

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVII ○ Septiembre - Octubre 1981 ○ Núm. 546

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. José Poveda Murcia.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

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 hipoteca cambiaria y la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por LEOPOLDO STAMPA	1135
«La Constitución, el Urbanismo y el Registro de la Propiedad», por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	1171
«La identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía de pago de letras de cambio», por ANTONIO MANZANO SOLANO	1193
«La acción de petición de herencia: Concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente», por LAURA MARÍA CANO ZAMORANO	1219

NOTAS:

«Panorámica parcial del Impuesto sobre la Renta», por JOSÉ MENÉNDEZ.	1253
--	------

VIDA JURIDICA:

«Sobre la conveniencia de incluir el Derecho registral como asignatura independiente dentro del plan de enseñanza universitaria», por el CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS DEL COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD	1275
---	------

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1293
---	------

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JUAN DE MOLINA JUYOL, SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS, JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1307
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1334

LIBROS:

«Averbações e Cancelamentos no Registro de Imóveis. Doutrina e prática», de NICOLAU BALBINO FILHO, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE ...	1341
«Prensa agraria en la España de la Ilustración. El Semanario de Agricultura y Artes dirigido a los párrocos (1797-1808)», de FERNANDO Díez RODRÍGUEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	1342
«Il mutuo dissenso», de ANGELO LUMINOSO, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ.	1346
«La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo», de VICENTE LUIS MONTES, por MARIANO PESET ...	1352

LIBROS:

«Comentarios a la Ley del Suelo», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ ...	1354
«Propiedad y Urbanismo», de A. SUSTAETA ELUSTIZA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ ...	1356

REVISTAS ...	1357
---------------------	------

ESTUDIOS

La hipoteca cambiaria y la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Desde 1973 se han dictado tres Resoluciones por la Dirección que admiten y perfilan la hipoteca cambiaria, institución que está siendo desarrollada por «la actuación de los Notarios y de los Registradores que suplen la deficiencia legal, como órganos cualificados, contribuyendo 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»; por decirlo con la misma frase que emplea la Dirección en su Resolución de 26 de octubre de 1973.

Es innecesario remarcar lo fecundo de la actividad creadora y calificadora de Notarios y Registradores, que ha sido puesta de relieve tanto por la doctrina (1) como por la jurisprudencia, y cuya labor, en muchos casos, ha dado origen a la completa regulación legal de diversas instituciones.

En este trabajo vamos a examinar las cuestiones resueltas por la jurisprudencia registral con respecto a la hipoteca cambiaria, y a comentar los aciertos—que son mayoría—de la orientación jurisprudencial; así como los errores que, a nuestro juicio, contienen algunas de las decisiones jurisprudenciales y que en el futuro podrían rectificarse, para que la hipoteca cambiaria sirviera mejor a los intereses jurídico-sociales.

(1) CASTÁN, por todos, en *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, 1946, Instituto Editorial Reus.

LA POSIBILIDAD DE LA HIPOTECA CAMBIARIA EN NUESTRO DERECHO

Viene de antiguo la contemplación de la hipoteca cambiaria por la doctrina y la legislación.

Ya se mencionó, aunque para rechazarla, en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

La doctrina y la jurisprudencia se pronunciaron, hasta no hace muchos años, mayoritariamente en contra de la posibilidad de constituir y configurar en nuestro Derecho la hipoteca cambiaria.

Sin embargo, la necesidad de dicha hipoteca para garantizar el buen fin de las cambiales no sólo no se discutía, sino que se reconocía.

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (2) reconoce la utilidad de dicha clase de hipotecas, pero considera que no hay posibilidad de hallar el molde jurídico que permita la constitución de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho.

«Una letra garantizada con hipoteca es una contradicción.»

Se plantea así, una vez más, el choque entre la realidad social que demanda soluciones jurídicas para supuestos que en ella viven y se desarrollan y la insuficiencia del Derecho para satisfacer esa demanda o, lo que es aún peor, la imposibilidad o dificultad de realizarla por respeto a unas acuñaciones o a fórmulas conceptuales que oponen obstáculos teóricos al desarrollo jurídico.

Se hacía eco ya de la necesidad de regulación de la hipoteca cambiaria la Resolución de 16 de junio de 1936, que manifestaba la conveniencia de facilitar «la constitución de estas hipotecas en atención a las exigencias del tráfico mercantil con una prudente flexibilidad, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo; a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño en la economía nacional».

Palabras que reproduce la Resolución de 26 de octubre de 1973, en circunstancias de crisis económica similares a las de 1936.

Pero frente al reconocimiento de esta necesidad se alzan las dificultades conceptuales, y la Resolución de 1936, como las posteriores de 18 de enero de 1939 y 5 de febrero de 1945, continúan negando la posibilidad de la hipoteca cambiaria en nuestro Ordenamiento, y la doctrina relata la larga teoría de dificultades que plantean: la posibilidad de que

(2) *Estudios sobre la Hipoteca de Seguridad*. Tomo II: *Estudios de Derecho Hipotecario*, págs. 83 y ss.

el título protegido se pierda, la emisión de duplicados, el valor de las copias, la falta de autenticidad de los endosos, el juego de los protestos, la renovación de giros, la caducidad, la responsabilidad solidaria, las excepciones oponibles (3).

No oculto mi admiración por la obra de don JERÓNIMO GONZÁLEZ ni mi participación en el respeto general que su egregia figura suscita (prueba de ello es el privilegio que tiene entre todos los autores de trabajos jurídicos de ser citado siempre con el «don». DON JERÓNIMO ocupa así, sin duda, un lugar preeminente, parejo al que tiene Don Pelayo entre los reyes de España).

Pero la realidad social obliga a superar los posibles impedimentos jurídicos que pudieran existir para el reconocimiento y desarrollo de la hipoteca cambiaria en nuestro Ordenamiento jurídico. Figurémonos que se presenta en nuestro despacho una persona que conoce el juego legal de la letra de cambio.

Sabe, por lo tanto, que—contra lo que se dice tan fácilmente en los periódicos—la letra es un instrumento jurídico eficaz para el cobro del crédito que en ella figura. Pero no ignora que el crédito cambial—como cualquier otro—no puede inventar la solvencia del deudor.

Y por ello quiere garantizar el crédito cambiario con una hipoteca.

La pretensión es lógica. El interés, indudable. Y así se lo decimos.

Nos encarga que constituyamos la hipoteca. Acreedor y deudor están conformes. El deudor nos trae los títulos de los inmuebles que va a hipotecar. Pero nosotros le decimos que la hipoteca no es posible.

Nuestro visitante hace un gesto de extrañeza y pregunta por qué el crédito cambiario es de menos categoría que cualquier otro crédito y no puede asegurarse con garantía real. Le respondemos que la letra refuerza la categoría del crédito, y que la Ley menciona incluso la posibilidad de la hipoteca en garantía de letra de cambio.

Más extrañado aún, interroga cuál es la causa que impide la constitución de la hipoteca, y le decimos: los conceptos. Al hilo, cada vez más disonante la conversación, desea saber si es necesaria una nueva Ley para orillar esos peregrinos obstáculos que se llaman los conceptos. Y aumentamos su asombro al responderle que no es necesario, que basta con interpretar la Ley.

La persona que ha venido a consultarnos es correcta, fría y educada. Esto le impide estallar en indignación y le permite preguntar suavemente: ¿y por qué si es justa la pretensión que tengo, y si con la letra se pretende asegurar y dar una mayor eficacia a los créditos cambiarios que a los que no revisten la forma cartular que la cambial significa, no inter-

(3) Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Ob cit*, pág. 104.

pretan ustedes los conceptos de conformidad con mi pretensión? Y no podemos responderle que, a veces, nos encerramos en nuestro laboratorio y creemos que la vida ha de ajustarse en los conceptos en vez de servir éstos a la vida. Porque quizá recordamos que el Derecho es aplicación a la vida para obtener la Justicia, y que los conceptos son útiles e imprescindibles para aplicar el Derecho a la vida..., a condición de que les olvidemos cuando realicemos su aplicación.

Ya la doctrina (4) se había inclinado por la admisión de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho en base a la mención del artículo 150 de la Ley Hipotecaria y la aplicación analógica de los artículos 154 y 156 del mismo Cuerpo legal, y—aunque con menos fortuna en la invocación—en el artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. Mientras, la necesidad vital de la hipoteca cambiaria sigue atrayendo la función creadora de Notarios y Registradores, y en 1973 se producen dos Resoluciones, con un día de diferencia, sobre la hipoteca cambiaria. Son las de 25 de octubre y 26 del mismo mes y del año indicado.

Ambas Resoluciones pretendieron dar carta de naturaleza a la hipoteca cambiaria en nuestro Ordenamiento jurídico. Pero la del día 25 no pasó de la primera instancia, en la que el Presidente de la Audiencia Territorial ordenaba la inscripción de la hipoteca cambiaria. La apreciación de falta de personalidad de la sociedad recurrente, por parte de la Dirección impidió el examen del fondo de la cuestión y conllevó la revocación del Auto presidencial.

La Resolución del día 26 de octubre manifestó en su primer Considerando que la cuestión central planteada por la nota de calificación obligaba a resolver en primer término la posibilidad de la admisión de la hipoteca cambiaria; cuya posibilidad, añadía, *era hasta ahora meramente teórica* y estaba reconocida en los artículos 150, 154 de la Ley Hipotecaria y 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

Añade la Resolución que este tipo de hipoteca ofrece especiales peculiaridades, debido a las características del crédito garantizado y que pueden ser, a título de ejemplo, la indeterminación del acreedor hipotecario que no resulta de los libros registrales y que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos o a través de las incidencias derivadas de la renovación de la cambial; y, por último, las que pueden presentarse en fase de ejecución. Y expresa además la necesidad

(4) ROCA: *Variaciones sobre la hipoteca cambiaria*, Centenario de la Ley del Notariado, vol. I, págs. 234 y ss.; SAPENA: *Revista de Derecho Mercantil*, número 62, pág. 249; GUIMERA: «Hipoteca de máximo en garantía de letras de cambio», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1954, pág. 139.

En contra, CAMY: *Comentario a la Legislación Hipotecaria*, tomo V, pág. 904.

de matizar o regular bien la garantía para evitar errores a los terceros y tenedores de las letras de cambio.

Declaró admisible la constitución de hipoteca cambiaria, con la limitación de que no se produzcan infracciones de las normas legales y resulten salvaguardados los principios hipotecarios; y estimuló la actuación de los Notarios y de los Registradores para ir completando la insuficiencia normativa de la regulación de la hipoteca cambiaria

Después se producen, con motivo de sendas calificaciones, los recursos que han de terminar en las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979.

Ambas notas se ponen en 1976. En 16 de mayo de 1977 se dicta el Auto presidencial que resuelve en primera instancia el expediente que terminará con la Resolución de 1979. Auto que, por lo tanto, marca un hito cronológico, importante por lo denso y acertado de su doctrina. Mientras que carecen de trascendencia las fechas de las Resoluciones de 1978 y 1979, que se dictan cuando la Dirección tiene a la vista los dos recursos y que, por consiguiente, guardan entre sí una innegable correlación en el tiempo.

La Resolución de 31 de octubre de 1978 repite la doctrina de la Resolución de 1973, en orden a la admisión en nuestro Derecho de la hipoteca cambiaria. Cuestión que no se plantea en la de 1979, pese a la correlación temporal de la tramitación de ambas.

La admisión, después de las dos Resoluciones citadas, parece que queda consagrada definitivamente, pero obliga a matizar la naturaleza jurídica de la hipoteca cambiaria para saber exactamente cuál es el contenido de la figura jurídica admitida por la Dirección. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (5) planteaba la cuestión preguntando: ¿qué se hace al constituir la hipoteca cambiaria: se garantiza un crédito incorporado a un papel, que vive conforme al Derecho Mercantil, o cristalizamos el Derecho real en un soporte material sin unión con el Registro? ¿Es una hipoteca de seguridad o una cédula hipotecaria endosable?

Ni lo uno ni lo otro. Porque no es dable ignorar la hipoteca examinando el negocio jurídico desde el punto de vista de la letra, ni tampoco contemplar la hipoteca sin tener en cuenta la peculiaridad del crédito cambiario. Este y aquélla se influyen mutuamente.

No es hipoteca cambiaria la que garantiza la relación jurídica subyacente que legitima la emisión de la letra. Esta sería una hipoteca ordinaria, en la que el crédito figuraría inserto en unas letras, pero cuya legitimación, titularidad, etc., se rigen y refieren a dicha relación subyacente.

La hipoteca cambiaria lo que garantiza es la relación jurídica que

(5) *Obra citada*, pág. 104.

contiene la letra, lo que origina algunas consecuencias importantes. La primera y más característica de las cuales es que el acreedor hipotecario es el titular legal de la relación jurídica cartular.

Y ¿cuál es esa relación jurídica que se garantiza con la hipoteca y que está insita en la letra?

Pueden ser varias: la del avalista; la de un endosante, etc. Pero normalmente es la siguiente:

El librador ordena, en virtud de la relación subyacente, al librado que pague la letra. Esta relación no se garantiza por la hipoteca cambiaria.

El aceptante promete pagar lo que se le ha ordenado, abstracción hecha de la causa legitimadora de dicha orden. Promete pagar, por el hecho de aceptar, a quien sea titular de la letra. Y él, y los sucesivos endosantes, garantizan solidariamente al tenedor de la letra el cumplimiento de esa promesa de pago.

Esta es la relación jurídica que se garantiza con la hipoteca cambiaria.

La superposición de garantía que implica la hipoteca nace con la promesa de pago y el reconocimiento de la deuda que hace el librado (deudor hipotecario) al tomador (acreedor hipotecario). Huelga, por tanto, toda referencia a la relación que origina la emisión de la letra entre el librador y el librado. Este acepta, y al aceptar se obliga, reconoce su deuda y promete pagarla. Esta relación, garantizada con la hipoteca, ha de especificarse claramente en cuanto a sus elementos personales, su cuantía, y su vencimiento. Queda como dato incierto el de los futuros acreedores-tomadores, incertidumbre que caracteriza la hipoteca cambiaria y que obliga, para que sea posible la identificación del dato, a realizar la de las letras garantizadas.

La letra comprende dos elementos que caracterizan su relación jurídica: una promesa de pago y la responsabilidad solidaria de los firmantes que a partir de esa promesa se obligan al pago de la letra. El aceptante-deudor-hipotecario tiene una situación especial, puesto que, conforme al artículo 480 del Código de Comercio, no puede oponer excepción alguna que le exima del pago, siempre que la firma sea suya. Lo que configura esa obligación de pago como desligada de su causa o, si se quiere, sin más causa que la propia aceptación. La obligación que contrae el aceptante desplaza el centro de gravedad desde la causa hasta el acto mismo de la aceptación. La obligación del aceptante tiene carácter causal con respecto al librador (art. 456 del Código de Comercio), pero funciona en forma abstracta con respecto al tomador. El que acepta, paga.

El derecho del acreedor-hipotecario-tomador de la letra queda así exactamente fijado. Si surgen, por el endoso, otros acreedores con el carácter de tenedores de la letra la obligación del pago subsiste sin modificación, porque el endoso transmite la propiedad de la letra con todos

los derechos insitos en ella y el crédito que entrañan; transmisión que comprende el de la garantía hipotecaria, a tenor del artículo 1.528 del Código Civil, que preceptúa que la cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, la hipoteca y los demás privilegios.

Del origen común de la emisión de las cambiales—cuando se hipotecan varias—participa la promesa de pago que se materializa en todas y cada una de las diversas letras, y cuyo origen común explica alguna de las consecuencias que luego vamos a examinar.

Finalmente, en forma clara, aunque no explícita, las Resoluciones que estamos comentando se caracterizan por diferenciar dos clases de hipotecas cambiarias: aquellas en las que el tenedor continúa siendo el acreedor único durante todo el desarrollo de la relación jurídica cambiaria; y aquellas otras en las que, por virtud de uno o varios endosos, el tenedor de la letra en el momento de la ejecución hipotecaria es distinto del tomador de la cambial en el instante de la constitución de la hipoteca. La diferencia tiene importantes consecuencias prácticas.

Examinada la relación jurídica que caracteriza la hipoteca cambiaria nos enfrentamos con el estudio de los obstáculos legales que han debido superarse para la admisión en nuestro Derecho de la figura y del procedimiento empleado para conseguirla.

REQUISITOS DE LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECAS CAMBIARIAS

En definitiva, el problema que entraña la hipoteca cambiaria es el mismo del de toda hipoteca de seguridad: la aplicación de un procedimiento que supla, con claridad y certeza, la falta de los datos necesarios para la exigencia de la hipoteca que no están amparados por la fe pública ni por la legitimación registral, por no constar inscritos en los libros del Registro. El problema se plantea porque al regular, el artículo 154, la hipoteca de títulos endosables exige una serie de requisitos que evidentemente no son aplicables a la letra de cambio.

Estos requisitos del artículo 154 de la Ley Hipotecaria tienden, en definitiva, a la identificación de los títulos que son objeto de hipoteca y a la determinación y extensión de la relación jurídica que contienen.

Por ello, con toda razón, la Resolución de 26 de octubre de 1973 dijo que los requisitos del artículo 154 no eran aplicables a la hipoteca de las letras de cambio, dados los términos inconciliables de dicho precepto y del artículo 444 del Código de Comercio, y que había que sustituirles con las circunstancias que cubrieran dos finalidades:

Primera.—Individualizar e identificar las cambiales.

Segunda.—Determinar las circunstancias y extensión del crédito contenido en las mismas.

Quizá porque la Dirección expresó estos dos conceptos en un solo Considerando y sin diferenciarles se ha originado una cierta confusión entre la identificación de las cambiales y la expresión de las circunstancias que caracterizan el crédito garantizado. Y FERNÁNDEZ CABALEIRO (6), en su comentario a aquella Resolución, decía que los requisitos legales imprescindibles se concretan en el artículo 444 del Código de Comercio, en el sentido de que la falta de uno de ellos es suficiente para que el documento pierda su condición de cambial y que la total identificación de ésta, a los efectos de la hipoteca, tiene lugar a base de reseñar en la escritura los datos y circunstancias que contribuyan a individualizar e identificar las cambiales; y, además, como indica la Dirección, siguiendo la práctica notarial, con la garantía que supone que los datos de constitución de hipoteca se consignen bajo la fe notarial en cada una de las letras garantizadas.

