosa y otra (2).

B) ENTREPRISE Y FONDS DE COMMERCE

La doctrina francesa, dice HAMEL, a partir de 1954 ha consagrado numerosos trabajos sobre la calificación jurídica de la empresa y entre todos ellos cabe citar, según este autor, la obra de DEXPAX, *L'Entreprise es le Droit*.

En presencia de una serie de consideraciones sobre la empresa, se debe buscar un método de investigación y este método de investigación consiste en analizar aquellos elementos constitutivos de la empresa y las relaciones jurídicas entre estos elementos. Por otra parte, ver y examinar la empresa como una síntesis de sus elementos constitutivos para considerar su naturaleza jurídica (3).

Como dice HAMEL, en la empresa hay una serie de personas que aportan a ella el capital y el trabajo o ambas cosas a la vez; y, por otra parte, hay un conjunto de bienes organizados de los cuales se obtiene

(2) AULETTA y SELANITRO: *D. commerciale*, 1977, pág. 41; GALGANO: *L'imprenditore*, tomo I, pág. 73; FERRI: *M. D. commerciale*, 4.^a edic., pág. 39; FERRARI: *Azienda. Enciclopedia del Diritto*, tomo IV, pág. 685.

(3) HAMEL y LAGARDE-JAUFFRET: *D. commerciale*, tomo I, pág. 317; DEXPAX: *L'Entreprise et le Droit*; JAUFFRET: *D commerciale*, tomo II, pág. 89.

una serie de bienes y servicios. Para HAMEL los bienes, cualquiera que sea su clase, están excluidos del concepto de empresa; la empresa se compone de elementos personales y éstos son los aportadores del capital, los dirigentes y los trabajadores. La empresa aparece para este autor como una *institución* y, como tal institución, recoge las voluntades individuales de los capitalistas, de los técnicos, de los dirigentes y de los trabajadores, que se someten libremente al régimen jurídico de la empresa.

Al lado de la empresa aparece el Fonds de Commerce, que es una creación reciente de la práctica jurídica y que constituye un conjunto de bienes corporales e incorporeales y que es el instrumento del trabajo de la empresa.

JAUFFRET señala que los conceptos de empresa y fondo de comercio están perfectamente diferenciados; la empresa representa el elemento humano, compuesto por los aportadores de capital, los dirigentes y los trabajadores, mientras que el fondo de comercio sólo es un conjunto de bienes que sirve como instrumento material para el ejercicio de la empresa.

RIPERT (4) considera el fondo de comercio como una propiedad incorporeal y que da lugar a un derecho, que es el de tener una clientela. Esta propiedad se compone de una serie de bienes; unos de naturaleza corporal, el utillaje, las mercancías y otros; y otros de naturaleza incorporeal, como del derecho de arrendamiento y los derechos de propiedad industrial. RIPERT considera a la empresa como algo distinto del fondo de comercio; la empresa constituye para este autor una unidad económica, aunque reconoce la dificultad jurídica de concretar la naturaleza de la empresa. El fondo de comercio viene a ser el aspecto jurídico de la empresa en cuanto da derecho a una clientela determinada. Todo comerciante tiene un fondo de comercio y el fondo de comercio es una propiedad que puede ser objeto de transmisión.

Para VAN RYN también hay una diferencia entre la empresa y el fondo de comercio; después de reconocer que la actividad económica en el mundo moderno se opera a través de la empresa, de señalar que no hay ninguna disposición legal que defina a la empresa y que la empresa no es un sujeto de derecho, porque los sujetos de derecho son o bien el empresario individual o las sociedades mercantiles, reconoce que la empresa es una institución comercial, es un ejemplo de esta serie de instituciones que nacen y se desarrollan en el tejido económico y social; la

(4) RIPERT y ROBLOT: *Traite D. commercial*, tomo I, pág. 372; VAN RYN y HEENEN: *P. Droit commercial*, tomo I, pág. 354.

empresa aparece, pues, como una actividad económica organizada que el Derecho reconoce y ampara.

Al lado de la empresa aparece el fondo de comercio que, para VAN RYN, es un conjunto de bienes corporales e incorporeales unidos para un objeto: la explotación de un comercio determinado.

Todo esto nos revela cómo puede considerarse, a través de este somero examen del Derecho francés e italiano, los diferentes matices que rodean a estos conceptos de *impresa*, *azienda* o fondo de comercio y la dificultad que plantea el deslinde de estas instituciones; sin embargo, en principio podemos considerar que son dos cosas distintas la empresa que constituye la actividad del empresario y el fondo de comercio o *azienda*, que es un conjunto de bienes organizados por dicho empresario para poder ejercer su actividad (5).

C) EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

Hemos hecho la delimitación legislativa en el Derecho italiano, como hemos visto, entre *impresa* y *azienda*, artículos 2.082 y 2.555 del Código Civil Italiano. Se ha expuesto un esquema doctrinal, pero también claro, en el Derecho francés entre la *entreprise*, como organización de personas, y el fondo de comercio, como conjunto de bienes organizado, cuando pasamos el examen de esta terminología legal dentro del Derecho español. Sólo vamos a examinar la doctrina más moderna, dejando aparte la obra de BLANCO CONSTANS, ESPEJO DE HINOJOSA, BENITO y MARÍN LÁZARO. El tratamiento que la doctrina moderna da a esta cuestión es el siguiente.

(5) El Derecho romano ya utilizaba una serie de conceptos en relación con el ejercicio del comercio y con los bienes o conjuntos de bienes organizados para poder ejercer dicho comercio. En este sentido, CALAMANDREI: *Teoria della azienda commerciale*, 1891, pág. 2. La gestión comercial en el Derecho romano lleva consigo una serie de expresiones, como *taberna*, *merx*, *mensa*, *negotiatio* y *negotium*. *Taberna* aparece como el edificio o el lugar donde se ejercita el tráfico (D-5-XIV-3). La *mensa* se refiere más bien al negocio bancario (D-16-XXXI-77). La expresión romana más parecida a la *azienda* es la de *negotiatio* y, sobre todo, la de *negotium*, que designa un complejo del activo y el pasivo del comerciante (D-3-XIV-3, D-58-XXVI-7, D-16-XXI-77). El régimen jurídico del *negotium* es expuesto por CALAMANDREI, y así estudia lo referente al legado y a la prenda de *taberna*, y así también los derechos de los acreedores. La legislación canónica feudal y municipal posterior, dice CALAMANDREI, regula la *azienda* más ampliamente que lo hacía el Derecho romano. Aparece una terminología más amplia y se considera al *negotium* como una *universitas* que gracias al principio de la subrogación, cualquiera que sea el cambio de sus elementos, mantiene su identidad. Se considera que el *negotium* puede ser objeto de arrendamiento e hipoteca, y es estudiado por ANSALDUS, CASAREGIS y DE LUCA. En tiempos modernos, la *azienda* aparece como objeto de contratación, y esto de manera muy frecuente; así, la doctrina trata de los caracteres de la *azienda*, como ROLLAND (1848), BOISTEL (1861), SUPIND (1885). Para un estudio sobre la *azienda*, la obra de CASTELLI-AVOLIO: *L'azienda commerciale nella Teoria e nella pratica del Diritto*, 1925, págs. 37 a 50.

Para GARRIGUES (6) la empresa es un concepto ausente del Código de Comercio; nuestras leyes no formulan un concepto jurídico unitario de la empresa y sólo se encuentra una normativa legal sobre los bienes que la componen. Para este autor hay una plena coincidencia entre el Derecho y la economía sobre el concepto de empresa que se considera como una organización de elementos heterogéneos movidos por la idea y la actividad del empresario y sus colaboradores, pero además se considera la imposibilidad de encajar el concepto de empresa tal y como aparece en la realidad, dentro de los cuadros dogmáticos tradicionales del Derecho.

La empresa, para GARRIGUES, consiste en un conjunto de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho. Constituyen los bienes patrimoniales de la empresa: 1.º La propiedad comercial, que es el derecho de arrendamiento sobre el local de negocio; 2.º La propiedad industrial, propiedad intelectual y otros derechos; 3.º Las cosas corporales constituidas por el material, las mercancías, el utillaje y los inmuebles; 4.º Respecto a las relaciones de hecho de la empresa, que es la clientela y las expectativas, no son ni cosas ni derechos y carecen de entidad jurídica y no pueden ser transmitidas con independencia del resto de la empresa.

Con un criterio opuesto a GARRIGUES, nos encontramos con la obra de URÍA (7). La doctrina más reciente, dice este autor, al contemplar la empresa como una unidad económica organizada, empezó a separar entre la actividad del sujeto y el conjunto de medios o de bienes organizados por dicho sujeto para el ejercicio de su actividad, así se considera la empresa como actividad, y el establecimiento mercantil, negocio, hacienda y casa comercial, como un conjunto de bienes organizado por el empresario; con esto gana carta de naturaleza el considerar a una empresa como una actividad económica y como tal actividad aparece en los artículos 117, 122 del Código Civil. Para URÍA aparece distinto de la empresa como actividad, el concepto de establecimiento mercantil (E. M.); el empresario, salvo casos excepcionales, no puede desarrollar su actividad sino a través de un conjunto de bienes y derechos por él organizados y este conjunto de bienes y derechos es lo que en el Derecho español se llama establecimiento mercantil. La empresa, como dice URÍA, es una actividad, y el establecimiento mercantil, un objeto, más bien, una serie de cosas o derechos organizados por el empresario y éste es el criterio que ha seguido la Ley de Hipoteca Mobiliaria en su exposición de motivos cuando dice que las dificultades que suponía la diversa terminología empleado por la doctrina científica para designar la empresa,

(6) GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 1976, pág. 167.

(7) URÍA: *Derecho mercantil*, 1976, pág. 31.

casa, hacienda, establecimiento mercantil y las diferentes cuestiones ligadas a la naturaleza jurídica de la empresa, desde aquellas que la consideran como un ente jurídico unitario al modo de una universalidad, hasta la que no admite que se pueda hablar de empresa dentro de un concepto jurídico también unitario, ha hecho que dicha Ley consagre el concepto de establecimiento mercantil como base física de la empresa. El Establecimiento Mercantil comprende, con arreglo al criterio de la Ley citada: 1.º El derecho de arrendamiento sobre el local de negocio o el derecho reconocido en el artículo 28 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 2.º Las instalaciones fijas y permanentes, siempre que pertenezcan al titular, y también pueden comprenderse, según el artículo 21, los derechos de propiedad industrial e intelectual, además de los instrumentos de producción y trabajo y mercaderías y materias primas; todos estos bienes constituyen, dentro de un criterio amplio, el establecimiento mercantil (8).

En el Derecho español, cuando la Ley de Hipoteca Mobiliaria ya había delimitado el concepto de establecimiento mercantil y los bienes que se componen a través de los artículos 19, 20, 21, 22 y 23 de este texto legal y, posteriormente, el artículo 1.413 del Código Civil redactado con arreglo a la Ley de 24 de abril de 1958, decía que el marido necesitaba el consentimiento de la mujer para realizar actos de disposición sobre establecimientos mercantiles, se unificaba esta terminología jurídica. Pero nuevamente el Código Civil ha venido a considerar como bienes privativos o gananciales las empresas, los establecimientos, las explotaciones y los negocios. Pero cualquiera que sea la terminología empleada, el problema es el siguiente: cuándo se puede decir que una empresa o establecimiento mercantil o negocio es un bien privativo o un bien ganancial; hay que partir de que el Código Civil dice, en su artículo 1.347, que son bienes gananciales las empresas y establecimientos y que son bienes privativos, artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil,

(8) Aunque sea de una forma somera, podemos hacer una reseña de la doctrina moderna española. VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, 1960, pág. 316, señala que todo comerciante tiene un negocio o empresa, y que esto es una organización de actividad, capital y trabajo para el ejercicio de su función. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, 1981, pág. 107: El aspecto objetivo de la empresa es el negocio, al que también se le llama establecimiento o explotación; el negocio se concibe, por tanto, como un conjunto de bienes para obtener una finalidad económica. El negocio es una creación del empresario, pero se escinde de él y aparece como instrumento para ejercitar la empresa. BROSETA: *Manual de Derecho mercantil*, 1981, pág. 88, determina: Que hay un concepto económico de la empresa y un concepto jurídico en el que ambos deben coincidir. La empresa es una unidad funcional en la que las partes o el ordenamiento jurídico consideran como una unidad objeto de negocio jurídico, aunque no puede considerarse como una cosa en sí misma independiente de sus componentes.

las explotaciones de establecimientos mercantiles y otro género de empresa. Todo esto requiere una cuestión previa, decir si una empresa o establecimiento mercantil es un objeto de Derecho o una cosa a la cual se le pueda calificar con la condición de bien privativo o de bien ganancial.

II. EMPRESA Y ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. SU CONSIDERACION COMO UN BIEN. CALIFICACION COMO UN BIEN GANANCIAL O PRIVATIVO

El Código Civil, en su nueva redacción, ha dejado ya claro que la empresa o establecimiento mercantil es un bien ganancial cuando se dan los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil. El problema está en resolver cómo se puede calificar de bien ganancial o de bien privativo a la empresa, que es un conjunto de bienes y de servicios; respecto a esto se ha considerado, por lo que podemos llamar teoría unitaria, que la empresa es un bien propio por sí mismo, independiente de los bienes y derechos que la componen. Por la teoría que podemos llamar pluralista, la empresa aparece como un bien compuesto por otra serie de bienes y donde cada uno conserva su estatuto jurídico particular, pero este problema así iniciado es el que se va a desarrollar.

FERRI (9) advierte cómo la azienda, y lo mismo podemos decir de la empresa o el establecimiento mercantil, se presenta como una entidad única y, a la vez pluralista; el punto neurálgico de la teoría y de la azienda reside en la dificultad de fijar las relaciones que se dan entre el complejo de la azienda y los bienes que la componen; esto es, hasta qué punto la unidad de la función económica absorben a la pluralidad de los bienes de los cuales se compone la azienda.

La unidad funcional de la azienda tiene, como dice este autor, una relevancia jurídica; la interdependencia entre los bienes que la componen dan lugar a los siguientes efectos económicos y, como consecuencia de ello, han de ser tomados en consideración por el Derecho.

La azienda tiene una productividad, pero su producto nada tiene que ver con el producto de sus bienes componentes, por tanto, el concepto de beneficio de la azienda tiene un contenido distinto de los beneficios que se podían obtener de cada uno de los bienes singulares que la componen.

Las nociones de posesión, goce, administración y custodia de una azienda tienen una especial relevancia y aparecen como diferentes res-

(9) FERRI: *D. commerciale*, pág. 197.

pecto a las mismas operaciones jurídicas en cada uno de los bienes que la componen.

La conservación de la azienda no tiene nada que ver con la conservación de los bienes singulares que la componen: la conservación de una azienda supone el mantenimiento de su productividad y los bienes que la componen son objeto de amortización y, en consecuencia, con el tiempo reemplazados por otros.

Pero el problema para su debida claridad, es decir, el de considerar la empresa o el establecimiento mercantil como un bien único, requiere, aunque sea breve la exposición, la exposición de la teoría de la universitas.

El concepto de universitas pertenece a una de las cuestiones más debatidas por la ciencia jurídica (10). En la doctrina del Derecho Civil sobre la universitas se siguen dos conceptos que son opuestos: el de considerar la universitas como una cosa unitaria distinta y diversa de los elementos que la componen o de ver que dicha universitas no es más que una pluralidad de cosas que se consideran de una manera unitaria en determinado supuesto jurídico; la universitas no tiene una categoría ontológica, pero sí tiene una categoría lógica y por eso tiene un relativo reconocimiento jurídico.

Pero de toda esta problemática lo que nos interesa es ver si la universitas es un bien en sí mismo o, por el contrario, es un conjunto de bienes sometidos a una regulación jurídica unitaria (11). En qué consiste la

(10) DE MARTINO (arts. 810-956): *Commentario C. C.* S-BRANCA, pág. 31. En el Derecho romano no existe el concepto o sentido de la universitas de una manera técnica; solamente para BONFANTE la *grex* es la única colectividad de cosas tratadas en dicho Derecho y la única que en cierta medida puede ser considerada como una universitas. LONGO: *Curso D. romano*, 1956, pág. 46: Expone la teoría de si en el Derecho romano se reconoció el carácter de cosa única a un conjunto de cosas. FERRINI, que considera este conjunto de cosas o universitas, nunca fue reconocido como una cosa única. FADDA, por el contrario, ve que existe una cosa única cuando se dan un complejo de cosas coordinadas entre sí. LONGO considera, como FERRINI, que la categoría de *corpus ex distantibus* de POMPONIO no quiere designar una entidad objetiva, sino que es una simple fórmula comprensiva para regular el régimen de las cosas colectivas. Por otra parte, POMPONIO no cita como cosa colectiva más que la *grex*. LONGO examina los textos jurídicos romanos: En materia de acción reivindicatoria, legado y prenda llega a la conclusión ya dicha, es decir, que sólo la *grex* es considerada como una cosa única y, por tanto, tratada como una universitas. La multiplicación de cosas colectivas, además de la aparición de los conceptos como universitas rerum o universitas iuris, es en realidad obra de la glosa, que también ha extendido estos conceptos. En este sentido, BONFANTE: *Curso Derecho romano*, 1966, pág. 149, para el cual el concepto de universitas, cuyos límites son difíciles de precisar, no existe en el Derecho romano, como no existe el concepto o nombre de universitas en sentido técnico. Solamente, dice BONFANTE, la *grex* es la única colectividad de cosas tratadas en el Derecho romano y la única que en cierta medida puede ser considerada como universitas.

(11) FERRARA: *Trattato D. civile italiano*, 1921, pág. 159.

estructura de una *universitas rerum*. Siguiendo a FERRARA, los datos más característicos son los siguientes:

Una multiplicidad de cosas autónomas y distintas entre ellas. Las cosas que componen la *universitas rerum* están separadas y esto es lo que diferencia la *universitas* de una cosa compuesta.

Las cosas que componen una *universitas rerum* tienen una propia individualidad económica y un valor en el comercio distinto e independiente del que le produce la agregación necesaria para crear la *universitas rerum*.

FERRARA examina su naturaleza jurídica y dice que la cuestión fundamental que se presenta es si ante una *universitas rerum* nos encontramos con una cosa nueva, es decir, con una cosa distinta de los elementos que la componen o, por el contrario, no existe más que una pluralidad de cosas que tienen entre sí una conexión económica y esta conexión ejerce su influencia en la normativa jurídica que regula la *universitas*.

Se considera que la *universitas* es una cosa nueva, distinta, y en este sentido VENEZIAN. Esta doctrina se ha basado, como dice FERRARA, en que toda la *universitas* tiene una individualidad propia que no se altera por la variación de sus componentes. Que la *universitas* da una renta o beneficio distinto de las cosas separadas que la componen y todo esto hace que se considere como una cosa cuando es vendida, arrendada o hipotecada, por tanto, forma un nuevo bien por su propia individualidad e identificación (12).

Para FERRARA, en un sentido contrario el Derecho sobre una *universitas*, es en definitiva el derecho sobre una pluralidad de cosas homogéneas y heterogéneas, pero, desde luego, no hace nacer una nueva cosa objeto de relaciones jurídicas. La unidad económica del complejo no crea una cosa nueva, pero produce una serie de efectos jurídicos sobre ese complejo, ya sea por disposición de la Ley o por voluntad de las partes.

Este breve examen doctrinal nos proporciona los datos necesarios para examinar si el establecimiento mercantil es una cosa nueva o un conjunto agregado de cosas.

El Código Civil Italiano ha recibido la categoría general de las universalidades y la ha incorporado a sus preceptos; así, el artículo 816 del Código Civil Italiano dice que se considera como una universalidad

(12) FADDA y BENSA: *Diritto delle Pandette*, 1925, pág. 443. Se indica una serie de autores que consideran a la *universitas* como una sola cosa. Su naturaleza es la de una *res incorporalis*. Así, se dice que es una unidad ideal (SINTESIS). O que tienen una existencia ideal, como MOLITOR. O que se trata de una cosa jurídica (PUCHTA).

de muebles la pluralidad de cosas que pertenecen a una misma persona y que tienen un destino unitario. Las cosas singulares que componen la universalidad pueden ser objeto de actos separados y de relaciones jurídicas. El Código Civil Italiano, como dice DE MARTINO, se ha mostrado reservado en cuanto a las definiciones sobre este tema. Sin embargo, el Código Civil Italiano ha recogido una serie de conjuntos de cosas dándole una regulación jurídica y siendo este conjunto de cosas bajo cierta forma aproximado a la universitas. Así el Código Civil italiano regula el usufructo sobre el ganado, artículo 994; la azienda, artículo 2.555; la herencia, artículo 1.010. El artículo 1.160 regula la prescripción adquisitiva de las universalidades y el 2.914-3 se refiere a la enajenación forzosa de las universalidades de muebles.

Pero ni en el Código Civil francés ni en el Código Civil español han tratado el tema de la universitas; hay que tener en cuenta lo que dice BARBERO (13): No hay una elaboración ni discusión sobre la universitas en la obra de POTHIER y de DOMAT. La influencia del Derecho consuetudinario francés dejó fuera la elaboración de la teoría de la universitas y la única que fue aceptada fue la herencia. De esta forma, tampoco en el Derecho español hay nada comparable al artículo 816 del Código Civil Italiano. La influencia del Código Civil francés sobre este tema queda clara.

Qué hace la doctrina española cuando se enfrenta con el problema de la empresa o el establecimiento mercantil y tiene que decidir si es un bien ganancial o privativo; pasemos al examen del Derecho español.

La empresa o el establecimiento mercantil es un bien una cosa independiente de sus agregados: URÍA pone de relieve cómo hay una serie de datos demostrativos de que está penetrando en nuestro Derecho positivo la idea de que el establecimiento mercantil, en su unidad, constituye un bien distinto de los elementos que lo componen y susceptible, por tanto, de objetos jurídicos unitarios; y en este sentido, URÍA cita el artículo 291 del Código Civil y el 1.056 del Código vigente. En la exposición de motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria se dice que el establecimiento mercantil aparece en nuestra vida real como un bien que tiene un valor intrínseco, objetivo e independiente y que por sí sólo es objeto de transmisión.

Con este mismo criterio RUBIO señala que la empresa es un bien, una cosa en sentido amplio, es decir, un objeto de derecho (14). Se trata de una realidad objetiva del mundo exterior con un valor económico uni-

(13) BARBERO: *Le Universalita Patrimoniale Universalita di Fatto e di Diritto*, página 318.

(14) URÍA: *Derecho mercantil*, pág. 43; RUBIO: *Introducción al Derecho mercantil*, 1979, pág. 528.

tario, al que el derecho le concede un tratamiento jurídico propio, independiente de los elementos que componen el establecimiento mercantil.

La empresa, dice este autor, es un bien en sí; del conjunto ordenado de bienes y valores surge un nuevo bien, que es un nuevo valor presente y cotizable en el tráfico jurídico y económico. RUBIO considera a la empresa como un bien distinto de sus elementos componentes, es decir, como un objeto distinto y nuevo de los elementos que forman un establecimiento mercantil.

La empresa o establecimiento mercantil aparece, pues, como un bien inmaterial, el empresario tiene un derecho de propiedad sobre su empresa y este derecho de propiedad, reconocido por el ordenamiento jurídico, protege al empresario de la competencia desleal. Para RUBIO la empresa es una organización de bienes hecha por el empresario y esta nueva organización es la que crea un nuevo bien independiente de las cosas y derechos que componen la empresa; se trata de un bien inmaterial y es este derecho de propiedad que tiene el empresario sobre el producto de su creación, que es la empresa, el que aparece como un bien inmaterial y está protegido por el ordenamiento jurídico que regula la competencia desleal.

En el Derecho español SÁNCHEZ CALERO hace constar que el problema de la regulación jurídica del negocio en nuestro Derecho es extremadamente difícil, ya que no hay normas jurídicas generales y los preceptos se han de obtener de una normativa dispersa; pero aun cuando esto pueda ser discutido, el negocio aparece formado por una serie de bienes aglutinados o con una estructura producto de una organización que es la obra del empresario. Por eso, la jurisprudencia dictada al margen de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha reconocido que el negocio o empresa puede ser objeto de propiedad y de derechos dentro del tráfico jurídico (15).

Pero hay otro punto de vista doctrinal opuesto al anterior; para GARRIGUES (16) la empresa no es un todo unitario, ya que para decir que una empresa es un todo unitario sería necesario lo siguiente: 1.º La configuración de la empresa como un objeto jurídico único, teniendo en cuenta que los derechos conexos a la empresa tendrían que ser considerados como partes constitutivas o como pertenencias. 2.º La posibilidad de la transmisión de la empresa como un solo objeto. 3.º La protección de la organización de la empresa como una creación del empresario. Hay que reconocer, como dice GARRIGUES, que nuestro Derecho positivo no ha dado este paso y que ningún precepto de nuestra legislación ha defi-

(15) SÁNCHEZ CALERO: *Obra citada*, pág. 107.

(16) GARRIGUES: *Obra citada*, tomo I, pág. 174.

nido la empresa y que, por otra parte, no se encuentran en las leyes datos positivos acerca de su unidad jurídica.

Con parecido criterio se manifiesta BROSETA cuando dice que la empresa no es un todo, no es una cosa y, aunque se venda y se compre la empresa, ésta no puede transmitirse como un todo, ya que se transmiten individualmente cada uno de sus elementos componentes, como los bienes inmuebles, los derechos de propiedad industrial e intelectual y en su transmisión se observan las normas jurídicas especiales para cada caso.

El problema aparece, pues, como confuso y contradictorio, una teoría que podríamos llamar atomista que concibe la empresa como una pluralidad de cosas y que estas cosas mantienen su individualidad. Y otra teoría unitaria en la cual aparece la empresa como un bien independientemente de las cosas que la componen.

Y con este problema planteado y no resuelto vamos a pasar a la tercera cuestión objeto de este trabajo, ya que el Código Civil dice claramente que son bienes gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad, artículo 1.347-5 del Código Civil. Y por otra parte, se considera que la empresa es un bien privativo en otras circunstancias, artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil. El texto legal aparece en principio claro cuando dice en el artículo 1.347 son bienes gananciales las empresas y establecimientos (17).

III. EMPRESA O ESTABLECIMIENTO MERCANTIL GANANCIAL

En este capítulo se van a examinar las consideraciones jurídicas que determinan que una empresa sea un bien ganancial o privativo; para nuestro Código Civil, en el artículo 1.347, son bienes gananciales las empresas cuando reúnen los requisitos que señala este artículo 1.347-5 del Código Civil. La Ley señala que la empresa o establecimiento mercantil es un bien y en este sentido se expone este tema.

BOULANGER (18) señala cómo el fondo de comercio tiene unas características especiales; los bienes que componen dicho fondo están sujetos a cambio y renovaciones; las instalaciones y maquinaria industrial son amortizadas y sustituidas. Las mercancías son vendidas y todo el fondo de comercio está sujeto a una mutación o cambio. Hay, por tanto, en esta clase de bienes que constituyen las empresas una especial problemática muy distinta de las cosas o bienes que en nuestro Derecho aparecen perfectamente deslindadas.

(17) BROSETA: *Obra citada*, pág. 91.

(18) BOULANGER: *Traite P. D. civil française*, tomo VIII, 1957, pág. 662.

A) FUNDACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL GANANCIAL

El Código Civil dice, en su artículo 1.347-5, lo siguiente: Son bienes gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a espensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurre capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354. Según este precepto legal, para considerar que una empresa es bien ganancial, se han de dar los supuestos siguientes:

1.º Que la empresa haya sido fundada durante la vigencia de la sociedad conyugal; pero el primer problema que se plantea es cuando puede decirse que se ha fundado una empresa.

Hay que descartar, es decir, no se ha fundado una empresa cuando sólo se hacen los trabajos preparatorios para ella; la adquisición o arrendamiento de locales de negocio, la adquisición de propiedad industrial o la compra de maquinaria y utillaje; todos estos bienes adquiridos no suponen por sí solos la creación o fundación de una empresa (19). Como una aproximación a la fundación de la empresa podemos señalar los siguientes supuestos:

Inscripción en el Registro Mercantil

El artículo 69 del Reglamento del Registro Mercantil dice que la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes y el artículo 71 dice que la persona que desea ser inscrita en dicho Registro presentará al registrador una instancia con la firma legitimada donde se hará constar: el nombre, apellidos, edad, estado civil y nacionalidad; entre otros requisitos se hará constar también, según el artículo 71-4 del Reglamento del Registro Mercantil, la calle, número o lugar donde se sitúe el establecimiento, así como sucursales y agencias. El artículo 71-5 del Reglamento del Registro Mercantil señala que se hará constar la fecha del comienzo de las operaciones. Pero es indudable que la inscripción en el Registro Mercantil, pese a cumplirse todos los requisitos que se requieran, no lleva consigo la creación o fundación de una empresa.

SÁNCHEZ CALERO dice que, por regla general, la inscripción en el Registro Mercantil tiene efectos declarativos, ya que se da publicidad a unos hechos que han nacido fuera del Registro. Hay que tener en cuenta que, según el artículo 3-1 del Reglamento del Registro Mercantil, el contenido de los libros del Registro se presume exacto y válido. Por consi-

(19) CALAMANDREI: *Obra citada*, pág. 45.

guiente, dice este autor, esta presunción produce sus efectos no sólo en el campo de los negocios jurídicos, sino también respecto de los hechos y por eso la inscripción de una persona como comerciante en el Registro Mercantil presume que esta persona ha adquirido la condición de empresario, aunque de hecho esto no sea cierto.

Está claro que la inscripción de una persona en el Registro Mercantil lleva consigo la presunción de la existencia de un establecimiento mercantil y del ejercicio del comercio; pero esto es sólo una presunción y, por tanto, cabe prueba en contrario. URÍA señala sobre esta cuestión que se trata de una presunción que admite prueba en contrario, pero en tanto no sea cancelada la inscripción del comerciante en el Registro Mercantil, esta inscripción produce todos sus efectos. GARRIGUES indica sobre este punto que la inscripción en el Registro Mercantil tiene efectos puramente documentales o declarativos.

Apertura del establecimiento mercantil

Esta es otra presunción de que se ejercita el comercio y que, por tanto, existe un establecimiento mercantil. El artículo 3.º del Código Civil dice que exisirá la presunción del ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público y de otro modo cualquiera un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil. Este artículo supone, como dice GARRIGUES, una presunción en el ejercicio habitual del comercio. Solamente cuando se ejercite el comercio por una repetición de actos, dicha presunción se convierte en una prueba legal e irrefutable.

Pero he aquí que nos encontramos nuevamente, según el artículo 3.º del Código Civil, ante una presunción; se entiende que ha fundado un establecimiento mercantil cuando se dan las circunstancias del artículo 3.º del Código Civil. Pero se trata de una presunción en el ejercicio del comercio y, como consecuencia de ella, de la creación de una empresa. Pero esta presunción puede ser destruida por prueba en contrario que, pese a darse los requisitos del artículo 3.º del Código Civil, no puede decirse que ha sido fundado un establecimiento mercantil.

Creación o fundación de la empresa o establecimiento mercantil

Fuera de todo tipo de presunciones, tanto la que se refiere en el artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil y en el 3.º del Código Civil, hay que examinar en realidad cuándo se se funda o se crea la empresa. Porque si se crea durante la vigencia de la sociedad conyugal, se da un bien ganancial, artículo 1.347-5 del Código Civil, pero si la

empresa ya creada se aporta al matrimonio, será un bien privativo, artículo 1.346-1 del Código Civil.

El problema de la creación o fundación de una empresa ha sido estudiado por la doctrina bajo criterios distintos (20).

No hay un criterio legislativo claro sobre cuándo se ha creado un establecimiento mercantil y ha sido la doctrina la que ha tenido que sistematizar esta cuestión. VERCRUYSE señala que existe un fondo de comercio cuando se dan los siguientes requisitos:

La existencia de un conjunto de bienes organizados por el comerciante para el ejercicio de su empresa y además la existencia de una clientela. VAN RYN dice, respecto a esta cuestión de la creación de un fondo de comercio, que se considera creado desde que está abierto al público. Para otros autores, LIMPENS y COHEN, es necesario que se hayan realizado operaciones con el público (21).

JAUFFRET dice que el fondo de comercio es creado cuando la unión de los elementos que la componen está hecha para la explotación de dicho fondo. Aunque hay autores, como COHEN y MATTEI, que exigen que realmente haya comenzado la explotación, JAUFFRET estima que esto no es necesario y que es suficiente para considerar que se ha creado un fondo de comercio el hecho de que haya una apertura de él, siempre que, además, exista la posibilidad, por el hecho de dicha apertura, de la existencia de una clientela (22).

Queda claro que la inscripción de comerciante en el Registro Mercantil, artículo 71 del Reglamento del Registro Mercantil, o apertura del establecimiento mercantil, artículo 3.º del Código Civil, aparecen como presunciones del ejercicio de éste, pero para que pueda decirse que una empresa está creada es necesario que se den dos condiciones. Que exista un conjunto de bienes organizado por el empresario. Y, además, que exista una apertura y la existencia de una clientela.

2.º El segundo requisito que requiere el artículo 1.347-5 del Código Civil es que la empresa o establecimiento mercantil haya sido fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno cualquiera de los cónyuges o por los dos cónyuges. El comerciante, para ejercer el

(20) MALAUZAT: *Le vie du Fonds de Commerce*, pág. 548. VERCRUYSE y LAWERS: *Le Fonds de Commerce*, tomo I, pág. 31.

(21) VAN RYN: *Obra citada*, tomo I, pág. 397; JAUFFRET: *Enciclopedia Dalloz, Fonds de Commerce*.

(22) En la jurisprudencia citada por JAUFFRET dice que el arrendamiento de una sala de cine enteramente equipada, pero no abierta al público, es decir, no explotada, se considera como arrendamiento de un inmueble, pero no puede considerarse como arrendamiento de un fondo de comercio porque éste carece de clientela.

comercio, necesita organizar un conjunto de bienes y este conjunto de bienes organizado y apto para el ejercicio del comercio constituye la empresa o establecimiento mercantil. El Código Civil lo que dice es que esta empresa es ganancial cuando haya sido fundada durante la vigencia de la sociedad de gananciales, artículo 1.345 del Código Civil.

3.º El tercer requisito para que la empresa o establecimiento fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges sea ganancial, es que se haga a expensas de los bienes comunes. Pero el examen de este requisito requiere, a nuestro juicio, la exposición de la siguiente cuestión.

CATALÁ ha puesto de relieve la existencia dentro del Derecho civil de bienes de consumo y bienes de producción (23). Los bienes de producción forman una categoría de bienes de origen político y económico, pero que cada día tienen una mayor consistencia jurídica. A diferencia del capital inmobiliario, en el caso de una empresa, los bienes de producción aparecen como un capital dinámico; hay que precisar la diferencia entre el capital y los beneficios o rentas. Hay que considerar que cuando las rentas o beneficios se invierten en bienes de consumo no forman parte ni crean capital. Son los frutos y rentas invertidos en los bienes de producción los que crean la cuenta del capital en una empresa.

En el supuesto que señala el artículo 1.347-5 del Código Civil, las rentas o salarios procedentes del trabajo y de la industria y los frutos, rentas o intereses que producen los bienes privativos, se convierten en frutos y productos gananciales, artículo 1.347-1-2 del Código Civil. Y aquellos que no quedan afectados por el consumo, y son invertidos en la fundación de una empresa o establecimiento mercantil, constituyen bienes de capital.

Ahora bien, cómo puede hacerse esta afectación. En este punto podemos señalar estas dos cuestiones: cómo estos bienes salarios, rentas de la industria, frutos e intereses pasan a constituir bienes gananciales y son invertidos en la creación de una empresa o establecimiento mercantil ganancial.

Para unos autores como PATARIN y MORIN señala que la comunidad tiene derecho sobre los frutos percibidos y no consumidos; sosteniendo que quedan excluidos de la sociedad conyugal las rentas no percibidas y las rentas consumidas. La sociedad conyugal adquiere, por tanto, las ren-

(23) CATALÁ: «La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne», en *R. T. Droit Civil*, 1966, núm. 2, pág. 193.

tas o intereses desde que son percibidos, pero queda un poder de gestión y disposición a favor del dueño del bien privativo, en tanto en cuanto el marido no lo reclama. MARTY y REYNAUD estiman que este análisis no es correcto en cuanto que hace ilusorio el derecho de goce sobre los bienes propios de la mujer, ya que lo que no es consumido se convierte automáticamente en bienes de la comunidad.