La Resolución de 1978 insistió en el problema de la imposibilidad de que se cumplieran los requisitos del artículo 154, pero no entró en el examen de los que se refieren a la identificación de las cambiales y de la determinación del crédito.

En la nota que dio lugar a la Resolución de 1979 se contemplaban directamente los problemas de la identificación de las letras garantizadas con la hipoteca y de la forma en que habían de constar los requisitos de las mismas en la escritura de constitución. La nota decía que consideraba defecto insubsanable el no determinarse debidamente el contenido y extensión de las obligaciones garantizadas e incorporadas a las letras de cambio, pues exigiendo el artículo 444 del Código de Comercio la constancia de los requisitos que enumera para que las letras surtan efectos en juicio, son esos mismos requisitos los que configuran o conforman aquellas obligaciones; lo que hace, por imperativo del principio de especialidad, que hayan de consignarse no sólo en la letra, sino también en la escritura de constitución, conforme a los artículos 9.º, 2; 154, 2; de la Ley Hipotecaria, y 51 de su Reglamento; añadiendo el Registrador, en su informe, que además con esto se evitaba la posibilidad de que la hipoteca se constituyese en garantía de letras de cambio nulas, incompletas o en blanco.

Este planteamiento origina cierta confusión que es necesario disipar con la neta separación de las dos exigencias de la Dirección General: a) identificación e individualización de las cambiales; y b) determina-

(6) *Revista Crítica*, núm. 501, pág. 338.

ción de las circunstancias que configuran el crédito que representan las mismas.

La identificación ha de hacerse mediante la reseña en la escritura de las letras en la parte estrictamente necesaria para su individualización y con referencia especial al número y serie del papel timbrado en el que se hallan extendidas. Y además con la nota puesta, bajo la fe notarial, en cada una de las cambiales.

La fe notarial no sólo acredita que la letra está garantizada con la hipoteca, sino que, además—como su mención en la escritura—, cubre la realidad de la existencia física de la letra y la calificación jurídica de que el documento contiene todas las características necesarias para ser considerado como tal letra.

Esta función calificadora de la nota supera la de una notificación de la existencia de la hipoteca a los futuros tenedores de las letras.

El Auto que resolvió en primera instancia el expediente que diera lugar posteriormente a la Resolución de 18 de octubre de 1979 (7) recogía perfectamente la doble función de la nota extendida por el Notario en sus Considerandos cuarto y quinto, que dicen así:

Que, en cuanto a su apartado A), el Registrador aprecia como defecto insubsanable el no determinarse debidamente el contenido y extensión de las obligaciones garantizadas e incorporadas a las letras de cambio, pues, exigiendo el artículo 444 del Código de Comercio la constancia de los requisitos que enumera para que surtan efecto en juicio, son esos mismos requisitos los que configuran o conforman aquellas obligaciones, lo que hace, por imperativo del principio de especialidad, que hayan de consignarse no sólo en la letra, sino también en la propia escritura de constitución y, por eso, en la inscripción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.º, 2; en el 154, párrafo segundo, ambos de la Ley Hipotecaria y en el 51 de su Reglamento; pero esta tesis así sustentada no puede ser admisible según los argumentos que se esgrimen por el recurrente y por el Notario autorizante de las escrituras, y además la ya citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sienta, con muy plausible doctrina, que las exigencias contenidas en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria (citado por el Registrador como fundamento de su calificación y del que nace su invocación a su artículo 9.º, 2, y al 51 del Reglamento) para la constitución de hipotecas en garantía de títulos transmisibles

(7) Del Auto es autor el Presidente de la Audiencia de Sevilla, don ANGEL DE HUIDOBRO.

por endoso «no caben respecto de las letras de cambio, dados los términos del artículo 444 del Código de Comercio, así como tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación como la serie, amortización, etc., ya que la incompatibilidad entre ambos textos legales es tan manifiesta que claramente indica que el artículo 154 de la Ley se refiere exclusivamente a los títulos al portador y no ha podido comprender dentro de su contexto a las letras de cambio, pese a resultar mencionadas, y, en su consecuencia, lo que cabe hacer por vía de analogía, para suplir esta falta de regulación, es reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales», «y, a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial», «para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro».

«Que aunque lo que antecede debe bastar para rechazar el punto A) de las notas calificadoras, parece conveniente entrar a examinar las argumentaciones expuestas por el Registrador en sus informes, de indudable «erudición y abundancia de argumentos jurídicos» (como se dice en su escrito por el Notario autorizante), siguiendo para ello las no menos eruditas y jurídicas y más convincentes exposiciones del recurrente, expresándose, en primer lugar, que el principio de especialidad no padece, en absoluto, con la tesis aquí sustentada, puesto que las letras de cambio cuyo pago se garantiza en esa hipoteca están perfectamente identificadas e individualizadas en las escrituras y en ellas consta, bajo la fe notarial y *su calificación técnica y jurídica*, que son verdaderas letras de cambio, adornadas con todas las formalidades y requisitos legales bastantes para ser tenidas por válidas y eficaces, sin que para la constitución de la hipoteca pretendida sea en absoluto preciso que se consignen en la escritura todos y cada uno de los datos que se citan en el artículo 444 del Código de Comercio, que se refieren a la validez ejecutiva en juicio de las letras de cambio, bastando, por el contrario, queden claramente puntualizados que las letras han sido extendidas en el impreso oficial correspondiente—señalándose la clase, serie y número de cada una—, que en ellas consten el nombre y circunstancias del aceptante y librado, el tenedor de todas ellas, la cantidad por las que las cambiales fueron libradas y aceptadas y sus vencimientos, la nota extendida por el Notario autorizante en los títulos, haciendo constar la constitución de la

hipoteca, el tenedor de las letras, acreedor del hipotecante y en favor de los sucesivos tenedores de los efectos, y fijándose el domicilio de su pago, así como haber sido calificadas como verdaderas letras de cambio por el Notario autorizante, calificación plenamente suficiente y ajena a la propia del Registrador por caer fuera del ámbito de su competencia específica, con lo que quedan debidamente salvaguardados los principios hipotecarios básicos de nuestro sistema, sin detrimento de lo dispuesto en los artículos 34, 38 y 154 de la Ley Hipotecaria, y claramente determinado el contenido de las obligaciones representadas por las letras—que no es ni puede ser otro—como en ellas figura por la fe notarial, que el pago de la deuda por el librado aceptante a los posibles sucesivos tenedores de las letras en una superposición de garantía que implica la hipoteca, nacida del reconocimiento de su deuda que hace el librado, deudor hipotecario, sin que en esta relación obligacional garantida, entre la relación librador-librado, ni quepa tomarse en consideración la cláusula valor que pudo originar tal relación».

Sólo resta insistir en que la identificación de las cambiales se produce fuera del Registro y que, por lo tanto, conforme rectamente ha juzgado la Dirección pertenece a la fe notarial la puesta de la nota en las letras y no al Registrador, por virtud de una calificación que no realiza ni puede realizar, porque la letra no se presenta en el Registro para su calificación, no puede tener acceso al mismo, conforme al artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, y vive su existencia fuera del Registro, lo que es característica propia de las hipotecas de seguridad (8).

Además del de la identificación de las letras, con independencia de él, se origina el problema de la delimitación de la constancia de la extensión del crédito que entrañan las letras y que es el objeto garantizado con la hipoteca cambiaria. Ya en su comentario a la sentencia de 1973, FERNÁNDEZ CABALEIRO consideraba que era necesario que se reprodujesen en la escritura todos los requisitos legales que se contemplan en el artículo 444 del Código de Comercio, porque si faltare uno solo de ellos el documento perdía su condición de cambial.

GONZÁLEZ LAGUNA (9) opina que debe de testimoniarse la letra para evitar que se olvide algún dato; y sobre todo para poder conocer cuándo la relación cambiaria no sea perfecta, falta de capacidad cambiaria, letra en blanco, etc...

(8) Ver en contra GONZÁLEZ LAGUNA: «Hipoteca cambiaria», *Revista Crítica*, número 533, pág. 883.

(9) *Obra citada*, pág. 881.

No me convencen las razones transcritas.

Testimoniar o copiar las letras para evitar el olvido de algún dato sería una precaución, pero no una razón; la capacidad cambiaria no puede ni corresponde calificarla al Registrador, según se ha dicho antes, porque las letras viven fuera del Registro.

La Resolución del año 1978 exige la constatación en la escritura de los datos necesarios para el debido conocimiento de la relación cambiaria. Sin más precisiones.

El problema se plantea directamente en la Resolución de 1979, al calificarse que los datos exigibles han de ser *todos* los del artículo 444 del Código de Comercio.

Así lo considera la nota del Registrador, y no sólo por razones de identificación, sino para que se cumpla el principio de especialidad conforme a los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento. Y además para evitar la posibilidad de que la letra sea incompleta o en blanco, siquiera reconoce que ésta puede ser objeto de hipoteca.

El recurrente considera que la invocación del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria se efectúa por remisión del párrafo segundo del artículo 154, que ordena que se hagan constar, además de las circunstancias propias de la constitución de la hipoteca, las allí especialmente determinadas, **circunstancias que la Dirección declaró inaplicables a la hipoteca cambiaria.** El Registrador exigió la constancia de todas las circunstancias del artículo 444 del Código de Comercio, sin tener en cuenta que la Resolución de 1973 (aún no se había publicado la de 1978) considera suficiente reseñar los datos que individualicen las cambiales. Y cree que quizá se confundan los requisitos de validez exclusiva de las letras de cambio y las circunstancias de individualización de los títulos ya creados.

Aquéllos hacen referencia al nacimiento de las letras de cambio; éstas, a la especificación. Los primeros habrán de ser calificados por el Notario autorizante, ya que su inexistencia impediría hablar de letra de cambio; los segundos, por el Registrador, el cual, en aplicación del principio de especialidad, habrá de emitir su juicio sobre si los datos que contiene la escritura son suficientes para que el objeto de la hipoteca quede especificada, y si con aquéllos se puede reconocer cuáles son las cambiales garantizadas con la hipoteca que se constituye.

La determinación de la relación jurídica que se garantiza con la hipoteca no requiere que se reseñen todas las circunstancias exigidas en el artículo 444 del Código de Comercio, sino sólo aquellos que bastan para determinarla. Así, por ejemplo, la fecha de la emisión de la letra carece de trascendencia cuando éstas vencen en fecha determinada, pero la tendría si el vencimiento fuera a uno o más usos, o a una feria. Tampoco resulta necesario reseñar las circunstancias del librador si está excluido de

la relación garantizada, y menos aún la cláusula de valor, y todavía menos el nombre y el apellido de quien se recibe el importe de la letra.

El Auto presidencial resolvió la cuestión en los términos que se contienen en los Considerandos cuarto y quinto antes transcritos. Y, por su parte, la Dirección consideró suficientemente identificadas las letras y puso de relieve que el propio Registrador lo había reconocido así en uno de sus informes.

Y en cuanto a los datos que han de relacionarse para cumplir con el artículo 9.º de la Ley, considera la Resolución citada que son bastantes: la cantidad garantizada, el vencimiento y lugar de pago, las personas del deudor-librado y del acreedor-tenedor de la letra, sin que sea posible fijar *a priori* quiénes serán éstos en el futuro, pues esta es precisamente la especialidad que caracteriza la hipoteca cambiaria. Y añade que no es necesario hacer constar en dicha escritura aquellos requisitos del artículo 444 del Código de Comercio, que son indiferentes desde el punto de vista hipotecario.

Domiciliación del pago

Conexa con la cuestión anterior es la de considerar no inscribible la constancia de la domiciliación de la letra. Cuando precisamente el lugar en el que ha de efectuarse el pago del crédito garantizado por la hipoteca es uno de los datos necesarios para la debida concreción del cumplimiento de la obligación. Por lo que la Dirección, acertadamente, indicó que este era uno de los requisitos que debían de constar en la escritura y que el problema quedaba embebido en el general de los datos de la individualización de la relación cambiaria.

Letra en blanco

En el expediente se planteó por el Registrador el problema de la letra en blanco o de la letra incompleta. Problema nacido seguramente de no dar a la calificación cubierta por la fe notarial la extensión debida. Que no es sólo la de haber examinado unas letras, sino la de calificarlas como tales, para lo cual es necesario que contengan los requisitos que hagan que la letra no sea incompleta. Esto no quiere decir que no pueda haber posibilidad de hipotecas de letras en blanco (10), tema sin embargo aje-

(10) En contra, SAPENA, que considera que entonces se trata de una hipoteca en garantía de cosa futura. *Obra citada*, págs. 257 y 261. Creo que la obligación no es futura, sino que existe ya, en la emisión de las letras en blanco.

no al expediente que dio lugar a la Resolución de 1979, según lo reconoce el siguiente Considerando del Auto presidencial:

«Que el resto de las alegaciones expuestas por el Registrador en sus informes realmente son extrañas al fundamento de su nota denegatoria, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta para resolverlo, y así acontece con sus disquisiciones en cuanto a la letra en blanco, al conocimiento por un tercero adquirente del crédito hipotecario de su extensión, por lo que deben, insiste, constar en la escritura de hipoteca todos los datos del artículo 444 del Código de Comercio, por las consecuencias que podrían dar lugar el que las letras fueran incompletas, disquisiciones que, en puridad, descansan en supuestos inexistentes en el presente caso.»

Resta únicamente recordar con GARRIGUES (11) que cuando se habla de la letra en blanco es preciso delimitar el problema: para que la letra surta efecto en juicio tiene que contener todas las menciones del artículo 444. Cuando se habla de la validez de la letra en blanco se afirma la validez de las firmas cambiarias y de las *obligaciones asumidas* cuando la letra estaba en blanco. El artículo 444 se refiere no al nacimiento de la obligación cambiaria, sino la posibilidad de exigir ésta en juicio. Si la letra no contiene todas las menciones de ese artículo no se podrá hacerla valer en juicio, pero esto no quiere decir que no haya dejado de surgir la obligación cambiaria, por lo que si ésta quedase determinada suficientemente—en la letra en blanco—para cumplir con los requisitos de especialización e individualización que exige la jurisprudencia de la Dirección no habría inconveniente en garantizar con hipoteca estas cambiales, siquiera la prudencia desaconseje tal práctica.

Hipoteca cambiaria unilateral

Las letras que originaron las tres Resoluciones que estamos examinando contenían los requisitos necesarios para que el crédito garantizado con la hipoteca fuese ya aceptado en el momento de su emisión. No se plantea, por consiguiente, en ninguna de ellas, directa o indirectamente, el problema de la constitución unilateral de la hipoteca (12). No veo inconveniente en admitir el criterio de que pueda realizarse así,

(11) *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, págs. 335 y ss.

(12) Defendieron la tesis: SAFENA: *Ob. cit.*, pág. 259, y ALBALADEJO: «Hipoteca unilateral», *Anuario de Derecho Civil*, 1950, vol. III-I, págs. 55 y ss.

conforme expone ampliamente RICHARDO DE ANGEL YAGÜE (13); aunque quizá se pudiera tropezar con el inconveniente de que la hipoteca cambiaria no aceptada sea una hipoteca de propietario prohibida en nuestro Derecho; o una mera hipoteca ordinaria, ya que no ha surgido todavía la relación cambiaria, por falta de aceptación, y es precisamente cuando ésta se produce, cuando la hipoteca cambiaria nace (14).

Cesión de las letras

Tampoco se contempla el problema de las Resoluciones que estamos examinando. Sin embargo, de la cita del artículo 150 de la Ley Hipotecaria en la primera, deduce GONZÁLEZ LAGUNA que lo dispuesto en dicho artículo es aplicable a las cesiones de la letra por endoso. Pero que en caso de cesión ordinaria (herencia, fusión de sociedades) han de aplicarse las normas comunes de la cesión, contenidas en los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria (15).

La opinión es correcta, y en el primer punto, o sea en el caso de transmisión de la letra por endoso, es la sostenida comúnmente por la doctrina.

Conviene aclarar, además, que el endoso transmite la letra, pero la adquisición de la misma no es derivativa, sino originaria para el endosatario (16), quien, por lo tanto, adquiere con independencia de la relación jurídica que legitima al endosante para ceder la letra, por lo que la notificación de la cesión carece de sentido y aun de posibilidad.

PACTOS ESPECIALES DE LA HIPOTECA CAMBIARIA EXAMINADOS POR LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN

Estudiados los inconvenientes que, al parecer, suscitaba el artículo 154 de la Ley Hipotecaria para la admisión en nuestro Derecho de la hipoteca cambiaria y la forma con que es posible soslayarlos mediante la relación de las circunstancias que determinen el contenido de la cam-

(13) *Revista Crítica*, núm. 531, págs. 347 y ss.

(14) *Revista Crítica*, núm. 531, págs. 370 y ss. Cree el mismo autor innecesaria la constancia de la aceptación. Discrepo en cuanto a la innecesidad de la constancia registral de la aceptación. La hipoteca se constituye en favor del tomador—o de un endosatario—y sucesivos tenedores. Pero el nombre del primer titular del crédito hipotecario ha de constar en el Registro. Las Resoluciones que examinamos así lo presuponen. Además, sólo después de la constancia en el Registro de la aceptación podría considerarse cambiaria la hipoteca.

(15) SAPENA la extiende a toda cesión no cambiaria. *Obra citada*, pág. 273.

(16) DÍAZ PICAZO: *Derecho Patrimonial*, tomo 1, pág. 799.

bial hipotecada, no quedan, con ello, resueltos los problemas que origina la plena regularización de una figura que aparece en el Ordenamiento legislativo «de manera incompleta e insuficiente». CHICO ORTIZ (17), con su acostumbrada agudeza, hace notar que la Dirección no ha construido totalmente la figura de la hipoteca cambiaria, sino que ha preferido encomendar esta labor a Notarios y Registradores (18).