Otro criterio es el mantenido por PONSARD, según el cual los frutos o rentas de bienes propios entran en la comunidad en el momento en que han sido ahorrados y se convierten en economía, y con más razón si se han convertido en un bien nuevo. Puede decirse que los frutos y rentas de bienes propios se convierten en comunes cuando se han convertido en capital y se han convertido en capital, como dice PONSARD, cuando han servido para adquirir un bien nuevo.

Hay una tercera doctrina sobre este tema que considera que los salarios, frutos y rentas de los bienes propios no se convierten en comunes hasta que no se haya adquirido un bien o una cosa; es decir, hasta que no haya una adquisición en el sentido técnico y jurídico y éste es el criterio de MAZEAUD (24). Para este autor, los frutos y rentas de los bienes propios solamente se convierten en bienes comunes cuando se haya adquirido un bien nuevo.

Sobre este punto, el artículo 1.381 del Código Civil dice que los frutos y ganancias de los patrimonios privativos forman parte del haber de la sociedad conyugal, pero este principio general tiene una excepción que se refleja en el propio artículo cuando dice que, sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá, a este solo efecto, disponer de los frutos y productos de sus bienes (25).

Respecto a la otra clase de bienes, los adquiridos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, el problema se simplifica dentro de nuestro Derecho civil. No procede aplicar el artículo 1.381 respecto al trabajo e industria de los cónyuges y sí el artículo 1.347-1 del Código Civil: Los bienes o las rentas procedentes del trabajo y la industria se convierten automáticamente en bienes gananciales en virtud del artículo 1.381-1.º del Código Civil.

(24) MAZEAUD: *Leçons de D. civil*, tomo IV-1, pág. 155; CORNU: *Les régimes matrimoniaux*, 1974, pág. 213; MARTY y REYNAUD: *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, pág. 178; AUBRY y RAU y PONSARD: *Droit civil*, tomo VIII, 1970, pág. 254.

(25) Puede decirse que se mantiene la conservación de un patrimonio o de un bien cuando se conserva respecto a ellos su productividad, y además dicha productividad no daña a su valor de liquidación; aunque no se puede hacer ahora un análisis del artículo 1.381 del Código Civil, es evidente que dicho artículo ha venido a clarificar el problema.

B) ESTABLECIMIENTO PRINCIPAL Y SUCURSALES

Puede existir una pluralidad de establecimientos mercantiles, pero la relación entre ellos es de establecimiento principal y de sucursal (26). HAMEL y LAGARDE señalan que una distinción debe ser hecha entre el establecimiento mercantil principal y la sucursal. Puede decirse que hay tres elementos que califican la existencia de una sucursal. Se requiere, en primer lugar, que la sucursal se haya constituido en virtud de una instalación material distinta de la sede central. Se requiere también que la sucursal tenga una clientela propia distinta de la sede central y, además, hace falta que la persona encargada o con poderes al frente de la sucursal tenga facultades para crear y retener una clientela. La existencia de una clientela es lo que hace que la sucursal sea un fondo de comercio distinto del fondo de comercio ubicado en la sede central.

Pero el problema que se plantea es el de ver si la sucursal, en cuanto empresa o establecimiento mercantil, puede ser calificada como bien privativo o ganancial. MALAUZAT cita la jurisprudencia francesa, donde se dice que las sucursales son fondos de comercio distintos del establecimiento principal. Este es el criterio de RIPERT cuando dice que por necesidad de la aplicación de la Ley; los Tribunales tienen que definir lo que es una sucursal y que lo que caracteriza a una sucursal es la independencia de su explotación.

En el Derecho español se ha planteado el tema de la calificación jurídica de la sucursal.

RUBIO señala cómo en nuestra normativa legal se habla de establecimientos mercantiles y sucursales: 11-3 de la Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 7-5.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Artículo 71-4 del Reglamento de Registros Mercantiles. Artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las sucursales son, según RUBIO, establecimientos distintos, objeto de una protección jurídica independiente y susceptible de negocios jurídicos separados, aunque ligados por su titularidad y su responsabilidad al empresario individual. Cada sucursal, dice RUBIO, es un establecimiento mercantil separado (27). Para URÍA se habla de establecimiento principal para designar el domicilio del empresario y respecto a las demás se consideran sucursales. URÍA dice que la sucursal tiene la consideración de un establecimiento mercantil cualquiera que sea la importancia de ella.

Todo esto plantea, respecto a nuestro tema, una nueva cuestión: Está claro que puede darse la existencia de una empresa fundada antes

(26) HAMEL y LAGARDE: *Obra citada*, tomo I, pág. 350.

(27) RUBIO: *Obra citada*, pág. 538.

de la vigencia de la sociedad conyugal y que será un bien privativo, artículo 1.346-1 del Código Civil. Pero ya dentro de la vigencia de la sociedad conyugal, después de contraído el matrimonio, pueden crearse sucursales; ahora bien, estas sucursales creadas durante la vigencia del matrimonio a espensas de los bienes comunes serán bienes gananciales, artículo 1.347-5 del Código Civil.

Aunque la sucursal, como hemos dicho, depende del establecimiento mercantil principal, no puede aplicarse respecto a ella el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, artículo 375, 376 y 377 del Código Civil. El criterio es distinto. La sucursal creada con los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil es un bien ganancial, aunque el establecimiento mercantil principal sea considerado como un bien privativo. En el Derecho español, como hemos visto, RUBIO y URÍA consideran que el establecimiento mercantil sucursal tiene la misma consideración jurídica que el principal, por tanto, a nuestro juicio cabe que el establecimiento mercantil principal aparezca como un bien privativo y la sucursal, cuando se reúnan los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil, sea un bien ganancial, ya que se trata de un establecimiento distinto y separado del establecimiento principal.

C) CAMBIO DE SITUACIÓN: DESPLAZAMIENTO DEL LUGAR O DOMICILIO DONDE ESTÁ SITUADA LA EMPRESA O ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

La empresa puede cambiar de situación; se desplaza de un lugar a otro, de una zona de la ciudad a otra, buscando una expectativa de clientela. El problema se plantea en parecidos términos con el anterior. Cuando una empresa cambia de domicilio social y se traslada a otro sitio, nos encontramos con el problema de considerar si esta empresa es la misma o esta empresa ha sido creada de nuevo; en ambos casos tiene su importancia en orden a la calificación como bien ganancial o privativo.

Un establecimiento mercantil privativo es trasladado durante la vigencia de la sociedad conyugal a otra zona o barrio en la misma ciudad; se plantea el problema de si es el mismo establecimiento o bien, por el hecho del desplazamiento, ha sido creado uno nuevo que reúne los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil y entonces se considera ganancial.

Pese al artículo 333 del Código Civil, todas las cosas se consideran muebles e inmuebles y el 335, donde se dice que se reputan bienes muebles aquellos susceptibles de apropiación no comprendidos en el artículo anterior y que se pueden transportar de un punto a otro y sin menoscabo del bien inmueble a que estuvieran unidos, la doctrina

española no ha calificado el establecimiento mercantil como un bien mueble. En la doctrina francesa, desde siempre, se ha planteado el problema de la naturaleza mueble del fondo de comercio; así, para RİPERT, el fondo de comercio es un derecho a la clientela; este derecho a la clientela se puede considerar como una propiedad incorporada que, a su vez, hay que clasificarla como un bien mueble. La Ley de Hipoteca Mobiliaria considera el establecimiento mercantil en nuestro Derecho como un bien mueble, artículos 12 y 28 de esta Ley.

La doctrina francesa ha estudiado el tema del desplazamiento del lugar del establecimiento mercantil; MALAUZAT señala las dificultades prácticas para alcanzar un criterio sobre este punto. En todo supuesto de desplazamiento de lugar, el criterio para determinar si el fondo de comercio es el mismo u otro diferente, es el de la identidad. Un establecimiento mercantil privativo que se ha desplazado de un lugar a otro puede decirse que, en principio, continúa siendo privativo, pero si el desplazamiento del lugar o situación es tan importante que puede decirse que se ha creado un nuevo establecimiento mercantil, éste será ganancial. En nuestro Derecho para que un establecimiento mercantil privativo que cambia de domicilio pueda convertirse en establecimiento ganancial, tendrán que cumplirse los requisitos del artículo 1.347-5 del Código Civil y parece difícil que puedan darse. El desplazamiento de lugar no convierte en principio el establecimiento mercantil de ganancial en privativo o de privativo en ganancial; no obstante, se hacen constar las dificultades prácticas para la aplicación en este caso del artículo 1.347-5 del Código Civil (28).

D) INCREMENTOS PATRIMONIALES DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL PRIVATIVO

El Código Civil había ya recogido el problema del aumento del valor en los bienes y su regulación jurídica y lo había hecho en tema de posesión, artículo 453 del Código Civil, en materia de usufructo, artículo 502 del Código Civil, pero ha sido la reciente reforma la que ha regulado de una manera más completa el aumento del valor en las cosas, así en la disolución de la sociedad de gananciales, artículo 1.397-2-3 y artícu-

(28) El establecimiento mercantil aparece regulado como un bien mueble en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Los bienes inmuebles quedan excluidos del concepto de establecimiento mercantil. Por esta razón, el artículo 28 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria dice que si se constituye la hipoteca sobre un establecimiento mercantil por el propietario del local de negocio, el bien inmueble donde está situado dicho establecimiento mercantil, queda por determinación legal fuera de la hipoteca (arts. 20, 21, 22 y 23 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria).

lo 1.398-2-3 del Código Civil y en el que va a ser objeto de nuestra exposición, artículos 1.358, 1.359 y 1.360 del Código Civil que regula la materia de los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación o establecimiento mercantil.

Aunque el tema de incrementos patrimoniales tiene una gran importancia en su aspecto fiscal, el análisis ahora queda concretado a las normas de la sociedad de gananciales dentro del Derecho civil.

El primer problema que se plantea es el de considerar en qué consiste el aumento de valor o plusvalías. CAPITANT define la plusvalía como un incremento de valor apreciado en dos momentos diferentes, ahora bien, ese incremento de valor puede tener tres orígenes.

Plusvalías monetarias, en el caso de que el bien no haya cambiado, no haya sufrido modificaciones y no se haya alterado ni en su estructura ni en su productividad, puede decirse que es la moneda la que ha cambiado, ya que el valor de la empresa en sí permanece estable.

Plusvalía económica. El aumento de valor del fondo de comercio no obedece a ninguna inflación, sino que se produce por un cambio en su entorno; se trata, generalmente, de transformaciones urbanas que aumentan el valor de los terrenos, como consecuencia de lo cual aumenta el valor de las empresas en razón de sus expectativas.

Las plusvalías voluntarias son los aumentos de valor producidos o bien por la actividad de los cónyuges o bien por la inversión en la empresa de dinero privativo o ganancial; estos incrementos de valor son el objeto de este tema.

Respecto a los incrementos de valor o plusvalía, hay que señalar dos cuestiones: que los incrementos no son bienes, sino que se incorporan a un bien y aparecen como inseparables de él, y además que los incrementos no alteran la naturaleza jurídica del bien a la cual se han incorporado.

La teoría general de los incrementos de valor está explicada en el artículo 1.359 del Código Civil cuando dice que las edificaciones, plantaciones y mejoras que se realicen en bienes gananciales o en bienes privativos tendrán el carácter correspondiente a estos bienes, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.

El artículo 1.359-2 dice que si la mejora se hace en bienes privativos y es debida a la inversión de fondos comunes o la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad de gananciales será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de dicha mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.

El artículo 1.360 del Código Civil regula toda la cuestión de los incrementos patrimoniales en el establecimiento mercantil cuando dice que

se aplicará el artículo 1.359 a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

Hay que tener en cuenta que estas normas jurídicas tienen unos antecedentes históricos que merecen una explicación.

En nuestro derecho histórico se han considerado como gananciales las mejoras o aumentos de valor efectuados en los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. Casi todos los Fueros regulan estos supuestos, aunque con soluciones distintas. Hay una diferencia entre el Fuero de Alcalá de Henares, que concede al cónyuge que plantó viñas o construyó casas en el terreno del otro a una cuarta parte de la finca, reconociendo al dueño de la propiedad las otras tres cuartas partes. Hay que tener en cuenta que el Fuero de Alcalá es el más arcaico y primitivo y sigue la costumbre mantenida en los siglos IX y X.

Por el contrario, los Fueros de Béjar, Cuenca y Plasencia responden a la idea romana; el suelo o la finca es siempre del dueño y, por tanto, el que planta o edifica en suelo ajeno no hace suya parte de la finca por el hecho de la plantación; en estos casos, los Fueros citados disponen que se dividan entre los cónyuges el importe de las mejoras o de las obras, ya que este importe es lo que verdaderamente se dice ganancial (29).

SALA considera que si el marido ha mejorado una finca propiedad suya, la mujer no tendrá derecho a parte de la finca, sino sólo a la mitad de lo que se gastó en la mejora y éste es el criterio que sigue MORATO. Pero es ROMERO Y GINZO el que precisa más el tema cuando dice que el derecho no se atiene a lo que costó la mejora, sino a su valor; en definitiva, no es el coste, sino el aumento del valor de la cosa lo que es ganancial; como explica GUTIÉRREZ, la mejora vale más que lo gastado. Como se ve, la mujer ha pasado de tener un derecho sobre la propiedad y después a tener un derecho sobre lo que ha costado y después un derecho sobre el valor actual; puede resumirse así este problema dentro del Derecho histórico español.

El incremento patrimonial que señala el artículo 1.359-2 y que puede afectar a la empresa puede nacer de dos fuentes, una la inversión de fondos comunes y otra la actividad de cualquiera de los cónyuges. Se van a examinar separadamente.

(29) MARTÍNEZ GIJÓN: «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1959; ASSO Y MANUEL: *Derecho civil de Castilla*, 1792, página 67; ROMERO Y GINZO: *Derecho real de España*, 1841, tomo I, pág. 78; MORATO: *Derecho civil español*, 1868, tomo I, pág. 141; B. GUTIÉRREZ: *Códigos. E. Derecho civil español*, 1881, tomo I, pág. 618.

A') Inversiones. El incremento patrimonial que tenga una empresa puede proceder de fondos comunes. Hay que tener en cuenta que el artículo 1.359-2 del Código Civil señala dos fuentes para la financiación de la empresa. Se parte en este precepto de un establecimiento mercantil de carácter privativo, pero que se produce en él un incremento patrimonial debido, como hemos dicho antes, a dos fuentes claramente diferenciadas; una es la inversión de fondos comunes y otra es la actividad de los cónyuges, pero dentro del problema que plantea la inversión de los fondos comunes se requiere una doble consideración.

A'') La explotación regular de los negocios, artículo 1.362-4 del Código Civil. Este texto legal dice que será de cargo de la sociedad de gananciales la explotación regular de los negocios y este mismo criterio sigue el artículo 1.382-3, cuando dice que será de cargo de la sociedad de gananciales los gastos requeridos por administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

Queda claro que es gasto que corresponde a la sociedad de gananciales la explotación regular de los negocios; los gastos necesarios para una explotación normal de una empresa o establecimiento mercantil privativo estarán a cargo de la sociedad de gananciales.

Si esta explotación regular de un negocio produce un incremento patrimonial, en la empresa o establecimiento de uno de los cónyuges, este incremento patrimonial aprovecha a su propietario, ya que toda plusvalía que corresponde a un bien privativo de uno de los cónyuges corresponde a su propietario; y si en una explotación regular de una empresa ganancial se produce un incremento patrimonial, el incremento patrimonial beneficia a la sociedad de gananciales.

Ahora bien, el problema que se plantea es si un incremento patrimonial en una empresa privativa de uno de los cónyuges que se produce como consecuencia de una explotación normal de dicha empresa, lleva consigo el reembolso a la sociedad de gananciales.

El texto del artículo 1.360 del Código Civil dice que todo incremento patrimonial que sea incorporado a una empresa o establecimiento mercantil de carácter privativo debido a la inversión de fondos comunes, tiene como consecuencia el reembolso del dueño de esta empresa privativa a favor de la sociedad de gananciales. Hay un trasvase de fondos comunes desde la sociedad de gananciales a un establecimiento mercantil de carácter privativo, y hay, como consecuencia, un empobrecimiento de dicha sociedad de gananciales, y un enriquecimiento de la empresa privativa de uno de los cónyuges; este enriquecimiento lleva consigo un

incremento patrimonial del bien privativo al que se han aportado los fondos gananciales.

Pero el empleo de fondos comunes en una empresa o establecimiento mercantil de carácter privativo puede ser de dos clases. Puede haber una aportación de fondos comunes limitada y en la medida necesaria que sirva para mantener una explotación regular de los negocios. Pero también puede haber una inversión de fondos comunes que supongan no una explotación regular, sino que se considere como una inversión extraordinaria en la empresa o establecimiento mercantil; la normativa jurídica es distinta en un caso y en otro (30).

JULLIOT DE LA MORANDIERE dice que si un esposo afecta todos los beneficios de la sociedad conyugal favor de un fondo de comercio privativo de uno de los cónyuges, supone un enriquecimiento de este patrimonio privativo a costa de la sociedad conyugal.

Pero el problema se plantea cuando la afección de fondos gananciales al establecimiento privativo está hecha en la medida para mantener la explotación regular del negocio o empresa. En este caso no hay lugar a reembolso de la sociedad conyugal por los fondos comunes empleados en mantener una explotación regular de los negocios. La doctrina, como WEILL y CORNU, señala que el derecho de la comunidad a ser reembolsada por el patrimonio privativo de uno de los cónyuges no aparece sino cuando hay una inversión extraordinaria de los fondos comunes. CORNU mantiene que la no afectación de fondos comunes a la explotación regular de un negocio privativo lleva consigo la pérdida de éste y, como consecuencia, la pérdida de beneficios que son propios de la comunidad.

Y éste es el criterio que se puede mantener en nuestro Derecho; hay que tener en cuenta que, con arreglo al artículo 1.362-4 del Código Civil, están a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originan por causa de la explotación regular de los negocios.

Está claro que si la explotación regular de una empresa privativa es a costa de la sociedad de gananciales y que lo invertido está limitado a una explotación regular de la empresa, esto no lleva consigo el reembolso a la sociedad conyugal. Como no es reembolso a la sociedad conyugal por los gastos que ésta hace en orden al sostenimiento, alimentación y educación de la familia. No se puede decir que en el supuesto del artículo 1.362-4 del Código Civil haya un empobrecimiento de la sociedad de gananciales y un enriquecimiento del patrimonio privativo de uno de los cónyuges:

(30) AUBRY Y RAU y PONSARD: *Obra citada*, tomo VIII, pág. 502; RIOU: *Les Fonds de Commerce dans les regime matrimoniaux*, pág. 377; CORNU: *Obra citada*, página 267.

Por otra parte, si bien los fondos comunes de la sociedad de gananciales sirven para mantener la explotación normal de una empresa, también es verdad que los beneficios que se obtienen de una empresa privativa son bienes gananciales, artículo 1.347-1-2 del Código Civil. Hay, pues, una compensación entre los gastos de la sociedad conyugal que sirven para mantener una explotación regular de negocio, artículo 1.362-4 del Código Civil, y los beneficios que se reciben de dicho negocio, que son bienes gananciales, artículo 1.347-2 del Código Civil.

Del razonamiento ya expuesto se puede mantener que todo empleo de fondos gananciales en un establecimiento mercantil o empresa privativa de uno de los cónyuges para mantenerlo dentro de los límites de una explotación regular, es una obligación de la sociedad de gananciales, como dice el artículo 1.362 del Código Civil y, por tanto, si esta inversión ordinaria produce o no produce un incremento patrimonial, no hay derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales. En la relación entre gastos gananciales y explotación regular de las empresas no hay empobrecimiento de la sociedad conyugal y enriquecimiento del patrimonio privativo, aunque éste por ésta o por otras causas adquiera un incremento patrimonial.

B') *Inversiones extraordinarias.* Cuando hay una inversión de fondos gananciales que va más allá de la medida necesaria para la explotación regular de un negocio, sí puede decirse que hay un derecho de recompensa para dicha sociedad conyugal. CORNU dice que el derecho de reembolso o recompensa a favor de la comunidad no aparece más que cuando hay una afectación excesiva de fondos comunes a favor de un fondo de comercio privativo de uno de los cónyuges. Dicho en el lenguaje de nuestro Código Civil, una inversión extraordinaria de fondos comunes en un establecimiento privativo y se entiende por inversión extraordinaria la que va más allá de lo que supone una explotación regular de un negocio produce que la sociedad de gananciales aparezca como acreedor por el aumento del valor que adquiere el establecimiento mercantil privativo al tiempo de su enajenación o de la disolución de dicha sociedad.

Cabe aquí aplicar lo que antes se ha expuesto cuando se dice que una inversión superior a la explotación normal de un negocio supone un enriquecimiento del patrimonio privativo a costa de la sociedad conyugal; y para coregir este desequilibrio, el patrimonio privativo debe a la sociedad conyugal el incremento patrimonial conseguido a costa de ella.

B'') *Actividades de los cónyuges.* Incremento patrimonial debido a la actividad de cualesquiera de los cónyuges. Sobre esta cuestión, RIGOU dice estar excluidas de reembolso a la sociedad conyugal las plusvalías de los

bienes privativos de uno de los cónyuges, tanto en cuanto se debe a un caso fortuito o al trabajo de uno de los cónyuges; ya que en ambos casos la sociedad conyugal no se empobrece. El mismo autor RIOU señala en su obra jurisprudencia de los Tribunales donde se mantiene que la sociedad conyugal no tiene ningún derecho a recompensa sobre las plusvalías de un bien propio cuando se debe al trabajo o habilidad de uno de los cónyuges; ya que no se puede decir que el trabajo de uno de los cónyuges en un fondo de comercio privativo priva a la sociedad conyugal de una riqueza, puesto que el trabajo dedicado a un fondo de comercio privativa hace aumentar los beneficios de éste y los beneficios de un fondo de comercio, sea privativo o común; son ellos comunes. Para RIOU los productos del trabajo son comunes y los beneficios del fondo de comercio también son comunes.

Ahora bien, dentro de la doctrina moderna hay que tener en cuenta, y respecto a la aportación del trabajo, lo que se llama valor-trabajo. CORNU (31) considera cómo el trabajo se tiende a considerar como una actividad profesional y que constituye para aquel que lo ejercita no sólo una fuente de riqueza, sino un capital. Este capital que supone el trabajo profesional se empieza a considerar como un nuevo bien dentro del patrimonio de la persona.

Lo que ocurre, como dice SAVATIER, es la dificultad de determinar el valor contable del trabajo humano. No hay más procedimiento para hacer una valoración de un trabajo que capitalizar el salario, pero el salario difícilmente puede relacionarse con el incremento patrimonial de una empresa; en las inversiones extraordinarias la cifra de capital está determinada en las inversiones. En la inversión por razón del trabajo, la valoración de éste es más imprecisa.

Con estas consideraciones pasamos al examen del Código Civil español que dice que el incremento de valor debido a la actividad de cualquiera de los cónyuges da lugar a un reembolso a favor de la sociedad conyugal.

La actividad de cualquiera de los cónyuges que esté limitada a la explotación regular de los negocios, se produzca o no incremento patrimonial, no dará lugar a un derecho de reembolso a favor de la sociedad conyugal. Según el artículo 1.347-1 del Código Civil, son gananciales los bienes obtenidos por el trabajo y, según el artículo 1.347-2 del Código Civil, son también gananciales los frutos o rentas que produzcan los bienes privativos como consecuencia del trabajo de uno o de los dos cónyuges.

(31) CORNU: *Droit civil*, tomo I, pág. 318; SAVATIER: *Le Droit comptable au service de l'homme*, 1969, pág. 202.

El problema puede plantearse ante la actividad de uno de los cónyuges que se considere, por razón de sus conocimientos o profesión, no normal sino extraordinaria, para el desarrollo de la empresa o establecimiento mercantil privativo. Una actividad que se considere más de lo que se necesita para una explotación regular del negocio puede dar lugar a un reembolso del patrimonio privativo a favor de la sociedad de gananciales, ya que a costa de esta actividad considerada como extraordinaria se ha producido un incremento patrimonial y cabe aplicar el derecho de reembolso de la sociedad de gananciales conforme al artículo 1.359 y 1.360 del Código Civil.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad

La ordenación de los Registros e instrumentos públicos en la Constitución española de 1978 (*)

SUMARIO: Artículo 149.1.8.º de la Constitución española de 1978: I. *Antecedentes*: 1. Artículo 15 de la Constitución española de 1931.—2. Cataluña: a) Estatuto de Núria de 1931.—b) Dictamen de la Comisión especial de Estatutos sobre el Proyecto de Estatuto de Cataluña.—c) Estatuto de Cataluña de 15 de septiembre de 1932.—3. Estatuto vasco de 4 de octubre de 1936.—4. Estatuto gallego de 1936.—5. Aragón: a) Anteproyecto de Caspe (junio de 1936).—b) Proyecto de Estatuto «de los cinco» (1936).—II. *Derecho comparado: Constitución alemana de 1949*.—III. *Elaboración del precepto constitucional de 1978*.—IV. *Los Estatutos de Autonomía posteriores a la vigente Constitución*: 1. Estatuto vasco de 18 de diciembre de 1979.—2. Estatuto catalán de 18 de diciembre de 1979.—3. Estatuto gallego de 6 de abril de 1981.—V. *Crítica general del sistema de fijación de competencias autonómicas de la Constitución de 1981*.—VI. *Sentido general de la expresión: «En todo caso, las reglas relativas a... ordenación de los registros e instrumentos públicos...»*.—VII. *Extensión de la competencia estatal*: 1. Los registros públicos: a) Fundamento.—b) Registros a los que se refiere la reserva.—c) Establecimiento por las Comunidades Autónomas de registros especiales.—d) Aspectos de Derecho registral de posible competencia autonómica.—e) 1. El derecho de hipoteca, y 2. Los demás derechos reales.—2. Los instrumentos públicos: a) Fundamento.—b) Alcance de la reserva.—3. Notarios y Registradores en las Comunidades Autónomas.

ARTICULO 149, 1, 8.º, DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

8.º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas

(*) Al doctor don MARIANO GÓMEZ-LAFUENTE y al profesor don FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, en recuerdo de sus tareas registrales.

a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

I. ANTECEDENTES

El verdadero antecedente del precepto constitucional que se comenta es el artículo 15, reglas 1.^a y 3.^a, de la Constitución española de 9 de diciembre de 1931. No obstante, se van a transcribir también los prece-dentes y textos (llegaran éstos a estar en vigor o no) de los Estatutos de autonomía de Cataluña, País Vasco, Galicia y Aragón; la razón de la contemplación de éstos es ver el desarrollo del artículo constitucional en las distintas autonomías y la regulación de las materias notariales y registrales en ellos.

1. ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931

Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias:

1.^a Legislación penal, social, mercantil y profesional, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.

La ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia...

3.^a Eficacia de los comunicados oficiales y documentos públicos...

2. CATALUÑA

a) *Estatuto de Nuria de 1931* (plebiscitado positivamente antes de la aprobación de la Constitución de 1931)

Artículo 11. Corresponden al Poder de la República la legislación i a la Generalitat l'execució, en les funcions següents:

a) Legislació penal, mercantil, obrera i processal. Quant a la legislació civil, les formes legals del matrimoni i l'ordenació del Registre Civil... Artículo 13. «Correspondra a la Generalitat de Catalunya la legislació exclusiva i execució directa en les funcions següents: ... c) La regulació del Dret Civil i la legislació hipotecaria amb l'excepció assenyalada a l'apartat a) de l'article 11... e) L'ordenació de l'exercici de la fe pública i els nomenaments de Registradors de la propietat i del notaris en el territori de Catalunya.»

b) *Dictamen de la Comisión especial de Estatutos sobre el Proyecto de Estatuto de Cataluña*

Artículo 9. «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, corresponde al Estado español la legislación y a la Generalidad la ejecución en las funciones siguientes:

1.^a Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las diferentes legislaciones civiles.»

Artículo 11. «Corresponderá a la Generalidad la legislación exclusiva y la ejecución directa en las funciones siguientes:

b) La ordenación del Derecho civil y la legislación hipotecaria, con arreglo al párrafo primero del artículo 15 de la Constitución.»

c) *Estatuto de Cataluña de 15 de septiembre de 1932*

Artículo 5. De acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Constitución, la Generalidad ejecutará la legislación del Estado en las siguientes materias:

1.^a Eficacia de los comunicados oficiales y documentos públicos...

Artículo 11. Corresponde a la Generalidad la legislación exclusiva en materia civil, salvo lo dispuesto en el artículo 15, número 1, de la Constitución, y la administración que le esté plenamente atribuida por este Estatuto...

Conocerá, además, el Tribunal de Casación de Cataluña de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que deban motivar inscripción en los Registros de la Propiedad...

Los Registradores de la Propiedad serán nombrados por el Estado.

Los Notarios los designará la Generalidad mediante oposición o concurso, que convocará ella misma con arreglo a las leyes del Estado. Cuando conforme a éstas deban proveerse las Notarías vacantes por concurso o por oposición entre los Notarios, serán admitidos todos con iguales derechos, ya ejerzan en el territorio de Cataluña, ya en el resto de España.

En cuantos concursos convoque la Generalidad serán condiciones preferentes el conocimiento de la lengua y del Derecho catalanes, sin que en ningún caso pueda establecerse la excepción de naturaleza o vecindad.

Los Fiscales y Registradores designados para Cataluña deberán conocer la lengua y el Derecho catalanes.

3. ESTATUTO VASCO DE 4 DE OCTUBRE DE 1936

Artículo 2.º Corresponde a la competencia del País Vasco, de acuerdo con los artículos 16 y 17 de la Constitución de la República, la legislación exclusiva y la ejecución directa en las materias siguientes:

b) 1.º Legislación civil en general, incluso en las materias reguladas actualmente por el Derecho foral, escrito o consuetudinario, y el Registro Civil. Todo ello con las limitaciones establecidas en el número 1.º del artículo 15 de la Constitución. 2.º Legislación notarial, incluido el nombramiento de Notarios, con sujeción a las reglas de provisión que rijan en el resto del territorio español.

El Tribunal Superior Vasco... conocerá de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.

4. GALICIA: ESTATUTO GALLEGO DE 1936

Artículo 14. Corresponde a la región gallega:

b) La legislación civil gallega, que podrá comprender todas las materias no reservadas al Estado en el artículo 15 de la Constitución.

c) La adaptación del Registro de la Propiedad y de la función notarial en Galicia, sin contradecir los principios que informan la legislación general.

El nombramiento de Notarios se hará por la región mediante oposición o concurso convocados por la misma y ajustados a las leyes de la República. A ellos serán admitidos todos los funcionarios del Cuerpo con

iguales derechos, pero dando preferencia a los que acrediten más perfecto conocimiento de la lengua y del Derecho regionales.

Los Registradores de la Propiedad que nombre el Estado para servir en Galicia deberán acreditar conocimiento de las leyes de la región, además de lo que preceptúa el último párrafo del artículo 4.º de este Estatuto.

Los funcionarios que se designen para actuar en la región deberán acreditar conocimiento de la lengua gallega.

5. ARAGÓN

a) *Anteproyecto de Caspe (junio 1936)*

Artículo 10. Corresponde al Gobierno de Aragón la legislación exclusiva en materia civil, salvo lo que dispone el número primero del artículo 15 de la Constitución, y la administrativa que le esté atribuida por este Estatuto...

El Tribunal de Casación de Aragón entenderá en última instancia:

a) En las materias civiles y administrativas, cuya legislación esté atribuida al Gobierno de Aragón.

b) En los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo aragonés, aunque motiven inscripción en el Registro de la Propiedad...

b) *El Proyecto de Estatuto «de los cinco» (1936)*

Artículo 29. La Sala de Justicia, constituida por el Justicia y sus Magistrados, tendrá las siguientes atribuciones...:

2.ª Conocerá en última instancia de los recursos sobre calificación de documentos por los Registradores de la Propiedad y contra la negativa de los Notarios a la autorización de escrituras, cuando se trate de Registros y Notarías del territorio y de la aplicación de preceptos de la legislación aragonesa...

Artículo 39. Corresponde a la región aragonesa la legislación exclusiva y la ejecución directa en las siguientes materias...:

c) Derecho civil, salvo lo dispuesto en el artículo 15, número uno, de la Constitución de la República...

Artículo 50. Los Jueces y Magistrados, los secretarios judiciales y el personal auxiliar de la Administración de Justicia (excepto los funcionarios de la Corte de Justicia), los Registradores de la Propiedad y los Notarios, serán nombrados por el Estado.

Antes de tomar posesión y dentro de los plazos posesorios y sus prórrogas, habrán de acreditar su conocimiento del Derecho aragonés: los Jueces, Magistrados y Registradores de la Propiedad, ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Zaragoza, y los Notarios, ante la Junta Directiva del Colegio Notarial de Aragón.

La Diputación de Aragón convocará, con arreglo a las leyes del Estado, oposiciones directas y libres para proveer las Notarías vacantes en el territorio de Aragón que correspondan a este turno de provisión (1).

II. DERECHO COMPARADO

Constitución alemana de 1949

Artículo 72. 1. En el plano de la legislación concurrente, los Estados tienen la facultad de legislar en tanto y en cuanto la Federación no haga uso de su facultad legislativa. 2. En este plano, la Federación tiene la facultad de legislar cuando exista la necesidad de reglamentación por ley federal en los siguientes casos...:

2.º Cuando la regulación de un asunto por ley de Estado pudiere afectar los intereses de otros Estados y los intereses generales. 3.º Cuando lo requiera el mantenimiento de la unidad jurídica o económica, especialmente el mantenimiento de condiciones de vida uniformes más allá del territorio de un Estado.

(1) Los antecedentes relacionados en el texto han sido tomados de las siguientes publicaciones: Los artículos relativos a la Constitución española de 1931 y a los Estatutos catalán y vasco de 1932 y 1936, de TIERNO GALVÁN, E.: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, Madrid, 1975. El Estatuto de Nuria y el dictamen de la Comisión especial de Estatutos sobre el Proyecto de Estatuto de Cataluña, se transcribieron de SALVADOR CODERCH, P., en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO, M., tomo XXVII, vol. 1.º, Madrid, 1981. El Estatuto gallego, se tomó del Estatuto de Autonomía para Galicia, 1936, Comentarios de CASTELAO, 1948, ed. facsímil, Madrid, 1976. El Anteproyecto aragonés de Caspe, del *Diario Aragonés* de 8 de julio de 1936, y el llamado «Estatuto de los cinco» (DOMINGO MIRAT, ANDRÉS GIMÉNEZ SOLER, FRANCISCO PALÁ MEDIANO, ANTONIO DE GREGORIO ROCASOLANO y FRANCISCO BERNAD PARTAGÁS), de un folleto editado por Imprenta Editorial Gambón de Zaragoza en 1936. Aunque sólo sea a pie de página, y en cuanto a los dos últimos documentos que se citan, he de agradecer al profesor don JOSÉ ANTONIO ARMILLAS VICENTE el haberme facilitado a distancia fotocopia cumplida de las dos citas de referencia.

Artículo 74. «La legislación concurrente abarca las materias siguientes: 1. El Derecho civil, el Derecho penal y el régimen penitenciario, la 'organización' judicial, el procedimiento judicial, el régimen de la abogacía, del notariado y del asesoramiento jurídico. 2. El estado civil. ... 18. Las transacciones inmobiliarias, el derecho del suelo y el régimen de los arrendamientos agrarios, de las viviendas, de las colonias y hogares» (2).

III. ELABORACION DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL DE 1978

El Anteproyecto de Constitución (B. O. C. 5 enero 1978)

Artículo 137. La regulación y administración de las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrá corresponder a los territorios autónomos en virtud de sus respectivos Estatutos. Las materias no asumidas expresamente en los respectivos Estatutos por el territorio autónomo se entenderán, en todo caso, como de competencia propia del Estado, pero éste podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una ley. Artículo 138. A los efectos de lo prevenido en el precedente artículo, se entienden como de la exclusiva competencia del Estado las siguientes materias: ... 7. Ordenación de los registros e hipotecas.