Vencimiento anticipado por impago de una cambial

Quizá por ello la construcción se realiza en forma fragmentaria sobre una serie de pactos especiales. El primero de ellos es el que se planteó en la Resolución de 1973; se establecía en la escritura el vencimiento anticipado en caso de que acaecieran cualquiera de los siguientes supuestos: «Vencimiento anticipado: Los tenedores de las cambiales reseñadas podrán ejercitar la acción hipotecaria antes de los expresados términos por estipularse expresamente que quedará vencida la hipoteca en cualquiera de los casos siguientes: a) Si una de las cambiales no fuera satisfecha a su vencimiento y protestada por falta de pago, lo cual dará lugar al vencimiento anticipado de las demás. b) Si el hipotecante no asegurase contra incendios o destrucción el inmueble hipotecado y por un valor no inferior a la suma garantizada. c) Si la finca hipotecada sufre en cualquier momento, y por cualquier causa, menoscabo o depreciación que llegase a alcanzar un 30 por 100 del valor que se le atribuye en esta escritura, según informe del Perito que designen los tenedores, y el deudor no aumente la garantía a satisfacción de los mismos en el término que éstos señalen. d) Si el hipotecante o cualquier adquirente de la finca hipotecada dejase de pagar puntualmente alguno de los impuestos que la gravan o el seguro de incendios, en su caso, o incumpliere los deberes de conservación. e) Por infringir el hipotecante cualquiera de las estipulaciones pactadas en la presente escritura.»

(17) «Comentario a la Resolución de 1973», *Anuario de Derecho Civil*, 1976, página 201.

(18) La Dirección de los Registros y del Notariado tiene bien ganado un merecido prestigio en su función creadora y orientadora del Derecho con la que ha coronado la que Notarios y Registradores realizan constantemente.

Pero en una época de profunda crisis del Derecho, en la que éste se sustituye por un positivismo legal apresurado, inmaduro y antagónico con las soluciones jurídicas enraizadas en nuestra sociedad, no tiene nada de extraño que la Dirección —ante el peligro de ser mediatizada por la Administración— invoque la colaboración de los que a diario crean, mantienen y buscan la aplicación justa del Derecho en la regulación de las relaciones jurídico-privadas. Ya recordaba RODRÍGUEZ ADRAPOS (*Revista Notarial*, núm. 107, pág. 408) que el Derecho no vive por el imperio de la norma (y menos si ésta se renueva con indebida irreflexión), sino en la labor prudente de los juristas, que como los Notarios y Registradores por su peculiar trabajo ganan la «pública confianza» de los particulares.

La Dirección se limitó al examen del vencimiento anticipado por no pagarse una letra, y consideró:

Primero.—Que el vencimiento de las letras está regido por normas de carácter imperativo, fundamentadas en la protección de los derechos en juego.

Segundo.—Que dado que cada letra tiene una vida independiente de las restantes, los distintos tenedores podían ignorar que por falta de pago de una letra de vencimiento anterior la hipoteca había quedado vencida.

Los argumentos de la Dirección parecían tener el suficiente peso para que se considerase establecida claramente la doctrina aplicable en el supuesto del impago de una cambial, de las varias garantizadas con la hipoteca. Pero dejaban, y dejan, en el aire lo que ocurriría con todos los demás supuestos; algunos muy corrientes, frecuentemente inscritos. Y que examinaremos luego.

En el expediente que dio origen a la Resolución de 1979 el recurrente se conformó con el criterio del Registrador que coincidía con la doctrina de la Resolución de 1973.

Sin embargo—por la peculiaridad de la redacción de la cláusula que contemplaba ese posible vencimiento—, la cuestión se reprodujo en el expediente que terminaría en la Resolución de 1978.

La cláusula de la escritura en la que se recogía el vencimiento anticipado decía así:

«Vencimiento de la hipoteca:

a) Normal: A efectos de la acción hipotecaria, se señala como vencimiento el de las letras de cambio reseñadas, y como domicilio de pago el del aceptante, pudiendo cada tenedor ejercitar la acción hipotecaria del artículo 155, 2, de la Ley Hipotecaria.

b) Vencimiento anticipado: El tenedor o tenedores de cualquiera de las cambiales reseñadas podrá ejercitar la acción hipotecaria antes de los expresados términos, por estipularse expresamente que quedará vencida la hipoteca en cualquiera de los casos siguientes:

A. Si las cambiales o cualquiera de ellas no fueran satisfechas a su vencimiento y protestadas por falta de pago, lo cual dará lugar al vencimiento anticipado de las demás, siempre y cuando el tenedor de todas las restantes cambiales, de vencimiento posterior a la que hubiese resultado impagada, fuera la misma persona física o jurídica.

B. Si la hipotecante no asegurase contra incendios o destrucción el inmueble hipotecado, y por un valor no inferior a la suma que garantiza.

C. Si la finca hipotecada sufriese en cualquier momento y por cualquier causa menoscabo o depreciación que llegara a alcanzar un 30 por 100 de los valores que se le atribuyen en esta escritura, según informe del Perito que designen los tenedores, y los deudores no aumentasen la garantía a satisfacción de los mismos en el término que éstos señalasen.

D. Si la hipotecante o cualquier adquirente de la finca hipotecada dejase de pagar puntualmente alguno de los impuestos que la graven o el seguro de incendios, en su caso, o incumpliere los deberes de conservación.

E. Por infringir la hipotecante cualquiera de las estipulaciones pactadas en la presente escritura. Serán inmediatamente exigibles las obligaciones si sobre la finca resultase carga o gravamen no declarado en esta escritura, en cuyo caso se considerará también vencida la hipoteca.»

Dicha cláusula dio lugar a la siguiente nota: «Se estima defecto insubsanable el vencimiento de la única hipoteca constituida en garantía de 27 letras de cambio para casos distintos de vencimiento de dichas letras, porque se produce una confusión por falta de claridad jurídica, contraria a los principios que informan la legislación hipotecaria, y se vulneran el artículo 1.876 del Código Civil, 104 de la Ley Hipotecaria, 452, 4; 455 y 488 del Código de Comercio.»

La Dirección, al parecer contra la doctrina que había sentado en la Resolución de 1973, dice: «que (sin entrar, por no haber sido materia de recurso, en la posible antijuricidad de la cláusula discutida motivada *por el vencimiento anticipado de una hipoteca a causa del impago de una cambial*) el pacto controvertido se encuentra amparado en el artículo 1.255 del Código Civil, y los posibles obstáculos que pudieren derivarse del artículo 1.170, 3, del mismo Cuerpo legal quedan soslayados al exigirse en la escritura que se aporten en la demanda, además de los documentos exigibles en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y sean de vencimiento posterior a la que resultó impagada, por lo que ya no cabe que a la vez que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar la de una cambial aislada y desaparecen a su vez las objeciones que, derivadas de la aplicación del derecho cambiario, fueron puestas de manifiesto en la Resolución de 26 de octubre de 1973».

Como se ha dicho, el problema quedó soslayado en la Resolución de

1979, al conformarse el recurrente con la doctrina de la Resolución de 1973, que era la única Resolución publicada a la sazón, de las tres que estamos examinando.

Sin embargo, llegó a la citada Resolución por el envés de la moneda:

Se pactó la posibilidad del pago voluntario anticipado de la hipoteca. El Registrador se negó a inscribir dicho pacto por considerar que el vencimiento de las letras es imperativo y que el plazo para el pago se establece, según el Código, en beneficio de deudor y acreedor.

Se trata, desde otro punto de vista, del mismo problema: el pago de la letra antes de la fecha prevista en la cambial.

El recurrente cree que no hay aquella imperatividad, que la renuncia del plazo de pago es potestativa para el deudor y beneficiosa para el acreedor; y en dicho sentido se pronuncia también el Presidente de la Audiencia en base de los siguientes argumentos:

Que expone el Registrador su negativa, especificando como pacto inaccesible al Registro «el de pago anticipado, ya que el plazo se entiende establecido en beneficio del deudor y acreedor, conforme a los artículos 455, 488, 490 y 493 del Código de Comercio; y ha de tenerse presente que si bien el acreedor hipotecario actual puede aceptar, con alcance puramente personal, ese pacto, no es menos cierto que el mismo no puede afectar a los sucesivos adquirentes de las letras, opinión contradicha eficazmente por el recurrente y Notario autorizante, porque, de un lado, los artículos citados del Código de Comercio no tienen el carácter imperativo que se les supone, sino que en ellos mismos se establece la posibilidad legal del pago anticipado al admitir su validez y regular sus consecuencias; por otro lado, conforme al artículo 1.127 del Código Civil, de aplicabilidad según el contenido del artículo 50 del Código de Comercio, es perfectamente válido el pacto en que aquel pago se establezca en beneficio del deudor al no estar expresa y legalmente prohibido por el Código de Comercio; y, finalmente, este convenio libremente concertado puede ser fácilmente conocido por los posibles sucesivos endosatarios de las letras por aplicación del principio de publicidad registral, dada la íntima conexión entre letras e hipoteca cambiaria, todo lo cual lleva a concluir que la trascendencia de este pacto anticipado en beneficio del deudor—que puede extinguir así su obligación sin causar perjuicios al endosatario que recibe el pago anticipadamente—afecte a dicha extinción obligacional y a la vida del contrato que garantiza su cumplimiento, y puede y debe, en consecuencia, tener acceso al Registro de la Propie-

dad, porque no debe prescindirse de las necesarias consecuencias de los pactos hipotecarios en el itinerario cambiario, lo que llevaría al desconocimiento de la realidad del tráfico y a un **conceptualismo jurídico** entorpecedor del mismo (como se dice por el Notario autorizante) no admisible».

Sin embargo, la Dirección considera que no hay que olvidar la autonomía de las obligaciones cambiarias y que el pacto que establece la posibilidad de pago anticipado por el deudor, al no constar en la propia letra de cambio, podrá vincular a los que le suscribieron, pero no a futuros tenedores, sin que pueda servir de justificación el contenido de los artículos 490 y 493 del Código de Comercio, que no son aplicables **en este caso por referirse a unos supuestos distintos y, a mayor abundamiento, el indudable carácter obligacional del pacto controvertido supone un obstáculo para su inscripción.**

Comentaremos brevemente la doctrina sentada por la Dirección acerca de la posibilidad del cobro antes del vencimiento de las letras. Veamos, primero, el supuesto del cobro producido por la ejecución anticipada de las cambiales:

La pretensión de que, impagada una cambial, se ejecute la hipoteca que garantiza varias letras, parece una pretensión justa, porque, impagada una letra, no es temerario, sino lógico, presumir el impago de las restantes.

Pero ello nos llevaría de nuevo a enfrentarnos con la cuestión de determinar cuál es el objeto de la hipoteca cambiaria: si fuera la relación causal subyacente, la posibilidad del vencimiento y cobro anticipado parece fuera de duda. Pero si lo que es objeto de la hipoteca es la relación típicamente cambiaria, no parece que la hipoteca pueda unificar las relaciones cambiarias contenidas en distintas letras hasta el extremo de que el vencimiento por impago de una cambial provoque la necesidad del pago de las cambiales no vencidas.

Sin duda, por esta razón, FERNÁNDEZ CABALEIRO (19) se inclinó por considerar que había o debía de haber prácticamente tantas hipotecas como letras; lo que es otra cuestión.

CANO FERNÁNDEZ (20) considera que debe de rechazarse la cláusula de vencimiento anticipado de las letras, porque el momento en que éstas vencen no puede ser alterado, ya que el artículo 488 del Código de Comercio tiene carácter imperativo y no puede ser eliminado por un pacto.

GONZÁLEZ LAGUNA (21) participa en la misma opinión y cita tam-

(19) *Obra citada*, pág. 339.

(20) *Obra citada*, nota 12.

(21) *Obra citada*, pág. 885.

bién el artículo 488 del Código de Comercio. Además, apoya su criterio de que la letra no puede ser alterada por la hipoteca en cuanto a la fecha de su vencimiento en los artículos 452, 4; 455 y 481 del mismo Código.

TIRSO CARRETERO (22) considera que la expresión entre paréntesis de la Resolución se refiere más bien al posible carácter usurario que pudiera implicar el vencimiento anticipado; y se inclina también por considerar que aquél no puede darse.

En el pacto de vencimiento anticipado debido al impago de una de las varias letras garantizadas hipotecariamente creo que, en efecto, resulta aplicable el artículo 488 del Código de Comercio, y que, en consecuencia, no parece posible el establecimiento del pacto que estamos tratando. Pero si esto es así, en términos generales, conviene profundizar en la doctrina de la Dirección para matizar las distintas soluciones que pueden producirse.

Lo anteriormente dicho tiene perfecta aplicación cuando los tenedores de las letras son distintos. No es posible sorprender a ninguno con el hecho de que el impago de una cambial origina el vencimiento de todas las garantizadas por la hipoteca.

Más que problema de derecho imperativo, lo es de protección de la apariencia jurídica.

Pero si el tenedor de todas las letras hipotecadas es único, la apariencia jurídica que produce la letra desaparece, y ya no vemos la razón de mantener a ultranza la aplicación del artículo 488 del Código de Comercio: el deudor sabe y ha pactado que ese vencimiento puede ocurrir. El acreedor conoce el pacto y puede, sin que haya motivo que aducir en contra, elegir entre el ejercicio parcial de la ejecución de la hipoteca por el importe de la letra vencida y no pagada, o por la ejecución total de la hipoteca, acompañando todas las letras a la demanda. El impago y protesto de una de ellas será la causa que origine el vencimiento de todas las demás. No existe perjuicio para nadie. Ni desconocimiento. Se cumple lo pactado. La consecuencia es concordante con la buena fe que debe presidir el cumplimiento de las obligaciones. No hay motivo para que en este caso, por un prurito conceptual, se rechace una pretensión que es justa.

Se produce, es verdad, una cierta causalización de las letras por la constitución de la hipoteca; pero no es necesario para fundamentar esa causalización acudir a la relación subyacente, lo que podría desvirtuar la pureza jurídica tanto de las letras como de la hipoteca cambiaria. Basta la unidad de la promesa de pago, típicamente cambiaria, que caracteriza

(22) *Obra citada*, pág. 1184.

a las letras, para fundamentar jurídicamente la conexión entre las diversas cambiales y la ejecución anticipada de la hipoteca.

Queda el obstáculo dimanante del artículo 1.170, 3, del Código Civil. No basta que el tenedor de las letras sea único, *sino que es necesario que presente con la demanda ejecutiva todas las letras no vencidas*. Esta exigencia la impone, acertadamente, la Resolución de 1978. Y sólo con su cumplimiento se evita la puesta en circulación de las letras que no habían significado todavía el pago de la obligación; pero que, conforme al precepto del Código Civil antes citado, tampoco podía decirse aún que estuviesen impagadas.

En resumen: considero que si los tenedores de las letras son varios el pacto no es inscribible: chocarían la legitimación registral (apariencia tabular) y la cambiaria (apariencia cartular). Pero si el tenedor es único —y presenta todas las letras a ejecución—, la validez e inscripción del pacto están fuera de duda. Y no es necesario que el tenedor sea el mismo tomador del momento inicial de la hipoteca, porque en el juego de la ejecución de ésta el tomador y los posibles endosantes no quedan afectados; aunque sí lo serían si no se cobrase enteramente la cantidad garantizada, por resultar insuficiente la obtenida en la ejecución de la hipoteca. Pero esto es una consecuencia del débito y no de la hipoteca.

Veamos ahora el supuesto de pago voluntario anticipado, que es el envés de la cuestión tratada.

Establecida la doctrina examinada de la Dirección, resulta inexplicable el rechazo de la cláusula del pago voluntario anticipado. La cuestión se planteó así:

El pago anticipado no sólo no plantea perjuicios, sino que acarrea beneficios para el acreedor (23) y que, por lo tanto, el argumento de que el plazo se establece en beneficio del acreedor y del deudor, en lugar de ser obstáculo para la inscripción del pacto, la favorece y propicia, y todo endosatario tiene conocimiento de la cláusula correspondiente y el artículo 490 del Código de Comercio permite y prevé el pago anticipado de la letra.

El Auto presidencial rechazó la nota del Registrador en virtud de las razones ya vistas.

La Dirección revocó el Auto presidencial por los motivos que antes se han examinado.

Quizá pueda considerarse que los artículos 490 y 493 se refieren al supuesto de aceptación voluntaria, y no obligada, del cobro anticipado; voluntariedad que, por otra parte, se desprende de la cambial. Pero lo que no puede admitirse es el argumento de la Dirección de que el pacto

(23) En igual sentido, TIRSO CARRETERO: *Ob. cit.*

es puramente personal. Más tarde trataremos ampliamente este punto. Basta por ahora indicar que la configuración de los Derechos Reales se realiza por la vía de los pactos y que la distinción a efectos del Registro entre pactos personales y reales no puede hacerse desde el origen—emisión de la voluntad—, ya que entonces todos los pactos serían personales, sino desde la finalidad: insertarles, o no, en el derecho real que se constituye. En este caso, en el vencimiento de la hipoteca. Ciertamente es que la hipoteca cambiaria es accesoria del crédito. Pero en las letras consta la nota de la constitución de una hipoteca que configura en cierto modo la obligación cartular. Los límites de esta configuración serían los que impusieren el perjuicio de tercero, perjuicio que el endosatario no sufre porque se le pague anticipadamente. Pero es que, además, los posibles escrúpulos conceptuales no tienen explicación en este caso. DÍAZ PICAZO (24) explica: «el endosatario adquiere la propiedad del título y un crédito cartular. Y el crédito se adquiere en la forma que existe: consiguientemente con la garantía hipotecaria».

El crédito cambiario disfruta de una cierta independencia con respecto de la hipoteca, pero no tanta como para que pueda desconocerse en absoluto la incidencia de la hipoteca sobre la letra. Entre letra e hipoteca, entre crédito cambiario e hipotecario hay una mutua porosidad que configura y delimita el crédito que adquiere el endosatario en virtud de la buena fe que debe presidir el cumplimiento de toda relación jurídica, conforme a los artículos 1.528 del Código Civil y 50 del Código de Comercio. Considerar que el crédito cambiario tiene una configuración tal que rechaza en absoluto la influencia de los pactos hipotecarios que pueden y deben ser conocidos por el endosatario—al que, por otra parte, no originan perjuicio y sí beneficios—sería tanto como regular el desenvolvimiento de la relación jurídica alejado del auténtico concepto de lo justo.

HIPOTECA ÚNICA O PLURALIDAD DE HIPOTECAS

Posiblemente por influencia del comentario de FERNÁNDEZ CABALEIRO a la Resolución de 1973 (25) se plantea el problema de la diversidad de hipotecas cuando se garantizan distintas cambiales, en los expedientes que dan lugar a las Resoluciones de 1978 y 1979.

La nota del primero de ellos considera defecto insubsanable el que representando cada letra de cambio una obligación por esencia autónoma, y siendo la hipoteca un derecho accesorio de una obligación prin-

(24) *Fundamento de Derecho Patrimonial*, tomo 1.º, pág. 799.

(25) *Revista Crítica*, núm. 501, página dicha.

cial a cada una de éstas debe corresponder su accesorio, a menos que la Ley expresamente admita otra cosa. En la del 79 la nota dice así: «No distribuirse la responsabilidad hipotecaria de acuerdo con el artículo 119 de la Ley Hipotecaria por cada letra, y en cuanto a cada finca, porque igualmente lo exige el principio de especialidad, pues siendo las letras emitidas varias, han de entenderse constituidas tantas hipotecas cuales aquéllas sean, como se desprende del artículo 155, párrafo segundo, de la propia Ley, y por otra de la propia naturaleza de la letra de cambio.»

En la primera de las notas se pone el acento en la accesoriedad de la hipoteca respecto a la letra, y en la segunda, en el principio de especialidad.

El Notario alegó—en el primero de los expedientes—el artículo 1.861 del Código Civil, que habla de obligaciones en plural: la Resolución de 15 de febrero de 1926, que determina que las obligaciones garantizadas con hipoteca pueden tener por objeto las más variadas prestaciones; y la inexistencia de precepto legal que exija que cada obligación deba ser garantizada con una hipoteca independiente y en instrumento distinto. Por su parte, el Registrador expuso que según el artículo 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria cada obligación debe ser asegurada con su correspondiente hipoteca, lo que no obsta para que en un solo contrato y en garantía de varias obligaciones se constituyan las correspondientes hipotecas simultáneas que se ejecutarían, en su caso, conforme al artículo 227 del Reglamento Hipotecario. Criterio que fue aceptado por el Presidente de la Audiencia.

En el expediente que dio lugar a la Resolución de 1979 el recurrente consideró: que la Resolución de 26 de octubre de 1973 tácitamente resuelve el supuesto, puesto que el pago de varias letras de cambio estaba garantizado con única hipoteca; que el artículo 155 de la Ley Hipotecaria que se invoca por el Registrador como norma determinante de su calificación produce una conclusión totalmente contraria a la sostenida por dicho funcionario, porque la norma se limita a regular las consecuencias que se han de derivar en el supuesto de que se ejecute uno o varios títulos, pero no todos los que contenían la emisión garantizada con hipoteca, por lo que la hipoteca única en garantía del pago de diversidad de títulos está expresamente reconocida en dicho artículo 155; y añade que hay que tener en cuenta la opinión de ROCA SASTRE, que considera que el fundamento jurídico de hipoteca única con pluralidad de acreedores es que, en ese caso, hay una comunidad que, mientras no se organice de otra forma por Ley o voluntad, implica que cada titular tiene una cuota indivisa de un crédito global. El Registrador, por su parte, defendió la

nota diciendo que la naturaleza de la letra de cambio se deduce de la existencia de varias hipotecas con ejecución distinta, por lo que habrá de distribuirse la responsabilidad entre cada una de las fincas y letras, y agrega que la opinión de ROCA se refiere sólo a la hipoteca en garantía de títulos al portador y sería discutible la posibilidad de extenderla a la hipoteca de letras, aun en el caso de que no cambiase el tenedor de la misma y que es imposible entender qué comunidad existe cuando las diversas letras han pasado a manos de distintos tenedores en virtud de la vida independiente de cada cambial.

El Presidente de la Audiencia consideró que la razón estaba de parte del recurrente y revocó la nota del Registrador en base de los siguientes razonamientos:

El Registrador deniega la inscripción expresando como defecto insubsanable el «no precisarse, excepto el principal, la responsabilidad hipotecaria derivada de cada una de las letras, lo que exige el principio de especialidad, pues han de entenderse constituidas hipotecas distintas, una por cada letra, como se desprende, por un lado, del artículo 155, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, y por otro, de la propia naturaleza de la letra de cambio»; mas en contra de esta calificación obra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1973, puesto que en ella, si bien sea implícitamente, se resuelve este punto controvertido al ordenar en su parte dispositiva la inscripción del derecho real que había de garantizar el pago de todos los efectos cambiarios amparados por una sola hipoteca; y debe hacerse constar, además, que esta solución viene fundamentada en el propio artículo 155 de la Ley Hipotecaria, esgrimido de adverso por el Registrador en apoyo de su tesis, ya que al regular este artículo la ejecución hipotecaria, cuando se ejecuten uno o varios títulos, pero no todos los que contenían la emisión garantizada por la hipoteca, parte, indudablemente, de la existencia de una sola hipoteca, y conforme con la opinión de ilustres tratadistas, que «en estos casos en que el crédito pertenece a varias personas se produce una situación de comunidad de derechos en lo que respecta al crédito, que constituye una cosa en sí mismo, por lo que debe considerarse que cada título es representativo de una cuota indivisa de un crédito global, cuota que constituye un valor patrimonial autónomo, correspondiendo su disposición a su respectivo titular».

La Dirección General, en la Resolución del 78, dijo:

«Según los artículos 1.876 del Código y 104 de la Ley Hipotecaria, con una interpretación meramente literalista podría hacer pensar que no puede constituirse una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes y autónomas; pero no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código Civil, y de la interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y sin ningún género de duda en el caso cuestionado, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria; lo que reconoce el propio Registrador en su informe, por lo que hay que estimar que tácitamente ha rectificado su calificación, desistiendo de este defecto.»

En la Resolución de 18 de octubre de 1979 la Dirección dice: «La Resolución de este Centro de 31 de octubre de 1978 (26) declaró que si bien los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, con una interpretación meramente literalista, podrían hacer pensar que no puede constituirse una hipoteca en garantía de varias obligaciones que puedan ser independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código Civil, y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y así lo presuponen los artículos 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, que parten de la existencia de una hipoteca única que garantiza títulos transmisibles por endoso, por lo que no es preciso distribuir para cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria.»

Con estas últimas palabras la Dirección se enfrenta con la aplicación al caso del principio de especialidad, que se alegó por el Registrador.

TIRSO CARRETERO considera que tanto el artículo 1.876 como el 1.861 del Código no resuelven el problema. Que es más decisivo el artículo 154 y la lógica jurídica, pero que si el artículo 154 de la Ley Hipotecaria no es aplicable en muchos aspectos a la hipoteca cambiaria no está claro por qué debe serlo en este aspecto y considera dudoso que si se constituye una sola hipoteca en garantía de una serie de letras de vencimientos sucesivos la hipoteca continúe siendo cambiaria.

ROCA (27) cree que la hipoteca es única, e igualmente opina SAPE-NA (28), así como CANO (29), opiniones que CARRETERO considera que

(26) No publicada aún cuando ya se había resuelto en Primera Instancia el recurso que provocó la Resolución de 1979.

(27) *Variaciones sobre la hipoteca cambiaria*, pág. 257.

(28) «La hipoteca cambiaria», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 62.

(29) «La hipoteca cambiaria». Ponencia del II Congreso de Derecho Registral, tomo I, pág. 575.

han de examinarse con flexibilidad, por la incidencia que puede significar la unicidad de la hipoteca en la pluralidad de las ejecuciones.

Creo que la posibilidad de constituir una sola hipoteca para garantizar varios créditos, incluso originalmente, está fuera de duda. ROCA trata del supuesto (30) para decir que cuando un crédito pertenece a varias personas se produce una situación de comunidad de derechos, en lo que respecta al crédito, si éste es concebido como una cosa en sí mismo considerado. Esta situación de pluralidad de acreedores en un crédito puede originarse *a priori*; por ejemplo, cuando varias personas conceden un crédito garantizado con hipoteca; y *a posteriori*, como ocurre o puede ocurrir—indico yo—en la hipoteca cambiaria. La admisión de la posibilidad de varios créditos *a posteriori*, sigue diciendo ROCA, repercute en la hipoteca, produciendo una situación de hipotecas por cuotas.

En forma parecida se expresan LÓPEZ TORRES (31), LANA SANCHIS (32) y LA RICA (33); éste manifiesta que, pese a las dificultades que pudieran presentarse en el momento de la ejecución (34), las hipotecas en garantía de varias letras son frecuentes. SAPENA, por su parte (35), afirma categóricamente que puede constituirse una hipoteca única por todas las letras garantizadas.

La Resolución de 24 de noviembre de 1913 admite el pacto de que un crédito derivado de un préstamo concedido por dos personas pueda inscribirse en común y pueda garantizarse con una sola hipoteca.

El artículo 154 de la Ley Hipotecaria contempla la hipoteca de títulos transmisibles por endoso o al portador como hipoteca única, lo que es lógico, porque si hubiese que establecer una hipoteca por cada título su constitución devendría imposible, como ya lo expresó la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1969, pues si para la circulación de cada uno de los títulos hipotecados fuese precisa una hipoteca la posi-

(30) *Obra citada*, pág. 261.

(31) «Créditos hipotecarios del mismo rango», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1943, pág. 366.

(32) «Ensayo sobre créditos de igual rango o simultáneos». Misma Revista, página 843.

(33) *Comentarios al Reglamento Hipotecario*, tomo II, págs. 279 y ss.

(34) Aunque las Resoluciones no entran directamente en el problema de la cancelación en su fallo, en los informes late constantemente la idea de que ha de aplicarse la doctrina del artículo 156 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, creo que es necesario hacer una salvedad: las letras no pueden ser destruidas ni inutilizadas. Aun admitida la opinión de ROCA—que considero muy dudosa—de que la cancelación de la hipoteca, por aplicación analógica del artículo 1.852 del Código Civil, provoca la caducidad de la acción de regreso, lo que no se puede impedir es el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto ni otras entre librador y librado que tengan su origen en la relación causal que originó la emisión de las letras. O las que puedan corresponder a un avalista o a quien pagó por intervención. Que actuarán al margen de la hipoteca.

(35) *Obra citada*, pág. 261.

bilidad de constituirla en estos casos sería ilusoria, por los gastos y dificultades que implicaría.

El párrafo segundo del artículo 155 de la Ley se limita a regular la ejecución hipotecaria cuando se realice para el cobro de algunos de los títulos hipotecados, pero precisamente partiendo de la existencia de que hay una sola hipoteca.

Creo que hoy, con la admisión de la tesis de que se constituya una sola hipoteca para garantizar varias letras en las tres Resoluciones de 26 de octubre de 1973, 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979 la cuestión ha quedado totalmente decidida.

OTROS PACTOS ESPECIALES EXAMINADOS POR LAS RESOLUCIONES

Posibilidad del procedimiento judicial sumario

En la Resolución de 1973 se consideró, por el Registrador, que no era posible pactar este procedimiento de ejecución, partiendo para ello de su criterio de inadmisibilidad de la hipoteca en nuestro Derecho, y que una de las dificultades para la admisión era precisamente la cuestión que examinamos. El Notario manifestó que estas dificultades aparecen en las hipotecas de seguridad, pero no en aquellas cambiarias en las que se expresa con exactitud la cantidad básica garantizada con hipoteca, sin que sea necesario acudir a medios externos al Registro para su determinación. Doctrina que recogió plenamente la Dirección General.

Sin embargo, habrá que distinguir los casos en los que la hipoteca cambiaría garantice el importe determinado en las letras y el de los intereses y costas, de aquellas otras en las que además garanticen los gastos de protestos y quebrantos bancarios—que aunque pueden ser determinadas por la factura de aquéllos y certificación bancaria de éstos—darán lugar a una cierta indeterminación que impedirá que se pacte el procedimiento extrajudicial sumario para la ejecución de la hipoteca.

Ejecución parcial

En materia de ejecución se había planteado alguna duda en cuanto a la posibilidad de ejecución parcial. La doctrina casi unánimemente ha propugnado la posibilidad de realizarla en el caso de que estén garantizadas varias letras, al amparo de los artículos 155 de la Ley Hipotecaria y 227 de su Reglamento, es decir aplicando la regulación establecida para el supuesto de hipotecas simultáneas.

La cuestión queda aclarada de forma terminante en la Resolución de 1978, confirmando así la tesis generalmente asumida por la doctrina.

Vencimiento anticipado de la hipoteca por causas distintas del impago de una letra

En la escritura que dio lugar a la Resolución de 1973 se pactaba que la hipoteca vencía en los supuestos antes examinados, al tratar del vencimiento anticipado por impago de una cambial.

En la escritura que originó la Resolución de 1978 se establecían las causas de vencimiento; eran las que se han relacionado con anterioridad, en el mismo apartado.

Y en las escrituras que originaron la Resolución de 1979 se establecían éstas: por no inscripción de la hipoteca en el plazo de noventa días, o por constancia en el Registro de la Propiedad al tiempo de la inscripción de cargas preferentes no inscritas hoy mismo.

Por afección de las fincas hipotecadas por embargo a anotación preventiva.

Por expropiación forzosa o siniestro incluso parciales.

Por quiebra, concurso o suspensión de pagos.

Por infracción de cualquiera de las cláusulas de la escritura, especialmente de cuanto se indica en la cláusula quinta.

Por impago puntual de las contribuciones, impuestos y arbitrios. Por la enajenación, gravamen o cesión del disfrute de las fincas hipotecadas.

De estas cláusulas llegaron hasta la Dirección las de las escrituras que originan las Resoluciones de 1973 y 1978, y sólo la del vencimiento de la hipoteca por enajenación o cesión del dominio o disfrute de las fincas hipotecadas en la Resolución de 1979, ya que el recurrente renunció a la inscripción del resto de las condiciones en un intento de aproximarse al criterio del Registrador y en consideración de lo que había acontecido respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado en la Resolución de 1973.

En esta Resolución la Dirección ni menciona ni se pronuncia sobre las cláusulas de vencimiento anticipado, salvo del que se origina por impago de una sola de las cambiales.

Con el acento puesto en el examen de este supuesto la Resolución de 1978 admite las cláusulas de pago anticipado, siempre que las letras se presenten a la ejecución por una sola persona.

Esta necesidad de presentación por una sola persona, que tiene justificación acertada cuando se trata del vencimiento de la hipoteca por impago de una sola de las cambiales garantizadas, carece de explicación cuando se refiere a los demás pactos del vencimiento anticipado de la hipoteca.

En la Resolución de 1979 la cuestión adquiere caracteres de cierta generalidad. El Registrador se ha basado para defender su nota en la

doble consideración de que el pacto es personal y de que entraña una prohibición de enajenar no admitida por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia revoca la nota del Registrador en mérito a los razonamientos que constan en el siguiente Considerando:

Que en el número 4.º de este apartado se rechaza por el Registrador la inscripción de «la cláusula 5.ª, letra b), por impedirlo el artículo 27 de la Ley, y carece de trascendencia real y cambiaria», respecto de lo cual, y recogiendo las argumentaciones del recurrente y del Notario autorizante, cabe decir que esta interpretación hermética del artículo 27 de la Ley Hipotecaria y de los concordantes de su Reglamento (51, 57 y 98), citados por aquél en relación con las prohibiciones de enajenar pactadas en contratos onerosos, puede ser modificada en pro de otras más progresivas y más en consonancia con la realidad socioeconómica y los usos jurídicos cada vez más frecuentes, de tal modo que se abra un camino, iniciado en la una vez más citada Resolución de 26 de octubre de 1973, que dé cabida al acceso al Registro de aquellos pactos que no surten el efecto de cerrar la historia registral de la finca, como los que nos ocupan, dada su validez de obligar, conforme a los artículos 4.º y 1.255 del Código Civil, al crear para el hipotecante la obligación, libremente aceptada, de «no enajenar, gravar o ceder el disfrute de las fincas, incluso en parte, sin permiso expreso y escrito de la parte acreedora», estableciendo una a modo de condición resolutoria expresa que afectaría al vencimiento del plazo concedido, lo cual propiamente no es una estricta prohibición de enajenar, con carácter obligacional, entendiéndose que este pacto, si no puede tener acceso al Registro como eliminación del *ius disponendi*, puede alcanzarlo como obligación de no hacer uso de él, so pena de estimar vencido el crédito hipotecario, como una obligación no de tipo personal *strictu sensu*, sino más bien de fijación de la extensión de la hipoteca (según arguye el Notario autorizante), y en cuyo favor pueden citarse las reglas 2.ª y 3.ª del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y el 51 de su Reglamento, que adquiere así un tinte especial, «rayano en los, a veces, borrosos límites que les configuran», que, desde luego, no contradeciría la regulación legal de la hipoteca, con lo que se vería protegido un evidente interés jurídico merecedor, sin duda, de la protección registral constituida y sin perjuicio de tercero, interpretación progresiva que se adopta, la cual puede tener indudable trascenden-

cia a los efectos doctrinales (citados en el artículo 112, párrafo último, del Reglamento Hipotecario) y que queda así sometida a la más alta estimación y al estudio y aclaración de la Dirección General de los Registros y del Notariado, creador y elaborador de doctrina.

La Dirección rehúsa entrar en el fondo del problema, y resuelve que el pacto no es inscribible por ser de carácter personal y carecer de trascendencia real.

La mayoría de la doctrina se inclina por rechazar la posibilidad de los pactos indicados.