El informe de la ponencia (B. O. C. 17 abril 1978)

Artículo 141. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.º En todo caso, las reglas relativas a ordenación de los registros e hipotecas.

El dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (B. O. C. 1 julio 1978)

... Artículo 143. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.ª En todo caso, las reglas relativas a ordenación de los registros e hipotecas.

El Pleno del Congreso (B. O. C. 24 julio 1978) aprobó sin modificación alguna el citado artículo 143.

(2) La cita está tomada de ENTRENA CUESTA, R., en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

El dictamen de la Comisión del Senado (B. O. C. 6 octubre 1978)

Artículo 148. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.^a La legislación civil común y la que regule los registros e instrumentos públicos.

El Pleno del Senado (B. O. C. 13 octubre 1978) aprobó las modificaciones propuestas por el dictamen de la Comisión al artículo 141.

IV. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA POSTERIORES A LA VIGENTE CONSTITUCION

1. ESTATUTO VASCO DE 18 DE DICIEMBRE DE 1979

Artículo 10. La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.

6. Normas procesales y de procedimientos administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del Derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco...

22. Colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución. Nombramiento de Notarios de acuerdo con las leyes del Estado...

Artículo 12. Corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco la ejecución de la legislación del Estado en las materias siguientes...:

3. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio. Intervención en la fijación de las demarcaciones correspondientes en su caso...

Artículo 14. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del Derecho civil foral propio del País Vasco...

e) A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.

Artículo 21. El Derecho emanado del País Vasco en las materias de su competencia exclusiva es el aplicable con preferencia a cualquier otro, y sólo en su defecto será de aplicación supletoria el Derecho del Estado.

2. ESTATUTO CATALÁN DE 18 DE DICIEMBRE DE 1979

Artículo 9.º La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias...:

2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán...

Artículo 20. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extiende:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil catalán...

e) A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad...

Artículo 24. 1. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán nombrados por la Generalidad, de conformidad con las leyes del Estado. Para la provisión de Notarías, los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos, tanto si ejercen en el territorio de Cataluña como en el resto de España. En estos concursos y oposiciones será mérito preferente la especialización en Derecho catalán. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o vecindad.

2. La Generalidad participará en la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles para acomodarlas a lo que se disponga en aplicación del artículo 18, párrafo 2, de este Estatuto. También participará en la fijación de las demarcaciones notariales y del número de Notarios, de acuerdo con lo previsto en las leyes del Estado...

Artículo 26. ...

2. En defecto de Derecho propio será de aplicación supletoria el Derecho del Estado.

3. ESTATUTO GALLEGO DE 6 DE ABRIL DE 1981

Artículo 22. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil gallego...

e) A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo gallego que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad...

Artículo 26. 1. Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán nombrados por la Comunidad Autónoma, de conformidad con las leyes del Estado. Para la provisión de Notarías, los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos, tanto si ejercen en el territorio de Galicia como en el resto de España. En estos concursos y oposiciones será mérito preferente la especialización en Derecho gallego y el conocimiento del idioma del país. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o vecindad.

2. La Comunidad Autónoma participará en la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles para acomodarlas a lo que se disponga en aplicación del artículo 20, párrafo 2, de este Estatuto. También participará en la fijación de las demarcaciones notariales y del número de Notarios, de acuerdo con lo previsto en las leyes del Estado.

Artículo 27. En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias....:

4. Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego...

Artículo 38. ... 2. A falta de Derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado...

V. CRITICA GENERAL DEL SISTEMA DE FIJACION DE COMPETENCIAS AUTONOMICAS DE LA CONSTITUCION DE 1978

No es incumbencia de civilistas, ni el que escribe puede aportar nada en este punto, el estudio de los artículos 148 y 149 de la Constitución,

pero una aproximación a la estructura y contenido de ellos podrá dar luego cierta luz sobre la competencia estatal en la ordenación de los registros e instrumentos públicos.

El artículo 149 de nuestra Constitución es en realidad el que determina: a) la competencia exclusiva del Estado, b) el techo de competencias de las Comunidades Autónomas y c) el poder residual del Estado central.

El artículo 148 no es, como señalan casi todos los sectores (3), sino una disposición transitoria; de hecho, así se planteó en un principio la respuesta a las asunciones de competencias que el citado artículo pretende resolver.

El artículo 149 es quizá uno de los artículos más acremente tratados por los comentaristas: T. R. FERNÁNDEZ sostiene que «el consenso logrado inicialmente en el seno de la ponencia constitucional ha conseguido convertir en norma constitucional vigente un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no satisface a nadie, ni a políticos ni a expertos; que no responde a ningún molde conocido; que no se ajusta ni al esquema teórico del Estado federal ni al del Estado regional; que carece de la imprescindible claridad, y que ya desde ahora se revela claramente insuficiente para garantizar unas relaciones razonables entre los sujetos en presencia» (4). COSCULLUELA, en cita de R. ENTRENA CUESTA (5), dice que «lo menos que se puede decir del sistema de atribución de competencias que regula la Constitución española es que es deficiente en el orden técnico y poco claro en las intencionalidades políticas que persigue».

De entre los sistemas de distribución de competencias Estado-Entes territoriales intermedios: *horizontal* (se reparten las competencias sobre una misma materia entre el Estado y los Entes) y *vertical* (se separan claramente las competencias de uno y otros), parece, según señala R. ENTRENA CUESTA (6), que nuestra Constitución sigue el primero; pero no hay, frente a lo que pudiera pensarse de una primera lectura, una lista única (la del art. 149), en que se señalen las competencias estatales. Dentro del artículo que se trata hay competencias exclusivas (3.º Relaciones internacionales. 4.º Defensa y Fuerzas Armadas, etc.) y competencias

(3) Vid. por todos COSCULLUELA MONTANER, L.: «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, pág. 540.

(4) «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 201, enero-marzo 1979, pág. 10.

(5) *Ob. cit.*

(6) *Ibidem*

concurrentes con las de los Entes autonómicos, encontrándose entre éstas la legislación civil (7).

La legislación civil es competencia exclusiva del Estado, pero en el mismo número 8 se señala otra competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas: la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan; a continuación vuelve el Estado a reservarse en exclusiva («en todo caso») las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, etc.

El esquema del número 8 del artículo 149 probablemente es el de más delicado encuadre sistemático, ya que no hay exactamente concurrencia de competencias Estado-Comunidades, sino más bien coexistencia: el Estado y los Entes territoriales legislarán sobre Derecho civil; concurrencia habrá en la regulación de las obligaciones contractuales: el poder central determinará las bases que serán desarrolladas por el autonómico.

Respecto a la materia objeto de estudio (ordenación de los registros e instrumentos públicos) pienso que es una de las materias de competencia exclusiva estatal, dentro de los límites que luego se dirán. No obstante, según se desprende de la crítica que se ha hecho al precepto, del encuadre sistemático del número 8 dentro del artículo 149 no puede deducirse, con claridad ni sin ella, la afirmación últimamente realizada.

VI. SENTIDO GENERAL DE LA EXPRESION: «EN TODO CASO, LAS REGLAS RELATIVAS A... ORDENACION DE LOS REGISTROS E INSTRUMENTOS PUBLICOS...»

Como ha podido observarse antes, en el proceso de elaboración del precepto la expresión «registros e instrumentos públicos» no aparece hasta el dictamen de la Comisión Constitucional del Senado en virtud de una enmienda de UCD presentada por BALLARÍN MARCIAL; hasta entonces, con anacronismo mutuado de la Constitución republicana (8), se venía hablando de ordenación de registros e hipotecas. La expresión «ordenación», que ni siquiera aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es, como señaló ROCA (9), desdichada (*dissortada*)

(7) Para un estudio detallado, puede verse COSCULLUELA MONTANER: *Ob. cit.*, páginas 539 y sigs., especialmente 556 a 562.

(8) En frase de DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «Los Derechos civiles forales en la Constitución», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, julio-septiembre 1979, página 162.

(9) ROCA I SASTRE, R. M.: «La matèria hipotecària en la futura legislació civil de Catalunya», en *Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1933, pág. 85.

ý no resiste la crítica más benévola. La primera vez que se utilizó la palabra «ordenament» fue en el Estatuto de Nuria para hablar del Registro Civil y del Notariado, y ya entonces se apuntó por ROCA (10) que era de significación imprecisa y ponía de relieve el peligro que representa la utilización de neologismos jurídicos no acuñados por el uso. SALVADOR CODERCH (11) rechaza la equiparación de «ordenación» y «legislación» por entender (para el art. 15.1 de la Constitución de 1931) que «ello lleva a considerar que el legislador constituyente había sido redundante en este punto; sería redundante, señala, hacer decir al artículo 15.1..., y en cuanto a la legislación civil..., la legislación de los registros e hipotecas». Yo estoy por decir lo contrario: para evitar la redundancia de que habla el citado autor, el legislador evita repetir y utiliza el sinónimo (de acuerdo que desafortunado) «ordenación» por «legislación». En el sentido indicado fue la enmienda, antes citada, de UCD defendida por BALLARÍN: «8. La legislación civil común y la que regula los registros e instrumentos públicos. La legislación para conservar...»; la enmienda fue aprobada por veinticinco votos a favor, los de todos los diputados presentes, según señala la ponencia al artículo 149.1.8 de la Constitución del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución. La construcción gramatical del párrafo contemplado es, a mi entender, la siguiente: El Estado tiene competencia exclusiva en todo caso sobre las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos. Ordenación creo que quiere decir tanto como conjunto de reglas que regulan. No es «clasificación» (que es sinónimo de nula eficacia) o «estructuración básica» (12), ya que cuando los constituyentes quisieron referirse a líneas maestras, bases o «marcos», así lo hicieron: «Bases de las obligaciones contractuales», donde, como se dijo más arriba, hay legislación concurrente: Estado y Comunidades legislarán sobre obligaciones contractuales. Pero cuando se reserva el Estado la regulación de la ordenación, se guarda para sí algo más que la estructuración básica: la exclusiva competencia. Reafirman esta interpretación del concepto «ordenación»:

a) La voluntad histórica del Estado frente a las Autonomías es la de conservación de la legislación registral, así del artículo 13 del Estatuto de Nuria desapareció la legislación hipotecaria como competencia exclusiva de la Generalitat, al tiempo que el mismo Estatuto excluyó por sí mismo el Registro Civil del ámbito legislativo autonómico (art. 11). Tampoco se aceptó por el Parlamento republicano el artículo 11 del dictamen de la Comisión de Estatutos sobre el Proyecto de Estatuto de Cataluña,

(10) *Ibid.*, pág. 85.

(11) *Ob. cit.*, pág. 87.

(12) SALVADOR CODERCH, P.: *Loc. cit.*, pág. 87.

que incidía de nuevo en la reserva en exclusiva de la ordenación de la legislación hipotecaria. Téngase en cuenta que el concepto histórico, imperante en la época, de legislación hipotecaria incluía la legislación registral.

b) La no aprobación de la enmienda del grupo parlamentario vasco al Anteproyecto de Constitución (13), en que se pretendía reservar al Estado, en la regulación de registros e hipotecas, tan sólo «las bases de la ordenación de los registros e hipotecas».

c) Del Anteproyecto de Estatuto para Cataluña (14) no pasó al vigente Estatuto (arts. 10 y 11) el número 8 del artículo 11, que reservaba para la Generalidad la ejecución de la legislación del Estado en materia de fe pública y ordenación de registros e hipotecas.

d) Además hoy, y hasta transcurridos cinco años de la aprobación de los respectivos Estatutos (arts. 148.2 y 149.3), no corresponde a las Comunidades ni siquiera la ejecución en las materias que se estudian (ordenación de los registros e instrumentos públicos).

Cabría una transferencia amparándose en el artículo 150.2, pero no la cesión de una competencia exclusiva.

e) Las redacciones del artículo 15.1.^a de la Constitución de 1931 y la del 149.8 de la de 1978 son bien distintas: en la de 1931, el Estado se reserva ciertas competencias en materia de Derecho civil; en la de 1978, se reserva en exclusiva la legislación civil y deja algunos aspectos del mismo (muy amplios, eso sí, pero limitados) a las Comunidades.

VII. EXTENSION DE LA COMPETENCIA ESTATAL

1. LOS REGISTROS PÚBLICOS

a) *Fundamento*

Cabría acudir a la misma Constitución (art. 139.2) para encontrar sentido a la necesidad de unificación del tráfico de bienes: «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen... la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional». Es indudable que la existencia de un gravamen oculto o clandestino en una Comunidad que no lo sea, en otra podría motivar que el contratante de distinta Comunidad viese sorprendida su buena fe (creo que sería excesivo acudir a la doctrina del interés nacional para salvar este obstáculo; más vale la

(13) Enmienda núm. 671, B. O. C., núm. 82, de 17 de abril de 1978.

(14) Publicado en el diario *El País*, de 21 de octubre de 1978

unidad registral). Pero los registros a que se refiere el artículo 149.8, como luego se verá, no son sólo de bienes, por lo que el argumento, que parece válido, no lo es para todo el precepto.

Pese a lo expuesto hay que tener en cuenta que también los registros de personas tienen a veces (régimenes económico-matrimoniales, defensor del ausente, tutela, adopción, reconocimientos de filiación) trascendencia patrimonial, por lo que lo dicho es, en parte, válido.

La razón general de esta reserva en exclusiva para el Estado de una materia como la registral creo que está en el carácter técnico de esta rama del Derecho. Los derechos forales regionales o especiales son derechos de honda raigambre histórica, sociológica e idiosincrática; nunca los derechos regionales se ocuparon de importaciones jurídicas institucionales en bloque (y ojalá sigan sin hacerlo, so pena de perder su verdadero carácter), sino que se mantuvo la unidad técnica-legislativa, bien basada en el ordenamiento canónico (Registro Civil), bien en legislación estatal (Ley del Registro Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Hipoteca Mobiliaria, etc.). Discrepo en este punto del más destacado comentarista del tema que se trata en la época republicana (15), pero creo que don RAMÓN se dejó arrastrar en su comentario por el amor al Derecho de su Cataluña, prueba de ello es la expresión: «Si Catalunya hagués pogut legislar en aquestes darreres centúries, ben segur que avui tindríem una regulació perfecta en la dita matèria» (16). Los precedentes que cita ROCA no son convincentes.

Otro de los aspectos que ha podido servir de base para la reserva en exclusiva de la legislación registral es el arraigo de las leyes especiales (Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil, Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento) en todo el territorio español, de forma que la introducción de elementos extraños, aparte perjudicar la uniformidad y seguridad en el tráfico, no haría sino perturbar el normal funcionamiento de las instituciones regionales, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones de la legislación general para salvaguardar la publicidad requerida por algunas instituciones especiales (17). En este sentido, señala LASARTE: «La ordenación de los registros con referencia expresa a las hipotecas o sin ella, pretende consagrar constitucionalmente una situación conocida desde hace largo tiempo y que, en pocas palabras, resumiría diciendo que se trata de resaltar que todos los territorios espa-

(15) ROCA I SASTRE, R. M.: *Ob. cit.*, pág. 89.

(16) *Ibid.*, pág. 89.

(17) El propio ROCA, nada sospechoso de antiautonómico, afirma que: «La legislació hipotècaria avui vigent a Catalunya, ho ha estat d'elaboració nostra, però això no ha estat obstacle perquè arrel·les en el nostre règim jurídic», *ob. cit.*, pàgina 89.

ñosles estaban sometidos con anterioridad a la Constitución —y, en su caso, antes incluso del Código Civil— a unas mismas leyes en determinadas materias civiles en las que la instauración de la publicidad registral significó al propio tiempo una modificación de la regulación material. Entre tales leyes de carácter territorial general habría que destacar, por supuesto, a la Ley Hipotecaria, aunque convenga no echar en olvido a las Leyes de Registro Civil (la derogada de 1870 y la vigente de 8 de junio de 1957) ni a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954, en cuanto reguladoras o instauradoras de los registros más significativos (y, en alguna medida, de las instituciones objeto de tales registros, claro es), cuya ordenación corresponde a la legislación civil» (18).

Por último, es una de las materias, la registral, que, tanto en los precedentes históricos como en los de Derecho comparado (incluso en Estados federales), se ha reservado el Estado en exclusiva evitando peligros innecesarios para lograr la unidad jurídica y económica, y las condiciones de vida uniformes más allá del territorio de una Comunidad» (19).

b) *Registros a los que se refiere la reserva*

Es éste un punto en el que no están de acuerdo los autores que se han ocupado del tema.

ROCA (20), para el artículo 15.1 de la Constitución española, sostiene, con relación a los registros, que: «En no especificar-los, d'interpretar-se que els acapara tots, pot provocar moltes dificultats. Es forçós admetre que hi entren el Registre de la propietat immoble, el Registre de l'estat civil i altres».

DELGADO ECHEVARRÍA (21) señala que: «Los registros a que se refiere son los civiles (de la propiedad, mercantil y de estado civil)».

LASARTE, como se vio más arriba, escribe: «Entre tales leyes de carácter territorial general habría que destacar, por supuesto, a la Ley Hipotecaria, aunque convenga no echar en olvido a las Leyes de Registro Civil (la derogada de 1870 y la vigente de 8 de junio de 1957) ni a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954, en cuanto reguladoras o instauradoras de los registros más significativos (y, en alguna medida, de las instituciones

(18) LASARTE, C.: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, pág. 132.

(19) *Vid.* arts. 72.3 y 14.18 de la vigente Constitución alemana.

(20) *Loc. cit.*, pág. 85.

(21) *Ob. cit.*, pág. 162.

objeto de tales registros, claro es), cuya ordenación corresponde a la legislación civil» (22).

CHICO ORTIZ interpreta el precepto diciendo: «Parece ser que la referencia a lo que podríamos llamar 'registros jurídicos' resulta clara, pues la frase que se emplea se une con los instrumentos públicos y sólo en los Registros jurídicos el enlace preciso y directo con el documento público se da». «Me hubiera gustado más que la Constitución hablara de 'registros jurídicos', salvando así esa posible asimilación, peligrosísima por cierto, que existe en la actualidad entre el registro administrativo y el registro jurídico y que está manejada con cierta habilidad por la doctrina administrativa. La diferencia es clara, pues en un caso estamos ante un archivo, fichero, sin más trascendencia que el control que ello lleva consigo o como requisito de carácter administrativo, y en otro, la inscripción produce un efecto jurídico basado en una publicidad que no debe confundirse, como hace la Constitución, con la publicación» (23).

ELIZALDE Y AYMERICH dice: «Sorprende, del precepto referido, la facilidad con que se encuadra la 'ordenación de los registros públicos' como 'legislación civil', pues al margen de consideraciones sobre la naturaleza del llamado Derecho registral, es indudable la existencia, en su contenido, de un importante sector jurídico-administrativo, del cual se predica también, sin discriminación alguna, su vigencia general.

Aunque con anterioridad se ha hecho referencia sólo al Registro de la Propiedad (regulado en los arts. 605 a 608 del Código Civil y la Ley y Reglamento Hipotecarios), el mismo régimen es de aplicar a los restantes registros públicos de índole «civil», como son: Registro Civil (regulado en el Código Civil, arts. 325 a 332; Ley de 8 de junio de 1957 y su Reglamento), Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (creado por Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento), Registro General de Actos de Última Voluntad (regulado en el anexo II del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944), Registro Central de Contratos de Préstamo Declarados Nulos (creado por Ley de 23 de julio de 1908 y regulado por el Real Decreto de 27 de febrero de 1910)» (24).

LÓPEZ JACOISTE, en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución española*, escribe: «La expresión ordenación de los registros e instrumentos públicos» no entraña novedad de fondo, pues tanto la legislación hipo-

(22) *Ob. cit.*, pág. 132.

(23) CHICO ORTIZ, J. M.: «Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, pág. 614.

(24) ELIZALDE Y AYMERICH, P.: «Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes...*, II, pág. 762.

tecaria y notarial como sus respectivos reglamentos contaban y cuentan con aplicación en toda España» (25).

ESPÍN dice que: «Los registros e instrumentos públicos constituyen en la actualidad normas de carácter general por haberse dictado en el pasado siglo con ese carácter, por lo que su mención no supone variación alguna» (26).

Creo que todos los autores tienen algo de razón.

Los registros que deben incluirse en el precepto deben reunir los siguientes requisitos:

- Ser civiles, ya que la reserva en exclusiva se predica de la legislación civil. No se incluye, por tanto, el Registro Mercantil en el artículo 149.1.8, si bien al ser su regulación competencia exclusiva del Estado, según el número 6 del mismo, también queda fuera de la órbita autonómica su régimen jurídico.
- Ser públicos, ya que dicho adjetivo se predica al tiempo de los instrumentos y de los registros.
- Ser jurídicos, como señala CHICO (27).

Por ello no se incluyen los registros administrativos, cuyos efectos son de mera publicación y no de publicidad; así, los registros de propiedad intelectual e industrial, que son competencia exclusiva del Estado, no caben en el artículo 149.1.8 y se llevan por el legislador al número 9. Su legislación, por otro lado, tampoco es civil. Es incorrecta la inclusión de ELIZALDE en el número 8 del Registro General de Actos de Última Voluntad y del de Préstamos Declarados Nulos (28).

A mi entender, deben incluirse como registros de competencia exclusiva estatal el de la Propiedad, Hipoteca Mobiliaria, Prenda sin Desplazamiento, Venta a Plazos y Civil.

Los registros de buques y aeronaves son también de competencia estatal, pero probablemente la inclusión de ellos en el ámbito central, dado su carácter mercantil, se deba más que al artículo 149.1.8 al 149.1.6.

(25) LÓPEZ JACOISTE, J. J.: «Constitucionalismo y codificación civil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, Madrid, 1978, pág. 605.

(26) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1979, volumen 1.º, pág. 100.

(27) CHICO ORTIZ, J. M.: *Ob. cit.*, pág. 614.

(28) ELIZALDE Y AYMERICH, P.: *Ob. cit.*, págs. 762 y 763.

c) *Establecimiento por las Comunidades Autónomas de registros especiales*

ROCA, en el estudio tantas veces citado (29), se quejaba de que Cataluña, al regular su Derecho civil, podría tener necesidad de establecer registros especiales. Se refería, en concreto, a la necesidad de crear un Registro de Capitulaciones Matrimoniales, y terminaba diciendo: «En aquest cas Catalunya hauria d'acudir al Estat central perquè li establís el dit Registre, la qual cosa seria absurda» (30).

Al margen de que el calificativo de absurdo no se justifica (hubiera podido decirse que era lógico), sí es cierto que en ocasiones puede resultar necesaria una peculiar regulación registral para las especialidades de los Derechos autónomos. Pero ROCA tiene razón al afirmar que ha de acudir al Estado, aunque sólo en el caso de que quiera establecerse un Registro jurídico (administrativos o sin trascendencia publicitaria pueden los Entes autonómicos crear los que crean conveniente, en el ámbito civil incluso), ya que no pasaría de ser algo necesario para el desarrollo de su Derecho.

No debe olvidarse que la legislación hipotecaria, quizá por ser anterior al Código Civil, no carece de normas especiales para tutelar y publicar situaciones forales: legitimarios catalanes (art. 15), contratos sucesorios (artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 y 81 de su Reglamento), capitulaciones (arts. 26 de la Ley Hipotecaria y 80 y 81 de su Reglamento), regímenes económico-matrimoniales de los Derechos regionales (art. 92 del Reglamento Hipotecario), etc.

A pesar de ello, será preciso en ocasiones introducir normas que regulen situaciones existentes y no reguladas (derecho expectante de viudedad aragonesa, llamamientos forales vizcaínos, por ejemplo) o los aspectos que puedan sufrir variaciones de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. Aunque, claro está, deberá ser el Estado quien legisle sobre los Registros públicos civiles.

d) *Aspectos de Derecho registral de posible competencia autonómica*

A diferencia de la situación que se creó con el artículo 15 de la Constitución de 1931, hoy creo que las competencias autonómicas en Derecho registral civil son meramente ejecutivas.

Entendía ROCA (31) que: a) Puesto que el Derecho civil era incum-

(29) *Loc. cit.*, págs. 85-86.

(30) *Ibidem*, pág. 86.

(31) *Loc. cit.*, pág. 87.

bencia autonómica, salvo las reservas de competencias, la parte material o sustantiva era de dominio autonómico (la actividad «teológica»), mientras que la actividad funcional, de carácter administrativo, era del Estado central. *b)* El reconocimiento de la competencia autonómica en el campo civil es la regla, y la reserva al Estado, la excepción, por lo que ésta ha de interpretarse restrictivamente.

Hoy, como indicaba, la situación es muy distinta: *a)* El Derecho civil es competencia estatal, «sin perjuicio» de la conservación... Los aspectos registrales sustantivos son, por tanto, competencia estatal. La actividad queda comprendida dentro del concepto «reglas relativas a la ordenación», ya que pese al encuadre civilista de la excepción, la pretensión de reserva en exclusiva del Estado es global con relación a los Registros. Ya se apuntó antes que cuando se quiso limitar la reserva así se hizo: de las obligaciones contractuales sólo se reserva el poder central la regulación de las bases. *b)* La regla en la Constitución de 1978 es que la competencia en materia civil corresponde al Estado en exclusiva, excepción hecha de lo expresamente contemplado en el artículo 149.1.8. La interpretación restrictiva ha de ser para lo exceptuado, en caso de duda.

Hay que añadir la no contemplación en los Estatutos (art. 149.3) de competencia alguna a favor de las Comunidades Autónomas en esta materia (salvo las que luego se indicarán en relación con el Cuerpo de Registradores y las demarcaciones registrales).

Puede caber alguna competencia autonómica en el orden procesal cuando se trate de cuestiones civiles regionales: procedimiento para exigir hipoteca en garantía de dote, procedimiento para lograr la prueba de filiación catalana. Pero por especial que sea el procedimiento, el título que acceda al Registro habrá de ser el que determine la legislación del Estado y con los requisitos que ella exija.

Las Autonomías son competentes, sin duda alguna, para la ejecución de la legislación registral en las parcelas que se contemplan en los vigentes estatutos; recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad; nombramiento de Registradores de la Propiedad y demarcaciones registrales.

e) 1. El Derecho de hipoteca, y 2. Los demás derechos reales

1. *El Derecho de hipoteca.*—La desaparición, en el proceso de elaboración del precepto, de la palabra «hipotecas» y la sustitución por los «instrumentos públicos», con relación al artículo 15 de la Constitución de 1931, sin explicación alguna por parte del defensor de la enmienda UCD (BALLARÍN), era previsible que motivase discusiones.

Al no reservarse «expresamente» (art. 149.3) el Estado la «ordenación» de las hipotecas, ¿corresponde su regulación a las Autonomías?

Con el planteamiento de la pregunta, se ve el argumento de la tesis afirmativa, defendida para la vigente Constitución por ROCA I TRÍAS (32).

No opinan de la misma forma otros autores. Así, LÓPEZ JACOISTE (33), ESPÍN (34), ELIZALDE (35) y LASARTE (36) sostienen que el precepto constitucional no entraña variación alguna, sino que se limita a consagrar la vigencia en toda España de la legislación hipotecaria y notarial.

SALELLAS, nada sospechoso de centralista, tiene el mismo criterio (37).

Para la Constitución republicana, ROCA sostenía la competencia de la Generalidad en materia de hipotecas legales, pese al tenor literal del artículo 15, sin más razón que «sería perturbador per al nostre Dret Civil» (38).

El encuadre del problema creo que debe tener en cuenta los siguientes extremos:

- El precepto constitucional, pese al prestigioso criterio de los citados autores, entraña variación; la hipoteca es, sin duda, Derecho civil, y en éste hoy las Autonomías tienen competencia legislativa para conservar, modificar y desarrollar.
- La variación no podrá ser muy amplia: la hipoteca voluntaria no se regula en ningún Derecho regional, por lo que mal podrá con-

(32) ROCA I TRÍAS, E.: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, enero-marzo, Barcelona, 1979, pág. 31.

(33) *Ob. cit.*, pág. 605.

(34) *Loc. cit.*, pág. 100.

(35) *Ob. cit.*, pág. 762. He de advertir que discrepo de ELIZALDE en cuanto a la ineficacia postconstitucional que predica de las Leyes 461 y 482 de la Compilación navarra, ya que, aparte las discusiones existentes en cuanto a la inconstitucionalidad sobrevenida, la misma Constitución, en el artículo 149.1.8, está respetando los Derechos especiales o forales (en su terminología) en toda su extensión, y téngase en cuenta que la Compilación fue tan ley (si nos olvidamos de la posible superioridad que derivaría de su carácter paccionado que algunos predicen) como la Hipotecaria y más que el Reglamento de la misma; ambos quedaron derogados por la ley posterior. Si se respeta la prelación de fuentes y se faculta para conservar, desarrollar y modificar, quiere decirse que no hay derogación por sitio alguno.

(36) *Loc. cit.*, nota 25.

(37) PUIG SALELLAS, J. M.: «El concepto de Dret civil català a l'Estatut de Catalunya», en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1980, página 112, donde dice acerca de la ordenación de los instrumentos y registros públicos que son «àmbits aquests d'actual normativa uniforme, a través de les legislacions hipotecària i notarial, que s'apliquen a tot l'Estat, bé que sense perjudici de les competències autonòmiques en matèria de nomenaments i d'altres: article 24 de l'Estatut».

(38) *Ob. cit.*, pág. 86.

servarse, modificarse o desarrollarse; es institucionalmente ajena al Derecho citado (39).

- La hipoteca legal y la anotación preventiva (antigua hipoteca judicial) sí entran dentro del campo del desarrollo del Derecho regional por la posible necesidad de garantizar los regímenes sucesorios, familiares y contractuales. La posibilidad de existencia de estas figuras cabe perfectamente con la vigente legislación hipotecaria en sus remisiones a la ley (leyes son las emanadas de los órganos legislativos autonómicos) de los artículos 42.10 y 148.

Por supuesto que se precisará siempre escritura pública e inscripción; la hipoteca tácita o el privilegio exceden con mucho del campo que se está contemplando.

- La hipoteca al precisar, con carácter constitutivo, la escritura pública y la inscripción, debería ajustarse necesariamente a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, ya que de otra forma no llegarían a tener existencia; al dictarse por el Estado la legislación referida, no cabrá el introducir formas o pactos por las Autonomías que no encuadren dentro de la vigente legislación hipotecaria (40).
- La ejecución hipotecaria es materia jurisdiccional que escapa de la competencia autonómica.

La unidad podría fundarse en razones de carácter extrajurídico: la importancia del crédito territorial; la unidad económica; los problemas que derivarían de la aplicación interregional de la

(39) Distinto criterio sostiene D'ORS PÉREZ PEIX, A., para quien «aunque coincidan entre sí (los Derechos especiales o forales, que él llama *regionales* en sus últimas publicaciones: 'Los Derechos civiles regionales de la España moderna', en *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, tomo II, Florencia, 1977, páginas 935-941) o con el Código Civil, no dejan de ser regionales aquellas instituciones en que coinciden», y basado en la afirmación anterior, dice: «Yo diría que pueden considerarse regionales incluso aquellas instituciones que existen en una determinada región a causa de la aplicación de una ley general, como ocurre con el mismo Código Civil. En Navarra, donde rige con la mayor plenitud el principio de que la costumbre contra ley es válida, puede sostenerse que algunos preceptos del Código Civil, de la Ley Hipotecaria, etc., que evidentemente han venido a modificar las antiguas leyes de Navarra, rigen allí no como preceptos legales regionales y no como costumbre conforme a la ley, sino contra la ley: no conforme a la ley nacional, sino contra la ley navarra» (en cita de LASARTE). «El regionalismo jurídico», en el volumen *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, CSIC, Roma-Madrid, 1973, pág. 77.

(40) Mucho menos el suprimir garantías que suponen un derecho adquirido y, además, un exceso de poder autonómico que puede perjudicar a personas o bienes ajenos a la Comunidad de que se trate. Por ello no estoy de acuerdo con ROCA I TRÍAS, E., y la posibilidad que apunta de «supresión de determinados tipos de derechos reales» por las Comunidades. *Vid.* ROCA I TRÍAS: *Ob. cit.*, pág. 31.

lex rei sitae; la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, que unifica dicho tráfico promulgados ya dos Estatutos, etc.

De lo expuesto cabe concluir que las Comunidades tendrán competencia para crear hipotecas legales o anotaciones preventivas en desarrollo de su Derecho regional, pero no, al menos efectivamente, respecto de las hipotecas voluntarias (41).

2. *Los demás derechos reales*.—Debe distinguirse, a los efectos del presente estudio, entre los derechos reales de contacto, que no ofrecen peligro alguno de clandestinidad, y aquellos que, en terminología hipotecaria, no llevan aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido o cuando el disfrute de aquellos derechos no fuere incompatible con la posesión de que se trate (art. 36 de la Ley Hipotecaria). Respecto de los primeros no hay duda de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas con Estatuto (arts. 10.5, 9.2 y 27.4 de los Estatutos vasco, catalán y gallego); se trataría de la conservación, modificación o desarrollo de su Derecho regional.

Con relación a los segundos habría que tener en cuenta la relativa rigidez del principio de *numerus apertus* y la ineficacia de un derecho real inoponible al tercero hipotecario por no poder acceder al Registro de la Propiedad.

La posibilidad del *numerus apertus* en materia de derechos reales, admitida generalmente al amparo de los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento para su ejecución, ha sido muy recortada por la doctrina y la jurisprudencia registral (42).

Así, con referencia a la Compilación navarra, donde aun en materia de derechos reales «paramiento a fuero vienze», señala SANCHO REBULLIDA: «La secular elaboración y la evolución del Derecho civil, al compás

(41) No cabría, por ejemplo, una hipoteca de propietario, ya que (al margen de que no sea conservación, modificación o desarrollo de Derecho foral) nuestro sistema hipotecario se halla regido por el sistema romano de elasticidad hipotecaria, o sea, el criterio contrario al principio de puestos fijos o parcelas determinadas de valor. Además, en este punto concreto, hay que tener en cuenta que la integración de los Derechos forales especiales o regionales deberá hacerse basándose en sus principios informadores romanos y no germánicos en materia de hipotecas. La implantación en nuestro Derecho del sistema hipotecario alemán es obra del siglo XIX, no del Derecho germano-visigótico.

(42) Resoluciones DGRN de 11 de abril de 1930, 25 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1 de marzo de 1939, 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 31 de mayo de 1951, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959 y 20 de septiembre de 1966.

de las necesidades del tráfico y de su normal satisfacción, han ido decantando en cada ordenamiento amplias categorías estructurales del contenido, a su vez disponible, y que recogidas y reguladas por la ley constituyen los tipos.

De este modo, si, por una parte, la disponibilidad del contenido de los tipos legales relativiza la rigidez del sistema *numerus clausus*, por otra, la amplitud del *numerus apertus* queda también relativizada por la existencia de un derecho tipo, el dominio, que compendia y refiere todos los demás derechos reales; por la estructura del mismo, que pese a su abstracción y elasticidad, limita y condiciona de alguna manera las posibilidades de la autonomía privada y, a la vez, la actividad tipificadora del tráfico, que a la larga redundará en la tipicidad legal, y por la propia naturaleza y caracteres de los derechos reales, que no pueden ser contradichos por la voluntad privada.

Nótese que esta última observación no sólo relativiza la amplitud del sistema *numerus apertus*, sino que mantiene dentro de él la función útil de la tipicidad» (43).

Enlazando con esa tipicidad de que habla el profesor SANCHO, señala Díez PICAZO (44) que la solución frente al *numerus clausus* o *apertus* no tiene por qué ser unitaria para todas las categorías de derechos reales, estableciendo para los derechos reales de disfrute, los de garantía, y las cargas reales distintos grados de autonomía de la voluntad.

Aunque es cierto que no estamos en el campo de la «autonomía privada y los derechos reales», creo que la doctrina apuntada es válida para el aspecto que se está contemplando: no veo la posibilidad de que una Comunidad Autónoma establezca una garantía especial y desconocida en el resto del Derecho español que derogue (infringiendo la norma de igualdad) el principio *par conditio creditorum* (45).