Se razona para ello de la siguiente forma: estos pactos son admisibles en una hipoteca normal. Pero en la hipoteca cambiaria hay que tener en cuenta las normas de Derecho cambiario, y siendo éstas de carácter imperativo y contemplado en él como causa de vencimiento el de la falta de pago, es forzoso suponer que mientras no se acredite tal falta de pago por el protesto correspondiente no es posible considerar vencida la hipoteca y, por ende, tampoco es posible admitir ninguno de los pactos que se examinen. En Derecho cambiario—se sigue diciendo—, emitida una letra, el vencimiento es aceptado por el tomador o el tenedor y la vida de la letra ha de durar hasta el momento del vencimiento, pues lo contrario equivaldría a reclamar el pago de una obligación aún no exigible. Se insiste en el carácter imperativo del artículo 488 del Código de Comercio y se considera que las cláusulas de vencimiento anticipado son en rigor pactos dimanantes de la relación causal subyacente no garantizada con la hipoteca; y que desfiguran la hipoteca cambiaria, por lo que deben de rechazarse, ya que de admitirse se desnaturalizarían no sólo dicha hipoteca, sino también el carácter cartular y abstracto de la deuda cambiaria. Esta exige, y la hipoteca de tal clase reclama, que sólo haya un vencimiento: el que figura en las letras.

Lamento discrepar de estos criterios.

En primer lugar, la calificación de dichos pactos como personales me parece, cuando menos, dudosa. La separación tajante de lo personal y lo real no puede mantenerse hoy. Ciertamente es que no debe de llegarse a las drásticas conclusiones de cierto sector de la doctrina de negar todo valor a la distinción y calidad de derecho real a la hipoteca (36); pero no hay que olvidar que el concepto moderno considera que el derecho real impone al dueño de la cosa una obligación de soportar el gravamen del

(36) V. VALLET: *Panorama de Derecho Civil*, pág. 169. En el mismo sentido, SANHAUJA, que considera la hipoteca cambiaria una mera afección procesal. *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1971.

derecho real, pero también, y además, una actividad encaminada al cumplimiento de los fines del derecho (37).

Por lo tanto, toda cláusula que incida directamente en la configuración del derecho real o imponga un *facere* o un *non facere* al dueño del inmueble hipotecado no puede, sin más, relegarse a la categoría de derecho personal, sino muy al contrario.

En cada caso habrá que examinar las relaciones jurídicas que esos pactos entrañan y las pretensiones jurídicas que cubren (38) para proceder a calificarlas como derechos reales o personales.

Según dice DÍAZ PICAZO (39), la interpretación tiene que partir de los hechos a los que va a aplicarse la norma. La interpretación es siempre una operación total y no es posible llevar a cabo una escisión entre los hechos y el Derecho, pues el Derecho está predeterminado por la valoración que a los hechos se les dé. Y añade: «el Derecho no es un dato, sino algo que hay que ir buscando incesantemente». Y que ha de aplicarse a cada caso considerando las realidades a las que el Derecho tiene que servir.

Los hechos nos enseñan que—normalmente—la hipoteca cambiaría se constituye con base en los siguientes supuestos: la deuda del aceptante se materializa en una o varias letras que se emiten en el mismo instante en el que se firma la hipoteca, porque las partes quieren que ésta garantice el pago de las letras. Con la emisión de ellas la causa de la deuda (préstamo, precio aplazado, apertura de crédito, obligación de pago) desaparece y es sustituida por una promesa de pago en determinado día. Por ello mientras la promesa está vigente las acciones dimanantes de la relación subyacente, que ha sido sustituida por esta promesa, quedan en suspenso, conforme dispone el párrafo tercero del artículo 1.170 del Código Civil.

Pero la promesa de pago está garantizada con una hipoteca. Sin la hipoteca el acreedor, no hubiere tomado la letra. La constitución de la hipoteca es por consiguiente elemento determinante (¡pero no causal!) de la creación de la relación jurídica—promesa de pago—que contiene la letra y aun de la misma letra. Sería absurdo pretender que los otorgantes de la hipoteca—acreedor y deudor—consideran que en cualquier caso, ocurriese lo que ocurriera, habría que esperar al vencimiento de la letra para cobrar la deuda, e incluso aunque la hipoteca no llegase a nacer o la cosa hipotecada padeciese grave quebranto físico o jurídico.

Si se le dice al acreedor hipotecario que ha de esperar el cumpli-

(37) ROCA: *Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 652.

(38) Ver mi artículo sobre «La interpretación jurídica y la renta», *Revista de Derecho Financiero*, núm. 169, págs. 1121 y ss.

(39) *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, págs. 208 y ss.

miento de los plazos pactados en las letras, aunque la hipoteca no se inscriba; que ha de continuar cruzado de brazos, aunque el deudor no pague los impuestos que puedan dar lugar a un cobro preferente sobre los bienes hipotecados; que no puede hacer nada si se expropia la finca y se deposita el dinero a nombre del deudor; y que estas consecuencias restrictivas de la hipoteca dimanen de que está «más protegido» por la «garantía» cartular que la letra significa, dirá que ni lo entiende ni lo admite. Y si se preguntara el deudor, en el momento de la constitución de la hipoteca, si él pretende algunas de las consecuencias que acaban de señalarse, lo negaría rotundamente.

Acreeedor y deudor han querido que la promesa cambiaria esté garantizada por la abstracción que la letra implica y que elimina posibles excepciones dimanantes de la relación subyacente; han buscado que cada uno de los firmantes de la letra quede respondiendo solidariamente del cumplimiento de la promesa de pago; pero han querido, además, también, y en todo caso, que las relaciones jurídicas dimanantes de la letra estén garantizadas, con garantía real, por la hipoteca.

Olvidar esto para salvar la pureza conceptual de la hipoteca cambiaria equivale a creer que la vida se rige por la teoría, el Derecho por los conceptos, y el logro de la justicia por el respeto ciego a la letra de la norma.

La hipoteca cambiaria es accesoria de la letra, pero la letra lleva incorporada una llamada de atención a algo que la conforma y la modula: la hipoteca. Y para anunciarlo se exige en la cambial la nota del Notario advirtiéndole que aquella letra está garantizada hipotecariamente.

Por otra parte, al endosatario no le perjudican, sino que le favorecen los pactos que se han enumerado de vencimiento anticipado. Y, en general, todo pago anticipado que se le haga.

Si el tenedor—sea endosatario o tomador—no resulta perjudicado por estos pactos; si el aceptante los admite y se ha obligado a cumplirlos, ¿a satisfacer qué clase de pretensión jurídica conduce la interpretación de que estos pactos no son admisibles? ¿A mantener un equilibrio estético conceptual del Derecho? ¿Y es que este es el fin que el propio Derecho tiene que cumplir? No lo creo; pero creo, en cambio, por las razones expuestas, que los pactos que estamos examinando son perfectamente admisibles y—en este aspecto—me parece correcta la Resolución de 1978 y su invocación a los artículos 1.255 y 1.170 del Código Civil, que considero perfectamente aplicables al supuesto que contemplamos.

La enajenación de los bienes hipotecados y el vencimiento de la hipoteca

Conviene estudiar este pacto separadamente de los demás, porque, como dijo el Presidente de la Audiencia en el Auto de 1977, el interés del supuesto rebasa el marco de la hipoteca cambiaria.

Se aducen para rechazar su inscripción dos clases de argumentos:

1. Que se trata de un pacto de naturaleza personal y que, por lo tanto, no tiene acceso al Registro.
2. Que entraña una prohibición de enajenar, lo que hace que le sea aplicable el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

Creo que ninguna de las dos razones son convincentes.

Si se pacta que «la hipoteca vencerá en los siguientes casos: ... en el supuesto de enajenación de la finca hipotecada...» no se está ante un pacto de tipo personal, sino que, por el contrario, se está determinando cuándo vence la hipoteca. Se están forjando las características del Derecho real de hipoteca según lo exigen los números 2 y 3 del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y los correlativos del artículo 51 de su Reglamento: el pacto—pacto que señala el vencimiento de la hipoteca—es perfectamente inscribible porque tiene carácter real, ya que trasciende y perjudica a terceros que adquieran los bienes hipotecados.

Pero es que el supuesto ha tenido «mala prensa», porque se ha convertido en una cláusula de estilo, con frecuencia incorrectamente redactada, al establecer la enajenación de los bienes hipotecados no como un supuesto de vencimiento de la hipoteca, sino como una prohibición de realizar dicha enajenación por parte del deudor-propietario de la finca hipotecada. En este caso, naturalmente, el pacto sería obligatorio; pero no en el que planteamos.

Elemento esencial de la hipoteca es la posibilidad de enajenar los bienes hipotecados; característica expresada con la sabida frase de que la hipoteca sigue a los bienes como la sombra al cuerpo. Si se pacta que los bienes hipotecados no pueden enajenarse el pacto carece de eficacia respecto a tercero. Es personal.

Pero si lo que se pacta es que la hipoteca vence por la enajenación de los bienes hipotecados la cuestión es completamente diferente; es otro cantar.

Cierta inercia ha hecho que la inscripción de esta causa de vencimiento se rechace siempre al amparo del artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Merece la pena examinar si la aplicación del artículo 27 de la Ley Hipotecaria es correcta en estos casos.

Lo que caracteriza las prohibiciones de enajenar es el cierre en el Registro.

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (40) ponía de relieve este aserto, añadiendo que, sin embargo, la cláusula prohibitiva continuaba teniendo eficacia. «Si yo tengo—decía—la prohibición de colaborar únicamente en la REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO, puedo hacerlo en otras sin temor de que el Juez ordene destrozar la plancha de mis trabajos en la imprenta»: y añadía: «es que la obligación sigue viviendo su vida». En la cláusula que examinamos no se establece prohibición ninguna que cierre el Registro, ni siquiera prohibición de disponer con carácter obligacional; se pacta que si no se cumple lo estipulado, que si se vende la finca hipotecada se considera vencido el crédito hipotecario.

Pero ¿existe una pretensión válida jurídicamente protegible que justifique, en tal caso, el vencimiento de la hipoteca? Es indudable. No es lo mismo tener un deudor que otro; no es igual que quien posea las fincas hipotecadas sea una persona u otra; resulta totalmente distinto que la conservación de los bienes que garantizan el crédito esté en unas u otras manos; es diferente que la voluntad del deudor sea propicia a la solvencia de sus obligaciones o amiga de engarzarse en los formularios procesales.

Y esta pretensión y su formulación como una de las causas que terminan con la vida de la hipoteca es muy distinta de la prohibición de enajenar.

El deudor puede vender. Y cobrar el precio. Pero ha de devolver el que debe al acreedor hipotecario. Y lo que no puede hacer es cambiar el deudor de la relación jurídica garantizada contra el deseo expreso del acreedor.

En realidad, la interpretación que propugno no es reflejo de una tendencia más o menos progresiva, para adaptar la norma a las necesidades del momento (41), sino la consecuencia lógica de la distinción entre prohibiciones de disponer—que no existen en el supuesto que se examina—y la determinación de la duración de la vida del derecho real de hipoteca. El pacto en este aspecto es real e inscribible. Porque responde a una pretensión que afecta a terceros y delimita la extensión de un derecho real de hipoteca. Y la naturaleza real o personal de los pactos no la determina su estructura, sino su finalidad.

La tesis, como se ha visto, fue aceptada por el Presidente de la Audiencia. La Dirección no entró en el problema. Se limitó a decir en los Resultandos que «por el Notario se adujeron otras consideraciones».

(40) *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 498.

(41) Artículo 3-1 del Código Civil.

Y en el Considerando: que se trataba de un pacto de carácter personal.

Con lo que se perdió la ocasión de aclarar una cuestión de interés general.

CONCLUSIONES

Las conclusiones que se desprenden del estudio de las Resoluciones examinadas son las siguientes:

1.^a Se admite en nuestro Derecho la hipoteca en garantía de letras de cambio.

2.^a Las únicas limitaciones de su admisibilidad son el respeto a los principios hipotecarios y que no se vulnere ningún precepto legal.

3.^a La hipoteca es única, aunque garantice varias letras de cambio. Razones prácticas abonan dicha conclusión, ya que lo contrario haría imposible, por su complejidad y carestía, la constitución de las hipotecas cambiarias. Pero es que, además, conceptualmente no hay inconveniente alguno para adoptar tal solución. No es necesario para constituir la hipoteca que aflore la relación causal subyacente. Basta para fundamentar la unidad de hipoteca la unidad inicial de la promesa de pago que las cambiales entrañan y que se divide, en ese momento inicial, sólo a los efectos impuestos por la diversidad cartular de las letras.

4.^a Los requisitos de la hipoteca cambiaria deben concretar en qué consiste la relación jurídica contenida en las letras. Basta que en la escritura de constitución de hipoteca se relacionen los datos suficientes para la determinación de la relación jurídica. Y no es necesario ni copiar las letras ni siquiera la referencia de todas las circunstancias que relaciona el artículo 444 del Código de Comercio.

5.^a Hay que identificar las letras garantizadas con la hipoteca, lo que se realizará haciendo constar en la escritura las circunstancias suficientes para dicha identificación; y en la letra, mediante una nota firmada por el Notario. La nota identifica la cambial; y la constancia en la escritura de su extensión califica el documento como letra de cambio. Calificación que corresponde al Notario y no al Registrador, pues la letra no llega—ni puede llegar—al Registro.

6.^a No es admisible la cláusula de vencimiento anticipado de la hipoteca por el impago de una letra, pues ello podría originar perjuicios a terceros tenedores legítimos de otras letras, que ignorasen que se había producido el impago de una de ellas. Sin embargo, si se presentan a ejecución todas las letras por una persona—o por varias—lógicamente puede admitirse la ejecución anticipada de toda la hipoteca, por no existir

en tal caso la posibilidad de perjuicio para ningún tenedor de las letras, en virtud de una apariencia jurídica que discrepe de la realidad.

También se admite la ejecución parcial por el importe de una letra con el juego de la de las hipotecas simultáneas.

7.^a Cuando el vencimiento anticipado de la hipoteca se origine por distintas causas del vencimiento de una cambial la Resolución de 31 de octubre de 1978 sustenta la doctrina que se expone al final de la conclusión anterior.

8.^a Se rechaza la posibilidad del pacto de pago anticipado.

9.^a Se admite la posibilidad del procedimiento judicial sumario, en los supuestos en los que la cantidad exigible en la ejecución hipotecaria esté claramente determinada en el Registro.

La doctrina jurisprudencial es en general acertada. Pero debe de completarse con la admisión generalizada de las causas de vencimiento anticipado, que responden a pretensiones jurídicas justas de la conservación del valor económico de la garantía hipotecaria.

Y rectificarse el rechazo del pago anticipado, que no perjudica al deudor que lo ha pactado, beneficia al acreedor, y cuya inadmisión resulta difícil de entender después de haberse aceptado la ejecución anticipada de la hipoteca, en los casos que hemos visto.

Quizá alguna de las conclusiones rocen la pureza extremada dogmática de los conceptos. Pero sirven con justicia a las necesidades de la realidad. Y con este servicio se cumple la función creadora del Derecho encarnado en la justicia que a Notarios y Registradores incumbe, y que la Dirección ha estimulado en todas las ocasiones que se han presentado.

Finalmente, las Resoluciones referidas rozan, bien en el contexto de la Dirección, bien en los informes o en los autos presidenciales, a las siguientes cuestiones, que no han quedado definitivamente resueltas:

1. La posibilidad de hipotecar letras en banco.

En realidad, el problema se traslada a averiguar cuál es el límite que debe de establecerse en el mismo y cuáles son los datos que deben de estar consignados en la letra y cuáles pueden estar en blanco. Escapa la cuestión a la calificación registral, pues la letra, «por mucho papel oficial en que esté extendida, sigue siendo documento privado» (42), y es peligrosa la calificación notarial en ese aspecto. Por lo que considero que aunque teóricamente—según he dicho antes al tratar de este punto—pudiera admitirse esa posibilidad, en la práctica no debe de emplearse.

2. Constitución de la hipoteca cambiaria unilateralmente. La opinión general es que no existe inconveniente. Creo acertada esta opinión,

(42) CHICO ORTIZ, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores*, 1976.

en cuanto a la posibilidad de la constitución unilateral, pero creo también que entonces no se trata de una hipoteca cambiaria que no nace —como tal—sino desde que consta en el Registro la aceptación del tomador (o endosatario) por sí, y los subsiguientes tenedores de la letra.

3. Cesión de la letra. Insinuado el tema incluso en la doctrina de la Dirección, parece que es indudable que en los casos de transmisión por endoso es aplicable el artículo 150 y no el 149 de la Ley Hipotecaria.

Otra cuestión es la probanza de la legitimación del tenedor de la letra para ejecutar la hipoteca, para probar la cual creo útil que los endosos se legitimen notarialmente.

LEOPOLDO STAMPA
Notario de Madrid

La Constitución, el Urbanismo y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.* Situación jurídica de la Constitución española y problemas en torno a las fuentes del Derecho.—II. *Naturaleza de la Constitución:* Aspecto material, formal e ideológico. El liberalismo y el marxismo. La Constitución como fuente del Derecho.—III. *La teoría de los principios:* Los principios constitucionales. Los principios institucionales. Conclusiones.—IV. *La Constitución y el Urbanismo:* La teoría de la propiedad y las delimitaciones. La disposición decimotercera de la Ley del Suelo. La publicidad y los artículos 95 y 96 de la Ley. La cédula urbanística.—V. *La Constitución y el Registro de la Propiedad:* La ordenación de los Registros e instrumentos públicos. El principio de seguridad jurídica. El principio de legalidad. Efectos de la publicidad.

Constituyen las presentes notas la base de dos charlas o conferencias que pronuncié en los Centros Regionales Hipotecarios de Andalucía y Valladolid-Salamanca, en esa labor poco divulgada en que el Cuerpo de Registradores estudia y trabaja. La primera fue dada en Sevilla el 30 de marzo de 1979, a pocos meses vista de la aprobación de la Constitución, y la segunda, en Salamanca, el 30 de abril del mismo año. Debo hacer constar que por entonces había colaborado en las Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso bajo el título «Constitución y fuentes del Derecho», pero no se había hecho realidad la publicación de los tres tomos que contienen todas sus intervenciones y trabajos. En éste, por ello, se nota la falta de citas que en la actualidad se hacen imprescindibles.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los hombres que hemos doblado la esquina del medio siglo hemos tenido la oportunidad de tocar dos momentos históricos constitucionales y un paréntesis con tragedia y niveles de vida difíciles de superar. Pero

mi primer momento constitucional fue de pantalón corto, de infancia, de minoría de edad, y eso en el campo del que pretende hablar sobre la Constitución supone una auténtica rémora.

Pero la Constitución recién estrenada, en rodaje, ya me coge de tiros largos, y creo que aunque sólo aportase a estas notas las diferencias anímicas, sociales, de costumbres, políticas, económicas y jurídicas entre aquella Constitución y ésta, doy por bien empleado este pequeño trabajo. Pero como, de una parte, las comparaciones son odiosas, y de otra, comparar es ya alzar un criterio de valoraciones críticas, cosas ambas se alejan de mi propósito. Pues aquí hay que partir de lo que está vigente, de su valoración con proyección de futuro y de las implicaciones que todo ello lleva consigo en esas dos grandes materias que son el urbanismo y el Registro de la Propiedad. Y para ello hay que partir del texto de la Constitución, de su posible calidad de fuente del Derecho y de los principios que la informan y que de ella emanan.

Por todo ello vamos a examinar, aunque sea con la brevedad que la materia exige, dos puntos que se me antojan fundamentales: la naturaleza de nuestra Constitución y los principios que de ella emanan que podemos calificar de «constitucionales» para diferenciarlos de los que podríamos llamar «institucionales». La zona en que nos vamos a mover roza el campo vertiginoso de la Filosofía del Derecho, pero he de advertir que yo no vengo a filosofar, sino a tratar de acotar una materia para que en su día sufra un desarrollo preciso y más autorizado que el de mis comentarios.

II. NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN

Es preciso situar previamente la Constitución, y para ello—siguiendo un poco las orientaciones que marca FRAILE CRIVILLES en aquel famoso libro que tuvo la gentileza de presentar Pío en un momento político muy conflictivo—se hace necesario abrir tres caminos: el material, el formal y el ideológico.

Desde el primer punto de vista o camino—distinto del formal—la Constitución no viene a ser más que «un conjunto de conductas» consideradas como necesarias en un ordenamiento jurídico para determinar la organización del poder político y las relaciones entre quienes desempeñan dicho poder y los miembros de la comunidad. Es decir, así como los entes físicos tienen su constitución, las organizaciones sociales también la tienen. No existe ningún ordenamiento estatal que no tenga una Constitución.

El concepto formal o el prisma formal de la Constitución hace refe-

rencia a una norma especial, distinta de las demás, con un contenido pre-determinado. La idea arranca del concepto de *leyes fundamentales* que se manifiesta en los siglos XVI y XVII, que restringen y limitan los poderes del rey, pero luego se desarrolla en ese proceso que impone el racionalismo europeo, el movimiento revolucionario norteamericano y la Revolución Francesa.

Quizá este momento sea importante destacarlo, ya que a la antigua teoría de la limitación de poder mediante la división de poderes se va a incorporar la teoría nueva de la limitación de poder a través de la afirmación de una serie de derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, reflejando ambos elementos en un texto escrito que va a llamarse Constitución. De este modo a la Constitución se la dota de un contenido ideológico, pasando a ser algo más que una concepción filosófica: es una clara estructura ideológica que responde a la obtención de un fin que es la consecución del poder por parte de la burguesía.

Entiendo que no debemos profundizar más ni adentrarnos en los movimientos científicos representados por el historicismo y el sociologismo, pues ello sería desviar un poco la pretensión de estas notas, que quieren ir por el camino del enlace que la Constitución tiene con el ordenamiento jurídico. Pero sí quiero destacar cómo la culminación en el evolutivo concepto de la Constitución tiene dos grandes manifestaciones: la liberal y la marxista.

- La síntesis de la pretensión del constitucionalismo liberal reside en la idea de ordenar todo el proceso político con arreglo a unas normas. De ahí la insistencia del sometimiento de toda la actividad del Estado a normas, a disposiciones abstractas y generales que establezcan la imposibilidad de que pueda haber un arbitrio del poder. Surge así el Estado de derecho, quedando sometidos todos los órganos de poder existentes en una estructura política a normas jurídicas que establecen las distintas competencias y limitaciones.
- La idea marxista parte de que el Derecho, así como el Estado, no son sino unas superestructuras que dependen exclusivamente de las infraestructuras económico-sociales. El Derecho lo que viene es a consagrar la dominación de quienes tienen los medios de producción. Ello supone una desvalorización casi total del concepto de Constitución: la Constitución no es una norma especial, no es una norma con especial incidencia sobre la sociedad, sino que la Constitución es una *norma refleja*, es prácticamente una norma en la que se recogen en cada momento los avances dados por el Estado so-

cialista en la construcción de la sociedad socialista. La Constitución reflejará lo que ocurra respecto a la transformación de la sociedad.

Una visión más apasionada es la de MANUEL FRAGA IRIBARNE, que al hablar de las paradojas del constitucionalismo actual dice que si hay algo claro en el origen del constitucionalismo moderno es la intención de poner límites al poder y responsabilidades de los gobernantes en el ejercicio del poder; pero la realidad es completamente distinta, ya que las Constituciones actuales, cada vez más extensas y omnicomprensivas, han ampliado de modo increíble las funciones y los poderes del Estado. Las bases de la omnipotencia son: la declaración de la soberanía popular (el pueblo no gobierna; le gobiernan), los partidos y la expansión legislativa.

Montesquieu esperaba—sigue diciendo el autor citado—que separando los poderes legislativo, ejecutivo y judicial se evitaría el abuso de poder; pero hoy los partidos controlan a los dos primeros y han iniciado el asalto a la independencia judicial. Y obsérvese que cuando se escribió *El espíritu de las leyes* no existían otros dos poderes que ahora existen: el administrativo y el de información. Hoy un partido o una coalición, controlando los cinco poderes, maneja un capital político que jamás tuvieron los reyes absolutos del antiguo régimen.

Cada vez se legisla más; las numerosas leyes se prolongan en innumerables decretos (leyes motorizadas) y órdenes ministeriales (decretos aerotransportados). Las Constituciones actuales, como el rey Midas, que cuanto tocaba lo convertía en oro, lo han convertido todo en materia legislable. Los títulos relativos a derechos humanos, libertades públicas, principios rectores, etc., son interminables. El Estado asume fines ilimitados, como el de promover la igualdad efectiva: lo que es utópico, como lo demuestra la historia de las sociedades, comenzando por las comunistas, en las cuales, como es sabido, «todos son iguales, pero unos son más iguales que otros». Como resultado de todo ello el constitucionalismo actual se ha convertido mucho más en un límite al ejercicio del poder, en un instrumento para su expansión ilimitada.

Sin perjuicio de ésta y otras varias opiniones que podríamos traer a colación para una debida crítica del sistema constitucionalista, es evidente que en el mundo predominan las Constituciones liberales, y en ese encuadre debemos incluir a la española, recién estrenada, y que va a ponerse a prueba en esta nueva etapa parlamentaria. Pero lo que de verdad nos debe interesar es el aspecto jurídico o más bien lo que la Constitución representa desde el punto de vista jurídico en su posible encuadre de «fuente del Derecho». Caben las dos posibles posturas en este as-

pecto: de una parte, estimar que la Constitución, como norma, es fuente, y, de otra parte, entender que solamente está formada por una serie de principios, bases o normas generales que van a marcar los cauces entre los cuales ha de moverse la labor legislativa o el poder legislativo.

DÍEZ PICAZO, al abordar el comentario de la reforma del Código Civil, dice que de las dos significaciones que la expresión «fuentes» posee, cuando se refiere al sistema de producción de normas, fuentes materiales o poderes reales en lo que reside la facultad de creación de las normas y fuentes formales o medios o mecanismos de expresión a través de los cuales se manifiestan las fuentes materiales, el artículo 1.º del Código Civil opta por la referencia a estas últimas. Y tal vez con razón, porque el problema de las fuentes materiales es más un problema político y sociológico que un problema de técnica jurídica. «La ley, la costumbre y los principios generales del Derecho son, conforme al artículo 1.º del Código Civil, las fuentes del ordenamiento jurídico español.»

No obstante, al utilizarse por vez primera la locución «ordenamiento jurídico» al autor citado se le plantea la duda de si se ha querido referir el legislador al «bloque normativo» o, más profundamente, a una Constitución institucional, de acuerdo con la cual el ordenamiento es no sólo el conjunto de las normas, sino también los órganos de realización y de ejecución y el modo y manera como los mandatos establecidos en las normas tratan de ser imbricados en la realidad.

De otra parte, al haber situado la Constitución dentro del grupo regido por el principio liberal, nos va a llevar a una peligrosa conclusión: el liberalismo como ideología va a tener, como uno de sus puntos básicos de partida, precisamente el someter el poder al Derecho, y de ahí que se llegue a concebir la Constitución como «una norma jurídica». Como tal norma jurídica, de carácter especial, habría que considerarla como la principal fuente del Derecho.

El problema de si la Constitución es o no fuente de Derecho hay que afrontarlo a través de una serie de opiniones doctrinales que sólo en una forma indirecta se lo han planteado, aunque el tema ha cobrado una gran relevancia a través de las Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, donde el tema eje sobre el que han de girar todas las aportaciones lleva por título «Constitución y fuentes del Derecho». Habrá que esperar a que se publique en su día el volumen que contenga los numerosísimos trabajos de diversos autores, para así poder hacer una cita concreta de todo ello. Mi modesta aportación a dichas jornadas toca también el tema y la idea que sostengo sirve de base a las presentes líneas.

No obstante, ya en manuales generales de Derecho civil algunos autores recogen dentro de la teoría general de las fuentes del Derecho el

fenómeno constitucional. DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, por ejemplo, al contemplar el principio general de la unidad del ordenamiento jurídico, constituido por el conjunto de normas en vigor en una determinada comunidad jurídica, señala los cauces por los que se llega al mismo: la jerarquía normativa, la superación de la contradicción normativa y la superación de la misma tanto en el tiempo como espacialmente. Puede ser el primer cauce el que nos lleva a la misma, ya que todo Estado de Derecho tiene como norma jurídica básica del ordenamiento la Constitución, que con carácter de superley define y enmarca los poderes del Estado y los derechos fundamentales de la persona; la jerarquía normativa permite subordinar las leyes ordinarias a la Constitución. La española consagra de modo terminante el principio de legalidad y la jerarquía normativa (artículo 9.º, núm. 3) y aun sin expresarlo parte de la idea de la unidad del ordenamiento jurídico a través de diversas normas.

Este principio de jerarquía normativa implica la subordinación de las leyes ordinarias y orgánicas a lo dispuesto en la Constitución, derogando la misma todas aquellas que a ella se opongan (disposición derogatoria número 3).

Las últimas aportaciones doctrinales en materia de fuentes del Derecho que han ido apareciendo con motivo de la reforma del Código Civil de poco sirven, ya que son anteriores a la aprobación de la Constitución. De todas maneras pueden ser interesantes en su vertiente de amplitud o restricción con que los diferentes autores las enfocan. Hay alguno, como OGÁYAR, que dan excesiva amplitud al concepto de fuentes, admitiendo la doctrina del «pluralismo jurídico» que sitúa al lado de las fuentes estatales otras que no lo son, e incluso esa multiplicidad indefinida de ellas de que habla HERNÁNDEZ GIL y que infunden a la teoría de las fuentes un espíritu social, aunque no pueda llegarse a una formulación abstracta, pues la índole de las mismas—según dice BONET—depende de la constitución político-social de cada pueblo y de cada época. Para otros, como QUINTANA REDONDO, la teoría de las fuentes debe quedar reducida a la fuente material por excelencia que es la *voluntad comunitaria* de la sociedad manifestada a través del Estado en su Constitución, sin que sea válido decir que existen algunas de esas fuentes que no son elaboradas por tal Estado, pues como hace constar RECASÉNS no es admisible tal objeción, porque cuando se habla de la voluntad del Estado como fuente unitaria y única de validez de todos y cada uno de los preceptos jurídicos, con esto no quiere decir que todas las normas del Derecho hayan sido fabricadas por el Estado, sino que nos referimos a que rigen como normas de Derecho válido, porque sea cual fuere su origen efectivo el Estado las acepta, las quiere como tales y las impone. Por último, DE LA VEGA BENAYAS se plantea más que la

problemática de las fuentes, que para él siguen siendo las tradicionalmente admitidas, el tema discutible del «orden jerárquico» de las fuentes, echando en falta el recurso de «inconstitucionalidad» que aparece consagrado en estos momentos en el artículo 161 de la Constitución y que, según dice SANTIAGO VARELA, no alcanza a esa primitiva idea socialista que abría la posibilidad de «revisar» la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que suponía quebrar el principio de la «santidad de cosa juzgada». Al precepto que así lo venía a establecer se le dio vía libre en el Congreso y en el Senado, pero la Comisión Mixta lo ha hecho desaparecer. La aprobación de un artículo de esta índole hubiera supuesto, sin embargo, la aceptación de algo tan evidente para muchos sociólogos del Derecho como que los jueces ordinarios, y en particular los Tribunales superiores, no se limitan a la aplicación de la ley, sino que cada vez más, y no sólo en los sistemas judiciales de estirpe anglosajona, son órganos que hacen uso de su considerable capacidad de creación normativa.

Así las cosas, habrá que adentrarse en la específica formulación que la Constitución hace sobre ciertos puntos. Hay, por ejemplo, un primer precepto, como es el artículo 9.º, párrafo primero, en el que se dice: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CONSTITUCION Y AL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.» Ello quiere decir que para los autores de la Constitución ésta forma parte del ordenamiento jurídico, y el tema está en saber si como norma o como órgano de realización del derecho en la forma que hemos visto apuntaba Díez PICAZO.

El problema no es claro, no ya sólo por esta atrevida redacción del artículo, sino porque en posibles ocasiones anteriores al tratar de enjuiciar la situación constitucional frente al tema de las fuentes del Derecho la doctrina, concretamente PÉREZ SERRANO, no ha sabido responder con claridad al tema cuestionado, pues unas veces parece que acepta la tesis de que la Constitución es fuente del Derecho y otras parece eludir el tema. Así, dice en alguna ocasión que «si de todas las fuentes es la legislativa la que asume primacía en Derecho político, dentro de la esfera legislativa es la Constitución la norma más capital y característica de esa disciplina; que no en balde el tipo contemporáneo de Estado reviste la forma *constitucional* con su individualismo acusado, su tabla de derechos bien establecida y su clásica división de poderes netamente implantada». En otros momentos la tendencia cambia de enfoque y se dirige más a la precisión de puntos fundamentales: «Por una inversión de términos y de valores el positivismo jurídico llega a otorgar relieve máximo al texto, y la Constitución se convierte en *norma normarum*; en vez de ser ella la expresión de una realidad anterior, la Constitución sirve de base y fundamento a todo el Ordenamiento jurídico y casi al Estado mismo. La

Constitución, para la escuela austríaca, es la Ley que establece, como primer grado, toda la jerarquía de las fuentes; ella es la regla que ordena cómo pueden elaborarse las leyes, el modo como éstas trazan el camino para la ulterior vida jurídica del país. Y más aún: teniendo que reposar todo el orden jurídico en una norma fundamental, y naciendo la Constitución-texto por vía no-jurídica, Kelsen admite, junto a esa Constitución jurídico-positiva, otra Constitución lógico-jurídica, que es la hipótesis en que se asienta toda la construcción.»

Pero es que el tema—en esa doble disyuntiva apuntada—queda sin solución al enfocar el autor la clasificación de las Constituciones por su «forma jurídica», ya que dice que son o preferentemente «consuetudinarias», como la inglesa, o preferentemente «legisladas», como las continentales y americanas, pudiendo dentro de estas últimas distinguir las que obedecen al tipo «codificado» (como ocurre con las españolas, alemanas, suizas, etc.) o responder al sistema de *leyes diversas*, según ocurre con las francesas.

Sería muy difícil tratar de descubrir la intención legislativa de los que formularon la Constitución; pero, sin perjuicio de la juridicidad que debe presumirse en sus redactores, creo que en este caso particular no se planteó serenamente el problema de las fuentes del Derecho y se hizo una formulación de principios con cierta «alegría» que contrasta con la integración de juristas en la Comisión redactora.

Mi conclusión creo que es clara, aunque no acertada, en este punto: la Constitución no es fuente del Derecho y ella sólo supone un mosaico de inspiraciones a las que debe sujetarse el futuro del Ordenamiento jurídico. Y para ello me fundo en los siguientes argumentos:

1. Parece ser que el sistema constitucional español—según dice con gran acierto LINDE PANIAGUA—reconoce que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado» (art. 1.º, 2). Lo cual supone que la Constitución no otorga más que un poder o facultad para dictar normas jurídicas, sin que ella pueda considerarse como tal, salvo en la abstracción que significa la formulación del principio. La Ley dictada por las Cortes Generales que «representan al pueblo español» (art. 66, 1) es la manifestación más relevante de la soberanía en un Estado constituido.
2. La Constitución no es fuente del Derecho, ya que se limita a señalar el sentido material de las fuentes y los principios básicos en que esos poderes de elaboración deben moverse. La Constitución, bajo la rúbrica «DERECHOS Y DEBE-

RES FUNDAMENTALES», aporta una sensible distinción, cual es la de los «DERECHOS Y LAS LIBERTADES» y los «PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLITICA SOCIAL Y ECONOMICA», pero en ambos casos va a llegar, por caminos distintos, a establecer la misma normativa. Para los «derechos y libertades» (principios que podríamos llamar informativos) se dice que VINCULAN a todos los poderes públicos y que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido especial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. Para los segundos (principios rectores de la política social y económica) se dice que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que se desarrollan (art. 53, 1 y 5).

Es decir, que ni en uno ni otro caso, aunque la redacción sea sensiblemente diferente, la Constitución (a pesar de ser parte del Ordenamiento jurídico) no es fuente primaria del Derecho y únicamente ofrece las líneas directrices a las que han de sujetarse las leyes sin las que dichos principios carecen de virtualidad jurídica, pasando a ser únicamente fuentes del Derecho de carácter subsidiario en defecto de ley o costumbre.

3. El mismo recurso de «inconstitucionalidad» que permite atacar la ley viene a demostrar que la fuente del Derecho no es la Constitución, sino que la misma marca los límites en los que la ley—auténtica fuente normativa—debe moverse en su proyección de la realidad, y caso de no ajustarse a los principios establecidos podrá ser impugnada (art. 161).