Pero fuera de éste y algún otro límite, que no se me ocurre en este momento, creo que las Comunidades tienen competencia en materia de derechos reales (46).

(43) SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Estudios de Derecho civil*, Pamplona, 1978, páginas 249-250.

(44) Díez PICAZO, L.: «Autonomía privada y derechos reales», en *Libro homenaje a R. M. Roca Sastre*, Madrid, 1976, tomo II, pág. 329.

(45) DEKKERS: *Précis de Droit civil belge*, tomo 1.º, Bruselas, 1954, en cita (*locución cit.*) de Díez PICAZO.

(46) Sobre todo, como indica Díez PICAZO (*ob cit.*, pág. 330), el problema (en materia de derechos de adquisición preferente y cargas reales) es más de efectos reales o frente a terceros del negocio jurídico constitutivo, que de propios derechos reales atípicos, por cuanto que, en su configuración exterior, son derechos potestativos los unos (los de adquisición preferente) y obligaciones *propter rem* los otros.

2. LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

En este punto estuvo más claro el legislador constituyente y de siempre se han planteado menos problemas.

a) *Fundamento*

Al igual que cuando se trataba de la competencia exclusiva con relación a los registros podrían hacerse múltiples consideraciones. Pero creo que justificada la unidad de la ordenación de los registros queda ya casi demostrada la exclusividad estatal en materia de instrumentos públicos: si la seguridad del tráfico (registros) es exclusiva, también lo ha de ser, siguiendo la ya clásica distinción de EHRENBURG, la seguridad del Derecho (el instrumento). Además, siguiendo con la unión registro-instrumento, debe tenerse en cuenta que el instrumento es antecedente de la publicidad registral: el principio de legalidad tiene su base en la documentación auténtica, cuya más genuina expresión es el instrumento público.

Cabe también fundamentar la exclusividad en la necesidad de dotar de uniformidad a la línea divisoria entre el documento privado y el público. Téngase en cuenta que en ocasiones, al ser la forma elemento constitutivo del nacimiento del Derecho o la figura jurídica (sociedades anónimas y limitadas, adopciones, capitulaciones matrimoniales, etc.), se precisa una clara determinación de cuando nos encontramos ante un instrumento público.

El instrumento público es también instrumento de tráfico, civil o mercantil, cuyo destino no debe ser el de circular únicamente dentro de una comunidad autónoma; la vocación del tráfico del instrumento es hoy no sólo nacional, sino internacional. Piénsese en los tratados internacionales dirigidos a lograr la uniformidad y la posibilidad de producción de efectos en el ámbito internacional.

Por último, no debe olvidarse tampoco el carácter de jurisdicción voluntaria que, frente a los demás documentos públicos, actúa el instrumento, sobre todo a través del acta notarial, ya que en el artículo 209 del Reglamento Notarial, reformado por Decreto de 22 de julio de 1967, se dispone que: «Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz por sí sola e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior». No es éste el lugar para entrar en el controvertido tema de la función jurisdiccional del Notario ni en la posible colisión con

la competencia atribuida a los órganos jurisdiccionales; baste decir que, como la mayoría de los autores, al menos en cuanto a la declaración de hechos y situaciones jurídicas y la simple constatación pasiva de hechos, en terminología de GONZÁLEZ PALOMINO, creo en ella y la defiendo (47), y que por ello me parece lógica la uniformidad del instrumento público dado el principio de unidad jurisdiccional que proclama el artículo 117.5 de la vigente Constitución.

b) *Alcance de la reserva*

Las disquisiciones acerca de la extensión de la competencia estatal respecto de la ordenación de los registros no se plantean, como ya se apuntó, en este tema. Las únicas posibles dudas son: si deben incluirse o no legitimaciones o testimonios y si debe restringirse la exclusividad a los instrumentos públicos o alcanza a otros aspectos de la organización y régimen del Notariado. La segunda de las cuestiones será objeto de estudio posterior, y de la primera se ocupan las líneas que siguen.

Es ya clásica en el Derecho notarial la caracterización del instrumento público por la intervención notarial; tanto el artículo 1.216 del Código Civil, como la definición enumerativa del artículo 143 del Reglamento Notarial, buscan el elemento diferenciador en la intervención del fedatario. En definitiva, como apunta GIMÉNEZ ARNAU (48): «Puede considerarse actual y exacta la definición que formuló HEINECIO: *Scriptura a tabellionibus rite constitutis atque confecta*». Insistir en estas líneas en el concepto de instrumento público no parece útil, baste con el apunte dado, en que todos los autores están conformes.

La discrepancia nace del concepto que del instrumento público da FERNÁNDEZ CASADO: «El documento notarial *protocolado* y sus copias» (49). Hoy todavía algún autor no está de acuerdo a la hora de precisar si las copias, testimonios y legitimaciones (que son documentos notariales, eso por supuesto) entran o no dentro de la categoría del instrumento público, ya que no forman parte del protocolo (50), si bien constituyen mayoría quienes ven como único requisito para que el documento público sea instrumento la intervención notarial. Así, GIMÉNEZ ARNAU (51) señala que: «.. La diferencia formal entre los documentos con valor de instrumento público y los que no lo tienen está en el signo notarial, expresión de la autenticidad del documento: aquéllos son signa-

(47) *Instituciones de Derecho notarial*, Madrid, 1947, I, págs. 68 y sigs.

(48) GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho notarial*, Pamplona, 1976, pág. 396.

(49) FERNÁNDEZ CASADO: *Tratado de Notaría*, tomo I, pág. 393.

(50) En este sentido, AVILA ALVAREZ, P.: *Estudios de Derecho notarial*. Madrid, 1973, pág. 56.

(51) *Ob. cit.*, pág. 407.

dos por el Notario, con lo que simboliza su privilegiado carácter en cuanto a prueba y eficacia; los otros son solamente firmados: no les alcanzan los beneficios del instrumento público, por grande que sea su credibilidad; no tienen la misma presunción de veracidad, aunque tengan carácter oficial o administrativo...».

En el mismo sentido se pronuncia NÚÑEZ LAGOS (52) al afirmar que el instrumento público es el nombre tradicional de una clase de documentos públicos: los autorizados por Notario (53).

Aparte la argumentación de orden sistemático (de los testimonios, legitimaciones y copias se ocupa el título IV del Reglamento Notarial, dedicado al instrumento público), de orden histórico (antes nace el instrumento que el protocolo) y doctrinal (la doctrina expuesta), creo que en el orden interregional es un argumento de peso el pensar en la unificación del tráfico formal: ¿caso los negocios jurídicos se desenvolverán en el ámbito de una sola Comunidad? Bastantes diferencias y problemas plantea la regla *locus regit actum* para que apoyados en una disposición sin fuerte base nos viésemos obligados a exigir certificaciones autenticadas, legalizadas y legitimadas de vigencia del Derecho de otra Comunidad distinta a la en que se ejerce. No creo que haga falta recordar las actuales tendencias hacia la unidad y simplificación de forma por medio de convenios y tratados internacionales para apoyar, no sólo en el Derecho constituido, la tesis expuesta de inclusión de los citados instrumentos.

Debe también pensarse (conste que para mí, insisto, es instrumento público el autorizado por Notario) que los documentos públicos notariales no protocolizados tienen todos una finalidad concreta: la procesal, y ésta es de exclusiva competencia del Estado (art. 149.1.6), ya que no alcanzo a imaginar ninguna peculiaridad autonómica, de las que se mencionan en el citado artículo, que incida en los instrumentos de referencia.

Conclusión de lo expuesto es la vigencia en toda España del título IV del Reglamento Notarial, sin perjuicio de la gestión de los Archivos Notariales por las Comunidades, dado lo dispuesto en el artículo 149.1.28 de la vigente Constitución.

La situación en realidad es muy parecida a la existente en la Constitución de 1931, ya que si bien no había referencia expresa en ella a los instrumentos públicos, el artículo 15.3 de la misma hablaba de competencia exclusiva del Estado con relación a la eficacia de los comunicados

(52) N. LAGOS, R.: «Concepto y clases de doctos», en *RDN*, LVI, abril-junio de 1967, págs. 7 y sigs.

(53) DE LA CÁMARA, M., sin pretender definir el instrumento público, acepta también el mismo significado que los últimos autores al afirmar que en torno a aquél gira «toda la actividad profesional del Notario», en «El Notariado latino y su función», en *RDN*, LXXVI, abril-junio de 1972, págs. 65 y sigs.

oficiales y documentos públicos, con lo que la regulación era, por un lado, más amplia: se refería a documentos públicos, y por otro, más restrictiva: sólo afectaba a la eficacia. Hoy la regulación es en sentido inverso, más amplia por un lado: abarca no sólo la eficacia, sino todas las reglas relativas a la ordenación, y más restringida: no se refiere a todos los documentos públicos, sino sólo a los instrumentos.

3. NOTARIOS Y REGISTRADORES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

No quisiera terminar sin llamar la atención sobre la labor de Notarios y Registradores en la elaboración de los Derechos regionales. Sin perjuicio de que las directrices doctrinales vengan de las cátedras y la jurisprudencia, no debe olvidarse que el Derecho vivo se ejerce y se crea en la Notaría y se reelabora en el Registro. El consenso no es válido para la aparición o los capítulos, y menos en las Comunidades de Fuero. De poco serviría la imposición de un Derecho técnicamente muy elaborado, criado en el laboratorio y consensuado por las fuerzas gobernantes y opositoras si cae en desuso por inaplicación o desajuste con la realidad.

Por ello es conveniente y loable la preocupación de las Comunidades por incluir en sus Estatutos normas que traten de asegurar la labor notarial y registral en la creación del Derecho regional o foral.

Del mismo modo, sería absurdo que Comunidades sin Derecho civil propio se ocupasen en sus Estatutos del funcionamiento de ambos Cuerpos.

Espero haber sido objetivo, aunque hay que tener en cuenta, con don FEDERICO DE CASTRO, que «es fenómeno curioso, pero indudable, la falta de fijeza y precisión de los primeros comentarios de un texto legislativo; el movimiento emocional en que nacen, especialmente en épocas de transformación social e inquietud política, alcanza y arrastra al intérprete, haciendo difícil, si no imposible, la contemplación serena y la interpretación correcta de los nuevos preceptos» (54).

JUAN-LUIS GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE

Guernica-Gernika, noviembre 1981.

(54) DE CASTRO Y BRAVO, F.: «El Derecho civil y la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 257, 1935, pág. 33.

N O T A S

Reparcelación por compensación ¿Actos reparcelatorios parciales o por fases?

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Titulamos estas reflexiones como «reparcelación por compensación» con el interrogante de ¿por fases?, con el fin de que antes de empezar a leerlas pueda suponerse cuál es el tema que tratan.

No vamos a estudiar las reparcelaciones que podemos llamar normales, porque eso está suficientemente claro. El problema que empieza a presentarse con relativa frecuencia es el derivado de la lentitud con que se realizan las reparcelaciones cuando, ambiciosamente, se ha querido abarcar un polígono grande.

La tentación que surge pronto es intentar hacer esa reparcelación por fases, es decir, reflejar en el Registro de la Propiedad las adjudicaciones a favor de sólo uno o varios propietarios.

Cuando se aborda la reparcelación sobre los planos, al poco tiempo de empezada se ve cómo van a quedar los solares, las calles, las zonas de jardines, etc. Dibujar el futuro sobre la tela de araña de los solares viejos, sabiendo que esa tela de araña va a desaparecer jurídicamente, es tarea fácil.

A los titulares de aportaciones con titulación perfecta, es lógico que se pueda prever pronto qué solares se les van a dar en compensación a su aportación. Y como a casi todos, incluyendo a la propia Administración, interesa que empiecen las obras cuanto antes, se ponen pronto en marcha las urbanizaciones de algunas zonas e incluso las contrucciones.

Y en contraste con esas prisas, las complejas operaciones de identificación de propietarios, estudio de titulaciones, localización de fincas en el Registro de la Propiedad, solicitud de certificaciones, expropiaciones,

etcétera, se realizan a un ritmo tan lento que se origina un desfase total entre la realidad física y la situación jurídica.

Como la reparcelación normal (insistimos en esta terminología para simplificar) supone la formalización en una escritura única de todas las propiedades del polígono aprobado, está claro que los propietarios de parcelas aportadas cuya titulación está perfecta, resultan afectados por la lentitud con que se llevan las operaciones; lentitud debida a la masa de parcelas mal tituladas o cuyos propietarios tienen poco interés en la reparcelación y no colaboran e incluso, en muchas ocasiones, obstaculizan cuanto está en su mano.

Entonces empieza a madurar la idea de que los que tienen, en la terminología vulgar, todos sus papeles arreglados, pueden empezar a construir sin esperar a la formalización de la reparcelación de todo el polígono. Lo que sucede es que «los papeles arreglados» son los referentes a las parcelas aportadas.

El argumento que usan es sencillo y contundente: Yo he cumplido con todo lo que me han exigido, he puesto mis fincas a disposición de la Junta, he aceptado los coeficientes que me han asignado, estoy conforme con las parcelas de reemplazo que me han ofrecido y con los gastos que me corresponden e, incluso, he empezado con la anuencia de la Administración a realizar obras. Si nadie impugna lo que a mí se refiere, ¿por qué no me dan los títulos de mis nuevas parcelas?

Esta es la situación de muchas reparcelaciones. Conocemos alguna que abarca miles (decimos *miles*) de parcelas, que llevan años en las tareas de investigación de propietarios, expropiaciones y todo lo que conlleva el aspecto jurídico de esta compleja operación, y que como tienen zonas bien delimitadas y nada polémicas las construcciones están en gran parte terminadas.

Ante estas situaciones parece útil reflexionar y preguntarse si se podría autorizar una escritura en la que se reflejen unas adjudicaciones de fincas, en pago de la aportación de otras, pertenecientes ambas a un polígono sujeto a reparcelación por compensación, dejando para escrituras futuras las restantes adjudicaciones.

Convendrá tener muy presente que esto de adjudicar unas parcelas en pago de unas aportaciones, dejando para el futuro la formalización de las aportaciones y adjudicaciones restantes, hay que hacerlo sin olvidar que lo que hagamos ahora está ligado y forma parte de un todo que, más adelante, habrá que completar.

Una historia reflejada en un libro es fácil de juzgar. Una historia escrita y leída en fascículos sólo se podrá calificar de buena o mala cuándo lleguemos al último. Pues aquí se plantea la posibilidad de dar

por bueno un fascículo de la historia de una reparcelación, sin que los posteriores estén terminados de escribir.

PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

Legalidad de la reparcelación hecha por fases.

Situación de las parcelas aportadas por el titular al que ahora se le dan parcelas de reemplazo.

Situación de las parcelas aportadas por el titular que ahora no recibe nada, y que se adjudican como parcela de reemplazo, en todo o en parte, a otro.

Garantías para el titular del párrafo anterior en relación al derecho adquirido por su aportación.

Formalidades previas y posteriores al otorgamiento de la escritura pública en que se plasme la reparcelación que estudiamos.

LEGALIDAD DE LA REPARCELACIÓN HECHA POR FASES

No está expresamente admitida esta forma de actuar.

No hay normas que la regulen.

No está prohibida ni expresa ni tácitamente.

Entonces cabe pensar que sí es posible aplicar las normas dadas para la reparcelación total, sin lesionar ningún derecho, y las formalidades de aquella se aplican a esta parcial, podrían admitirse supliendo lo que la ley no regula con el consentimiento expreso de los interesados regulados.

QUÉ HACER CON LAS FINCAS APORTADAS POR LOS PROPIETARIOS QUE RECIBEN AHORA LOTE DE REEMPLAZO

El lote de reemplazo que reciben puede cubrir todo el valor de su aportación o sólo parte de él.

Recordemos que en la Concentración parcelaria no se cancelaron las inscripciones de las parcelas originarias y se producían dobles inscripciones, que daban lugar en muchos casos a complicaciones graves. Hoy siguen en muchos Registros inscripciones de las fincas originarias (en la realidad inexistentes) e inscripciones de las fincas de reemplazo, ambas a nombre del mismo titular.

Aquel sistema, registralmente, fue malo.

En el Reglamento de reparcelaciones de 1966 se estableció el sistema

de agrupar las fincas aportadas a la reparcelación para segregar de ahí las de reemplazo. Ahora, en el Reglamento de Gestión Urbanística, se ha elegido otro: cancelar las inscripciones de las fincas originarias e inscribir después las fincas de reemplazo como nuevas.

Cualquiera de estos dos sistemas es, sin duda, más correcto que el de la Concentración parcelaria.

Pues bien, en la reparcelación total, como se cancelan todas las fincas aportadas no hay problema, pues el suelo de las mismas es el que forma las fincas de reemplazo, que se inscriben también a continuación.

En la reparcelación parcial que estudiamos, parece que habrá que cancelar las inscripciones de esas fincas aportadas que sean equivalentes a las que le den a su titular como compensación.

Para agotar este tema concreto, conviene recordar que esta cancelación de las fincas aportadas obedece a una doble causa. Primera: Se cancelan por que, a cambio de esas fincas, se le dan al propietario otras fincas nuevas, y se evita así la doble inscripción, inadmisibles en un sistema registral de inmuebles correcto. Se evita lo que censurábamos en la Concentración parcelaria. Y segunda causa o motivo de esa cancelación: porque el suelo de esas fincas aportadas es el sustrato físico de otras fincas nuevas; las de reemplazo que se dan a otro propietario.

La primera causa está presente en la reparcelación parcial; al propietario que aportó fincas se le dan unas nuevas y no debe conservar la titularidad de ambas. Pero la segunda causa puede no darse en los casos de reparcelación parcial. El suelo de esas fincas aportadas por el titular que en compensación sí recibe otras, y que es el sustrato de otras nuevas, puede ser que no se adjudique a nadie *de momento*. Entonces sucederá que al cancelar las inscripciones se sacan del Registro esas fincas y quedan fuera hasta otra etapa posterior; hasta el momento que se adjudiquen como parcelas de reemplazo y se inscriba la adjudicación siguiente.

Parece que el problema no es grave. Ciertamente causa cierta inquietud el que, cuando se hagan nuevas adjudicaciones en una posterior etapa, no pueda controlarse fácilmente la superficie que se canceló y la que entra en el Registro con las fincas de reemplazo.

Podría pensarse en otras soluciones. Por ejemplo, en lugar de cancelar poner una nota marginal indicando que el titular ha recibido otras fincas en equivalencia del valor de ésta. Sería una solución parecida a la que veremos luego cuando estudiemos el problema siguiente. Pero no resolveríamos la situación, pues, además de las fincas nuevas, seguirían las viejas inscritas al mismo nombre, aunque con una nota marginal a la que no encontramos apoyo legal alguno.

Otra solución podría ser que esas parcelas por cuyo valor su dueño

recibió ya otras nuevas, se pusiesen a nombre de la Junta de Compensación hasta que se adjudique su suelo, en cuyo momento se solicitaría la cancelación. El artículo 129 de la Ley del Suelo dice que la Junta actúa como fiduciaria con poder dispositivo. No es fácil afirmar que esto se pueda hacer, aunque parezca menos radical que la cancelación.

Lo menos complicado parece que sean la cancelación de las inscripciones de esas fincas aportadas por quien a cambio de ellas recibe otras.

En definitiva, eso y la posterior adjudicación de otras nuevas es lo que la reglamentación vigente ordena, no habiendo más diferencia que la que se desprende de la naturaleza del propio supuesto que se trata de resolver; que se haga en varios tiempos y no en uno solo.

Lo que sí hay que tener presente es que sólo se cancelarán las inscripciones de las fincas aportadas que estén en correspondencia con las que se le den de reemplazo, y bien entendido que esa correspondencia es la del valor entre ambas. Por consiguiente, si aportó por valor de 60 por 100 y ahora se le adjudican sólo fincas equivalente a un 40 por 100, deberá constar que es lo que hay que cancelar; el 66,66 por 100 de las fincas aportadas o equis fincas cuyos coeficientes sumen sólo dos tercios de la total aportación.

QUÉ HACER CON LAS FINCAS APORTADAS POR TITULARES QUE NO RECIBEN NADA AHORA, Y CUYO SUELO, O SEA, ESAS FINCAS, SE ADJUDICAN A OTRO

Si nos limitáramos a inscribir las nuevas sin más preocupaciones, produciríamos una doble matriculación; la finca antigua, cuyo terreno se adjudica a otro, estaría inscrita dos veces a nombre de dos titulares; el que la aportó y el adjudicatario de ella en pago de las otras que éste aportó.

Esas inscripciones de fincas aportadas por el señor A y que se adjudican al señor B como fincas de reemplazo por las aportaciones de este señor B, habría que cancelarlas para evitar la doble inscripción aludida, y resolver al mismo tiempo el problema de que esas fincas son, con su coeficiente, el título que en la reparcelación ostenta el titular señor A, es decir, que el derecho de éste está en esas fincas, se debe a esas fincas. Y ese derecho tiene que seguir conservándolo hasta que reciba su adjudicación.

Entonces, ¿se pueden cancelar esas inscripciones?

De entrada hay que afirmar que o consentía expresamente en escritura pública el titular o no se podría. Para la cancelación en la reparcelación total no es preciso que se refleje ese consentimiento en la escritura o documento donde se plasme la reparcelación, pero en el caso que

estudiamos sería ineludible, porque esa cancelación no tiene la contrapartida de una adjudicación actual compensatoria, que es el presupuesto legal para que aquella pueda darse.

Suponiendo que se pudiese cancelar, ¿qué habría que cancelar?

Este es un aspecto interesante. Al estudiar antes las parcelas aportadas por el que recibe su compensación en el momento, vimos que la correspondencia entre lo que se cancelaba y lo que se recibía, o sea, lo que se inscribía como nuevo, era una correspondencia de valor entre ambas. En el caso que estudiamos ahora la correspondencia es de extensión física. Aquí creemos que hay que atender a la realidad física de las fincas. La superficie de estas fincas de propietarios que ahora no reciben nada, si hubiese que cancelarlas, sería sólo por evitar la doble inscripción, doble y a favor de dos titulares distintos. Si la causa es esta, está claro que el problema a resolver es de extensión física. Se cancelaría sólo la inscripción de la parte de finca que se adjudicase al otro titular, puesto que estas fincas que se adjudican son «físicamente» aquellas viejas. A diferencia de lo que sucede en las reparcelaciones totales, o en el caso estudiado antes, en esta posible cancelación que ahora tratamos, no hay correspondencia de valor, sólo física, entre lo cancelable y lo adjudicado.

Volveremos sobre este tema después. Está muy relacionado con lo que sigue inmediatamente.

Decíamos que el otro problema que había que resolver era el de la reserva del derecho de estos titulares que ahora no reciben nada. Está relacionado con el problema que hemos abordado inmediatamente antes; el de qué hacer con las fincas que aportó este titular.

En la escritura figurará el coeficiente del valor atribuido a estas fincas, para que conste que en su día recibirá la compensación oportuna en fincas de reemplazo este titular que, sin recibir nada ahora, va a consentir que el terreno de sus fincas, con nueva descripción casi siempre, y sin tracto alguno entre unas y otras, *se adjudique a otro*.

Siempre hemos hablado de aquella posible cancelación en forma potencial, porque no acaba de satisfacer que a este titular se le deje sin protección registral; aunque hayamos consignado ya que sin su consentimiento expreso no cabría hacer nada.

Conviene detenerse en este punto, que es muy importante. Realmente, en esta reserva de derecho y en cómo se resuelva el problema registral de las inscripciones de este titular, que, sin recibir nada ahora, ha de consentir que el terreno que él aporta se inscriba a nombre de otro, radica el que sea o no viable una reparcelación por compensación formalizada en etapas sucesivas. Veamos si hay posibilidad de

una solución por aplicación analógica de algún precepto legal o reglamentario.

Analicemos lo que dice el Reglamento de Gestión Urbanística, que, sin referirse naturalmente al caso que estudiamos, contempla un supuesto de «reserva de derecho» de un titular que aporta unas fincas que son ocupadas en una reparcelación, sin que, a cambio, le den otras ni en el mismo polígono ni en el momento de la ocupación. Creemos que merece la pena resumir aquí cómo se regula esta reserva de derecho en los artículos 51 al 54 y 114 del citado Reglamento.

Adjudicación de parcelas de reemplazo en polígono distinto al de situación de las parcelas aportadas:

Artículo 51. Los propietarios de terrenos que, formando parte del suelo urbanizable programado, y estando destinados en el Plan General a vías de comunicación o espacios libres o zonas verdes o centros públicos, etc., carezcan de aprovechamiento, cuando no se aplique la expropiación, serán compensados mediante la adjudicación de otros terrenos en otros sectores.

A tales propietarios de terrenos con aprovechamiento cero, se les compensará, en el oportuno procedimiento de reparcelación o compensación con la superficie correspondiente.

Tales propietarios formarán parte de la comunidad reparcelatoria o compensatoria en el polígono donde hayan de hacerse efectivos sus derechos.

Momento de la ocupación y reserva de compensación: formalización de ambas:

Artículo 52. El Ayuntamiento u órgano actuante podrá ocupar aquellos terrenos, sin expropiarlos, en cuanto se inicie el expediente de reparcelación o compensación del polígono en el que hayan de hacerse efectivos los derechos de los propietarios afectados por los sistemas generales y siempre que simultáneamente el órgano actuante expida las certificaciones a que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 53. En el momento de la ocupación se extiende un acta con el contenido siguiente: 1. f) Descripción y extensión de la superficie ocupada h) Polígono en el que hayan de hacerse efectivos los derechos de los propietarios de los terrenos ocupados j) Expedición de las certificaciones a que se refiere el artículo siguiente 3. El duplicado del acta será enviado por el órgano actuante al Registro de la Propiedad para

anotar al margen de la última inscripción de dominio vigente el hecho de la ocupación.

Título de la reserva y contenido de la misma:

Artículo 54. El órgano actuante expedirá a favor de cada acta a que se refiere el artículo anterior, en la que constarán uno de los propietarios de terrenos ocupados, certificación del las unidades de aprovechamiento que correspondan a cada parcela ocupada y el polígono en que hayan de hacerse efectivos sus derechos.

Transformación del dominio u otros derechos reales en unidades de aprovechamiento:

Artículo 54. Una vez obtenida la certificación, y en base a ella, el titular del dominio o de un derecho real o carga real TRANSFORMADO podrá otorgar escritura de declaración o especificación de las unidades de aprovechamiento derivadas de su derecho, en la que se describirá la finca o derecho de que proceden y el polígono donde hayan de hacerse efectivos.

Inscripción en el Registro de esa transformación:

Artículo 54. La citada escritura será inscribible en el Registro de la Propiedad, en el mismo folio de la finca ocupada y si declarase sólo parte de las unidades de aprovechamiento correspondientes a la misma se inscribirá como cuota proindivisa del dominio.

Si la ocupación no hubiese afectado a la totalidad de la finca, se segregará previamente la parte ocupada.

Posible cesión de «unidades de aprovechamiento» y su inscripción en el Registro de la Propiedad:

Artículo 54. Las transmisiones posteriores de todas o parte de las unidades de aprovechamiento se efectuarán conforme a lo establecido para las transmisiones de bienes inmuebles y se inscribirán en el mismo folio registral de la finca ocupada.

Cancelación de las inscripciones de las fincas que fueron objeto de ocupación:

Artículo 54. El folio registral no se cancelará hasta que se

inscriba el acuerdo de reparcelación o compensación del polígono en que los titulares de las citadas unidades de aprovechamiento hayan de hacer efectivos sus derechos conforme a lo previsto en el artículo 114 de este Reglamento.

Artículo 114. Se cancelarán las hojas registrales correspondientes a las fincas ocupadas para la ejecución de los sistemas generales, cuando sus titulares fuesen adjudicatarios en la unidad reparcelada.

Veamos las conclusiones que pueden sacarse de estas normas, que, en lo sustancial, hemos resumido y que regulan una situación que guarda cierta analogía con el problema que estudiamos.

El hecho de que una finca no debe estar inscrita a nombre de dos titulares es algo insoslayable. Tratar de romper ese principio es algo que no haremos.

En la reparcelación total se cancelan primero las inscripciones de las fincas aportadas, y a continuación se inscriben las de reemplazo.

Y en estos preceptos que hemos transcrito se conservan todos los asientos de la finca ocupada, hasta que se inscriba la reparcelación en que obtendrá su compensación el dueño. Parece que estuviésemos como obligados a partir, por tanto, de esta premisa: ni duplicidad de inscripciones ni cancelación sin compensación. Y con esto parece que hemos llegado a un círculo vicioso sin salida: en la reparcelación parcial precisaremos cancelar sin compensación inmediata y sin compensación inmediata no hay cancelación que reglamentariamente se pueda imponer.

Pero si estamos empeñados en hacer viable una reparcelación parcial, ¿no tenemos más salida que la de la cancelación consentida expresamente por el titular? Que sea fácil, difícil o imposible lograr ese consentimiento, ya no sería problema jurídico. Dependería en gran parte de las garantías que se le diesen, si se puede dar alguna.

Veamos, antes de seguir y llegar a conclusiones finales, algo muy importante: en esos artículos que hemos resumido ha surgido algo nuevo; algo que no dudamos que será el germen de importantes innovaciones.

TRANSFORMACIÓN DEL DOMINIO EN «UNIDADES DE APROVECHAMIENTO»

En los artículos 53 y 54 del Reglamento de Gestión se regula la transformación del derecho de dominio sobre una finca en el derecho a obtener otra que sea equivalente a las «unidades de aprovechamiento» en que se valoró aquella finca aportada.

El titular de la finca ocupada puede otorgar escritura en la que conste que su derecho se ha transformado en equis unidades de aprovechamiento.

El otorgamiento de la escritura parece que lo regula el Reglamento como una facultad del titular, pero lo que no es facultativo es que el derecho que tenía sobre la finca se ha «transformado».

El Reglamento usa esa expresión y prevé que en el Registro de la Propiedad se inscriba esa transformación, con la que parece que el dominio se ha quedado vacío de contenido; el dueño no puede usar la finca y, si nos atenemos a los términos del artículo 54, parece que ni siquiera puede transmitir ese dominio, pues al regular el posible cambio de titularidades no dice que pueda transmitir la finca, sino que «puede transmitir las unidades de aprovechamiento».

El dominio ya no es más que un valor de cambio por otra cosa.

Se empieza a hablar de que el volumen edificable llegará a abrir folio registral. En esta transformación parece que sucede lo contrario; el dominio sobre la finca desaparece casi por completo, quedando sólo el derecho a un volumen edificable en pago de aquel dominio, realizable en otro sitio.

Pues bien, la pregunta que cabe hacerse es esta: la transformación que de forma obligatoria se regula en esos artículos para una finca que es ocupada por la Administración, y cuya compensación se le va a dar más tarde, ¿no se puede hacer con el consentimiento del titular en casos análogos, aunque las causas que motivan esa analogía sean otras?

Allí la causa es que la finca tiene un aprovechamiento cero en un plan general y no se le puede compensar en el mismo momento de ser ocupada. En nuestro caso es que la compensación vendrá más tarde porque se está haciendo por partes.

En realidad, al asignarle su coeficiente en la reparcelación a cada finca ya se están dando unas unidades de aprovechamiento. ¿Por qué no se va a poder hacer constar esa transformación voluntariamente y en la misma forma que se ha visto en la obligatoria; asignación de unidades de aprovechamiento y escritura pública? Creemos que esto es factible.

CANCELACIÓN DEL FOLIO REGISTRAL DE LA FINCA TRANSFORMADA

Y llegamos al último tramo del proceso, en este examen de problemas de tipo registral.

En el supuesto de las fincas ocupadas por su aprovechamiento cero, éstas no se inscriben, de momento, a nombre de la entidad que las ocupa. Si se han ocupado para ser, por ejemplo, vías públicas, no será

necesaria esa inscripción ni ahora ni después. Pero si se van a destinar, por ejemplo, a edificaciones de centros públicos, no hay duda habrá que inscribirlas en algún momento a favor de la Administración. Las únicas referencias a operaciones registrales relativas a ellas son, como vimos antes, la nota marginal de ocupación, la inscripción de la transformación con la posibilidad de inscripciones de transmisión de unidades de aprovechamiento y, la que más nos interesa, la de que no se cancela el folio registral de la finca ocupada hasta que no se inscriba la reparcelación en que el titular de ella sea adjudicatario.

Parece, pues, que la inscripción del terreno ocupado a nombre de quien vaya a ser titular del mismo, se hará lógicamente cuando se inscriba la reparcelación a que ese terreno corresponde, toda vez que lo único que el Reglamento de Gestión dice, en relación a estas fincas pertenecientes a un titular que ahora no recibe nada y que le han sido ocupadas, son solamente esas tres cosas que conviene recordar de nuevo: 1. Nota marginal de ocupación. 2. Inscripción de la transformación del dominio en unidades de aprovechamiento y la posible transmisión de éstas, registrada también en forma de inscripción; y 3. Cancelación del folio registral, cuando se inscriba el acuerdo de reparcelación o compensación del polígono en que los titulares de esas unidades hayan de hacer efectivos sus derechos.

Queremos significar con todo esto que la inscripción de las fincas ocupadas, a favor de quien vaya a ser titular de ellas, no puede condicionarse, ni se condiciona en el Reglamento, a que le den a su antiguo titular las parcelas de reemplazo; esto supondría encadenar unos problemas a otros, es decir, que la terminación de un plan urbanístico dependiese de la terminación previa de otra.

Lo que el Reglamento dice es que el folio registral que ampara a los «titulares de las unidades de aprovechamiento» se cancelará cuando estos titulares hagan efectivo su derecho. No los llama «titulares de las fincas ocupadas». Ese artículo 54 es perfectamente congruente con la «transformación» de aquel dominio que ya no es tal dominio.

Hay que señalar que el artículo 114 no es tan preciso como el 54 en este punto. Es menos preciso, pero no llega a ser contradictorio. Sigamos, por tanto, el camino que nos marca el 54 que es muy valioso.

Cuando se ocupa la finca ya está aprobado el acuerdo de reparcelación del polígono en que van a ser compensados los dueños de las fincas ocupadas. Esto quiere decir que cuando se hace constar en el Registro la «transformación» (posterior a la ocupación) y se inscriben a favor de los titulares las «unidades de aprovechamiento», ya se consigna en la inscripción de éstas el polígono sobre el que recaen los derechos que confieren las mismas.

Al aprobarse esta otra reparcelación, se reflejarán necesariamente esas unidades de aprovechamiento, pues tanto a sus titulares como a los dueños de las fincas que integran el polígono, hay que adjudicarles lo correspondiente a la aportación de éstos y al derecho de aquéllos.

Resulta, pues, que cuando se inscriben las unidades de aprovechamiento, el objeto sobre el que recae el derecho que comportan esas unidades, es otro terreno que se designa expresamente al inscribirlas.

Esto significa que la «transformación» que estudiamos es más profunda de lo que pudiera parecer.

Si el titular de la finca «ocupada» conservara su dominio sobre esa finca, sería absurdo que *además* tuviese derechos sobre el otro polígono.

Cabe preguntarse qué significa que el artículo 54 diga que el folio registral de la finca ocupada y transformada en su titularidad, sólo se cancelará cuando su titular sea adjudicatario de las fincas de reemplazo en el otro polígono. Pues creemos que significa que ese folio registral contiene ya, *solamente*, el derecho representado por las unidades de aprovechamiento, y que al realizarse ese derecho, mediante la adjudicación de fincas de reemplazo, ya no tiene razón de ser y se cancela.

Todo esto nos lleva a otro problema: ¿puede ser compatible inscribir la finca ocupada a favor de la Administración, cuando se termine la urbanización en la que entra esa finca, y seguir vigente la inscripción antigua de la misma, que no se cancelará hasta que su titular sea adjudicatario en el otro polígono? ¿Supone esto doble inmatriculación?

Creemos que no porque la inscripción de la finca que se ocupó y se transformó no refleja, desde que se inscribió la transformación, el derecho de dominio sobre esa finca; refleja *otro derecho* y sobre *otro* terreno. Si admitimos todo lo anterior, será fácil llegar a la conclusión de que, por analogía, puedan aplicarse esas normas para reflejar en el Registro de la Propiedad el derecho de los aportantes a los que no se les da la compensación inmediata de su dominio en una reparcelación hecha por fases.

La única diferencia radicaría en estos dos puntos: en el caso de la «ocupación», el derecho de los titulares de unidades de aprovechamiento se materializa en un polígono quizá lejano al que ocupan esas fincas y, en el otro caso, se hace efectivo en el mismo en que radican. Y, naturalmente, en que en el supuesto de ocupación la transformación es obligatoria y en el de reparcelación parcial tendría que ser consentida por el titular. Todo lo demás sería exactamente igual.

CONCLUSIONES

Podría inscribirse una parte de una reparcelación por compensación, si se cumpliese lo siguiente:

Primero.—De los dos modos de formalizar la reparcelación; certificación del Organismo actuante o escritura pública, previstos en el artículo 113 del Reglamento de Gestión, el apto sería la escritura debido al necesario y expreso consentimiento de los titulares afectados.

Segundo.—Esta reparcelación se hará con la intervención en la escritura de los afectados, o sea, de los titulares de las fincas que entren en juego, que son las aportadas por el que a cambio recibe otras y las aportadas por el que ahora no recibe compensación y su terreno se adjudica a aquel otro.

Tercero.—Se solicitarán, concretándolas, las operaciones que deba realizar el Registrador, al que se le solicitará expresamente la práctica de las mismas, indicando todas y cada una de ellas, huyendo de fórmulas más o menos ambiguas, como «las inscripciones que procedan» o «las oportunas inscripciones», etc.

Cuarto.—En la escritura se describirán las fincas aportadas por el titular que reciba otras en compensación, con expresión de sus coeficientes, para ser canceladas en la medida que el valor de esas equivalga a lo que se le adjudique. (Art. 113, a), y 114 del Reglamento.)

Quinto.—También constarán las fincas nuevas que se adjudiquen, así como las viejas a las que corresponde el suelo, el terreno, de aquellas nuevas. (Art. 113, b), y por analogía el 114 del Reglamento.) Estas fincas, que llamamos viejas para simplificar, son las aportadas por titulares que ahora no reciben compensación y que deben ser objeto de «transformación» en unidades de aprovechamiento y que, en la misma medida física en que se adjudiquen a otro, debe solicitar su propietario que se inscriba la transformación. Y si sólo se adjudicase parte de alguna de estas fincas, sería preciso segregar esa parte para concretarla. (Por analogía, Art. 54 del Reglamento.)

Sexto.—Cada reparcelación parcial que se haga, necesitará la aprobación, con las mayorías reglamentarias, de la Junta de Compensación, lo mismo que la reparcelación total. (Art. 29 del Reglamento.)

Séptimo.—Cada escritura en la que se formalice una reparcelación deberá ser aprobada por el Organismo que aprobó los Estatutos de la Junta (hoy ya, por virtud del Decreto de 106 de octubre de 1981, debe ser el Ayuntamiento), lo mismo que la reparcelación total. Artículos 157 y siguientes del Reglamento.)

Octavo.—Todo lo demás que la Ley del Suelo, y el Reglamento de reparcelaciones de 7 de abril de 1966 (en la parte que está vigente) y el

de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, establecen para las reparcelaciones por compensación, es de obligado cumplimiento en estas reparcelaciones parciales.

• • •

Estas son las conclusiones a las que hemos llegado en un rápido estudio, urgidos por las reiteradas peticiones y consultas sobre la posible validez de una reparcelación parcial.

Nos daremos por satisfechos si sirven para que alguien con mejor criterio que el nuestro, las complete o las modifique y se pueda abrir una vía útil para todos.

Madrid, septiembre de 1982.

ISIDORO DELGADO ROLLÁN

Notas sobre un posible acto reparcelatorio parcial con consentimiento de los interesados

INTRODUCCION

Me comenta ISIDORO DELGADO ROLLÁN su intención de publicar un breve artículo sobre una posible solución registral al viejo y trascendente problema de las grandes reparcelaciones con gran número de propietarios, cuya conclusión se demora extraordinariamente en el tiempo, como consecuencia de la complejidad de la titulación existente y las dificultades de formalización del título reparcelatorio final.

Mi sugerencia de apostillar la solución que él propone y que considero de gran eficacia, ha sido aceptada por su habitual generosidad, lo que le agradezco profundamente.

La tesis que sustenta DELGADO se apoya en una realidad evidente: en polígonos definidos por el Plan como sujetos a reparcelación, en zonas suburbanas, de gran tamaño, parcialmente ocupadas por antiguas edificaciones, generalmente de muy baja calidad, y con una titulación normalmente defectuosa e incompleta, se produce una muy seria dificultad de redacción final del acuerdo reparcelatorio, bien se siga el criterio clásico del Reglamento aprobado por Decreto 1006/66, de 7 de abril, que exigía la previa agrupación de las fincas reparceladas, bien se siga el nuevo criterio establecido por el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en sus artículos 113 y 114, de inscripción y cancelación paralela de las nuevas y de las antiguas fincas del polígono.

El fenómeno descrito da lugar a la paralización, no de la operación de reparcelación en sí, cuyo expediente puramente urbanístico de determinación de nuevas parcelas, localización de elementos de cesión obli-

gatoria y atribución de volúmenes es susceptible de llegar a buen fin, sino de la formalización de la documentación necesaria para la inscripción registral global de las operaciones reparcelatorias realizadas.

Por ello es indispensable la necesidad de buscar algún sistema que, con plenas garantías urbanísticas y registrales, permita la inscripción parcial de los resultados de la reparcelación, sin que cada uno de los interesados en el mismo esté condicionado, en la obtención de su definitivo título, por la solución de las dificultades de documentación que, por muy diversas causas, puede afectar a otros propietarios del mismo polígono.

En el problema inciden dos planos de exigencia diferentes:

- a) De una parte, es necesario el mantenimiento absoluto de las garantías propias del sistema reparcelatorio, es decir, el conocimiento por todos los interesados de los trámites seguidos y de las adjudicaciones realizadas; y la posibilidad de alegaciones en el expediente y de los recursos que la legislación establece, garantías todas ellas especialmente recogidas en los artículos 108, 109 y 112 del Reglamento de Gestión Urbanística como desarrollo de los principios básicos contenidos en la Ley de Régimen del Suelo.

Dentro de este aspecto, parece esencial estudiar la posibilidad de actos reparcelatorios parciales.

- b) Desde otro punto de vista, es necesario determinar si se cumplen plenamente en la posible inscripción registral de estos actos reparcelatorios parciales los requisitos esenciales exigidos por la legislación hipotecaria, cuya aplicación se infiere no solamente de los preceptos específicos sobre reparcelaciones, sino —muy fundamentalmente— de lo señalado en el artículo 221 de la Ley de Régimen del Suelo.

De ambos aspectos me voy a referir especialmente al primero, puesto que coincide plenamente con la solución hipotecaria que, por aplicación analógica de los artículos 52 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, propone ISIDORO DELGADO.

Realmente en este supuesto los derechos de los distintos interesados en el acto reparcelatorio parcial quedan, no solamente definidos con claridad, sino, además, perfectamente protegidos por el sistema hipotecario general en cuanto aplicable, no sólo a la finca en su concepto clásico, sino también a las unidades de aprovechamiento sobre el polígono consideradas como elemento inmobiliario inscribible y susceptible de tráfico jurídico.

La primera de las cuestiones citadas plantea, sin embargo, algún problema de interpretación. En efecto, tanto la Ley del Suelo como el Reglamento de Gestión conciben la reparcelación no como un sistema de actuación, sino como un procedimiento corrector de desigualdades, cuya finalidad es doble: por una parte, se trata de llevar a cabo un reparto equitativo de los beneficios y cargas de la ordenación y, por otra, de afectar las fincas resultantes a las obligaciones dimanantes de la llamada cuenta de liquidación provisional a que dan lugar los gastos de la reparcelación.

El primer aspecto de la reparcelación comporta, a su vez, una operación doble:

- La redefinición de las fincas aportadas e incluidas en la reparcelación a fin de adaptar su descripción física al plano parcelario resultante del Plan de ordenación, con atribución, conforme al propio Plan, de los usos pertinentes.
- La atribución a los aportantes de las nuevas fincas en proporción al suelo aportado, o a los elementos patrimoniales aportados y la adjudicación a la Administración de las parcelas definidas como de uso público o de cesión obligatoria por su carácter de equipamiento, o de elemento patrimonial integrante del 10 por 100 de aprovechamiento medio.

Este último aspecto, supone no solamente la redefinición de las fincas resultantes del expediente, sino además la aparición de nuevos titulares que no ostentaban derecho alguno sobre el polígono con anterioridad al comienzo del expediente reparcelatorio.

Pues bien, partiendo de estas bases conceptuales, la pregunta es obvia. ¿Qué posibilidades existen, en nuestra legislación, de llevar a cabo actos reparcelatorios de carácter parcial? Cabe distinguir dos grandes supuestos:

- a) Que la reparcelación no haya sido objeto todavía de aprobación definitiva. No estamos hablando de la posibilidad de subdivisión del polígono reparcelatorio en subpolígonos o unidades urbanísticas de menor tamaño. Esta posibilidad está perfectamente definida en el artículo 117 de la Ley de Régimen del Suelo y, por tanto, constituye un supuesto normal, que daría lugar a distintos expedientes de reparcelación total de cada una de las subunidades creadas. Por el contrario, nos estamos

refiriendo a aquel caso en el que se pretenda la reparcelación parcial de una fracción de la unidad objeto de reparcelación; dicho de otra forma, a la compensación particular entre propietarios distintos de la unidad sin tener en cuenta a los restantes titulares del polígono.

Este supuesto no parece, en principio, admisible, puesto que rompería los principios fundamentales de garantías de terceros que establece el propio Plan y, en definitiva, podría originar el fraude de los derechos de los restantes titulares de la unidad, en la medida en que resulta imposible la fragmentación del reparto de los beneficios y de las cargas dimanantes del Plan. Quizá se deba a ello la no alusión, en la actual legislación, a las posibilidades de concesión de volumen a cuenta al que se refería el Reglamento de reparcelaciones, en su artículo 22, único antecedente del que pudiera deducirse alguna posibilidad analógica para resolver el problema que estamos tratando.

- b) Otra cuestión diferente es la que consiste en la posible formalización parcial del acuerdo reparcelatorio definitivamente aprobado. Aquí el problema es radicalmente distinto; en efecto, el documento urbanístico que determina la nueva parcelación y la adjudicación de las fincas resultantes del expediente, tanto a los titulares aportantes del suelo integrante del polígono como a la Administración, en los diferentes conceptos a que antes aludimos, e incluso a los aportantes de obra urbanizadora, está definitivamente aprobado y, por tanto, se han cumplido los requisitos de información, participación y posibilidad de recursos que exige la legislación del suelo.

Las dificultades se concretan en la imposibilidad de inscripción global del polígono como consecuencia de las dificultades de la titulación existente respecto del suelo aportado que, en ocasiones no existe y que en otras plantea serias dudas en cuanto a la validez y perfección de la misma. Se nos dirá que tanto el Reglamento de reparcelación como la legislación hipotecaria permiten la solución de todos y cada uno de estos problemas, y ello es cierto, pero también lo es que, a veces, esa solución se dilata extraordinariamente en el tiempo, bien por tratarse de expedientes antiguos y complejos, bien por el pequeño tamaño y el gran número de fincas aportadas, lo que en ocasiones exige una subsanación global de la certificación del acuerdo de reparcelación, lo que da lugar a una tardanza absolutamente incompatible con las necesidades de la actuación y de sus medios financieros generalmente hipotecarios.

En este sentido, la pregunta inevitable es la de si cabría pensar en una formalización parcial del acuerdo de reparcelación, en la que una parte de los interesados consiente en la cancelación de las fincas que aportaron, con el consentimiento paralelo del titular de las fincas que han de adjudicarse al primero mediante la conservación, por parte del aportante, que ahora no recibe una finca concreta, de sus derechos futuros sobre el polígono reparcelado. No me extendiendo más en la especificación del supuesto que aparece perfectamente descrito en el trabajo de ISIDORO DELGADO.

Únicamente conviene subrayar que el supuesto solamente puede darse cuando el proyecto de reparcelación del polígono está definitivamente aprobado y solamente se trata de su formalización parcial.

Centrada la cuestión, surgen dos problemas concretos:

- Posibilidades de la solución y tipo de documento inscribible.
- Requisitos exigibles a dicho título.

A. POSIBILIDADES DE LA SOLUCIÓN Y EL TIPO DE DOCUMENTO INSCRIBIBLE

Desde el punto de vista puramente urbanístico, si las condiciones de la reparcelación están perfectamente delimitadas en la aprobación definitiva del proyecto, la inscripción de las nuevas fincas puede llevarse a cabo mediante certificación del órgano urbanístico comprensivo de dicho acuerdo con las circunstancias exigidas por el artículo 113 del Reglamento de Gestión y sin el consentimiento de los interesados. Constituye este supuesto una excepción fundamental al principio de consentimiento imperante en nuestra legislación hipotecaria por razón de las características del expediente y las plenas garantías que en su tramitación se conceden a los titulares del suelo aportado.

En el supuesto que estudiamos, sin embargo, parece evidente en la medida en que uno de los titulares implicados, se ve privado de uso y disfrute, e incluso del dominio de la superficie que constituye el objeto de su folio registral, sin recibir a cambio otra cosa que un conjunto de unidades de aprovechamiento transformables, en el futuro, en una nueva porción de suelo, su consentimiento es indispensable, sin que quepa la mera certificación para provocar la inscripción del acto reparcelatorio parcial.

En este caso, por tanto, parece evidente la necesidad del otro medio

de documentación que admite la legislación urbanística, es decir, la escritura pública en que medie el consentimiento de todos los interesados, al menos de todos aquellos afectados por la operación registral que se pretende.

Con ello, el mecanismo jurídico privado de la libertad de contratación que constituye eje fundamental de la legislación civil, completa íntegramente las necesidades de garantía de los interesados, sin necesidad de acudir al procedimiento extraordinario de la certificación administrativa.

En efecto, lo que el antiguo Reglamento de parcelaciones pretende y el texto refundido vigente de la Ley del Suelo y su Reglamento de Gestión señalan como objetivo básico de la operación reparcelatoria, es la plena garantía de que la transformación urbanística que resulta del Plan de ordenación no altere la situación patrimonial de los titulares de la unidad, salvo en la medida de lo necesario, es decir, en la medida en que es indispensable la redefinición de las fincas y el adecuado reparto de cargas y beneficios. Lo que no exige como elemento esencial es que todos y cada uno de los interesados resulten titulares registrales de las nuevas fincas en el mismo instante. Creemos que cumplidos los requisitos urbanísticos y procedimentales de la reparcelación, no existe inconveniente alguno en que la atribución de una porción de suelo determinado por parte de su titular a otro distinto, sin que el primero reciba simultáneamente otra finca, es perfectamente posible siempre que medie su consentimiento.

Con ello, el primero de los aportantes de suelo recibe la superficie que por reparcelación le corresponde, con posibilidades de actuación inmediata sobre el mismo, mientras que el segundo se convierte en titular de unas unidades de aprovechamiento, concretadas en cada caso, conforme a la terminología y medición que establezca el propio expediente de reparcelación, susceptibles de tráfico jurídico con mucha mayor facilidad que la antigua finca vinculada de forma plena a una formalización dilatada del expediente reparcelatorio. Lo que posibilita esta actuación en la adición a los requisitos urbanísticos de procedimiento del consentimiento del segundo interesado, en la medida en que integra un negocio jurídico de transformación del objeto del derecho real que, no solamente no es contraria al ordenamiento ni perjudica a terceros, sino que, por el contrario, tiende de una parte a facilitar el tráfico patrimonial con plena seguridad y, de otra, hacer factible las pretensiones públicas de actuación urbanística.

B. REQUISITOS EXIGIBLES

Partiendo de esta base, la cuestión se centra ahora en determinar si esta escritura pública, en la que media el consentimiento tanto del que recibe una nueva finca y permite la cancelación del suelo que aporta, como la del titular que ve transformado el contenido de su folio, de forma que en adelante recaerá en unidades de aprovechamiento, puesto que la base física de éste ha pasado a constituir el objeto del historial hipotecario por subrogación real del primero de los aportantes, es suficiente para practicar la inscripción.

La respuesta, parece evidente, debe ser negativa. Es necesario acreditar que la formalización parcial del acto reparcelatorio se acomoda íntegramente al acuerdo reparcelatorio aprobado por la Administración, de tal forma que este control se lleve a cabo, no solamente por la propia Administración actuante, sino que también tengan acceso al mismo los demás titulares del polígono reparcelado.

Desde este punto de vista, cabría pensar en tres soluciones alternativas.

- a) Someter la escritura pública en la que se formaliza parcialmente el acuerdo de reparcelación al procedimiento global que para este expediente prevé la legislación urbanística. Parece una solución exagerada, puesto que el conjunto de garantías de intervención de los interesados ha culminado en la aprobación definitiva de la reparcelación.
- b) Entender que la mera aprobación administrativa del órgano actuante basta para entender cumplido el requisito de control a que antes se ha aludido. El sistema es evidentemente defendible, pero quedaría al margen de la necesidad de control por los demás interesados en la reparcelación.
- c) Seguir el sistema ecléctico de la aplicación analógica del procedimiento simplificado que se contiene en el artículo 115 del Reglamento de Gestión Urbanística, que exige no solamente la aprobación administrativa, sino la sumisión del acuerdo reparcelatorio, adoptado unánimemente por los interesados a información pública durante quince días. Con este sistema, se cubriría la doble exigencia de control por el resto de los interesados en la reparcelación. Es la solución por la que nos inclinamos y que parece más acorde con las finalidades pretendidas.

Los criterios expuestos son evidentemente discutibles, como, en general, ocurre con todos aquellos conceptos que es necesario introducir en nuestra vida jurídica, si queremos que las soluciones de Derecho se acomoden a la realidad de los tiempos. En este sentido, me parece que lo que no es discutible, sin embargo, es la actitud de aquellos profesionales que pretenden, superando los cauces estrechos de determinadas normas jurídicas, resolver cuestiones vitales con sujeción a los principios fundamentales de la seguridad del tráfico inmobiliario. No queda otra solución para el jurista práctico, ante la demanda de los tiempos, que la búsqueda de nuevas fórmulas cuando la solución de los problemas, eficaz, rápida y segura, es indispensable.

RAFAEL ARNAIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ QUESADA SEGURA

I. JURISPRUDENCIA CIVIL

TERCERIA DE DOMINIO: CONFLICTO ENTRE TERCER ADQUIRENTE Y EMBARGO NO ANOTADO EN UN SUPUESTO DE BIENES NO INSCRITOS EN EL REGISTRO. CARACTER NO CONSTITUTIVO DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. NECESIDAD DE ACREDITAR EL TITULO POR PARTE TERCERISTA FRENTE AL EMBARGO TRABADO (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1980).

Hechos.—Don Enrique M. H. deduce demanda contra don Jorge R. R. y contra la entidad mercantil F. y P., S. A., sobre tercera de dominio, alegando que mediante escritura pública de 25 de noviembre de 1975 había comprado a la entidad demandada varios «bungalows» de una urbanización, y ahora suplica se dicte sentencia por la que se declare que esos bienes, que habían sido embargados a la empresa por el demandado don Jorge R. R., son propiedad del demandante, ordenando se alce el embargo trabado.

Don Jorge R. R. contestó a la demanda oponiendo que es requisito imprescindible en las tercerías de dominio el justo título de dominio, y el actor carecía de él en el momento en que tuvo lugar el embargo, aparte de que cuando fue otorgado lo fue simuladamente.

El Juez de Primera Instancia número dos de los de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia desestimando totalmente la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad.

El actor interpone recurso de casación por infracción de ley, por infracción de los artículos 140, párrafo 2.º del Reglamento Hipotecario, en relación con los artículo 42 núm. 2.º y 43 de la Ley Hipotecaria y

artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que la anotación de embargo es obligatoria, y en este caso no había existido la anotación de suspensión por no estar inscritos los bienes.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que denunciándose en el único motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación, por inaplicación, del artículo ciento cuarenta, párrafo segundo, de Reglamento de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo cuarenta y dos, número dos, de la Ley Hipotecaria, artículo cuarenta y tres de la propia Ley y artículo mil cuatrocientos cincuenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concreta el recurrente —apartado d) de los en que sintetiza los razonamientos que sirven de base al recurso— que la cuestión de fondo de la tercería en cuanto a los hechos de la misma es la que como tal se consignó en el tercer considerando de la sentencia del Juzgado —aceptado por la de la Audiencia— en el sentido de que «se había cuestionado por el tercerista la validez de tal traba —la de embargo— por cuanto no fue ésta anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad correspondiente y con ello se vulneró lo ordenado en el artículo mil cuatrocientos cincuenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el párrafo segundo del artículo cuarenta y tres de la Ley Hipotecaria, entendiéndose, en definitiva, el referido recurrente, que las apreciaciones de índole jurídica contenidas en la sentencia recurrida según las que la anotación preventiva del embargo de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad era totalmente voluntaria y no constituía requisito esencial para su validez, infringía los preceptos legales en que el recurso se amparaba».

Considerando que el recurso por el exclusivo fundamento que le sirve de base ha de decaer, por cuanto: a) La apreciación jurídica contenida en el tercer considerando de la sentencia del Juzgado en orden a la validez del embargo de los inmuebles objeto de la tercería de dominio, no obstante no haber sido anotada preventivamente la traba en el Registro de la Propiedad, es conteste con la doctrina legal sancionada por la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias de catorce de octubre de mil novecientos sesenta y cinco —segundo considerando— y veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y siete —segundo considerando— en el sentido de que, decretado legalmente un embargo por la autoridad judicial, la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad no puede condicionar su existencia, «ni tener con respecto a él un valor constitutivo que sería incompatible con su naturaleza y con el alcance que en nuestro derecho debe darse a las inscripciones y, sobre todo, a las anotaciones registrales, como se comprueba con el precepto general contenido en el artículo cuarenta y dos de la Ley Hipotecaria, que al decir "podrán anotar" está claramente reflejando un sentido potestativo y no imperativo»; b) Porque presupuesta la existencia y validez del embargo trabado sobre los bienes inmuebles objeto de la tercería de dominio, bienes que según afirmación de la Sentencia recurrida «no estaban (ni están) inscritos en el Registro de la Propiedad», no es atacada la conclusión establecida por la referida sentencia de que el tercerista en el momento del embargo no era propietario de las fincas que reclama y,

por ende, «carecía de acción para ejercitar la tercería, conforme a reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de trece de octubre de mil novecientos sesenta, veinte de octubre de mil novecientos sesenta y uno y veintiocho de enero de mil novecientos sesenta y cuatro», y c) Porque siendo, por demás, cierta la doctrina legal sancionadora de que, «al implicar la tercería una cuestión de preferencia es imprescindible que la justificación del dominio se refiera a la existencia de un derecho de propiedad vigente en el momento de ser susceptible de originarse la acción, esto es, que tenga realidad en el momento del embargo, porque siendo éste el causante de la privación posesoria hay que justificar que al practicarse el embargo, originador de dicha privación, tenía el tercerista la propiedad del bien embargo, indispensable para que pueda concedérsele el respeto y la protección que reclama» —primer considerando de la sentencia de esta Sala de veintiocho de enero de mil novecientos sesenta y cuatro y en igual sentido el tercer considerando de la de veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y seis y primer considerando de la de veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta y nueve—, es indudable que al no haber sido impugnada la procedente aplicación al caso debatido de la aludida doctrina el recurso carece de viabilidad, dado que, como también es afirmación de la sentencia recurrida, los bienes litigiosos fueron embargados el día veinticuatro de octubre de mil novecientos setenta y cinco y el actor-tercerista no los adquirió hasta el día veinticinco de noviembre del propio año.

NOTA.—Esta sentencia se mueve dentro de una línea de «descrédito del crédito anotado» o, mejor dicho, de desvalorización de la anotación preventiva de embargo en nuestro sistema. Pero a diferencia de lo que ocurre en otras sentencias, que se limitan a aplicar lo dispuesto en el artículo 1.923 núm. 4.º del Código Civil, más o menos acertadamente interpretado, esta otra sentencia que ahora se anota puede implicar una clara contradicción con lo dispuesto en dicho precepto.

Hasta ahora no se había dado tal valor a la fecha de la providencia judicial de embargo, sino a la fecha de la anotación preventiva, siquiera fuera ésta limitada en sus efectos. Pero es que la presente sentencia marca como fecha del embargo el de la diligencia judicial, llegando a una solución insostenible desde el punto de vista de la legislación vigente.

Ahora bien, hay que advertir que el supuesto planteado es el de finca no inmatriculada en el Registro, en que ni el acreedor embargante ni el tercerista habían accedido al mismo, por lo cual, sea cual fuere la opinión que la sentencia merezca, sólo cabe tenerla en cuenta en supuestos en que el Registro de la Propiedad no juega en el caso, no cuando el adquirente ha obtenido la inscripción de su título y el embargo no conste anotado. Si el adquirente ha inscrito su título, la aplicación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria impone prescindir totalmente del embargo no anotado.

De todos modos, la doctrina de esta sentencia merece crítica desfavorable, sea cual fuere el ámbito del supuesto de hecho de la misma, por lo siguiente:

1.º Implica una contradicción con lo dispuesto en el artículo 1.923-4.º del Código Civil. La preferencia que este precepto concede a los créditos respecto a otros posteriores se refiere únicamente a los anotados. De

aquí se desprende que los créditos no anotados no son créditos privilegiados y no tienen ningún valor ni efecto respecto a créditos y actos posteriores. Si bastara la diligencia judicial de embargo para conceder preferencia, entonces no se explicaría el artículo 1.923.4.º del Código Civil, que sólo se refiere a la preferencia de los créditos anotados, es decir, los créditos que tienen la garantía de la anotación preventiva de embargo. Por tanto, entendemos que el artículo 1.923.4.º del Código Civil no ha sido tenido en cuenta en el presente caso.

2.º Implica una contradicción con la forma de entender la naturaleza de la anotación preventiva de embargo por la doctrina más autorizada. Basta leer lo que nos dice ROCA SASTRE para comprobar que la anotación es «constitutiva» en materia de anotación de embargo. Ante todo se las denomina «anotaciones constitutivas» por que «constituyen una especial garantía de Registro, que las acerca a las antiguas hipotecas judiciales». Y más adelante insiste en que son de tipo «constitutivo» y en que «para que el embargo y consiguiente enajenación pueda surtir plenos efectos contra los ulteriores adquirentes de la finca o derecho real embargado, será indispensable su anotación preventiva, y como solamente en lo que respecta a estos ulteriores adquirentes es indispensable que el embargo sea anotado preventivamente en el Registro, de ahí el carácter consustancial o *sine qua non* que reviste la anotación preventiva del embargo trabado».

3.º La doctrina de la sentencia tampoco se adapta a lo que establece el artículo 43, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según estos preceptos la anotación de embargo es «obligatoria». Para que esta palabra tenga algún sentido, hay que interpretar que es obligatoria para que el embargo quede constituido como tal garantía. La anotación no es obligatoria para que pueda seguir la vía de ejecución, sino que lo es para que quede constituida la garantía que el embargo implica. El carácter constitutivo de la anotación de embargo tiene el mismo fundamento que el de la hipoteca, y por eso antiguamente se la denominaba hipoteca judicial, al igual que se la configura así en algunas legislaciones modernas, como en la italiana y en la francesa.

La presente sentencia, en vez de atenerse al terminante artículo 43 de la Ley Hipotecaria, prefiere acogerse al «podrán pedir anotación preventiva» con que inicialmente se abre el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, olvidando que ese «podrán pedir» se refiere únicamente al principio de rogación o instancia y no al de inscripción constitutiva, siendo además un precepto general destinado a la enumeración de todas las anotaciones preventivas, a diferencia del artículo 43, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria, que se refiere de modo textual y directo al carácter «obligatorio» de la anotación preventiva de embargo. Esta obligatoriedad tiene que referirse necesariamente a la «constitutividad» de la anotación, y así lo destaca acertadamente la doctrina dominante, según hemos visto.

Por todo lo dicho, criticamos negativamente la presente sentencia y en cualquier caso insistimos en que su doctrina ha de limitarse al caso en que las fincas no estén inmatriculadas, pues así resulta del supuesto de hecho y del apartado b) del «Considerando» segundo de la sentencia, al recalcar que los bienes «no estaban (ni están) inscritos en el Registro de la Propiedad».

J. M. G. G.

VALOR PROBATORIO DE DOCUMENTO PRIVADO RECONOCIENDO UNILATERALMENTE LA VENTA Y TRANSMISION DE FINCA. EFICACIA DE DICHO DOCUMENTO AUNQUE NO CONSTE CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA, DADA LA FECHA DEL MISMO, ANTERIOR A 1958, EN QUE LA LEY TODAVIA NO EXIGIA DICHO CONSENTIMIENTO. AL EXISTIR TAL DOCUMENTO OTORGADO POR EL TITULAR REGISTRAL, NO SE DAN LOS REQUISITOS DE JUSTO TITULO Y DE BUENA FE NECESARIOS PARA LA USUCAPIO «SECUNDUM TABULAS». LOS HEREDEROS DEL FIRMANTE DEL DOCUMENTO NO SON TERCEROS A EFECTOS DE LA FECHA DEL MISMO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.227 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1980).

Hechos.—Doña Elena R. G., doña Elena R. V. y don Manuel V. R. por sí y en favor de la comunidad hereditaria de don Manuel V. L., formularon demanda contra doña María de la Concepción R. O. y herederos desconocidos e inciertos de don José V. L. y doña Carmen G. S., estableciendo que el esposo y padre de los actores, respectivamente, había adquirido la propiedad de una casa por compra a su hermano, a pesar de que éste figuraba todavía como titular registral, según se demuestra por un documento privado en que dicho titular, ya fallecido, reconoce que vendió la casa a su hermano. Suplican se dicte sentencia por la que se declare que es auténtico, válido y eficaz el documento privado de fecha 4 de diciembre de 1954 respecto a la citada transmisión de la casa; que la titularidad dominical ostentada por tal comprador ha pasado a la comunidad hereditaria quedada a su muerte y constituida por los actores; que son radicalmente nulos e ineficaces todos los documentos e inscripciones que lo antedicho contradigan; y que las presentes declaraciones, insertas en la sentencia, son a todos los efectos legales de procedencia, y en especial a los de reanudación del tracto sucesivo de la inscripción registral que todavía figura a nombre del firmante del documento privado, y al fin de que los integrantes de la precitada comunidad puedan inscribir su derecho dominical en el Registro de la Propiedad. Y, en consecuencia, se condene solidariamente a los demandados a que así lo reconozcan y consientan.

El Juez de Primera Instancia de La Coruña número uno dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

Considerando que como antecedentes del presente recurso, de acuerdo con la relación de hechos declarados probados en la instancia, deben mencionarse los siguientes: con escritura pública de dieciséis de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro don Manuel Vila López vendió a su hermano José tres fincas, entre las que se encuentra la actualmente discutida, por precio de cincuenta mil pesetas, inscribiendo a su nombre el comprador en el Registro de la Propiedad, quien, sin embargo, con fecha de cuatro de diciembre del mismo año, vuelve a vender al entonces

vendedor, una de aquellas, también en escritura pública, por el precio ligurado de quinientas pesetas; el propio día cuatro de diciembre, el primitivo comprador (es decir, José) firma un documento privado en el que dice que ha vendido a su hermano Manuel (primitivo vendedor) otra de las fincas, sita en el Municipio y Parroquia de Oleiros, en el lugar «Da Rabadeira», por el precio de veinte mil pesetas, que declara haber recibido, con aceptación de todo por el ahora comprador, a quien entregó la escritura originaria de deciséis de junio como título de propiedad, «en demostración de que le entrega no sólo la propiedad, sino también la posesión y con reconocimiento expreso de que el dominio de la finca es de mi hermano Manuel, quedando zanjadas cuantas diferencias puedan existir entre él y yo»; el documento aparece firmado sólo por el declarante, cuya firma se reconoció como auténtica después de la pertinente prueba pericial, y se presentó a la liquidación del Impuesto de Transmisión de Bienes el siete de enero de mil novecientos setenta y seis, siendo de destacar que dicho declarante continuó en la posesión de la finca hasta su muerte (acaecida el diecisiete de abril de mil novecientos setenta y cinco), momento en que la viuda e hijos de Manuel (actualmente recurridos), que falleció el treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, ante el fracaso de las gestiones amistosas, interpusieron demanda contra los herederos de aquél, ejercitando acción reivindicatoria, que fue estimada por la sentencia de primer grado y confirmada por la recurrida en este trámite, contra la que se alza el recurso, que basa su impugnación en dos puntos fundamentales: en primer lugar, la validez del documento privado de cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro y del acto jurídico que contiene, y en segundo término, la transmisión de la posesión y propiedad del inmueble en cuestión.

Considerando que a lo primero, es decir, a la validez del documento y del acto que contiene, se dedican los cuatro primeros motivos, de los que los señalados con los números uno y dos se dirigen contra la apreciación de la prueba, con amparo en el ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, para denunciar error en aquella apreciación en un caso de derecho, con violación del artículo mil doscientos veintisiete del Código Civil, y en el otro, de hecho, en relación para ambos con el documento aludido de cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, ninguno de los cuales puede ser estimado, porque ciertamente la fecha de un documento privado como es el referido no se contará, respecto de *terceros*, sino desde los momentos que prescribe el artículo mil doscientos veintisiete, pero aquí los que lo alegan no entran en consideración como tales terceros, sino como *herederos* del autor de quien redactó el documento, al que, en sí, no son ajenos, en cuanto tiene eficacia respecto de ellos por imperativo de lo dispuesto en el artículo mil doscientos cincuenta y siete del Código; lo único que están en condiciones de alegar ahora, habida cuenta la fecha de aquel, son las repercusiones dominicales que inexorablemente tienen que tener como base la consecuencia de carácter real de aquel contrato, cuya existencia y validez proclamadas por el Juzgador es evidente que no pueden atacarse con base en un pretendido error fáctico en la apreciación probatoria, aduciendo el documento mismo, que no sólo lo tuvo en cuenta, valorándolo e interpretándolo la sentencia recu-

rrida, sino que fue el elemento central del litigio precedente, lo que impide su utilización para los fines alegados, según la reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, con independencia de que, contrariamente a lo sostenido en el recurso, la sentencia que se recurre no afirma que haya habido consentimiento y aceptación del que allí se pone como comprador, sino que en el documento el declarante *afirma y reconoce* que se lo vendió a su hermano y que éste aceptó todo, pángole el precio de veinte mil pesetas.