Todo ello no quiere decir que la Constitución sólo tenga una función «inspiradora» de normas, ya que, de una parte, puede jugar un papel decisivo en la función interpretativa de la norma, y de otra, los principios jurídicos que de ella trascienden pueden ser incluidos dentro de los que en defecto de ley o costumbre se consideran por el Código Civil como fuentes del Derecho. RUIZ BADILLO, al clasificar los preceptos de la Constitución, entiende que hay algunos—como los que se refieren a la propiedad y herencia—que son de proyección general en el ámbito interpretativo del resto del Ordenamiento jurídico. Y así, las normas que a esta materia se refieren habrán de interpretarse atendiendo a los términos que establece el artículo 3.º, 1, del Código Civil y teniendo en

cuenta el significado trascendente que la Constitución ofrece. No obstante, este autor, al abordar el tema de las normas jurídicas y definir el Ordenamiento jurídico con ESPÍN CÁNOVAS como «el conjunto de normas jurídicas por las que se rige una comunidad», dice que está claro que dentro de la expresión norma jurídica se contemplan una serie de disposiciones que van desde la Constitución, como piedra angular o vértice del Ordenamiento jurídico, hasta los preceptos que emanan de las autoridades de más inferior nivel administrativo.

A mi entender, la Constitución, aun en su adscripción al campo liberal, no tiene las características que toda norma de Derecho debe ostentar, conforme a la pureza de la técnica jurídica. Si por norma jurídica hemos de entender la regla que rige la conducta de los hombres en sus mutuas relaciones sociales y cuya observancia garantiza el Estado mediante oportunas sanciones, según la definición que daba el maestro CASTÁN, resulta que la Constitución se aparta de lo que podríamos llamar estructura o contenido de la norma, ya que en ella no hay lo que llamamos «proposición condicionada» en donde pueda distinguirse una «hipótesis o supuesto» y la «tesis o consecuencia», que establece la ordenación adecuada del hecho o relación, fijando los efectos jurídicos que produce. Se trata, seguía diciendo dicho autor, de un imperativo condicionado o hipotético: dadas ciertas premisas, el Derecho impone consecuencias determinadas. DE CASTRO reafirma esta postura siguiendo al Padre SUÁREZ y diciendo que la norma contiene un juicio sobre una conducta y un mandato de hacer o no hacer: es un juicio—pues—portador de una decisión.

Creo que sería innecesario recorrer la literalidad de los diferentes artículos de la Constitución para descubrir en ellos esa estructura que se predica de la norma jurídica, pues la Constitución lo que se limita a establecer es una formulación general de principios a los que el Ordenamiento jurídico español debe ajustarse desde su promulgación, pero nada más, con ser mucho. LINDE PANIAGUA, en su estudio sobre temas de la Constitución, aborda el tema del tratamiento que la Constitución da a la ley, el reglamento y a las relaciones entre ambos. Es curioso, sin embargo, señalar cómo en los esquemas que traza de las diferentes clases de leyes que la Constitución admite en ninguna cabe la misma. El autor citado parte del principio que se plasma en la Constitución, y es el de que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado, siendo la Ley dictada por las Cortes Generales que «representan al pueblo español» (art. 66, 1) la manifestación más relevante de la soberanía en un Estado constituido. De ello se deduce el principio de supremacía de la ley en relación a la norma administrativa, que no es sino la justa consecuencia de las distintas posiciones

que ocupan las Cortes y la Administración. Resultado de esta diferente posición es que la ley sólo puede ser controlada por el Tribunal Constitucional, órgano garante del respeto a la Constitución, mientras que los reglamentos son susceptibles de control por los Tribunales. En la precisión de las diferentes clases de normas distingue: las leyes orgánicas (artículo 81, 1), leyes refrendadas (art. 92), leyes-marco (art. 150, 1), leyes de principios armonizadores (art. 150, 3), los decretos-leyes (artículo 86), leyes de las comunidades autónomas (art. 153), el Reglamento (arts. 97 y 106), legislación delegada (art. 82) y la reserva de ley (artículos 53, 1, y 81, 1). ¿En cuál de ellas podríamos situar a la Constitución?

Hemos llegado a la conclusión de que la Constitución no es más que un conjunto de principios, y la temática reside en saber qué se debe entender por principio y si dentro de los mismos cabe esa distinción apuntada, que diferencia a los constitucionales de los institucionales.

III. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Resulta sumamente difícil hablar de principios sin acudir a tres trabajos fundamentales que delimitan doctrinalmente el concepto y abren la brecha necesaria para su mejor entendimiento. Me estoy refiriendo a la obra de JOSEF ESSER (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*), al artículo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA («Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo») y al discurso de ingreso de Pío CABANILLAS en la Academia de Legislación y Jurisprudencia («Consideraciones sobre los principios generales del Derecho»), así como las páginas geniales que a este respecto escribiera en su día el profesor DE CASTRO. De ahí que aquí nada nuevo vamos a decir, pues nos limitaremos a exponer lo que todos ellos han dicho.

No vamos a cometer la audacia de explicar lo que se entiende por principio y la proyección que ello puede tener dentro de la teoría de las fuentes del Derecho, pues todo ello lo sabéis con mejor estilo y profundidad que yo. Solamente quiero destacar dos puntos que se me antojan esenciales para el enfoque del problema que trato de resolver: la afirmación de una constante valoración y la distinción entre dos clases de principios (los constitucionales y los institucionales).

Los principios generales—se ha dicho por uno de los autores citados—, cualesquiera que sea su origen, resultan el instrumento idóneo para que permita la presencia en el mundo del Derecho de unos criterios de valor, naturales o sociales, reales o simplemente objetivos, que

actúan de estímulo, de límite, de orientación y de justificación de todo Derecho positivo.

La expresión «*principios constitucionales*» para mí resulta de difícil precisión, aunque tomada la expresión en un sentido amplio podríamos llegar a una doble acepción en la que sería más fácil movernos: principios que definen cuáles son las relaciones entre la organización estatal y el Estado y principios immanentes e «informativos».

Dentro de los primeros pueden diseñarse perfectamente los que responden a tres preguntas: quién ejerce el poder, cómo lo ejerce y para qué lo ejerce. Y de esta forma surgen los tres grandes principios constitucionales que podemos concretar. El primero es el principio democrático (autocracia y democracia son las dos alternativas de poder); el segundo, el principio liberal (que trata de lograr el Estado de Derecho a través de una objetivación y limitación del poder, y el tercero es el principio social, que tiene diversas variantes, según se tenga que formar la comunidad estatal, se inhiba el Estado en su regulación, se inmiscuya en la misma o la absorba totalmente.

Entre los segundos—creo que los más interesantes desde nuestro punto de vista—están los que podíamos llamar principios «directrices» (*guides*), que vinculan al legislador, aunque para el individuo no constituyan derecho efectivo hasta que se «incorporen» al derecho sustancial o material. Pero estos llamados principios deben ser aceptados con los dos condicionamientos que ESSER les puso: a) Ningún principio actúa por sí solo como creador de normas, sino que únicamente posee fuerza constitutiva o valor constructivo en unión con el conjunto del ordenamiento reconocido, dentro del cual le incumbe una función bien definida. b) Un principio cuya misión deba aún decidirse políticamente no está todavía maduro para ser fijado en sentido jurídico.

Al lado de los llamados principios «*constitucionales*» hemos destacado los «*institucionales*», que, según dice GARCÍA DE ENTERRÍA, son los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez los que precisan, según la lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna. Cada institución está construida sobre uno o varios principios generales del Derecho propios y específicos, sin perjuicio de que puedan afectarles otras de radio más amplio. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, módulos de condensación de valores ético-sociales y centro de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcio-

namiento. Es justamente en este punto donde se anuda el mundo formal de las normas y el material de los valores de justicia.

CABANILLAS GALLAS, en el discurso citado, dice que los principios institucionales derivan de la función que corresponde a la institución en la realidad humana, y en tal sentido están dentro y más allá del sistema, pero decantan siempre la porción jurídica que aquélla necesita incluir en el campo del Derecho como consecuencia de su tendencia a la ordenación; poseen virtualidad expansiva y condicionante dentro del ámbito humano, social o técnico que la institución abarca, y en ello es preferente la función estructural, incluso cuando se concretan en normas; se dirigen a perfeccionar y controlar la función que cumple la institución y están sometidos a cambio o desaparición cuando las instituciones periclitán o alteran su sentido. Desde el punto de vista práctico —dado que las instituciones suelen tener estabilidad y permanencia— pueden ser considerados como los motores ordinarios de la vida del Derecho, que en ellos encuentra su mayor mecanismo de desarrollo y, sobre todo, el más alto índice de productividad jurídica.

Creo que con estas pinceladas basta para una situación de partida, en la que es preciso dejar a un lado los llamados principios dogmáticos y los axiológicos y abordar si en la Constitución se puede incrustar esta doble clasificación de principios apuntada, así como extraer de ella ciertos criterios unitarios que permitan poner de manifiesto las posibles líneas directrices en la formación del nuevo Ordenamiento español. A modo de conclusiones rápidas podríamos concretar estos puntos:

- a) Habíamos apuntado al comienzo cómo DÍEZ PICAZO se refería a la formulación de la frase «Ordenamiento jurídico» empleada por el Código Civil en el sentido amplio apuntado, y esa debe ser, a nuestro entender, la explicación que haya de darse al artículo 9.º de la Constitución al decir que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y AL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.
- b) La Constitución habla en diversos lugares de PRINCIPIOS (por ejemplo, en el Título preliminar y en el artículo 9.º, 3, citado, del que luego nos ocuparemos), pero para exponer lo que la misma llama «DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES» distingue entre los «DERECHOS Y LAS LIBERTADES» y los «PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLITICA SOCIAL Y ECONOMICA».

¿Estamos aquí ante la distinción apuntada al hablar genéricamente de principios constitucionales? Quizá. De ahí

que podríamos adscribir en primer lugar a los primeros dentro de los llamados inmanentes e informativos y los segundos a los que definen las relaciones entre la organización estatal y el Estado.

Quizá lo importante de todo ello esté en el diferente trato que se otorga a la distinción, pues para los «derechos y libertades» (principios informativos) se dice que VINCULAN a todos los poderes públicos y que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar SU CONTENIDO ESENCIAL, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. Para los segundos (principios rectores de la política social y económica) se dice que INFORMARAN LA LEGISLACION POSITIVA, LA PRACTICA JUDICIAL Y LA ACTUACION DE LOS PODERES PUBLICOS, pero que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Es decir, que ni en un caso ni otro, aunque la redacción sea diferente, la CONSTITUCION (a pesar de ser parte del Ordenamiento jurídico) no es fuente primaria del Derecho y sólo brinda líneas directrices a las que han de sujetarse las leyes, sin las cuales dichos principios carecen de virtualidad jurídica, pasando a ser únicamente fuentes del Derecho de carácter subsidiario en defecto de ley y costumbre.

- c) Resulta necesario, por último, resaltar que contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley se estructura el recurso de «inconstitucionalidad», que permite atacar a la ley, aunque la interpretación dada por la jurisprudencia a través de una sentencia no perderá el valor de cosa juzgada. Igualmente se establece un recurso de «AMPARO» por violación de los derechos de igualdad que pregonan el artículo 14 de la Constitución (art. 161).

IV. LA CONSTITUCIÓN Y EL URBANISMO

El inquietante campo del Derecho Urbanístico, que como reto se ha presentado ante el llamado Derecho Registral—sobre la base de un auténtico desconocimiento del legislador administrativo de lo que encierra el llamado principio de legalidad o respeto de todo el Ordenamiento jurídico—es uno de los temas que resulta necesario afrontar en los mo-

mentos actuales, ya que la Constitución—aunque parca en citas—sí se refiere al «urbanismo» en tres ocasiones, según mi criterio: *a)* La primera, cuando en el artículo 47 (y dentro del campo de los principios constitucionales) habla de que todos los españoles tienen derecho a una 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)* La segunda es cuando en el artículo 148, 1, 3.^a, otorga a las Comunidades Autónomas la competencia para «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», sin que se reserve el Estado en forma exclusiva esta competencia, pues el artículo 149 sólo habla del 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).

Aparentemente la regulación no ofrece grandes inquietudes, pero si profundizamos un poco veremos que el tema no es tan sencillo y que debe provocar en el funcionario encargado de la calificación registral ciertas reflexiones, aparte, como es natural, del posible enfoque que demos al atormentador artículo 96 de la vigente Ley del Suelo, que tanta preocupación os ofrece y del que trataré más adelante.

Me vais a permitir—por razones de brevedad y no de contenido—que de los tres puntos señalados en la Constitución sólo me refiera al último. El primero, con la asignación del derecho a los españoles de una vivienda «digna y adecuada» me produce temblores al leerlo y auténticas nostalgias al ver la imposibilidad de su aplicación. El segundo, referente a la competencia de Comunidad Autónoma, me provoca más inquietudes, y comprenderéis que al estar en un territorio de este carácter lo mejor es esperar que pontificar. Claveros y Arévalos tiene la patria que os podrán convencer...

Vamos con el último tema, que a mi entender se ofrece con la singularidad programática de un principio poco meditado o intencionadamente colocado para que pasase inadvertido. Me estoy refiriendo a esa formulación que quita euforias al reconocimiento del derecho a la propiedad privada y a la herencia, al decir: «La función social de estos derechos DELIMITARA su contenido, de acuerdo con las leyes.»

Por supuesto no os voy a atormentar contándoos la trayectoria seguida por el derecho de propiedad, desde la suma de facultades romana hasta la mediatización pública y social del mismo. Unicamente me quiero detener en una de las muchas construcciones que la doctrina aportó a efectos de desentrañar lo que quería decir no sólo la primitiva Ley del

Suelo, sino la última versión de la misma. Todos sabéis que para explicar los preceptos urbanísticos que trataban de superar la definición del Código Civil en torno al derecho de propiedad se dibujaron dentro de la doctrina las siguientes construcciones: a) La propiedad urbana como propiedad especial. b) La propiedad urbana como emanada del Plan. c) La propiedad urbana como volumen edificable. d) La teoría de las limitaciones del dominio, en la que se distinguen las llamadas limitaciones, la de las cargas reales, gravámenes, servidumbres, la *obligatio propter rem*, etc.

Precisamente dentro del último grupo apuntado estaba y está la llamada teoría de las «DELIMITACIONES DEL DOMINIO». De todos vosotros es conocido su origen, que fue puesto en circulación jurídica por WESTERMAN y dada a conocer en España por GARCÍA DE ENTERRÍA en su conocido trabajo del *Anuario de Derecho Civil* del año 1958 «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo». No hay en la propiedad urbanística limitaciones, sino «delimitaciones» de la propiedad en su contenido normal. Parafraseando a Ortega y Gasset, podría decirse que estas delimitaciones de la propiedad, más que en el «contorno» de la propiedad, están en el dintorno.

Adscritos a esta teoría están la mayor parte de los urbanistas, entre los que cabe citar a MARTÍN BLANCO (este derecho subjetivo pierde definitivamente su rango o valor de concepto rector del mundo jurídico de los derechos reales), MARTÍN MATEO (la Ley del Suelo establece un verdadero estatuto de la propiedad) y NÚÑEZ RUIZ (los planes de ordenación urbana tienen la función primordial de conformar el contenido y destino del suelo urbano). A mí lo que me impresiona no es que estos administrativistas estén sosteniendo esta tesis, pues es su obligación, sino que desde el campo hipotecario sea mantenida también en el trabajo que publicó BONILLA ENCINA en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en el año 1971 («Titularidades delimitadas. Delimitaciones de la propiedad urbana [acotaciones]»), en donde a la hora de enfrentarse con los argumentos decisivos para justificar una publicidad éstos sólo se apoyan en la idea de la «cognoscibilidad legal».

La peligrosidad de la tesis ya la he denunciado en diversas ocasiones, pues si la delimitación no supone más que la expresión del contenido normal de la propiedad no será precisa una publicidad registral, al igual que sucede con el usufructo en el que no se hace necesario especificar cada una de las facultades que el mismo lleva consigo, pues están determinadas por la ley.

Resulta sumamente curioso cómo esa tesis está en cierto modo contradicha por el mismo autor que la introdujo en España, por GARCÍA DE ENTERRÍA, ya que posteriormente a su divulgación dijo: «Me parece que

la enorme responsabilidad, la enorme gravedad que la Ley del Suelo vuelca sobre los planes, en cuanto que son ellos los que definen positivamente el contenido normal de la propiedad (como dicen los artículos 76 y 87), exige darles 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, naturalmente, al margen del sistema analítico o por fincas con que hoy está organizado—; conexión que parece inexcusable si, en efecto, el Registro ha de publicar, junto con las cargas de la propiedad inmueble, y aun antes que las mismas, su variable y casuístico contenido).

De otra parte, la tesis que pudo ser válida para la primitiva Ley del Suelo y, como hemos dicho, se aceptó con cierta unanimidad por la doctrina administrativista, dejó de tener vigencia al aparecer providencialmente la Disposición final decimotercera de la Ley Reformadora de la del Suelo de 2 de mayo de 1975, en la que se brinda la oportunidad de reformar la legislación hipotecaria para asegurar que las limitaciones y deberes establecidos en la misma y en los planes, programas, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos se reflejen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad. La idea no puede ser más importante, ya que con ella se destruye el carácter de «delimitación» que se pretendía dar a ese conjunto de limitaciones legales y, de otra, se reconoce que sólo mediante la inscripción éstas pueden afectar a tercero que adquiere confiado en la publicidad registral.

¿Qué se hizo de esa Disposición final decimotercera de la Ley de 1975, verdadera oportunidad hipotecaria? Pues que un buen día apareció en el *Boletín Oficial del Estado* una reforma del Reglamento que todos creíamos que iba a contener la normativa que solucionase el reto que lo urbanístico ofrecía a lo hipotecario, y nuestras esperanzas quedaron defraudadas: aquel decreto de lo único que se preocupaba es de transformar al sustituto de «tercero protegido» en *poenitus extraneus*..., y en esta espera llegó la Constitución y esa palabra preocupante que forma frase: «DELIMITARA SU CONTENIDO».