Considerando que al quedar incólumes en casación las declaraciones del Tribunal *a quo*, referentes a la realidad y validez del documento de cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, tanto en cuanto a su firma y fecha como en cuanto a su contenido (acto de reconocimiento), no puede afirmarse, como se hace en el motivo tercero, que se aplicó indebidamente el artículo mil cuatrocientos cuarenta y cinco, en relación con los mil doscientos cincuenta y cuatro, mil doscientos cincuenta y ocho, mil doscientos sesenta y uno, primero y mil doscientos setenta y ocho, todos ellos del Código Civil, con lo que se hace supuesto de la cuestión acerca de si existió o no aceptación y consentimiento, pues es de observar que es el propio interesado quien no sólo reconoce que lo hubo, sino que igualmente reconoce espontánea y libremente que, a causa de aquella venta, *ni la propiedad ni la posesión de la finca son suyas*; reconocimiento, unilateral como todo reconocimiento, pero vinculante para quien lo hizo, con su indefectible valor probatorio, que sus herederos no pueden discutir, ni mucho menos impugnar, con meras conjeturas, presunciones y deducciones; del mismo modo que tampoco puede entrar en juego la normativa relativa a la sociedad de gananciales y su liquidación, en relación con la mujer de José, como se pretende en el motivo cuarto, donde por la vía del mismo número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento se denuncia violación de los artículos cuatro, mil trescientos quince, mil trescientos noventa y dos, mil trescientos noventa y tres, mil cuatrocientos uno, mil cuatrocientos siete, mil cuatrocientos trece y mil cuatrocientos diecisiete a mil cuatrocientos veinticuatro del Código Civil, pues aparte de la incorrección procesal que supone la cita de preceptos tan genérica e indiscriminadamente alegados, en contra de la exigencia de claridad y precisión del artículo mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento, incidiendo con ello en la causa de inadmisión del número cuatro del mil setecientos veintinueve, que por sí sola sería causa de desestimación en este trámite, es visto que el argumento fundamental que se emplea está basado en la facultad dispositiva del marido respecto de los bienes considerados como gananciales, que en el momento en que se efectuó estaba amparada por la redacción entonces vigente del artículo mil cuatrocientos trece que, como es bien sabido, sólo fue modificado con el contenido actual, que es el que alega el recurso, por la Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, inaplicable, de suyo, en la fecha en que la venta tuvo lugar. ۞

Considerando que al segundo de los puntos al principio enunciados se dedican los tres restantes motivos, amparados todos en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, alegando que se aplicó indebidamente el párrafo segundo del trescientos cuarenta y ocho del Código, pues, ejercitándose una acción reivindicatoria, no se acre-

ditó el título legítimo que la Ley exige (motivo quinto), ya que el causante de los actuales recurrentes tuvo siempre la posesión de la finca, sin que pueda decirse que se efectuó la tradición fingida, porque ésta requiere la realidad de un contrato de compraventa que aquí no existió, habiéndose, por tanto, interpretado erróneamente los artículos seiscientos nueve, mil noventa y cinco y párrafo segundo del mil cuatrocientos sesenta y dos del Código (motivo sexto), porque, en todo caso, mediando aquella posesión y constando la inscripción en el Registro de la Propiedad desde el dieciocho de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro en favor del mencionado causante de quienes recurren, es evidente que se consolidó el dominio por la usucapión ordinaria, para la que el justo título es la propia inscripción, según determina el artículo treinta y cinco de la Ley Hipotecaria, que también se interpretó con error (motivo séptimo); alegatos que no son estimables, siendo en su consecuencia obligado el decaimiento de los motivos en que se contiene, y ello por lo siguiente: el reconocimiento que se hace en el documento de cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro no es sólo, según se ha visto, de la compraventa efectuada con percepción del precio pactado, sino igualmente de la entrega de la propiedad y posesión de objeto vendido, diciéndose expresamente que «la propiedad de la finca es de mi hermano», a cuyo fin le entrega la primera copia de la escritura pública en que consta el título adquisitivo del vendedor, lo cual significa que tuvo lugar la tradición fingida que permite el párrafo segundo del artículo mil cuatrocientos sesenta y dos del Código, porque, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, puede producirse, aunque la venta conste en documento privado, si se entrega dicho título adquisitivo, que justificaba la propiedad de quien vende, según se dijo en las sentencias de veinticinco de octubre y diecinueve de diciembre de mil novecientos veinticuatro, veinticuatro de diciembre de mil novecientos veintinueve y dieciséis de febrero de mil novecientos setenta, entre otras; significa también que la continuidad en la posesión del vendedor no estaba basada sino en la mera tolerancia de quien éste reconoce que era el verdadero poseedor jurídico, que según el artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código, no afecta a la posesión, dándose lugar al segundo de los supuestos del artículo cuatrocientos treinta y dos, de un simple tenedor de la cosa, perteneciendo el dominio a otra persona, que conserva la posesión mediata; y, sobre todo, significa que el tantas veces referido vendedor no pudo estar amparado por la presunción del artículo cuatrocientos treinta y cuatro que le permitiese utilizar a su favor la usucapión decenal del artículo mil novecientos cincuenta y siete del Código en relación con el treinta y cinco de la Ley Hipotecaria porque, como declaró la sentencia recurrida, carecía no sólo de *justo título* (pues a pesar de la inscripción, el titular de la misma reconoció que el título lo había transmitido a otro), sino también de *buena fe*, que tampoco pueden alegar sus herederos, sino a partir de la muerte de su causante, en virtud de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cuarenta y dos de Código Civil.

NO EXISTE VIOLACION DE LOS ARTICULOS 38 Y 40 DE LA LEY HIPOTECARIA, YA QUE ESTOS PRECEPTOS EXIGEN INELUDIBLEMENTE PARA SU APLICACION LA CONSTANCIA DE UN DATO REGISTRAL Y SU CONTRADICCION, POR LO QUE NO CONSTANDO EN EL REGISTRO LA REFERENCIA A LA PUERTA OBJETO DE CONTROVERSA, LA SENTENCIA CONDENANDO A SU CIERRE NO INFRINGE AQUELLOS PRECEPTOS. CONCEPTO DE DOCUMENTO AUTENTICO EN CASACION. CUESTION NUEVA (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1980).

Hechos.—La Comunidad de Propietarios de un edificio formuló demanda contra don Rafael F. S., aparejador, don Joaquín B. R., constructor, y don Vicente S. C., del comercio, exponiendo que los demandados construyeron en su día el edificio, y en la escritura de obra nueva y división horizontal se expresó que dicho edificio tiene acceso por dos entradas, recayentes a la fachada principal del total edificio, una situada al extremo izquierda y otra al extremo derecha mirando al mismo, sin que en ningún momento se mencione ningún otro tipo de entrada o acceso, y al ser descritos los locales de planta baja, que son los que actualmente pertenecen a los demandados; una vez vendidos los apartamentos del edificio se señala que éstos tienen los accesos propios e independientes; que en la actualidad los demandados han abierto sin solicitar permiso de los demás propietarios una puerta que da acceso a la primera de las plantas bajas, infringiendo así todo cuanto sobre esta materia viene dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Propiedad Horizontal, debiendo tenerse en cuenta que las plantas bajas, por su mismo emplazamiento, tienen acceso directo a través de los laterales del edificio, no siéndoles necesario, por tanto, modificar la fachada principal para obtener el acceso; que los demandados, sin solicitar tampoco permiso, han fraccionado la zona de aparcamiento, que es elemento integrante del inmueble, y que está situada frente al mismo edificio, con un pasillo de acceso directo a la puerta que indebidamente han abierto en la fachada; que existen deficiencias en el edificio construido, no habiéndose concluido la construcción en las plantas bajas propiedad de los demandados, que carecen de cerramientos laterales, y al no encontrarse enlucido el techo, el edificio se va deteriorando cada vez más.

Los demandados se oponen, alegando que los accesos de los bajos vienen determinados en los propios títulos, que la zona de aparcamiento no se encuentra afectada en modo alguno por los accesos de los bajos y que el edificio en cuestión se encuentra perfectamente acabado conforme a los planos.

El Juez de Primera Instancia de Sueca dictó sentencia estimando sólo en parte la demanda, condenando a los demandados a arreglar las bovedillas rotas y enlucir los techos de las planchas bajas del edificio, así como a realizar con obra de fábrica los cierres provisionales exteriores de dichas plantas, de modo similar a como lo está la planta semi-sótano en su paramento a fachada.

La parte actora interpone recurso de apelación y la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia revocando a los demandados a que cierren con obra de fábrica la puerta abierta en la fachada del edificio y a que supriman el escalón de ladrillos que

fracciona la zona de aparcamientos, de modo que ésta vuelva a tener la capacidad y superficie que figura en la escritura de declaración de obra nueva.

Los demandados interponen recurso de casación, alegando error de hecho en la apreciación de la prueba, infracción del artículo 38 en relación con el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, por el concepto de inaplicación, y por infracción del artículo 564 del Código Civil en relación con el 549 del mismo. Concretamente, por lo que se refiere al citado artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se apoyan en que en la escritura inscrita se dice que el local tiene dos accesos propios e independientes, lo que significa que no pueden ser los mismos que los accesos al edificio, siendo un derecho del propietario del local a tener dos accesos propios e independientes, sin que se especifique dónde pueden encontrarse los mismos, no pudiendo variarse el Registro sino por su cauce legal.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

Considerando que procede desestimar el primero de los motivos formulados, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los recurrentes don Rafael F. S. y don Joaquín B. R., con fundamento en pretendido error de hecho en la apreciación de la prueba, en cuanto al particular de la sentencia recurrida que considera que el local semi-sótano en cuestión se dice tiene derecho a tomar luces mediante celosías de cerámica, sin mencionar posibilidad de apertura de la puerta en cuestión, y cuyo error se pretende deducir tanto de expresiones consignadas en el inicial escrito de demanda obrante al folio veintisiete de los autos, referentes a que los dueños de las plantas bajas han abierto, sin solicitar permiso de los propietarios, una puerta que da acceso a la primera de las plantas bajas, como de que la propia escritura de división horizontal, que afecta a la edificación de que se trata, que consta al folio ocho de los autos, se consigne que a la planta baja, emplazada bajo el linde de rasante, actualmente sin distribución interior y con dos accesos propios e independientes a que se hace referencia en la descripción del inmueble «le corresponde como anejo la parte del sotanillo existente bajo su porción edificada», y que la diligencia de reconocimiento judicial, reflejada al folio ciento veintidós vuelto de los autos, manifiesta que el único punto de acceso a la planta sótano es a través de la carretera de Congemase baja hasta la carretera del Faro, accediendo desde esta planta sótano al sotanillo por medio de una pequeña escalera, de una parte debido a que dicho documento no tiene el carácter de auténtico a efectos de casación, al no merecerlo, según constante doctrina jurisprudencial, los escritos de las partes, y concretamente las demandadas (sentencias de esta Sala, entre otras, de dos de junio de mil novecientos treinta y uno, veintiséis de enero de mil novecientos treinta y cinco, trece de julio de mil novecientos treinta y seis, veintisiete de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, quince de octubre de mil novecientos cuarenta, treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, dieciocho de noviembre de mil novecientos sesenta y tres y veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y cinco), las escrituras que, como

ya la dicha de división horizontal, han sido examinadas y valoradas por la Sala sentenciadora de instancia (sentencias de este Tribunal de veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, trece de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, ocho de junio de mil novecientos sesenta y uno, dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, seis de marzo, doce de noviembre y quince de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, doce de febrero, primero y diez de marzo de mil novecientos sesenta y seis, además de otras), ni la diligencia de reconocimiento judicial (sentencias de doce de diciembre de mil novecientos treinta y uno, quince de diciembre de mil novecientos cincuenta, cuatro de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, treinta de junio de mil novecientos sesenta y seis de diciembre de mil novecientos sesenta y tres); y de otra parte, en todo caso, es causa de que tales documentos no revelan de forma indubitada, cual se requiere en situaciones de pretendido error de hecho, que exista equivocación en la condena establecida por la resolución impugnada al cierre con obra de fábrica del edificio a que la litis se refiere, y que los indicados recurrentes tratan de evidenciar con meras afirmaciones deductivas, derivadas de aspectos subjetivos, revelados por el contenido de las citadas demandas; escritura de división horizontal y reconocimiento judicial, que nada dicen concretamente sobre tal puerta, punto que, a efectos de error de hecho en casación, no puede reconocerse con base en nuevas hipótesis, suposiciones o deducciones (sentencias de trece de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, veintiséis de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, dos de junio de mil novecientos cincuenta, cinco de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, veintiuno de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, once de noviembre de mil novecientos sesenta y seis y veintiocho de abril de mil novecientos setenta y dos).

Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en orden al motivo segundo que los aludidos recurrentes tratan de deducir amparados en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria Civil, por alegar violada, por inaplicación, la norma contenida en el artículo treinta y ocho, en relación con el cuarenta, de la Ley Hipotecaria, previsores de que «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 tal modo que, como consecuencia, «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 correspondiente», porque si ciertamente, como ponen de manifiesto los recurrentes, en la escritura de esa nueva y división horizontal que consta al folio ocho vuelto de los autos, se consigna que el local número uno, planta baja, emplazada bajo el linde de rasante, actualmente sin distribución interior y con dos accesos propios e independientes a que se hace referencia en la descripción del inmueble, sin embargo no determina que la sentencia recurrida, en cuanto a sus pronunciamientos, produzca rectificación del Registro, pues que nada expresa éste respecto a la puerta referida, o sea, a que exista registralmente constancia de la referida puerta objeto de controversia, con lo que ninguna violación se produjo

de los meritados artículos treinta y ocho y cuarenta de la Ley Hipotecaria, ya que estos preceptos legales exigen ineludiblemente para su aplicación la constancia de un dato registral y su contradicción, aspectos que como viene dicho no se dan en el presente caso.

Considerando que la inconsistencia del tercero de los motivos de casación entablado, al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegar violación, por no aplicación, del artículo quinientos sesenta y cuatro, en relación con el quinientos cuarenta y nueve, del Código Civil, referente a que toda finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida o camino público tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización, surge con simplemente tener en cuenta que se trata de una cuestión nueva en casación, en cuanto no fue planteada en la instancia, y que en consecuencia no puede ser examinada en la actual fase procesal, toda vez que en materia de casación es fundamental que los recursos que se interpongan por infracción de ley o de doctrina legal hayan de referir sus alegaciones y razonamientos a lo que en el pleito se haya debatido, sin que sea lícito proponer cuestiones que no lo han sido en él oportunamente, pues el no entenderlo así tanto significaría desnaturalizar la casación, rompiendo y rebasando los moldes rígidos en los que el legislador quiso encerrar un recurso de suyo tan excepcional y extraordinario.

II. DERECHOS REALES

RETRACTO DE COLINDANTES: NO SE HA PROBADO QUE SEA RUSTICA LA FINCA, EN UN SUPUESTO EN QUE TODAS LAS DEL PARAJE HABIAN PASADO A SER ZONA INDUSTRIAL Y ADQUIRIDAS POR UNA EMPRESA DEDICADA A LA FABRICACION DE MUEBLES PARA MONTAR UNA FABRICA (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1980).

Hechos.—Don Manuel H. R. ejercitó acción de retracto de colindantes contra la empresa «M. I., S. A.», alegando que, al haber tenido conocimiento de que se habían vendido fincas colindantes, sin saber su precio y condiciones, requirió notarialmente a la demandada a tal efecto, la cual contestó que no procedía el retracto, pero sin indicar nada sobre el precio y condiciones, y habiendo tenido noticias no oficiales de que los precios de las tierras de esa zona oscilaban entre noventa mil y ciento veinte mil pesetas la hectárea; caso de ser cierto tal precio, le interesaba el ejercicio de la acción de retracto, por lo que interponía esta demanda, sin necesidad de haberse celebrado acto de conciliación por residir la Empresa demandada fuera de la demarcación del Juzgado, sustituyéndose a todos los efectos el acto de conciliación por el requerimiento notarial.

La entidad demandada contesta diciendo que había obtenido autorización para el montaje de una fábrica, y tratando de localizar los terrenos idóneos, el Ayuntamiento de Cella le hizo el ofrecimiento de un grupo de fincas, habiéndose producido una reunión de las personas que pudieran resultar afectadas, a la que asistió el demandante, en la que se trató so-

bre el precio y condiciones de las ventas, estabeciéndose en la escritura de compraventa una condición resolutoria a favor del vendedor si no se dedica el terreno a la instalación de la fábrica en el plazo que se señalaba. En consecuencia, se había producido, en su opinión, caducidad de la acción de retracto, no siendo, además, rústica la finca.

El Juez de Primera Instancia de Teruel dictó sentencia desestimando la demanda, absolviendo del retracto a la entidad demandada.

Apelada la anterior sentencia, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza la confirma «aun cuando por otros fundamentos» que la del Juzgado, desestimando, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor por lo siguiente:

Considerando que la sentencia objeto del recurso que, confirmando la de primer grado, desestima a la demanda de retracto de colindantes entablado por el hoy recurrente, establece como hechos básicos, determinantes de esa desestimación, que la finca objeto del retracto, que originariamente fue rústica por su destino agrícola, dejó de serlo desde el momento en que con anterioridad a su venta se planificó y obtuvieron las licencias necesarias para implantar sobre ella, y otras treinta y cinco más, una industria de fábrica de aglomerados de maderas de gran producción, para la que era apto el terreno, dada su proximidad a la estación del ferrocarril, dentro de cuyos cambios y señalización se encuentra, y la igualdad de nivel con la vía férrea, lo que suponía una gran ventaja para el tendido de vías para la recepción de materias primas y facturación de los productos en ella obtenidos, habiendo sido adquirida la totalidad de fincas con tal finalidad, hasta el extremo de constar expresamente, en todas las escrituras de compraventa de las mismas que al efecto se otorgaron, la condición resolutoria de retrovender las fincas a sus respectivos propietarios si en el plazo de cuatro años la entidad compradora no las destinaba a la instalación de referida fábrica de aglomerados de madera; que la finca colindante, propiedad del retrayente, no es de cultivo agrícola, sino que se dedica a la crianza de animales, actividad ganadera que constituye la utilidad de dicha finca; y, por último, que al presentarse la demanda ejercitando la acción retractual hacía ya varios meses que el retrayente había tenido conocimiento de la venta por haber estado presente en la reunión que, en noviembre de mil novecientos setenta y tres, se celebró en el Ayuntamiento del pueblo donde la finca radica y en la que se trataron las condiciones para instalar la anteriormente referida industria; y contra esta sentencia se alza el presente recurso, que si inicialmente lo integraban tres motivos, éstos han quedado reducidos a los dos primeros por no haber superado el tercero la fase de admisión.

Considerando que el retracto legal de colindantes, que el artículo mil quinientos veintitrés del Código Civil establece en favor de los propietarios de tierras contiguas cuando se enajene una finca rústica en la que concurra esa circunstancia de colindancia y su cabida no exceda de una hectárea ni ambas fincas estuvieren separadas por alguno de los accidentes de terreno que dicho precepto legal enumera, requiere para su válido ejercicio determinadas exigencias, entre las que se encuentran, como más im-

portantes, la de que el derecho se ejercita dentro de los nueve días siguientes, contados a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde que el retrayente hubiese tenido conocimiento de la venta, y que se consigne el precio si es conocido, o se dé fianza de consignarlo luego de que lo sea, como así viene establecido por los artículos mil quinientos veinticuatro y mil seiscientos dieciocho del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente; pero el cumplimiento de estos requisitos queda subordinado a otro, que es esencial y básico para que nazca la correspondiente acción, cual es el de que la finca que se pretenda retraer sea de naturaleza rústica, y en el caso presente, como anteriormente ha quedado expuesto, la Sala de instancia, en virtud de las circunstancias que en la cuestionada finca concurren y en las demás que también adquirió la entidad compradora, hoy recurrida, afirma que la misma dejó de ser rústica por integrar el paraje donde todas ellas radican una zona industria, en virtud de los hechos que declara probados y que anteriormente han quedado expuestos, y frente a esta declaración el segundo de los motivos —que por afectar a la realidad de tales hechos ha de ser examinado en primer término— alega, amparado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de derecho en la apreciación de la prueba por no aplicación de lo dispuesto en el artículo mil doscientos catorce del Código Civil, al estimar el recurrente que las consideraciones que la Sala sentenciadora hace no prueban la calificación jurídica de zona industrial de la finca que se intenta retraer, sin que la parte demandada haya aportado prueba alguna en tal sentido, mas aparte de que ésta alegó tal circunstancia y adujo pruebas en pro de esa calificación de terreno, sabido es que el citado artículo mil doscientos catorce del Código sustantivo es un precepto genérico regulador del *onus probandi*, ajeno a la eficacia que a los diversos elementos de prueba aportados al pleito deba otorgarse, y cuya apreciación incumbe al juzgador de instancia, lo que impide pueda servir dicho artículo de base a la casación si no se alegan otros preceptos que concretamente contengan alguna norma de valoración de prueba aplicables al caso, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal —sentencias, entre otras, de diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, dieciséis de marzo y veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, seis de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y uno, veintiuno de diciembre de mil novecientos sesenta y siete, veinte de junio de mil novecientos sesenta y ocho, veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, treinta de junio de mil novecientos setenta y seis y veintidós de marzo de mil novecientos setenta y ocho—, por lo que necesariamente el motivo ha de decaer, ya que no se alega haya habido inversión en la carga de la prueba por el juzgador de instancia, único supuesto en que el mencionado artículo mil doscientos catorce puede ser útil en casación y, por el contrario, como así se infiere de la argumentación que el desarrollo del motivo contiene, lo que el recurrente hace es combatir, por vía inadecuada, la apreciación de la prueba llevada a efecto por la Sala sentenciadora en uso de la facultad que para ello la Ley la confiere, pretendiendo de esta manera el recurrente que su particular y subjetivo criterio prevalezca frente al más autorizado, imparcial y objetivo del Tribunal *a quo*, lo que

no cabe admitir, pues, al no haberse combatido en forma legal la valoración de la prueba hecha en instancia, ha de quedar en pie la misma y el fallo que en ella se apoya, conforme declara la sentencia de esta Sala de treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y siete, de lo que deriva que habiendo quedado incólume la declaración de la sentencia impugnada en orden a estimar que la finca objeto del retracto no es de naturaleza rústica a los fines del mismo, huelga el entrar a examinar el primero de los motivos del recurso por ser totalmente inoperante la circunstancia de si la acción retractual se ejercitó o no dentro del plazo de los nueve días que requiere el artículo mil quinientos veinticuatro del Código Civil.

ACCION DE DESLINDE: REQUIERE LA TITULARIDAD DOMINICAL INDUBITADA RESPECTIVA POR PARTE DE DEMANDANTE Y DEMANDADO Y CONFUSION DE LINDEROS DE SUS FINCAS, NO PUDIENDOSE UTILIZAR PARA DECIDIR SOBRE CUESTIONES DE PREVALENCIA DOMINICAL Y NO DE DESLINDE (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1980).

Hechos.—Don Carlos L. A. deduce demanda contra don José G. S., suplicando se dictara sentencia declarando haber lugar al deslinde entre las fincas de demandante y demandado, después de alegar en la demanda que con anterioridad se había producido un pleito entre ambas partes, que terminó con sentencia del Tribunal Supremo en la que se confirmó la de la Audiencia que había desestimado la acción en la que el ahora también demandante solicitó se le declarara único dueño y propietario de la finca, así como la nulidad de las inscripciones registrales efectuadas en favor del demandado, siendo la razón de esa desestimación el que no había sido identificada la finca reivindicada con la que realmente poseían los demandados. Aquella sentencia de la Audiencia, ratificada por el Tribunal Supremo, declaró en su considerando tercero —según el actor— que lo procedente hubiera sido realizar un deslinde de la finca con los colindantes, y como el actor observó que después de la firmeza de la sentencia se comenzaron a borrar linderos, caminos, sembrados y a levantar alambradas e incluso vallas, se vio obligado a dejar constancia de estas maniobras, promoviendo expediente de jurisdicción voluntaria de deslinde, que al ser declarado contencioso daba lugar a a interposición de la presente demanda de deslinde.

El demandado se opone alegando cosa juzgada, pues ya había sido resuelta la cuestión por el Tribunal Supremo, pretendiendo ahora el actor revivir el problema a través de una acción de deslinde.

El Juez de Primera Instancia número dos de los de Alicante dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma al demandado.

Apelada la anterior resolución por la parte actora y sustanciada la alzada con arreglo a Derecho, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia revocando la del Juzgado y dando lugar a la demanda, declarando la procedencia del deslinde respecto a la finca que describía.

El demandado interpone recurso de casación por infracción de Ley por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en actos y documentos auténticos que constan ya en el anterior pleito ante el propio Tribunal Supremo y en la diligencia de recoocimiento judicial del Magistrado Juez de Primera Instancia número dos de Alicante; por error de derecho en la apreciación de la prueba por violación del artículo 1.232 del Código Civil, por aplicación indebida del artículo 384 de propio Código y por violación de los artículos 385, 386 y 387 del mismo, ya que con la solución que la Sala de apelación da a la cuestión planteada va a desaparecer la finca del demandado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que, como cuestión fáctica esencial a fines de la solución del recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta que la Sala sentenciadora de instancia establece, sin desvirtuación alguna eficiente en la actual fase procesal, que la finca del demandado don José G. S. se halla ubicada dentro del perímetro que comprende el fundo del demandante don Carlos L. A., y por ello no existe en la descripción de este último ningún linde que haga referencia a la propiedad del interpelado (Considerando primero de la sentencia recurrida), así como que ambas fincas están inscritas en el Registro de la Propiedad de Alicante (Considerando primero de la sentencia de primera instancia expresamente aceptado en la apelación).

Considerando que las circunstancias de hecho establecidas en la mencionada resolución impugnada, admitidas tanto por el referido demandante recurrido, don Carlos L. A., al consentir tal resolución, como por el aludido demandado recurrente, don José G. S., al hacerlo presupuesto del cuarto de los motivos amparadores de dicho recurso, formulado, con base en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y fundamentado en aplicación indebida del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, conducen a la estimación de tal motivo, porque si ciertamente aquel precepto legal sanciona que «todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes», es sobre la base de que entre los terrenos en fricción exista mera cuestión de colindancia, y por tanto determinación tan sólo de sus respectivos límites, o con más precisión a donde alcancen los de una y otra fincas consideradas, de hecho y jurídicamente, como realidad independiente, pero no cuando, como ahora ocurre, lo que se produce es, en esencia y en definitiva, el planteamiento de una contienda sobre la propiedad de la parcela controvertida, al entender el citado demandante recurrido que le corresponde en su integridad privativamente, por estimarla comprendida en su totalidad dentro del área delimitadora que le corresponde con base en su titulación constatada registralmente, y el meritado demandado recurrente que es finca plenamente independiente del dominio de aquél, en base a su causa titular también inscrita registralmente, significando, incluso en el caso de que la segunda de tales fincas forme parte integrante del perímetro de la primera, como establece la sentencia recurrida, un problema de doble inmatriculación, total o parcial, al estar ambas inscritas

registramente, respectivamente, a nombre de los referidos demandante-recurrido y demandado-recurrente, que, como de tal índole, rebasa el ámbito estricto de la acción de deslinde, puesto que si, según tiene declarado ésta Sala, en sentencias de veintiuno de diciembre de mil novecientos dieciocho, catorce de enero de mil novecientos treinta y seis, nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve y dos de abril de mil novecientos sesenta y cinco, la acción de deslinde, que ofrece semejanza con la antigua *finium regundorum*, pero no una plena identificación con ella, requiere como aspectos fundamentales la titularidad dominical indubitada respectiva por parte del demandante y del demandado sobre predios colindantes y confusión de sus linderos en el punto o línea de tangencia, al venir conferida por el Ordenamiento jurídico para evitar intrusiones, más o menos conscientes, en propiedad ajena, no permite su acogida, cual se deduce de la también sentencia de este Tribunal de trece de septiembre de mil ochocientos setenta, cuando lo en esencia pretendido, conforme ahora sucede, sea tratar de resolver cuestiones controvertidas sobre la propiedad de los predios, y singularmente de atribuciones dominicales derivadas de posible doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad, a medio de una simple solicitud de deslinde, desde el momento, una vez más sea dicho, que la acción de tal naturaleza viene instaurada en nuestro Ordenamiento jurídico como un específico remedio de alcanzar las respectivas delimitaciones de fincas colindantes, pero con indubitada independencia dominical y tan sólo discrepancia en las respectivas superficies, y no para decidir sobre cuestiones de prevalencia dominical en favor de determinado titular, cual sucede en el caso actual, en que lo realmente debatido no es ese mero aspecto de colindancia, sino de dominio consistente en si el terreno de que se designa titular el demandado don José G. S. e inscrito registralmente a su nombre forma o no parte integrante del que se atribuye propiedad el demandado don Carlos L. A., asimismo inscrito registralmente a su nombre, y de existir tal integración cual de los dos dominios atribuidos es el prevalente, con la consiguiente consecuencia de ineficacia de las inscripciones registrales afectadas, en virtud de la doble inmatriculación producida, sin cuya solución de prevalencia dominical y consiguientes ineficacias registrales, adecuadamente planteado, cual no lo han sido en la presente litis, en modo alguno puede posibilitar acción de deslinde, dado que ésta precisa, como ya viene indicado, clarificación en la titularidad dominical de las fincas a que se contraiga, y concretamente la precisa determinación de que sean de dos personas distintas, porque al requerir situación de colindancia no cabe entender, de hecho y jurídicamente, que se produce cuando precisamente lo que aduce el ejercitante de la acción de deslinde es atribución de exclusivo dominio sobre las heredades por aquélla afectadas.

Considerando que a lo expuesto en nada obsta el hecho de que en procedimiento anteriormente planteado por el aludido don Carlos L. A., en pretensión de dominio de finca inscrita registralmente a su nombre, que fue acogida, y de nulidad e ineficacia de las inscripciones registrales de las fincas que expresó, entre ellas la efectuada a nombre de don José G. S. de que se trata, que no fue acogido, se haga referencia como base de la solución desestimatoria de esta segunda pretensión a que falte «un dato tan esclarecedor de los límites y perímetro de la finca cual la determinación

concreta del lindero Norte», porque este aserto se hizo en la sentencia decisoria de tal precedente juicio no como razón fundamentadora de la comprensión o no de la finca inscrita a nombre del precitado demandado don José G. S. dentro del perímetro de la inscrita a nombre del demandante don Carlos L. A., sino simplemente de que la titularidad dominical esgrimida entonces por éste con respecto a la indicada finca a su nombre inscrita no quedaba identificada como la que realmente poseen los demandados, cuestión diferente de un mero aspecto de colindancia entre ambas y sí revelador de que se reconoce en aquel anterior juicio que se precise buscar el adecuado emplazamiento o ubicación de la tan referida finca inscrita a nombre del mencionado demandante, y hallar la consiguiente configuración topográfica, para conocer, mediante la determinación de sus exactos límites, si en ella está comprendida la poseída por el demandado y también registrada a su nombre; y aun sin tener en cuenta que de estarlo habría que resolver y decidir, con el ejercicio de las correspondientes acciones, en orden al problema de doble inmatriculación producido, en el que no entran en juego los principios hipotecarios, sino las normas del Derecho civil puro.

Considerando que ante la estimación del motivo cuarto, que se deduce de lo precedentemente expuesto, es innecesario entrar en el examen de los demás que vienen formulados en apoyo del recurso de casación en cuestión, pues cualquiera que fuere la solución que los mismos hubieren de merecer en nada desvirtuaría la resultante de la acogida de dicho motivo cuarto.

En la segunda sentencia el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

J. M. G. G.

SERVIDUMBRE: NO SE HA PROBADO QUE SE DE EL SUPUESTO DEL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL AL NO CONSTAR LA ESTABLECIERA EL ORIGINARIO PROPIETARIO.—EN CATALUÑA NO SE ADMITE LA ADQUISICION POR PRESCRIPCION EN EL CASO DEL ARTICULO 283, NUMERO 7.º, DE LA COMPILACION.—POSESION: LOS ACTOS MERAMENTE TOLERADOS NO IMPLICAN POSESION JURIDICA NI AFECTAN A ESTA.—COMUNIDAD DE BIENES: NO SE PRUEBA EXISTA LA MISMA SOBRE UNA ZONA PERIMETRAL DE DIFERENTES BLOQUES DE EDIFICIOS, SINO QUE DICHA ZONA SE PRUEBA QUE ES PROPIEDAD DEL RESPECTIVO BLOQUE (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—Los respectivos Presidentes de las Comunidades de Propietarios de las fincas números 32, 34 y 36 interiores del Bloque Bocho, de la calle ., promueven demanda contra las Comunidades de Propietarios de las casas números 2, 22, 24 a 26, 28 y 30 de la misma calle, y números 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13 y 15 de otra calle y también contra la empresa de obras V., fundandose en que las comunidades demandantes han venido disfrutando de un derecho de paso sobre una calle o pasaje delimitado por los edificios de las comunidades demandadas desde hace más de catorce años, es de-

cir, desde que se ultimó la construcción de todo el grupo inmobiliario de la zona, y en que igualmente disponían las comunidades actoras de diversas escaleras de obra destinadas a salvar el desnivel de terreno existente entre el Bloque B-ocho y la calle o pasaje referidos. Suplican se dicte sentencia declarando que las comunidades actoras han disfrutado durante más de catorce años de la tenencia de un derecho de paso sobre la calle o pasaje delimitado por los edificios de las comunidades demandadas, calle o pasaje que constituía el único acceso y salida para dichas comunidades actoras a vía pública; que se condene a las demandadas a que destruyan las obras indebidamente realizadas, restituyendo a su primitivo estado los accesos, tanto para vehículos y servicios como para peatones, que han sido total o parcialmente suprimidos.

Las comunidades demandadas se oponen contestando que el terreno que circunda cada bloque no es de propiedad común del conjunto, sino de cada comunidad, según resulta de las escrituras de obra nueva y propiedad horizontal, no existiendo ningún derecho de paso a favor de las actoras, por lo que las obras realizadas no han afectado a propiedades ajenas.

La empresa V., también demandada, contesta alegando falta de legitimación pasiva, dado que se ha limitado a concertar y cumplir varios contratos de arrendamiento de obra con las comunidades demandadas, no teniendo nada que ver con el fondo del asunto que se discute.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Barcelona dictó sentencia desestimando totalmente la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad.

La parte actora interpone recurso de casación por los siguientes motivos: 1.º Infracción de Ley y de doctrina legal concordante por infracción del artículo 394 del Código Civil, por inaplicación del mismo; 2.º, infracción por inaplicación del artículo 460, párrafo 4.º, de Código Civil; 3.º, infracción por inaplicación del artículo 541 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

Considerando que el primero de los motivos del recurso acusa la infracción por inaplicación del artículo trescientos noventa y cuatro del Código Civil, argumentando los recurrentes sobre el carácter, en su criterio comunal y colectivo, de la zona perimetral de cada bloque, invocando jurisprudencia de esta Sala referido a los distintos aprovechamientos de la cosa común pertenecientes a diversas personas; pero es de observar que este motivo se fundamenta en el hecho, que el recurso tiene por probado, de la existencia de una copropiedad sobre cosas compradas de carácter comunal o colectivo, hecho que no reconoce probado la sentencia recurrida, sino al contrario, que el terreno circundante de cada bloque es propiedad de los dueños del bloque respectivo, lo que hace llegar a la consecuencia de que es ajeno a los recurrentes el espacio por donde pretenden tener salida a la calle D. L.; por tanto, carecen de todo condominio o propiedad comunal sobre él, y, en tal concepto, no era procedente la aplicación del artículo trescientos noventa y cuatro invocado como infringido, ya que este precepto legal presupone unos partícipes de cosas comunes

a todos ellos, supuesto de hecho que en el caso ahora contemplado no concurre, por lo que procede la desestimación de este motivo.

Considerando que también al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil el segundo motivo acusa la infracción por no aplicación del artículo cuatrocientos sesenta, número cuarto, del Código Civil por entender los recurrentes que no han perdido la posesión del paso de salida desde su bloque a la calle D. L., ya que desde que fue interrumpida su posesión de dicho paso hasta el ejercicio judicial de su derecho no ha transcurrido un año; mas se olvida al razonar así que la posesión que los recurrentes invocan fue una posesión meramente tolerada, según se deduce de la apreciación fáctica hecha en la instancia (Considerando séptimo, al final), y la mera tolerancia en la posesión no es posesión jurídica a los efectos del artículo cuatrocientos cuarenta y nueve, número cuarto, del Código Civil, es decir, que en cuanto ahora interesa el precepto invocado como infringido tiene un ámbito delimitado por el artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro al determinar que los actos meramente tolerados y los ejercitados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa no afectan a la posesión; sin olvidar que como ha declarado esta Sala (sentencia de cuatro de abril de mil novecientos cuatro) la mera tolerancia en la posesión es cuestión de hecho reservada al Tribunal *a quo*, y, al no haberse impugnado por el cauce debido esa apreciación de la Sala sentenciadora, ha de partirse de ella, lo que conduce a la desestimación de este segundo motivo del recurso.

Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el tercero y último de los motivos, en el que al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acusa la infracción por no aplicación del artículo quinientos cuarenta y uno del Código Civil, precepto legal que se refiere a la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas, presupuesto de hecho que no se prueba en el caso debatido, ya que la sentencia de primer grado (Considerando séptimo) y los mismos recurrentes niegan reiteradamente que traten de ostentar una servidumbre de paso entre los dos bloques de los demandados, única posibilidad de gravámenes de esta clase en las circunstancias de hecho admitidas por los litigantes, toda vez que el artículo quinientos ochenta y tres (léase 283), número séptimo, de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña no admite la constitución de estos gravámenes por prescripción; con ello, y además por tratarse de una cuestión nueva no debatida antes, decae tal motivo; y, por otra parte, ni siquiera fue alegado título alguno expreso de la supuesta servidumbre, la que, por último, no se prueba tampoco que, aunque fuese válida su adquisición por prescripción, haya sido establecida por el originario propietario de los fundos dominante y sirviente, como exigen las sentencias de esta Sala de treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve y veintiuno de junio de mil novecientos setenta y uno en la interpretación del artículo invocado como infringido; por todo lo cual decae este motivo, lo que ocasiona el decaimiento del recurso en su totalidad.

NOTA.—Aunque en esta sentencia se plantea un problema del artículo 541 del Código Civil, y en ella se alude a la cuestión de la no adquisi-

ción por prescripción en Cataluña, la sentencia no entra en el problema de si dicho precepto es o no aplicable en Cataluña, y se limita a excluir la aplicación del artículo 541 del Código Civil por no haber sido establecida por el originario propietario de los fundos dominante y sirviente, ni probarse ningún título expreso de la supuesta servidumbre.

Por tanto, no existe doctrina en esta sentencia acerca de ese problema, como tampoco la hubo en la sentencia de 6 de diciembre de 1976, remitiéndonos sobre ello al comentario que hicimos a esta última (recogido en el libro *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo. Derechos Reales e Hipotecario*, año 1982, págs. 347 y sigs.).

Es cierto que en la presente sentencia se alude al artículo 283, número 7.º, de la Compilación, cuyo apartado inicial señala que «no podrán constituirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes». Pero este precepto se refiere a la adquisición por prescripción, no a la constitución por signo aparente del artículo 541 del Código Civil. Reconocemos que la sentencia se expresa con cierto confusionismo, pues parece como si la servidumbre del artículo 541 del Código Civil fuera un supuesto de prescripción, cuando se trata simplemente de constitución por presunción, por destino del padre de familia o por signo aparente, supuesto totalmente diferente del de la prescripción. En la medida en que la presente sentencia, dentro de ese confusionismo en el que se mueve, haya pretendido cierta equiparación de supuestos, hay que criticarla negativamente. Pero, en realidad, cabe también pensar que no hay tal pretendida equiparación y que la sentencia excluye la aplicación del artículo 541 del Código Civil no porque no se aplique en Cataluña, sino por no haber sido establecida por el originario propietario de los fundos dominante y sirviente. Además, la referencia a la no adquisición por prescripción puede también explicarse por la razón de que a lo largo de los razonamientos de la parte actora aparece la alusión al plazo de catorce años de ejercicio del derecho de paso.

Por todo ello seguimos esperando que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre este asunto, remitiéndonos entre tanto al ya citado comentario.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EN LOS SUPUESTOS DE LITISCONSORCIO, LO CONFESADO POR UN COLITIGANTE NO PERJUDICA A LOS OTROS (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La necesidad de que la confesión recaiga sobre hechos personales del confesante, como de consuno exigen los artículos 1.231 del Código Civil y 587 de la Ley Procesal y proclama el derecho histórico (Ley novena, título 11, Partida Tercera: «Las cosas sobre las que alguno dé la jura a otro deben pertenecer a aquel que jurare... casi non le perteneciese, non valdria nin se tornaria en ninguna pro la jura...»), ha llevado a la jurisprudencia a sostener que, excluida la confesión del ámbito de la representación voluntaria, no puede hacer prueba contra la persona física representada lo manifestado por el representante, esto ade-

más que en supuestos de litisconsorcio lo confesado por un colitigante no perjudica a los otros, si bien puede ser libremente valorado en conjunción con los restantes elementos.

lllllll

FIDEICOMISO DE RESIDUO: LA FIDUCIARIA NO PUEDE ADJUDICARSE UNA FINCA EN PAGO DE DEUDAS SIN CONTAR CON LA AQUIESCENCIA DE LOS FIDEICOMISARIOS. LA FIJACION DE UN PRECIO DE VENTA DESPROPORCIONADAMENTE INFERIOR AL NORMAL NO ORIGINA LA INVALIDEZ DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El fideicomiso en la modalidad de *si aliquid supererit*, o sea, de que los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si queda algo, que implica en nuestro derecho, en esencia, una modalidad fiduciaria condicional, de tal manera que los fideicomisarios no adquieren derecho alguno hasta que la condición se cumpla, esto es hasta que fallecido el fiduciario pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del testador únicamente surge a favor de los instituidos una expectativa de derecho a adquirir el concepto de heredero, y que sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del primer llamado.

Claro es que no puede detraerse de la herencia bienes determinados asignándolos el heredero fiduciario o los contadores partidores a una adjudicación para el pago de deudas en una cuantía determinada, sin contar con la voluntad o aquiescencia de los herederos fideicomisarios, tanto porque con ello se desvirtuaría el destino dado por la causante a los bienes fideicomitidos, cuanto por impedirlo lo normado en los artículos 781 y 783 de Código Civil, que en cuanto previenen que la esencia que da vida y configura a la sustitución fideicomisaria es la conservación y transmisión a un tercero de todo o parte de la herencia, con obligación impuesta al fiduciario de entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, impiden que la tan citada heredera fiduciaria pueda adjudicarse una de las fincas comprendidas en el fideicomiso de residuo mencionado para pago de deudas de la herencia, pues para atender a ello si bien podía haber dispuesto venta que posibilitase adquirir medios económicos con que atender el pago de dichas deudas, manteniendo en el haber hereditario el exceso que de la venta se obtuviese a consecuencia del principio de subrogación real respecto de los elementos resultantes de un cambio sufrido por necesidad en los bienes fideicomitidos, no le facultaban para mantener en su patrimonio un bien que venía adscrito al tan repetido fideicomiso de residuo, y que tenía en su día y caso de no haber sido vendido que pasar a los herederos fideicomisarios, con la deducción que también se hiciera en su día, con cargo al haber hereditario transmisible, de los abonos realizados desde el momento que en materia de fideicomiso las cargas extraordinarias de la herencia que recaigan sobre el capital constituyen solamente un gasto legítimo reclamable a la restitución.

Si ciertamente la fijación en una compraventa de un precio que resulte inferior, y en consecuencia desproporcionado al normal, carece de tras-

cendencia y relevancia al respecto, dado que en nuestro derecho el *pretio viliare facta* no origina la invalidez radical del contrato, por no estimarse indispensable la existencia de exacta adecuación entre el elemento integrante del pacto y el verdadero valor de la cosa enajenada, es de tener en cuenta que la sentencia recurrida no se basa exclusivamente en tal circunstancia para llegar a la solución que acoge de ineficacia como compra-venta, sino como uno de los elementos considerados, en conjunción con los demás apreciados, para reconocer una situación jurídica de simulación de la indicada venta litigiosa.

OBLIGACIONES PECUNIARIAS: EL ACTUAL CRITERIO PROPUGNA APROXIMARLAS A LAS DEUDAS DE VALOR (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—En lo tocante a las obligaciones pecuniarias, tanto el criterio doctrinal como las orientaciones jurisprudenciales (sentencias de 20-V-1977, 21-I-1978 y 22-IV-1980), e incluso alguna peculiar manifestación legislativa (Ley de 26 de diciembre de 1980) propugnan, por exigencias de equidad y dentro de las aconsejables pautas de prudencia, aproximar las deudas dinerarias a las de valor a fin de corregir las injustas consecuencias seguidas de la depreciación monetaria para el acreedor en las hipótesis de pagos temporalmente dilatados.

NOTAS CARACTERIZADORAS DE LA CADUCIDAD FRENTE A LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La caducidad se caracteriza, frente a instituciones análogas y especialmente frente a la prescripción, por las siguientes notas: a) la prescripción descansa no sólo sobre la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino sobre una presunción de abandono por parte del titular, al paso que la caducidad se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico y opera por por el mero transcurso del tiempo; b) la prescripción es estimable sólo a instancia de parte, mientras que la caducidad puede ser también apreciada de oficio por el Tribunal; c) la prescripción es susceptible de interrupción por acto del que por ella puede resultar perjudicado, y por el contrario, la caducidad no admite en ningún caso la interrupción del tiempo, cuyo simple transcurso la origina; la última es, en realidad, la más importante de las caracterizadoras, ni siquiera el intento de acto de conciliación impide que se cumpla la caducidad de la acción, sólo el verdadero y propio ejercicio de la acción mediante el juicio contencioso correspondiente impide el efecto preclusivo de su fatal fenecimiento.

EL PRINCIPIO QUE PROHIBE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS REQUIERE QUE SEA LA MISMA PERSONA LA QUE REALICE LOS ACTOS CONTRADICTORIOS (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El principio de derecho que prohíbe obrar en contradicción con los actos propios requiere como presupuesto subjetivo para su aplicación la perfecta identidad entre la persona a quien es atribuida la conducta encaminada a crear, modificar o extinguir alguna relación jurídica, y el sujeto que posteriormente adopta una posición en discrepancia con aquel obrar, o bien que aun tratándose de personas físicamente distintas hayan de ser imputados a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior, como acontece en la hipótesis de sucesión y representación, y en dicho sentido este Tribunal tiene declarado que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige para que su autor quede ligado «frente al sujeto pasivo de los mismos», una palmaria oposición entre lo realizado por él mismo y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual que exista un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido.

ES ILICITA LA CAUSA CUANDO LOS CONTRATANTES TIENEN EL PROPOSITO DE PERJUDICAR A TERCERO (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La conceptualización jurídica de la causa en los contratos constituye una cuestión susceptible de ser revisada en casación, siquiera esta Sala haya declarado reiteradamente que es facultad peculiar de los Tribunales de Instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los cuales ha de basarse la deducción y declaración relativa a la existencia de la causa y, en su caso, a su falsedad o ilicitud.

Cuando la causa del contrato es inmoral o ilícita, ha de partirse de que lo moral se refiere al fuero interno de los actos humanos, calificando éstos según su bondad o malicia. En diversos casos ha reconocido esta Sala como causa ilícita, el propósito de los contratantes de perjudicar a tercero en beneficio propio; debiendo estimarse existente tal causa ilícita al reputar ineficaz, por exigencias ineludibles de carácter social y moral, todo contrato que persiga un fin ilícito, aunque en sí no encierre ningún elemento de directa antijuridicidad, pero revistiendo la totalidad de lo convenido un matiz inmoral.

LA VOLUNTAD REBELDE POR PARTE DEL COMPRADOR VENDRA DE ORDINARIO ENTRAÑADA EN EL HECHO DE LA INEFECTIVIDAD DEL PRECIO (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La acción resolutoria del contrato de compraventa basada en incumplimiento imputable al adquirente por impago

del precio en el tiempo convenido, remedio que persigue el restablecimiento del equilibrio contractual roto por la conducta culposa del comprador, tiene su precedente en la Ley 38, título 5.º, de la Partida III, conforme a la cual si el deudor no abona el precio el día señalado «sea desfecha por ende la vendita... si al plazo non le fue fecha (al vendedor) la paga toda o la mayor parte de ella», pero tratándose de la compra-venta de bienes inmuebles y como excepción al principio *dies interpellat pro homine*, el artículo 1.504 del Código Civil, modalidad singular de la doctrina genérica de que la facultad de resolver las obligaciones va implícita en las recíprocas con arreglo al artículo 1.124 del propio cuerpo legal, según esta Sala tiene declarado, dispone que a pesar de la estipulación en orden a la resolución de pleno derecho de la venta por transcurso del término fijado al efecto sin realizar el pago del precio, y asimismo cuando no existe pacto comisorio según la jurisprudencia añade, puede el comprador cumplir su primordial obligación en tanto el vendedor no le requiera judicialmente o por acta notarial, declaración de voluntad recepticia dirigida no a obtener la contraprestación del comprador desatendida, sino a que el otro sujeto del contrato tenga sin más por resuelto el vínculo negocial; y si bien la doctrina jurisprudencial añade al requisito de la falta de pago del precio la intervención de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador, tal presupuesto material vendrá de ordinario entrañado en el dato mismo de la ineffectividad del precio a pesar de la facilidad que el aplazamiento comporta, denotador de la evidencia de una voluntad incumplidora, en tanto no se aleguen y prueben circunstancias demostrativas del proceder del comprador respetuoso con lo acordado, y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe que han de presidir la ejecución contractual, a pesar de lo cual el cumplimiento no se realizó por causas ajenas a su ánimo diligente.

LA EXPRESION «TODOS LOS IMPUESTOS CORRERAN A CARGO DEL COMPRADOR» INCLUYE EL ARBITRIO DE PLUSVALIA (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El arbitrio de plusvalía —«impuesto municipal sobre incremento del valor de los terrenos»—, aunque responde al fundamento de equidad de que el Municipio, como ente básico que ha de atender múltiples fines en beneficio de la colectividad, participe en aquellos aumentos de valor constituidos por la diferencia entre el precio satisfecho en su día por el inmueble y el obtenido posteriormente al enajenarlo, por cuanto el acrecentamiento es debido a factores ajenos a la actividad propia del titular del fundo, el sujeto pasivo de la obligación tributaria en concepto de contribuyente será el enajenante, sin perjuicio de que para facilitar las tareas recaudatorias de la administración, sea exigible por de pronto su pago del adquirente a título de sustituto, ello no es óbice para que la posibilidad de repercutir consiguiente al desembolso realizado por éste venga excluida por acuerdo de los interesados.

En el caso contemplado por el presente recurso, la resolución recaída en ambos grados jurisprudenciales entiende que al expresar que en cuanto a los gastos e impuestos de la escritura de compraventa correrán a cargo de la sociedad compradora, comportan el convenio excluyente de la situación ordinaria. El primer motivo del recurso alega que en la locución «gastos e impuestos de esta escritura» no viene permitido incluir la cantidad que corresponde al arbitrio de plusvalía, ya que para entenderlo de otra suerte sería menester mención expresa, pues no se trata de un impuesto en la precisa acepción técnica del concepto. Pero es de recto criterio interpretar la expresión empleada por las partes «impuestos de esta escritura» como referida a las cargas de tal índole ocasionadas por el negocio jurídico de compraventa contenido en el instrumento público; tanto en el lenguaje coloquial del tráfico como en el técnico, cuando es utilizado el vocablo «impuesto» sin más especificación, se hace en sentido lato para abarcar también los «impuestos municipales» y, entre ellos, los arbitrios.

EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL SUPONE LA EXPRESION DE LA VOLUNTAD DEL VENDEDOR DE DAR POR RESUELTO EL CONTRATO (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El requerimiento a que se refiere el artículo 1.504 del Código sustantivo, presupone la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa, precisamente por el incumplimiento por parte del comprador de la obligación de pago del precio que le impone el artículo 1.500 de dicho cuerpo legal, en la forma y plazos contractuales establecidos, aunque para que pueda producir plenos efectos es indispensable que el dicho comprador tenga conocimiento de tal efecto volitivo, que puede ser exteriorizado, bien por conducto notarial o por acto conciliatorio, siendo el tal requerimiento la expresión formal del vendedor de resolver, sin que al mismo pueda imponerse la obligación de requerir previamente el pago, pues ello indudablemente vendría a contrariar la finalidad perseguida por el precepto que se comenta, al implicar una petición de cumplimiento contractual, que sí contempla el artículo 1.124 del propio Código, al amparo del cual el vendedor puede optar por el cumplimiento o la resolución, opción o alternativa que no admite el artículo 1.504, que está referido exclusivamente al caso de «resolución», cuando se trata de compraventa de inmuebles; criterio interpretativo que la doctrina científica unánimemente mantiene, así como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, que establece que el requerimiento a que el artículo 1.504 se refiere tiene el valor de una intimación referida, no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla.

MANDATO TACITO: SI ES CONFERIDO POR ACTOS DEL MANDANTE, EXIGE QUE ESTOS ACTOS SEAN UNIVOCOS (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El mandato puede ser expreso o tácito, según permite el artículo 1.710 del Código Civil; el mandato tácito, si es conferido por medio de actos del mandante, exige que estos actos sean unívocos, en el sentido de que no se presten a ser interpretados diversamente, y siendo de tal forma concluyentes que den a entender la existencia de una determinada declaración de voluntad y sean incompatibles con toda otra; es forzoso que los actos de que derive el mandato tácito impliquen necesariamente por modo evidente y palmario la intención de obligarse; debiendo acreditar en debida forma las facultades que de palabra o por escrito le haya conferido el mandante al mandatario cuando trate de ejercerlas respecto de terceras personas. El pago hecho por el deudor al mandatario del acreedor únicamente será legítimo y liberador de la deuda si el mandatario ha sido autorizado por el titular del crédito para realizar el cobro de lo debido en nombre del mandante.

J. Q. S.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) SOCIEDADES ANONIMAS

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES; CLASES. ALCANCE DE LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA DE BANCOS (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1981).

La normativa vigente en materia de impugnación de acuerdos de las Juntas generales de sociedades anónimas, distingue entre acciones de nulidad de los acuerdos, por ser éstos contrarios a la Ley, y acciones de impugnación de los acuerdos que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad; pudiendo ejercitar las acciones de nulidad todos los accionistas y los administradores en su propio nombre, aunque no sean accionistas, acciones que pueden tramitarse bien por el procedimiento especial regulado en el art. 70 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando se formulen dentro del plazo de cuarenta días a partir de la fecha del acuerdo (art. 68, párrafo 1.º), o bien en juicio declarativo ordinario después de ese plazo (según se deduce del párrafo 2.º del mismo art. 68); mientras que los accionistas que ejercitan la acción de impugnación a que se refiere el primer inciso del art. 69 de dicha Ley han de ejercitar las acciones de impugnación a que se refiere el art. 67, párrafo 1.º, dentro de ese plazo y por el procedimiento especial que determina el art. 70 indicado, con la particularidad digna de tenerse en cuenta que las acciones de impugnación sólo pueden ejercitarse por los concurrentes a la Junta que hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado, así como los accionistas ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto, según preceptúa el art. 69, inciso 1.º; y, en cambio, las acciones de nulidad de acuerdos contrarios a la Ley pueden ejercitarse por «todos los accionistas y administradores» (inciso 2.º del mismo artículo 69).

El Real Decreto-ley 5/1978, de 8 de marzo, como determina en su exposición de motivos, crea mecanismos con la finalidad de velar por los intereses afectados en la posible liquidación de un Banco, como consecuencia de la sanción a que se refiere el art. 57, núm. 7.º, de la Ley de Ordenación bancaria (liquidación y disolución de la entidad bancaria

afectada) y tiende a dotar al Banco de España de medios para acometer una acción inmediata de carácter preventivo; motivación que fundamenta la designación de administradores para la dirección y gestión durante esa situación de anomalía transitoria; tal como ocurrió en el supuesto contemplado en este recurso, en el que, según la situación fáctica acreditada y no impugnada, los administradores nombrados se hallan en funciones por no haber sido todavía ejecutada la parte del acuerdo administrativo sobre nombramiento por el Ministerio de Economía de persona que se encargue de intervenir y presidir la liquidación y velar por el cumplimiento de las leyes y del estatuto social, de lo que resulta que se está ante una normativa obligatoria dirigida a depurar «las responsabilidades de tipo objetivo en las que incurrió la Entidad expedientada y que determinó la anulación de la autorización administrativa para actuar como Entidad de crédito, por cuanto que su operativa y las graves anomalías que ha cometido la desnaturalización como tal entidad de crédito, haciendo congruente y ajustada a derecho su exclusión del Registro de Bancos y Banqueros», como declara uno de los considerandos de la resolución administrativa del Consejo de Ministros; y siendo así, el acuerdo impugnado tomado en Junta general extraordinaria convocada contra el parecer de los administradores provisionales nombrados por el Banco de España, Junta promovida judicialmente al amparo de unas normas contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas, contraviene de una manera solapada, pero patente, la otra normativa de orden público y de protección a los intereses públicos y de los acreedores que integran y configuran la función de control y de inspección que corresponde al Banco de España, en cuanto que mediante aquel acuerdo, de una forma deliberadamente vaga y confusa, se pretende invadir atribuciones de dirección y administración de las que está despojada la entidad expedientada a virtud de la intervención y sanción que sobre ella pesa.

CENSURA DE CUENTAS; DERECHO DE INFORMACION (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1981).

Los plazos de un mes y de quince días (señalados en los arts. 108 y 110, respectivamente, de la Ley de Sociedades Anónimas), no pueden reducirse por los administradores de la sociedad.

CONVOCATORIAS DE JUNTAS GENERALES: REQUISITOS. CONSEJO DE ADMINISTRACION: NUMERO MINIMO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1981).

El art. 49 de la Ley de Sociedades Anónimas en manera alguna exige que en los anuncios de convocatoria de la Junta general extraordinaria se consigne que ha sido convocada por los administradores de la sociedad,

sino simplemente que la junta a celebrar haya sido convocada por dichos administradores.

En cuanto al número de administradores: *a)* el art. 71 de la Ley de Sociedades Anónimas no prohíbe (así como tampoco el art. 6, núms. 3 y 4 del Código Civil) la reducción del número de administradores y el nombramiento, en consecuencia, de dos consejeros mancomunados; y *b)* la sentencia de 20 de abril de 1960 no contempla el supuesto, ahora dado, de modificación de norma estatutaria en orden al número de administradores, sino la limitación de éstos al tiempo de producirse la adaptación de estatutos fundacionales de una sociedad anónima a la Ley de 17 de julio de 1951, que no es el caso actualmente examinado; y la sentencia de 2 de marzo de 1977 no rechaza la posibilidad de modificar los estatutos societarios, reduciendo el número de los administradores, sino que la acepta, aunque considere, en mero aspecto de utilidad para el mejor funcionamiento de la sociedad que sea impar, pero sin considerarlo preceptivo.

III. TITULOS VALORES

LETRA EN BLANCO. TRANSFERENCIA DE CREDITOS NOMINATIVOS (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1981).

La letra en blanco es eficaz (Sentencias de 5 de marzo de 1943 y 1 de mayo de 1952).

Según tiene declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de 11 de enero y 4 de julio de 1927), el art. 347 del Código de Comercio, al exigir que la transferencia de los créditos mercantiles nominativos se ponga en conocimiento del deudor, no establece que dicha notificación sea indispensable para la validez de la transferencia, sino tan solo la manera de obligarle con el nuevo acuerdo, al solo efecto de que no se repute pago legítimo, desde aquel acto, al que se hiciere en favor del cedente, toda vez que la eficacia y consumación del contrato de cesión no puede hacerse depender de una notificación cuya eficacia está limitada taxativamente en derecho.

ACCIONES CAMBIARIAS; CLASES Y PLAZO DE PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1981).

Si bien no cabe identificar la acción cambiaria con la acción ejecutiva y es posible el ejercicio de la primera en un proceso ordinario, ya que no toda acción nacida del título valor ha de revestir necesariamente el segundo carácter, como esta Sala advirtió en sentencias de 17 de abril de 1958 y 22 de noviembre de 1976, tampoco cabe desconocer que a pesar de que un mismo sujeto pueda al propio tiempo ser acreedor en el contrato

subyacente y titular de un derecho cambiario cuando la obligación causal ha sido incorporada a la letra, tal duplicidad de acciones determinada por la distinción que la doctrina mercantilista establece entre negocio fundamental y negocio cartular no comporta la posibilidad de un ejercicio simultáneo de ambas, pues el párrafo tercero del art. 1.170 del Código Civil se desprende que quedará en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva en el caso de que haya sido ejercitada la cambiaria.

La acción declarativa contra el aceptante a tenor de lo dispuesto en los arts. 480 y 516 del Código de Comercio, con todo el rigor que el primero de estos preceptos toma del antiguo brocardo *chi accetta paghi*, requiere, para ser tenida por tal, que se halle viva y no prescrita, y puesto que la deducida en juicio ordinario es también cambiaria y, por lo tanto sometida a su normativa específica, le afecta el plazo de prescripción trienal a contar desde el vencimiento con arreglo a lo ordenado en el art. 900 del propio Código, modalidad de extinción que según hace notar la doctrina alcanza a todas las acciones nacidas de la letra, sean directas o regresivas, ejecutivas u ordinarias e incluso a las de enriquecimiento.

LIBROS

ASTOLFI, ANDREA: *El contratto di joint venture. La disciplina giuridica dei raggruppamenti temporanei di imprese*. Giuffrè, Milano, 1981.

La obra constituye un desarrollo, sumamente amplio, del estudio publicado por el mismo autor en la *Rivista delle Società* en 1977. Se contrae a un tema al que se alude con frecuencia, aunque en muchas ocasiones sólo en párrafos o frases meramente testimoniales, que aparece dominado por la imprecisión; se habla de *joint venture* como de acuerdos genéricos de colaboración industrial, y el acento se centra en el carácter internacional de los mismos. En muy contados casos se hace referencia a sus características específicas, sus trazos distintivos.

Un experto económico, WELLS, publicaba en 1973 una obra con el significativo título de *Joint Ventures: Successful Handshake or Painful Headache* y se iniciaba con las hamletianas palabras de «To share or not to share, this is the problem», que confirmaban la nebulosidad del tema. Algunos autores, VICHOLS y JAEGER entre ellos, encuentran antecedentes de las JV en las formas asociativas practicadas por egipcios, fenicios y griegos para el armamento de naves y un claro ejemplo en las «Babylonian Commenda». Otros se refieren a las compañías del Renacimiento dedicadas al comercio ultramarino. No faltan quienes hablan de «Merchant Adventurers» y otros institutos objeto de resoluciones relativamente abundantes de la jurisprudencia inglesa del siglo XVIII, pero hay coincidencia en que cuando deja de ser, la JV, un *nebulous concept*, un *chameleon-like character* o un *mani faceted flexible mechanism* es en Estados Unidos, en la segunda mitad del siglo XIX, en la que la jurisprudencia, con feliz intuición, la define como institución *sui generis* distinta de la *partnership*, aunque no distante, y la considera instrumento propio de una comunidad de intereses que permite el ejercicio de actividades funcionales encaminadas a la realización de un objetivo común, pero en forma alguna englobable en cualquiera de los típicos contratos asociativos.

En la JV no hay entidad o persona jurídica, no precisando, en consecuencia, reconocimiento legal; puede coordinar objetivos, intereses y aún ganancias, pero carece de estructura orgánica y autonomía patrimonial; los *adventurers* mantienen su propia independencia sin perjuicio de las obligaciones dimanantes de las limitaciones contractuales que coordinan sus respectivas actividades y que posibilitan la recíproca exigencia del cumplimiento de sus deberes.

No obstante la fuerza atractiva de la *partnership* fue importante ya en la jurisprudencia americana, que a veces aplicó las reglas de la misma a las JV. También la escasa legislación americana que alude a ella, prácticamente toda de índole fiscal, engloba a las JV en las *partnerships*: *Foreign Investment Study*, *Internal Revenue Code*, las diversas *Internal Revenue Act* y aún las *Final Regulations*.

Las elementales construcciones dogmáticas americanas se esterilizan pronto y para elaborar el concepto jurídico hay que acudir a las realizaciones prácticas y obtenerlo de ellas mediante procedimientos inductivos.

Aunque se habla corrientemente de las JV en la esfera internacional, ésta no es exclusiva: los grandes suministros o prestaciones para programas espaciales, las obras complejas, dilatadas en tiempo y espacio, ciertas explotaciones mineras que requieren profundas labores preparatorias y actividades complementarias y, en general, muchas empresas que exceden de las posibilidades de las más poderosas por razón de dimensión, riesgo o espacio geográfico o temporal acostumbran a requerir la colaboración coordinada de varios empresarios.

Ciertamente en el ámbito internacional es donde, sobre todo en los últimos lustros, han tenido considerable desarrollo las JV. Han permitido a los *co-venturers* introducirse en países en vía de desarrollo, con abundantes materias primas cuya extracción y elaboración industrial requiere técnicas diversas y especializadas y abundantes capitales, y, por otra, han facilitado a los países subdesarrollados superar los estadios de las concesiones, las *wholly owned subsidiaries*, y colaborar en la explotación, asimilando instructivas técnicas y participando en los beneficios consiguientes. Se ha dicho que para todo ello es precisa la existencia de una común filosofía industrial y aun una actuación repleta de *fairness, cooperation and harmony*. Pero ello no ha impedido que las multinacionales inversoras se beneficiaran complementariamente con sabrosos flecos dimanantes de onerosos *royalties*, préstamos con excesivos intereses, valoraciones tecnológicas poco correctas y aun manipulaciones en los precios de exportación. Es el *arm's lenght dealing*.

Ni siquiera en los países de economía socialista se han hallado excesivos obstáculos doctrinarios o constitucionales para la penetración de las JV. Las justificaciones negando violación de planificaciones, de propiedad estatal de los medios de producción o de participación obrera, son muy variadas y no siempre convincentes. Se ha hablado de «a demise of a communist taboo», de un tipo especial de propiedad que no implica restauración de mecanismos de economía de mercado, pero las consideraciones teóricas aparecen sumamente superficiales y frente a ellas parece que han prevalecido el interés de no perder el tren en la carrera del desarrollo industrial.

A ello ha contribuido, en parte no reducida, la aparente neutralidad de la institución contractual y la de esta invención del capitalismo denominada sociedad anónima, que COTTINO ha calificado de dócil, preciosa y genial. No obstante, en los países socialistas las conclusiones respecto a las modalidades de las JV no son unánimes. Mientras que las *Corporated JV* no son sólo las preferidas sino las exclusivas de Rumanía o Hungría, Yugoslavia y Bulgaria sólo aceptan la versión contractual, siendo de advertir que Yugoslavia cuenta con la más excelente normativa en la materia. En la Unión Soviética se conoce un contrato de «cooperación» que no dista excesivamente de las «contractual JV».

* * *

Los contratos de JV se caracterizaban, en principio, por su limitado objeto o su breve duración y estos elementos incluso se destacaron por la jurisprudencia americana para efectuar su distinción de las *partner-*

ships. Actualmente ello no es posible, dados los complejos objetivos de considerable duración que se ofrecen con mucha frecuencia y que permiten una clasificación elemental de las JV por los conceptos indicados. Otra distinción podría ser la de verticales y horizontales, a semejanza de los *konzern*, en razón al similar o distinto objeto de las empresas que coordina la JV y no sólo para la correspondiente inversión o ejecución, sino aún para la presentación de ofertas a terceros.

De mayor interés, y motivada principalmente por la actuación internacional, es la división en JV operativas y en instrumentales; aquéllas son las que tienen por objeto la realización de varias prestaciones en función inversora; las últimas las que tienen su momento causal en la ejecución de un contrato estipulado o a concertar con un tercero. Las primeras representan la llamada fórmula del futuro, la superación del supuesto ocasional, las que implican inversiones directas y conjuntas excluyendo las meras inversiones de capital o cartera y que, partiendo de actividades diversificadas, requieren una más adecuada organización; en ellas, los *co-venturers* acostumbran a adquirir una parte del producto extraído u obtenido. En una fórmula no precisa y completa, pero sí muy gráfica, se ha considerado equivalente a tal clasificación la de «Construction Consortia» y «Oil Consortia». Los grandes dinosaurios de la industria internacional acostumbran a ser JV operativas.

Hay que resaltar la distinción de las JV en *contractual* y *corporated* para evitar equívocos y confusiones. Realmente no hay oposición entre ellas. Las JV *corporated* son simples sociedades de acciones constituidas para favorecer la ejecución de un subyacente contrato de JV; la función de la sociedad es meramente instrumental, por lo que se considera inadecuada la sociedad capitalista y se juzga que otra entidad con más acentuado *intuitus personae*, incluso una entidad atípica, resultaría más correcta. Pero en Estados Unidos el grado de tolerancia de la normativa en estas materias es considerable, y el deseo de limitar responsabilidades ha prevalecido frente a esquemas dogmáticos.

* * *

Penetrando en la caracterización de las JV, ASTOLFI plantea un previo problema metodológico. Los procedimientos tradicionales de análisis proceden, normalmente, a determinar las características de la *fattispecie* y una vez resaltadas se procede a subsumir la misma bajo el tipo con el que presenta mayor número de coincidencias. Pero en los casos en que no sea total la coincidencia, estima ASTOLFI que la subsunción constituye un error, y por ello prefiere contraponer a ella la reconstrucción tipológica propugnada por DE NOVA que deja la regulación abierta, de forma que sea posible aplicar al supuesto de hecho o *fattispecie* la normativa de los varios tipos con los que coincida, en la parte procedente. Ello es más congruente con el objetivo perseguido, incluso en el caso de que se concluya en un reglamento negocial atípico.

Con estos antecedentes penetra, nuestro autor, en la crítica de aquellas interpretaciones que califican a la JV de sociedad, asociación o consorcio.

El primero de tales criterios, el societario, está muy difundido en Italia, sobre todo jurisprudencialmente. ASTOLFI analiza certeramente curiosas resoluciones que le permiten efectuar detallados contrastes de las JV con la sociedad típica, la aparente, la civil interna, la ocasional,

la profesional italiana y aún la profesional de Francia, cuyas normas no tardarán en ser recibidas en Italia. Pero, a diferencia de ellas, en la JV los miembros proceden *uti singuli*, no *uti socii*, falta el nexo teleológico que transforma en común la simple actividad coordinada; no puede hablarse de patrimonio común ni de autonomía patrimonial; podrá haber coincidencia de intereses, pero no estado de comunidad y, por ello, todos los esquemas societarios son rechazables para la JV, aunque no deja de puntualizar que una cosa es la sociedad de profesionales y otro el encargo asumido colectivamente por varios profesionales, supuesto en el que es posible estimar la existencia de una JV.

Tampoco debe considerarse identificable con las asociaciones en participación, sociedades ocasionales, con las ocultas y otras próximas. Ciertamente que en Italia en algunos de tales tipos no aparece la persona jurídica, ni aún la subjetividad, pero en cambio la «Association en Participation» belga o la «Stillegesellschaft» alemana son verdaderas sociedades. Además, como se ha dicho, en las JV puede existir permanencia, sin que sea rasgo característico la ocasionalidad.

Respecto a las asociaciones, las reconocidas tienen personalidad, y las no reconocidas, subjetividad, y aunque esta postura híbrida no guste a muchos autores que sostienen que la personalidad existe o no y que situaciones intermedias cuantitativa o cualitativamente, incluso las comunidades en mano común, no son tolerables, lo cierto es que todas ellas, por el rasgo indicado, no son asimilables a las JV, en las que no es posible hablar de empresa común, sino de empresas coordinadas.

Algunos estudiosos, FRATTINI en especial, han intentado compararla a los consorcios con actividad exterior, regulados por el Código de 1942 y modificados en 1976. Pero se trata de entes con capacidad jurídica, posibilidad de fondo común y responsabilidad autónoma. Respecto a los grupos de interés económico de Francia, que intentaron ser asimilados a las agrupaciones temporales de empresas, ya FERRETTI recordó su condición de personas jurídicas. Lo propio el grupo europeo de cooperación, proyectado en la C. E. E. en 1974, a imitación del francés.

* * *

En relación con las agrupaciones temporales que acaban de citarse hay que efectuar consideraciones sumamente delicadas. En Italia se ha utilizado frecuentemente y con indiferencia para ellas el vocablo «asociación», que se juzga incorrecto por implicar, aparentemente, la existencia de un ente o centro de imputación. FERRARA, no obstante, lo disculpa aludiendo a los inconscientes procedimientos de síntesis que se utilizan. Así y todo, es de advertir que la denominación está tomada de la Asociación Momentánea de Empresas del Derecho belga, que las considera personas jurídicas sometidas a su Ley de 1863.

En Italia la doctrina viene considerando a dichas agrupaciones como idénticas a las JV, y BONVICINI las ha estudiado con esta última denominación, y con la de agrupaciones o asociaciones autores tan destacados como CORAPI, CAIANELO, DE MARTINI, CAPPACIOLI, BIGIARI, FRATTINI, MORELLO, FERRETTI, FERRI, PALLOTINO y BENATI.

En Francia la praxis había creado unas «Conventions de Groupement» no distantes y un proyecto de ley presentado en 1976, todavía pendiente, las regula en forma muy similar a la que parece deducirse de la doctrina

italiana y de los «Agrupamentos Complementaros» portugueses o las Agrupaciones Españolas; no obstante, hay que efectuar algunas puntualizaciones.

El planteamiento doctrinal de las agrupaciones temporales de empresas acusa cierto relieve en España cuando ANTONIO GARRIGUES se refiere a ellas con motivo de la construcción de la Base de Torrejón. Posteriormente, aparte obras de carácter general, son analizadas principalmente desde su ángulo fiscal por BERGOS, BERCOVITZ, FRAGUAS, URÍA, VICENT y BUIREU, siendo la obra de este último la más completa y reciente y hasta de alta calidad, si exceptuamos leves carencias de puesta al día en legislación comparada y no excesiva profundización doctrinal, en especial en la delimitación concreta del instituto que nos ocupa.

La legislación hispana, como dice muy bien BUIREU, es provisional, esquemática, constituida por una Ley de 1963 y una Orden del siguiente año y otra reciente norma de mayo de 1982, y está encaminada a la simple puesta en marcha de instrumentos de esperanzador desarrollo. Algo de ello ocurrió con lo que se denominó más tarde escándalo MATEA, en el que faltaron normas esquemáticas y se intentó obtener experiencia para futuras normas en actuaciones basadas en la simple tolerancia ministerial.

Por ello las disposiciones referentes a las agrupaciones temporales son imprecisas, elementales y sus referencias a la condición de «instrumento asociativo» o la exigencia de solidaridad en las empresas agrupadas (no esencial en la JV, aunque puede venir impuesto del exterior) no deben tomarse muy en serio. Pese a tal condición, de los tres institutos creados por la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas ha sido la que ha tenido más éxito, aunque su utilización haya sido confusa y más bien se haya configurado como un mecanismo de evasión fiscal. No obstante, la legislación de este orden, que en ocasiones se anticipa a la civil o mercantil y en otras castra iniciativas con las que no simpatiza, todavía no la ha arrollado.



En Italia las agrupaciones temporales de empresas, con tal nombre, aparecen en 1977 con motivo de la alteración de la normativa de adjudicación de contratos de suministro o ejecución de obras. La antigua Ley de 1865 exigía adjudicatario único, lo que originó graves inconvenientes y aún la admisión del Consorcio de Cooperativas como tal, lo que no resolvía ningún problema, pues constituía persona jurídica. Dicha Ley de 1977, modificada posteriormente, admite en forma clara la agrupación conservando las empresas su plena individualidad.

El origen de la disposición hay que remontarlo a la Directiva 305 de la C. E. E., del año 1971, en la que para dar efectividad a la libertad de establecimiento de empresas se obligaba a coordinar los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos. Las regiones italianas, en uso de sus facultades legislativas, completaron la regulación: algunas impusieron responsabilidad solidaria, otras, en orden a la divisibilidad o no de la prestación, las distinguieron en verticales y horizontales.

Pero ASTOLFI examina otras disposiciones en las que se autorizan o prevén institutos como tales agrupaciones o JV: la de Hidrocarburos, de 1967 fundamentalmente, que autoriza la cotitularidad en el permiso de

investigación y en la concesión de cultivos, caso que llevó a la doctrina a hablar de un *tertium genus* entre la comunidad y la sociedad, requiriendo cierta forma organizativa y un mandatario común; la coproducción cinematográfica, esquema altamente significativo que fue calificado de societario innominado y que aunque parece establecerse solo para la coproducción internacional no se opone a la interna; el transporte cumulativo, de extraordinaria importancia no sólo en el orden terrestre y de mercancías, sino con los difundidos *interchange agreements* de las compañías aéreas; los casos de coaseguros, con sus complejas relaciones recíprocas, y, finalmente, pueden observarse casos de ella en los de concurso de varios deudores en el cumplimiento de una obligación, sobre todo si ésta es indivisible: un recuerdo a DUMOULIN y su obra de 1658 y a comentaristas italianos de nuestra época: CICALA, GANGI, GIORGIANNI, IUDICA...

* * *

ASTOLFI aborda, finalmente, el problema de la disciplina jurídica. Excluida la posibilidad de reconducir los supuestos examinados a tipos contractuales ya disciplinados, trata de alcanzar las directrices comunes que permiten confirmar la existencia de un específico tipo contractual. Se trata, indudablemente, de un contrato plurilateral, con actividades coordinadas hacia un mismo fin, con intereses interrelacionados o contrapuestos, acaso idénticos, pero también de naturaleza normativa en cuanto que en la coligación del contrato base o marco con los particulares regula el complejo formado por los *co-venturers* o empresarios agrupados, normas que, en principio, no son de interés para el tercero. Acaso haya que pensar en el contrato de coordinación planteado por SALANDRA y que parece ofrecer su más viva luz en el contrato de coproducción cinematográfica.

Problemas conexos le exigen especial dedicación: el mandato colectivo a la empresa *leader*; la incidencia de la alteración de los vínculos singulares con los *co-venturers* en el contrato plurilateral, que sólo puede producirse cuando le afecten sustancialmente, parámetro susceptible de imprecisión; y hasta el espacio reservado a las autónomas actuaciones individuales de los empresarios agrupados, zona que compara a la correspondiente a los obligacionistas no afectados por las normas del consorcio o los acuerdos de su asamblea.

Es la difícil, laboriosa y delicada construcción de un mecanismo que requiere elementos de alta precisión, aparte de ciencia, experiencia y amor; una dedicación exquisita.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1981.

Creo que será difícil encontrar un libro cuya recensión en esta Revista resulte más inútil que estos «Estudios» de CHICO. El colectivo de opositores a Registros y Notarías no necesitó su anuncio para esperarlos como agua de mayo y poco necesitará ahora su crítica o comentario, estando ya totalmente entregado a su estudio; los lectores de esta Revista saben

que «el Chico» es el único manual de Derecho hipotecario que no pueden dejar de conocer a fondo ni de tener siempre a mano, tanto si buscan contestación a una cuestión concreta como si quiere dar cumplimiento a su obligación de formación profesional continuada. Todos saben también que leer a CHICO es siempre interesante, porque su ameno estilo nunca les permitirá aburrirse, como tan frecuente es con los libros de Derecho.

Aunque considerándola tarea inútil, yo no tenía más remedio que dedicar unas cuartillas a esta obra: no sólo se trataba de una obligación, en la que por amistad y admiración quedaba de antemano el *impossibilia nemo tenetur* excluido, sino que además de obligación era también un placer, porque se tiene la sensación de que comentando o criticando escritos u opiniones de CHICO ha de verse uno impregnado algo de su ingenio, aunque sea en corta medida. Por todo ello puse manos a la obra.

Pero si al iniciar su lectura creí que la tarea no sería demasiado ardua y que se trataría de una puesta al día con las oportunas mejoras y ampliaciones necesarias, útiles y voluptuarias de los apuntes de CHICO y BONILLA, intercalando en lo necesario las nuevas preguntas contestadas por el complemento de CHICO (*), en seguida vi que esto no era así. Acaso el mismo CHICO crea que sólo ha introducido ligeras variantes respecto a dichas obras, pero lo cierto es que se trata de una obra nueva, un edificio de nueva planta y en muchos aspectos diferente. Es cierto que su claridad expositiva, la carencia de citas, notas al pie y largas definiciones descriptivas y sus grandes sintetizaciones hacen que sea, ante todo y sobre todo, una obra destinada a la preparación de las oposiciones, como su misma dedicatoria demuestra y el prólogo del autor confirma; pero la sustitución de la denominación de apuntes por la de estudios no está hecha a humo de paja. Son unos auténticos «Estudios» en el doble sentido de su muy estudiada exposición y de incitar continuamente al lector a meditar y estudiar por su cuenta.

Estuve a punto de desistir de mi tarea, amparándome en su inutilidad y en la teoría de la prestación exorbitante, pero pronto me di cuenta de que se trataba de un error mío que nunca podía ser relevante como causa de anulación de mi irremediable obligación. Lo único que cabía era ampararme en la inutilidad de una verdadera recensión y limitarme a unas observaciones sobre la obra y otras más concretas sobre algunas de los temas en los que mi lectura ha creído ver una reelaboración más llamativa.

La estructura general de la obra destaca por su sistemática, fácil y didáctica que, con la ayuda de compositores y linotipistas de la Editorial Pons, ha conseguido facilitar la memoria visual que no encuentra el obstáculo de citas, etc. La obra no pretende ser de consulta; pero, por su aportación de datos y, sobre todo, de ideas, creo que ha de ser muy consultada.

Aunque hoy, y acaso siempre, sea imposible escribir un libro de Derecho hipotecario sin apoyarse en el MORELL Y TERRY, el ROCA SASTRE, LA RICA Y SANZ, es de destacar cuán certeramente busca CHICO estos apoyos y cómo ha sabido escoger lo mejor escrito después o además de los clásicos maestros. En alguna ocasión se insertan referencias a trabajos

(*) JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ: *Complemento al Derecho Hipotecario y su legislación*, Editorial Montecorvo, S. A.; Madrid, 1974.

u opiniones más discutibles, pero siempre sabe discutirlos, profundizar en ellos y mejorarlos.

Como es imposible hacer una exposición de la reelaboración de cada tema, por todo lo anteriormente dicho, nos limitaremos a enumerar algunos temas en los que he localizado mis preferencias.

Ante todo insistiré en que CHICO es, ante todo, su estilo y su temperamento, ambos originales y especialísimos. Su temperamento y su estilo se deslizan a lo largo de todo el tomo, desde su primer epígrafe al último.

Al tratar del «Concepto del Derecho inmobiliario» no se limita a una enumeración de posiciones sobre el mismo, sobre su naturaleza y caracteres, sino que vemos surgir su indignación —santa indignación—, ante los abusos de las tesis administrativistas, tanto cuando pretenden eliminar las diferencias entre los Registros jurídicos y los administrativos, al socaire de la construcción de un Derecho registral unitario, como cuando pretende que el Derecho administrativo ha de llenar sus lagunas con sus propios y particulares principios. Y al acabar el tomo después de sintetizar las opiniones de las monografías dedicadas a los Estatutos de la Propiedad horizontal, con breves y oportunas referencias jurisprudenciales, colma con maestría e ingenio la laguna sobre la mecánica registral de la extinción de la Propiedad horizontal en su varias causas. Todo el capítulo de la Propiedad horizontal es un acierto de equilibrio entre su infinita problemática y la necesaria limitación de espacio-tiempo: sólo la maestría del autor podía superar esta prueba.

En los capítulos dedicados a los «Principios hipotecarios sustantivos» es donde más se destaca que la obra no se ha limitado a introducir mejoras y pequeñas variantes en el CHICO Y BONTILLA; no obstante no nos vamos a detener en detalles sobre los mismos por que su estudio y crítica necesitan un reposo que en estas cuartillas no cabe. Estos temas de CHICO deben primero madurar en la doctrina hipotecaria para que den los deseados frutos que, sin duda, contienen y necesitarán tiempo los críticos para dar a luz tanto los elogios como las objeciones. Por otra parte, apareciendo en ellos excesivas referencias a algunas heterodotas opiniones mías, cualquier análisis crítico que yo hiciera rozaría el autobombo o la polémica. De todas maneras, es imposible silenciar que la exposición de CHICO en estos temas, corazón del Derecho hipotecario, demuestra que en ellos el ingenio y la maestría de síntesis se afinca sobre una colosal labor de estudio y meditación del galimatías de opiniones doctrinales que por sus múltiples enfoques y afanes de originalidad han convertido en maremágnum los problemas reales conectados con la esencia, constitución, transmisión, etc., del dominio y de los derechos reales sometidos a publicidad registral. Las sintéticas y clarificadoras exposiciones de CHICO arrojan mucha luz donde otros sólo somos capaces de crear oscuridad y confusiónismo.

El tema de la «Prioridad» presenta indudables mejoras sobre las exposiciones tradicionales de los autores y se ha utilizado hábilmente los epígrafes del programa que separan la prioridad en la adquisición de los derechos reales, de la prioridad en el orden registral, destacando así la diferencia entre la prioridad material o sustantiva y la prioridad formal. Pero Chico no parece muy convencido del sentido que yo doy a esta distinción ni del carácter meramente formal del artículo 17 de la Ley y, acaso por ello, no destaque suficientemente al enumerar las excepciones al mis-

mo, la separación entre las que ha de aplicar directamente el Registrador y las que requieren una resolución judicial que haga prevalecer la prioridad material sobre la formal y fije definitivamente el rango. Indudables méritos del capítulo son sus referencias a las fórmulas para evitar los daños de la «angustiosa prioridad», exponiendo las tesis favorables y adversas a la certificación con reserva de prioridad, así como sus reparos a la tesis, documentada principalmente por AMORÓS, sobre el doble juego de las fechas de los asientos, y la breve pero suficiente y clara exposición de la posposición, permuta y reserva de rango.

También merecen buena nota los capítulos referentes a la «La finca» y al «Catastro». Ya anteriormente nos tenía demostrado CHICO su predilección por los temas de urbanismo, Catastro y Registro y Concentración Parcelaria. Por varias circunstancias estos capítulos serán muy manejados por todos en los próximos meses y años.

Al tratar del «Principio de legalidad» tras unas generalidades sobre este principio en la acción administrativa (construcciones tradicional y kelseniana, de viculación negativa o positiva a la Ley), con hábil giro, pasa de ENTERRÍA a KRÜCKMANN y, sobre su antítesis seguridad del Derecho y seguridad del tráfico, centra la función registral en el control de la legalidad de los actos y contratos, pasando luego a la proyección registral del principio de legalidad sintetizando las exposiciones tradicionales (D. JERÓNIMO, ROCA, NÚÑEZ LAGOS, etc.). Desde mi obsesión comparatista encuentro criticable que no profundice en la frase de HEDEMAN que cita. El Derecho alemán abandonó el llamado «Legalitätprinzip» en aras a la rapidez y seguridad de la publicidad registral, encontrando la fórmula para coordinar estas con la calificación y la completa constancia en el Registro del acto inscribible, despojando a uno y otro de toda la ganga obligacional por medio de la abstracción tanto del consentimiento formal como del material.

Después de tratar de los varios aspectos que ofrece la «Calificación Registral», siguiendo a NÚÑEZ LAGOS y enriqueciendo las dos vertientes que éste contempla en ella (de fondo y formalista) con una tercera de adecuación del Registro a la realidad, entra en el discutido tema de su naturaleza jurídica, en el que, después de criticar las tesis judicialistas, administrativistas y de la jurisdicción voluntaria, descubre una interesante superación de las discusiones precisamente en el acierto con el que los legisladores de 1861 lograron el montaje orgánico y funcional de la publicidad registral inmobiliaria y del Cuerpo de Registradores, terminando el epígrafe con un clarificador estudio de los caracteres de la función calificadora. Los siguientes epígrafes del tema, aunque menos conflictivos, ofrecen también concisa y clara exposición no exenta de personales sugerencias.

Los dos capítulos siguientes, también relacionados con la calificación registral, resultan también muy cuidados. Es especialmente meritoria la difícil síntesis de los trabajos de GARCÍA Y GARCÍA y de ARNAIZ sobre la distinción entre las «Faltas subsanables e insubsanables». En cuanto al tema del «Recurso gubernativo» baste decir que de materia tan árida y reglamentarista ha conseguido un tema de lucimiento para el opositor.

En el Capítulo XXX, el epígrafe, aparentemente menudo, de la inscripción de derechos sobre finca no inmatriculada es tratada con gran perspectiva, aunque, acaso por mantenerse excesivamente apegado al texto

reglamentario, a LA RICA y al dualismo de VINNIO (dominio y *jura in re aliena*), apenas deja insinuada la extensión analógica a la inscripción previa del dominio del transmitente, cuestión urgente de abordar para cortar los abusos del principio de inscripción voluntaria que pueden cometer los vendedores dificultando las inscripciones de los compradores. Digno de especial mención es el epígrafe sobre «Posesión y Registro». Con gran acierto reconduce a unidad los varios estudios sobre el tema desde GENOVÉS a DÍAZ PICAZO y HERNÁNDEZ GIL, aunque, en mi opinión, la inicial distinción trimembre de éste queda desdibujada en la sistemática posterior de la pregunta, cuando acaso debiera presidir su totalidad, fraccionando en los tres apartados cada uno de los epígrafes de antecedentes, evolución y legislación vigente, de manera que la historia y desaparición de las inscripciones de posesión sin perjuicio de tercero de mejor derecho, que nunca fueron inscripciones de verdadera posesión, sino de dominio presunto no titulado, no pasarían de ser un apartado del tercero de los aspectos de la posesión de HERNÁNDEZ GIL.

También encontramos reelaborado el Capítulo de «Prescripción y Registro». Su exposición es clara y bien estructurada, aunque, siguiendo en esto al programa, se haya dado preferencia por tener pregunta especial a la buena fe del usucapiente con detrimento del problema principal del análisis y crítica de la buena fe especial del tercero pluscuamperfecto protegido frente a la usucapición. También aquí mi obsesión comparatista encuentra la falta de un mínimo de historia (de los maltratados artículos 1.949 del Código y 35 de la Ley anterior) y de Derecho comparado, encaminado a observar que la reforma de 1.944-46 tuvo excesiva complacencia con la posesión *ad usucapionem contra tabulas* igual que la tuvo con la posesión real como modo, frente a la inscripción e incluso frente a la tradición escrituraria, abandonando en ambas complacencias las directrices del Derecho comparado.

Y creo que no hace falta seguir enumerando méritos tema por tema. El «Chico» le tenemos necesariamente que leer y meditar todos los relacionados más o menos con el Derecho hipotecario; lloverán las alabanzas, las citas y las críticas. Además CHICO tiene pendiente un grave desafío: el Tomo siguiente y creo que no sería bueno cerrar la crítica de su Tomo I con un incondicional y definitivo «sobresaliente» que le hiciese dormirse en sus laureles antes de dar cima a su obra. El Derecho hipotecario, aunque ello sea cruel, le está pidiendo todavía muchas horas de trabajo y vela. El es capaz de triunfar ante el grave desafío. Quienes envidiamos su ingenio y capacidad de trabajo le deseamos un éxito total.

TIRSO CARRETERO

LASO MARTÍNEZ, J. L.: *Derecho Urbanístico*. Tomo I. *Orígenes y principios generales de organización administrativa*. Editorial Montecorvo. 1982.

Constituye la obra que se comenta el primer tomo del trabajo general que acomete su autor en relación con el fenómeno urbanístico, en general, y con sus manifestaciones jurídicas, en particular. JOSÉ LUIS LASO, hombre

de preparación universal en este campo, concreta en su *Derecho urbanístico* ideas y experiencias de muchos años de actividad profesional en función de dos líneas básicas. De una parte, la claridad metodológica y la organización de conceptos heterogéneos, que constituye una de las demandas actuales en materia de urbanismo; de otra, la constante presencia de la interrelación entre Derecho Público y Derecho Privado en esta disciplina. Realmente, como él mismo señala en la introducción de su libro, el Derecho urbanístico se destaca como una manifestación característica de las más nuevas corrientes jurídicas, es decir, el constante entrecruzamiento de instituciones públicas y privadas, revelador de algo que hoy es particularmente notorio: la unidad en lo sustancial del Derecho, sin perjuicio de la singularidad de las instituciones particulares de cada rama.

Desde este ambicioso punto de partida, José Luis Laso intenta en este primer tomo, y a mi juicio consigue, un enfoque genérico del fenómeno de la transformación del suelo, que es novedoso en su doctrina, en función de las siguientes ideas.

Por una parte, en cuanto enfoca su trabajo mediante una simbiosis conceptualmente clara entre el hecho urbano propiamente dicho, es decir, el nacimiento, la conservación y la transformación del núcleo de población y el fenómeno jurídico que modernamente regular el supuesto, y ello tanto desde el punto de vista histórico como desde el punto de vista de la realidad legislativa.

De otra parte, en cuanto tal simbiosis se resume en la conclusión de una serie de principios que, como el propio autor advierte, no constituye un conjunto de ideas inmutables, sino de ideas centrales del sistema sujeto a una interpretación dinámica suficiente para adecuarlo a la realidad social, siempre por delante del Derecho.

De acuerdo con estas ideas centrales, la obra se distribuye en veinte capítulos, dedicados los tres primeros a la exposición del fenómeno urbanístico como hecho necesariamente susceptible de ordenación jurídica, al estudio de las notas características de esta normación mediante la ubicación de la actividad urbanística dentro del ámbito propio del hacer administrativo y al análisis de las características fundamentales del Derecho urbanístico, para concluir en una profundización sobre la posible substantividad o autonomía del Derecho urbanístico y en la posición que adopta, según el mismo autor, respecto del Derecho Privado.

Resulta interesante destacar, en este último aspecto, cómo la obra de José Luis Laso viene a significar la realidad de la premonición del profesor PÉREZ BOTIJA citada por el propio autor, que ya en los años cincuenta al referirse a la primera Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, señalaba que, «si sus normas perduran o logran cierto nivel de vigencia, día llegará que los hipotecaristas investigarían el entramado de aquéllas por ser parte del Derecho inmobiliario».

Los capítulos V a IX se dedican a un estudio profundo de la legislación urbanística, que se inicia en el examen de las primeras disposiciones del Siglo de Oro hasta la crítica de la Ley de reforma de 1975. Se trata de una exposición histórica cuya virtud fundamental consiste en un afinado análisis crítico y, sobre todo, en una acertada contemplación de los principios inspiradores del quehacer administrativo anterior a la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, que demuestra cómo dicha Ley no

constituye una ruptura con el sistema anterior, sino, por el contrario, la ordenación conceptual de muchas ideas que ya venían siendo claramente inspiradoras de dicha legislación, sobre todo en sus últimas manifestaciones.

El capítulo X, fundamental en la obra, tiene como objeto la exposición de los principios fundamentales del Derecho urbanístico a que antes nos hemos referido. Constituye un intento generalizador de gran importancia, en el que destaca la coordinación de principios típicos de Derecho Público, como el de participación de los entes superiores en el control de los actos de aprobación de los de jerarquías inferiores, con un estudio muy matizado de las competencias locales en materia de ejecución, el de la aplicación jerárquica del planeamiento, y el de participación pública en la formación del Plan con otros como el de solidaridad de beneficios y cargas en la ejecución de los Planes, que ligado al de configuración por el Plan de los límites naturales del dominio, justifica la necesidad de enfoque iusprivativista del fenómeno de transformación del suelo, a que anteriormente se ha hecho referencia.

Los capítulos XI a XIV llevan a cabo un estudio verdaderamente interesante del discutido problema de la naturaleza de los Planes de Ordenación y, sobre todo, de su interpretación.

La aportación más característica del autor en la materia consiste en la aplicación al Plan de los criterios hermenéuticos más novedosos en nuestra realidad legislativa, aun cuando fueran ya tradicionales en la doctrina civil. Nos estamos refiriendo a los principios de la analogía, de la equidad y, sobre todo, de abuso del derecho y del fraude a la Ley como criterios interpretadores del contenido del Plan.

Es quizá en este punto en donde la aportación del autor a la doctrina actual resulta más interesante y original en la medida en que supone la introducción en la doctrina jurídico-urbanística, de una forma clara y terminante, de principios fundamentales de interpretación y aplicación de las normas que resultan indispensables en una materia tan fluida y tan sujeta a la interpretación arbitraria como es el planeamiento urbanístico.

Los capítulos XV y XXII concluyen este primer tomo con un estudio pormenorizado de la estructura orgánica de la Administración urbanística española. No se limita el autor a la exposición sistemática de cada uno de los órganos urbanísticos de la Administración Central Autónoma, Local o Institucional, sino que avanza en un análisis crítico de la actualidad administrativa de los últimos años, en el que expresa su gran conocimiento de la materia, el rigor en la exposición de las más novedosas cuestiones como la relación entre la Administración Central y la Administración Autónoma, y el análisis de las posibilidades de la Administración especializada como las Entidades urbanísticas de ámbito municipal, las Entidades Urbanísticas Colaboradoras, la nueva figura de los Consorcios y las posibilidades de actuación urbanística a través de formas societarias.

La calidad y la profundidad de este primer tomo, nos induce a esperar con ilusión la publicación de la obra completa que indudablemente ha de suponer un hito importante en la configuración de la doctrina española sobre el Derecho urbanístico.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN

LIPARI, NICOLÒ: *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1980.

Me gustaría encontrar un adjetivo para calificar este libro que hace tiempo me envió EVELIO VERDERA para su recensión. Creo que podría hablarse de «sorprendente» este ensayo para la enseñanza. Es algo nuevo que aparece en el campo jurídico y que exige una seria meditación por ese gran sector de intelectuales que se dedican a la enseñanza en la doble vertiente de la cátedra y de la publicación. Particularmente no sólo el enfoque, sino el contenido me ha fascinado. Yo me dediqué a una enseñanza especializada «post»-universitaria y luego he ido teniendo las grandes debilidades de ir publicando libros y manuales sobre una materia concreta que me parecía dominar. Cuando la publicación del segundo volumen de mi obra está casi «en la calle», la recensión de este libro me pone en el gran interrogante de si lo que hice sigue siendo válido a los efectos de transmitir conocimientos hipotecarios o debiera haber utilizado este nuevo método que la obra recensionada ofrece. No sé, pero sí creo que la lección que el libro brinda puede ser un modelo para ensayarla en cualquier momento en ese constante deseo de la comunicación.

EVELIO VERDERA Y TUELLS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Madrid, hace un prólogo a la obra que permite situarla dentro de un renovado sistema de enseñanza. NICOLÒ LIPARI, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Roma, explica el libro en una fabulosa introducción destinada a la edición española. Quince profesores, a los que luego citaremos, contribuyen con sus estudios a la formación del texto. Los colegiales del Real Colegio de España en Bolonia, civilistas y mercantilistas, traducen del original italiano según sus preferencias y especializaciones el texto primitivo. Sobre estas bases quiero dar primero una visión panorámica de la esencia del libro para luego ir descendiendo a cada uno de los temas que lo integran.

A) *Sentido general*

Entiendo que la esencia de la publicación reside en esas frases finales de NICOLÒ LIPARI, en las que se dice que «el estudio del Derecho no puede limitarse a la realización de reflexiones individuales sobre las páginas de un Código o de un manual, sino que es algo que representa hoy quizá uno de los más significativos ángulos visuales para un análisis crítico de la sociedad». La idea también la precisa EVELIO VERDERA en su prólogo: se trata de «un libro diverso que, completando la función de aquéllos, ayude a entender el papel del derecho y de los juristas en la sociedad actual».

Cuenta el prologuista cómo en el año 1961 MICHELE GIORGIANNI apuntaba la gran «transformación» que se había producido en el Derecho privado y cómo ello no tenía más que un escaso eco en los «manuales» al uso. Diez años después —sigue diciendo— vuelve sobre el tema S. RODRÀ, insistiendo en la dificultad de transmitir los resultados de la investigación científica por los cauces de la enseñanza. Estos dos pareceres vienen a poner de relieve la insuficiencia de los antiguos *manuales*, a los que, sin

embargo, todavía es preciso acudir. Sin perjuicio de ciertos intentos de puesta al día de los mismos, lo cierto es que tanto el fenómeno de la masificación universitaria como los instrumentos didácticos habituales, pensados para grupos minoritarios homogéneos, exigía un cierto pronunciamiento sobre el tema. En el año 1976 se celebran dos mesas redondas en el Instituto de Derecho Comparado Italo-Iberoamericano, cuyas conclusiones son: seguir admitiendo el manual como instrumento didáctico fundamental, aunque no exclusivo, afirmándose la necesaria pluralidad de los medios didácticos utilizados. Así se cita frente al «manual apoloético» (que se limita a describir el Derecho positivo), el manual «valorativo» (que quiere provocar en el lector un juicio sobre el Derecho positivo). Igualmente cita —dentro de la línea de propósitos renovadores— los «libros de problemas». Con ello llega al libro que recensamos y que responde a las preocupaciones citadas, destacándose su sentido crítico, su trabajo de equipo, que aborda los grandes temas del momento y que incita a un esfuerzo de comprensión y valoración, al que conviene habitar durante los años de aprendizaje universitario.

La obra se hizo durante cuatro años en la Facultad de Derecho de Bari por un grupo de trabajo dirigido por LIPARI, y aunque se comenzó por la formación de unas fichas a modo de bosquejos problemáticos, luego se desistió y se llegó a la redacción del problema, pasándose a una discusión con «turno» obligatorio para todos los componentes del grupo. Luego se pasaba a un debate libre. De ahí que LIPARI diga que los nombres que en el índice de la obra figuran junto a cada capítulo tienen un valor puramente indicativo, pues son los de aquellas personas que tuvieron a su cargo la primera redacción y las revisiones sucesivas, pero todos los demás prestaron su concurso aclarando e incluso formulando ideas. En este sentido los componentes del equipo deben considerarse a todos los efectos como *coautores* del todo y de su propia parte.

LIPARI explica cómo ese grupo estaba convencido de que el saber jurídico, al igual que cualquier otra forma de conocimiento, no se transmite a título «derivativo», sino que se adquiere a título «originario», y que la misión de toda escuela es sólo proporcionar los instrumentos para el aprendizaje personal. Señala cómo el esquema de enseñanza de nuestras Facultades de Derecho y los manuales institucionales se proponen ilustrar una determinada «disciplina» legislativa presentando en forma de lectura los textos normativos. De esta forma el estudio del Derecho se convierte en una acumulación casi paradigmática de datos inverificables. Partiendo de esa perspectiva hemos comenzado —sigue diciendo el autor— a investigar sobre el Derecho, hemos intentado analizar cómo el mismo se inserta en la sociedad contribuyendo a esas transformaciones que llevan a la experiencia social muy lejos del mundo de los códigos y de los manuales.

Por último, lo que se ha pretendido no es hacer otro manual de Derecho privado ni «un contramanual», sino a lo más un libro *diferente* que ayude a comprender el papel del Derecho y de los juristas en la sociedad de hoy. Lo que los autores intentan no es vulgarizar el lenguaje técnico o traducirlo en forma comprensible a los no iniciados, sino captar la dimensión jurídica de los hechos que los periódicos nos muestran cada día y generalizar la creencia de que es didácticamente preferible plantear al estudiante problemas irresueltos o en todo caso estructurados dialéctica-

mente que un compendio de nociones dogmáticas de definiciones inalterables.

Con esto creo que es necesario ya descender a cada una de las materias que forman el volumen, pues me temo que al intentar resumir esa magnífica introducción de LIPARI no llegue a ofrecer su verdadera dimensión y me pase lo que al señor KEUNER de B. Brecht que el autor utiliza en su dedicatoria: que el agua me llegue al cuello y que me ponga a nadar, pero sin descubrir que soy una barca, sino para guardar mi ropa...

B) *Temas y problemas estudiados*

La elección de los mismos se hace pensando en la brecha abierta entre las sedimentaciones de las fórmulas manualísticas y la realidad empírica. Son los siguientes:

- a) *Las vicisitudes de la codificación.*—Lo escribe A. M. PRINCIGALLI y traduce P. SALVADOR. Con el trabajo se trata de captar el punto de conexión que media entre la idea de «código» y las grandes corrientes de pensamiento que precedieron a la Revolución francesa para así comprender hasta qué punto el fenómeno de la codificación pudo unificar los contenidos de la ideología iusnaturalista y las nociones de la supremacía del Estado y de la voluntad general. Se aborda la codificación como fenómeno histórico, los sucesivos intentos, el papel de la cultura jurídica, la realidad de la codificación, las reformas posteriores de los códigos y los problemas actuales de la misma.
- b) *El problema de la interpretación jurídica.*—Escribe N. LIPARI y traduce P. SALVADOR. Tema clave y núcleo central de cualquier posible renovación realizada desde el interior de la propia experiencia jurídica, intentándose con su inclusión que el futuro operador jurídico adquiriera el sentido de la función crítica del jurista como científico social y que ésta históricamente en la jurisprudencia se delinea en relación con la crisis del positivismo jurídico. El objeto y el método, el lenguaje legislativo y la norma como resultado del proceso legislativo son los temas claves, aunque el decisivo es el de la interpretación y la seguridad jurídica.
- c) *Individuo y grupos sociales.*—Lo redactan G. COTURRI, A. SODO y G. PIEPOLI, y traducen sucesivamente R. ILLESCAS, A. LÓPEZ y P. C. LASARTE. La razón que justifica la inclusión del tema es la constante alusión que a los problemas de autonomía, libertad o igualdad se hacen en las Constituciones y declaraciones universales de derechos y que exigen el control mediante el criterio de verificación que nos ofrece el principio de efectividad. De ahí que se haya prescindido de las posiciones jurídicas subjetivas y se analice la temática del individuo en su inserción en un grupo intentando superar las rígidas fronteras formales que median entre personas jurídicas y organizaciones sin personalidad jurídica. Igualmente era preciso redescubrir la dimensión jurídica de la familia conforme al principio de efectividad y prescindiendo de todo apriorismo.

- d) *Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes.*—Escribe M. CONSTANTINO y traduce V. L. MONTES. La idea es la de tratar de explicar por qué la propiedad ha sido sustituida por la empresa en la posición de institución predominante en el campo económico y la de diferenciar entre el interés que tiende a la maximización del valor del uso y el que se dirige a maximizar el valor del cambio. Sólo así se puede asegurar que la disciplina de la propiedad realiza una función social.
- e) *Utilización del contrato y disciplina de los negocios.*—No señala en índice el autor, pero sí los traductores P. SALVADOR y M. GARCÍA AMIGO. El tema del contrato en su estructura, licitud y moralidad, formación y autonomía tiene un punto final que es el de la iniciativa económica, en donde, como dice LIPARI, ésta no es, como a veces se intenta hacer creer con no poca artificiosidad, un simple efecto o manifestación de la autonomía, sino que a menudo actúa como un verdadero presupuesto de la propia relación entre los contratantes.
- f) *Circulación de los derechos y acceso a los bienes.*—Redacta G. TATARANO y traduce G. J. JIMÉNEZ. Es quizá un tema crucial que, sin embargo, ha quedado limitado en su análisis al problema de si los nuevos sistemas de relaciones económico-sociales al que tiende la legislación y la praxis ha superado el criterio de la valoración comparativa de los intereses que no resulta adecuado para resolver los conflictos entre intereses y necesidades, así como el problema del tráfico que tampoco coincide hoy con el de la realización del crédito o la identificación del titular de un derecho, sino que se presenta como el problema de la distribución de la riqueza y de acceso a determinados bienes que están destinados a la satisfacción de las necesidades fundamentales.
- g) *Responsabilidad civil y daños injustos.*—Figura como autor G. TUCCI y traduce J. M. GONZÁLEZ PORRAS. En el análisis del tema, dice LIPARI que el examen histórico se justifica para descubrir la progresiva reducción de su función original que era de naturaleza indemnizatoria y que en la actualidad el operador jurídico debe encontrar nuevos mecanismos de tutela, sin, por otro lado, dejarse vencer por la ilusión de que la perspectiva de una condena por daños pueda actuar como prevención de la comisión de actos ilícitos.
- h) *La actividad empresarial y los particulares en el proceso económico.*—Lo escribe N. SCANNICCHIO, A. IANNARELLI y R. PARDOLESI, y traducen A. PÉREZ DE LA CRUZ, A. ROJO y J. BLANCO. La idea es destacar el significado y alcance del fenómeno que se conoce con el nombre de comercialización del Derecho privado, intentando analizar los datos normativos que caracterizan a la nueva disciplina. Recuperar la dimensión del origen y organización, superando su manifestación en el mercado, es la finalidad de la primera etapa de una nueva e imprescindible meditación sobre el tema.
- i) *Cambios sociales y reflexión jurídica.*—Figura a cargo de E. RESTA y traduce I. ARROYO. En el tema se recoge lo que LIPARI llama dimensión global —que no sectorial— del análisis crítico del jurista, y con ello conseguir distanciarse de las posiciones racionalistas propias del movimiento codificador que habían servido de punto de partida.

- j) *Análisis de la jurisprudencia.*—Escribe V. M. CAFERRA y traduce J. M. GONZÁLEZ PORRAS. Los diferentes temas que se enfocan son los del estudio de la jurisprudencia en la aplicación del sistema jurídico, en la actividad de los jueces y en sus resultados, en la importancia de la misma frente a la ciencia jurídica, el método causístico, la redacción de las sentencias y los medios informativos de la misma.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