Comprenderéis que la situación es comprometida cuando la estructura de nuestro sistema solamente ha recibido prometedores avances en materia de mecanización, aunque siga manteniendo por encima de toda posible innovación el principio de la seguridad del tráfico jurídico. Afortunadamente creo que el problema tiene soluciones, como veremos más adelante, pero aparte de ello no hay que olvidar que la Constitución española en su Título preliminar (del que posiblemente no hayan pasado en su lectura más de las tres cuartas partes de los españoles, incluidos los autónomos) tiene un artículo 9.º que exige, dentro de los principios que enumera, el de la «PUBLICIDAD DE LAS NORMAS», y ahí es

donde empieza a fallar la Ley del Suelo, pues por el juego de los artículos 55 y 56 de la misma la versión de la publicidad es «raqútica» y poco jurídica. Lo que de verdad establece el artículo 56 es la publicidad de la «aprobación» del plan, considerando más importante la ejecutoriedad del mismo que su publicidad. Complementariamente se deja a la iniciativa del ciudadano la posible consulta del Plan en el Ayuntamiento respectivo (art. 55).

El planteamiento de esta normativa era tan poco real en su posible práctica que, dándose cuenta el legislador de su error, ha tratado de subsanarlo a través de unos Reglamentos de Planeamiento y Disciplina que entre los días 15 al 18 de septiembre de 1978 se publican. Y así en el artículo 164 se rectifica la idea de la publicidad empequeñecida por la norma legal, para agrandarla reglamentariamente (en contra de lo que dispone la Disposición decimotercera a que antes aludíamos) a la «totalidad de los documentos que constituyen el Plan». Verdaderamente que esta norma es auténticamente imaginativa, pues quien haya visto de cerca un Plan de Ordenación Urbana comprenderá la imposibilidad de dar cumplimiento a tal disposición administrativa. La materia de «información» que puede pedirse al Ayuntamiento exige una «solicitud» que identifique la finca, lo cual ya nos acerca un poco a la realidad jurídica registral (art. 165). Creo que la creación de los LIBROS REGISTRO, en los que se hacen constar los acuerdos de aprobación definitiva de los planes, su revisión y modificación, las resoluciones administrativas y las sentencias que afectaren a dichos instrumentos urbanísticos (art. 166), así como las normas que estructuran y perfilan la cédula urbanística (artículo 168), no son más que meros anhelos de un extremado y difícil cumplimiento. Creo que la Administración Local, en estos cruciales momentos, no está preparada—quizá por esos cuarenta años de abandono—más que para denegar licencias, cambiar nombres de calles, elevar impuestos y poner multas.

El gran tema de parcelaciones, divisiones, limitaciones, el carácter indivisible de parcelas, etc., no está lo suficientemente formulado por la ley, y creo que al fallar la formulación inevitablemente tienen que chocar los dos grandes focos de interpretación que sobre ella inciden: el de los juristas que aportan los grandes principios del Derecho y los administrativistas que con su estrechez de miras centradas en el principio de legalidad tratan de poner a flote algo que no tiene defensa en el campo jurídico. Si de verdad se predica la teoría de las limitaciones o «delimitaciones» de la propiedad, apliquemos la teoría de la nulidad de los actos contrarios a ellos y eliminemos artículos como el 62 de la Ley del Suelo, que para ciertas enajenaciones exige la constatación de «no edificables», permitiendo la resolución en plazo de un año, principio con-

trario a la seguridad del tráfico; la doctrina general del artículo 88 en esa especie de subrogación que establece y que sobra ante la nulidad impuesta; igualmente puede decirse lo mismo del carácter «indivisible» que debe hacerse constar en el Registro para que tenga efectos contra terceros (art. 95); lo mismo cabe predicarse del artículo 96, ya que el caso de incumplimiento sólo hace surgir una acción de responsabilidad administrativa y un acto anulable. De ahí surge esa solución que GONZÁLEZ PÉREZ, MARCOS JIMÉNEZ y yo mismo hemos sostenido en torno a la posibilidad de una inscripción condicionada.

Habría que plantear serenamente el problema de la publicidad, de una parte, y de otra, la solución que podría adoptarse para «compaginar» instituciones y no para tratar de enfrentaras, que es la pretensión que se descubre veladamente en la intención del legislador actual. La publicidad viene prácticamente reiterada por la ponderada doctrina de la Dirección General de los Registros, que en su Resolución de 17 de junio de 1966 recordaba el cumplimiento de los artículos antiguos 78 y 79 de la Ley del Suelo por parte de Notarios y Registradores, pero sobre la base de conocer que el incumplimiento era debido a «desconocimiento de las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Madrid». Por su parte, el día 21 de agosto de 1978, la Dirección General contesta al Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Occidental y Badajoz, exigiendo que en éste tema era precisa una denuncia concreta y no «abstracta», con la finalidad de saber si en manos del funcionario interviniente obraban los datos precisos para saber si el acto incurría o no en ilegalidad.

Las posibles soluciones al grave problema de las licencias ya se planteó cuando yo era director del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, y creo recordar que RAFAEL ARNAIZ defendió la tesis que desplazaba al Ayuntamiento u organismo encargado de otorgar licencias el peso de su investigación. El acto con o sin licencia se inscribe, pero marginalmente se hace constar la falta de licencia o su insuficiencia, y es el Ayuntamiento el que puede pedir al Registro una relación de inscripciones con esa nota para proceder en consecuencia. Parece ser que esta es la solución que se va a adoptar—o se ha adoptado—en el protocolo que firma la Generalitat. La solución era un poco análoga a la que yo proponía para la fase de «formulación de planes» (cosa diferente a la fase previa de la concentración parcelaria) y su aprobación sin publicidad. En esta fase es donde yo creo que habría de dar vitalidad a la «cédula urbanística», pero con un sentido diferente al que la ley plantea. La legislación del suelo y los planes operan sobre zonas, áreas, polígonos, terrenos de gran amplitud, etc., sometiénolos a ciertas clasificaciones y limitaciones y condicionamientos, pero no manejan la individuali-

dad de cada finca, concretada y perfilada por esa serie de descripciones netamente registrales. De ahí que creo que hay que partir de la individualidad de la finca 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 registral posterior y una facilitación en la contratación y cumplimiento de requisitos legales. Ya comprendo las dificultades, pero aquí de lo que se trata es de aportar ideas para salvar esos roces inevitables en legislaciones que tuvieron la ocasión de ser puestas de acuerdo y se escapó el primer tren de su posibilidad...

V. LA CONSTITUCIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

También se habla del Registro de la Propiedad en la Constitución, no tanto como del Poder judicial, de la economía y hacienda del país y de la Corona, pero se habla. Creo que hay dos o tres pasajes de cierta trascendencia que suponen ciertos reconocimientos a la función y a los servicios que la institución registral ofrece. Voy a ser en esto muy esquemático:

- a) La primera referencia que se hace al Registro de la Propiedad está englobada en esa especie de exclusiva que se reserva el Estado español para dictar normas sobre «la ordenación de los Registros e instrumentos públicos» en su artículo 149. Al hablar genéricamente de «registros» y relacionarlos estrechamente con los instrumentos públicos (y no documentos públicos) me hago la ilusión de que a nosotros se está refiriendo la Constitución.

Pero hay otro argumento de mayor peso, pues la Constitución en su poco cuidada terminología jurídica ha sabido diferenciar lo que podríamos llamar «registros jurídicos» de los «registros administrativos». De todos es sabido la dirección administrativista, hábilmente dirigida, para tratar unitariamente a la institución registral y borrar la distinción entre lo jurídico y lo administrativo. Dieron lugar a este estado de cosas juristas como MARÍN PÉREZ, AMORÓS GUARDIOLA, LÓPEZ MEDEL, GONZÁLEZ PÉREZ, etc., aprovechándose de todo ello MIGUEL MONTORO PUERTO en su conocido trabajo en el libro de homenaje a LÓPEZ RODÓ.

Tercia, por así decirlo, en esta discusión JOSÉ MENÉNDEZ en una ponencia que presenta en Puerto Rico con motivo del III Congreso Registral y llega en ella a la disparatada conclusión de que todo Registro es jurídico si tiene unas normas por las que se rija.

Sin perjuicio de que pudieran aportarse infinidad de argumentos en contra de una tesis que confunde lo jurídico con lo normativo, lo que sí es cierto es que no hace mucho el Real Decreto de 29 de junio de 1978, por el que se resolvía la competencia surgida entre el gobernador civil de Orense y la Audiencia Provincial y el Juzgado de Instrucción número 2 de la capital, resaltaba las diferencias existentes entre uno y otro. Pero lo grave de la cuestión es que también la Constitución lo hace, ya que en el artículo 149 habla de «registros públicos» y en el 105, b), se está refiriendo especialmente a los «administrativos» que equipara con toda razón a los archivos...

- b) La segunda referencia podría ser discutible, pero es preciso hacer un esfuerzo de hermenéutica interpretativa y pensar que cuando la Constitución se está refiriendo al principio de «seguridad jurídica» en su artículo 9.º hay que comprender dentro de esa locución no sólo la idea de la «seguridad del derecho» a cargo del poder judicial, sino la «seguridad del tráfico» que se ejercita a través de la publicidad que el registro ofrece a los actos jurídicos inscribibles. De no entenderlo así el principio no tendría alcance programático y quedaría sin base la idea que lo inspiró. Todo ello está basado en la conocida tesis de ERENBURG al contemplar históricamente los sistemas romano y germánico de protección.
- c) La tercera referencia a nuestra actividad está en la formulación del principio de legalidad al que alude el artículo 9.º Quizá lo haga en forma general y ello permite al intérprete situar dentro de esa generalidad a la serie de órganos que velan por la observancia del principio. Sería absurdo suponer que al referirse a la legalidad estemos pensando solamente en ese poder administrativo de que hablan los autores especializados, pues la norma al exigir su cumplimiento impone en todos los campos de actuación un elemento de control y que en nuestro especial caso supone la facultad de calificación del acto jurídico que el registro debe publicar.

Profundizando un poco más en la Constitución iríamos descubriendo posibles referencias a nuestro quehacer diario, pero creo que no vale la pena llegar más lejos, pues a veces uno tropieza con barbarismos jurídicos como el del artículo 22, 3, en el que se dice que las asociaciones deberán inscribirse «en un registro a los solos efectos de publicidad». ¿Qué habrá entendido el legislador por publicidad? Estamos ante la distinción de publicidad-noticia y publicidad-efecto, esto es, ante la tremenda distinción entre lo jurídico y lo administrativo en materia registral.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Registrador de la Propiedad

La identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio

SUMARIO: I. Cuestión general: sobre la admisión de la hipoteca que garantiza el pago de letras de cambio.—II. Personalidad para recurrir gubernativamente contra la calificación que suspende o deniega la inscripción de la hipoteca cambiaria.—III. Identificación de las cambiales: reseña en la escritura de hipoteca de los datos y circunstancias de las letras y en éstas de los datos de constitución de la hipoteca; identificación física y jurídica; necesidad de presentar las letras; nota firmada del Registrador; resumen.—IV. Sobre si puede constituirse una sola hipoteca en garantía del pago de varias letras de cambio.—V. Cómo se conjuga la idea de hipoteca única con el vencimiento normal de cada una de las letras.—VI. Pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca.—VII. Pacto de pago anticipado por el deudor.—VIII. Pacto de utilizar el procedimiento judicial sumario para hacer efectiva la acción hipotecaria.—IX. Otros pactos y cláusulas.

El tema de la hipoteca cambiaria se está convirtiendo en una especie de *best seller* en ese ancho campo en el que el Registro de la Propiedad satisface—y sobre todo tiene una enorme capacidad potencial para satisfacer—intereses del orden económico y financiero, o derivados de la circulación fiduciaria, pero que, directa o indirectamente, acaban afectando a la propiedad inmueble.

Entre esos intereses, por su volumen negocial y por la trascendencia que tienen en el campo contractual, destacan los derivados de créditos incorporados a la letra de cambio. Pero ocurre que la letra de cambio, como título-valor, es actualmente un documento en crisis. Tiene hoy categoría de lugar común la afirmación de que se ha perdido el respeto a

la letra de cambio, cosa que la letra no merece, ni por su historia desde los tiempos de JOHANNES SCRIBA, ni por las posibilidades que aún encierra. Para superar esa crisis se ha pensado, entre otras medidas, en el refuerzo de garantía que supone la hipoteca (1). Y aquí han empezado los problemas, ante la necesidad de adaptar el derecho real—no desenvuelto en la materia por la legislación hipotecaria—a las particularidades jurídicas y mercantiles de la cambial.

Vamos a intentar—con toda modestia, por supuesto—poner nuestro granito de arena en la materia, haciendo una especie de relación o catálogo de los problemas ya planteados y en parte resueltos por la Jurisprudencia hipotecaria, con la esperanza de que sirva para facilitar la calificación registral.

La razón de prestar una mayor atención al problema de identificación de las letras cuyo pago garantiza la hipoteca responde a nuestra personal apreciación de que el Centro Directivo se muestra indeciso y poco claro sobre el particular, hasta el punto de que, como trataremos de justificar, su más reciente doctrina nos parece regresiva en relación con anteriores fallos.

I. CUESTIÓN GENERAL: SOBRE LA ADMISIÓN DE LA HIPOTECA QUE GARANTIZA EL PAGO DE LETRAS DE CAMBIO

Sin remontarnos a otros antecedentes (2), el problema lo han planteado, de manera frontal, cuatro Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: las de 25 y 26 de octubre de 1973, la de 31 de octubre de 1978 y la de 18 de octubre de 1979 (3).

(1) Como prueba de esa crisis anotaremos dos datos al respecto: 1.º Según un informe oficial reciente se acerca a los dos billones de pesetas—billones con *b*—el importe de las letras impagadas en España durante el año 1979. 2.º Por iniciativa de la Junta Sindical de la Bolsa de Madrid, y con el fin de modernizar el mercado de capitales e impulsar la circulación cambiaria, las letras empezaron a negociarse en Bolsa en los primeros meses de 1980 por el sistema de subasta y con la garantía de los Servicios de Liquidación, novedad del mercado bursátil español, aunque con antecedentes en la legislación extranjera. En diciembre de 1980 se acercaba a los nueve mil millones de pesetas el volumen negociado en el mercado de letras.

(2) Un resumen de los antecedentes tanto en el Derecho comparado como en la legislación, doctrina y jurisprudencia española se hace en el trabajo de MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA sobre «La hipoteca cambiaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 533, julio-agosto 1979, págs. 869 y ss.

(3) Las dos primeras están recogidas y comentadas por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO en el núm. 501, marzo-abril 1974, de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 326 y ss. La tercera la comenta BUENAVENTURA CAMY en la *Revista de Derecho Privado*, enero de 1979, págs. 101 y ss. En el núm. 540, septiembre-octubre de 1980, también de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en la sección que cubre habitualmente con su ya bien consolidada maestría en el examen crítico de la doctrina legal, TIRSO CARRETERO GARCÍA se ocupa de la Resolución

La doctrina que se sigue de estas Resoluciones es que «no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores» (Resolución de 26 de octubre de 1973, cuarto Considerando).

En efecto, el artículo 154 de la Ley Hipotecaria regula «la constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles *por endoso* o al portador» y la letra de cambio es uno de aquéllos. Sin embargo, los requisitos exigidos por dicho artículo, por el 150 de la misma Ley y por el 247 de su Reglamento, principalmente, suponen una seria dificultad, teniendo en cuenta el carácter específico de la letra como título a la orden y su naturaleza de documento «sacramental» que necesariamente ha de reunir los requisitos exigidos, a su vez, por el artículo 444 del Código de Comercio. La adaptación de los preceptos legales a las par-

de 31 de octubre de 1978, anunciando, desde luego, un nuevo estudio sobre la posterior de 18 de octubre de 1979. En el que ahora le ocupa, que nos llega después de redactado el texto de este trabajo, además de plantearse el problema general de admisión de la hipoteca cambiaria y de hacer un detenido análisis de antecedentes jurisprudenciales más o menos relacionados con la misma hasta llegar a las fundamentales Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973, trata en particular de dos problemas: la hipoteca en garantía de varias letras y la cláusula de vencimiento anticipado. En notas al pie de los respectivos epígrafes recogeremos una síntesis de su posición doctrinal.

De momento, el comentario de TIRSO CARRETERO, en el que destaca reiteradamente la necesidad de construir un concepto estricto de hipoteca cambiaria, nos inclina a hacer algunas precisiones que, aunque implícitas en el texto, quizá convenga matizar en orden a un más adecuado planteamiento del problema. Y que sintetizamos numéricamente, para no perdernos: 1) Es obvio que el esfuerzo de la doctrina debe encaminarse a la construcción de una verdadera hipoteca cambiaria, verdadera hipoteca en garantía de una verdadera letra. Todo pacto en el que más o menos veladamente se trate de asegurar la relación subyacente, aleja de ese concepto estricto. 2) La legislación hipotecaria reconoce la necesidad de una normativa especial para la constitución de hipoteca en garantía de títulos endosables, cuyas características desbordan las normas generales de hipotecas, pero es forzoso reconocer que sólo ofrece algunas reglas de orden general, careciendo de toda normativa referida en particular a la hipoteca cambiaria. 3) Esa laguna, que debe llenarse por ineludibles imperativos del tráfico, puede cubrirse de dos maneras: bien mediante la utilización del método analógico, forzado en base a las normas que la legislación hipotecaria contiene sobre la hipoteca en garantía de otros títulos-valores (es lo que hemos intentado desarrollar en el texto en relación con el problema de identificación de las cambiales), bien mediante una nueva ordenación de las normas del Derecho cambiario que afectan a la letra. Está claro que esto último es una utopía, aunque estamos con BUENAVENTURA CAMY (ver más adelante epígrafe IV), en que el ideal sería la regulación por vía cambiaria de una letra cuyo contenido de hipoteca estuviere predeterminado legalmente. Pero esto no deja de ser un ideal, por ahora inalcanzable. Quedándonos sólo con la aplicación por vía analógica de las normas hipotecarias, no es posible construir un concepto estricto de hipoteca cambiaria y, simultáneamente, admitir pactos como el de vencimiento anticipado orientados, como el propio TIRSO CARRETERO reconoce, al aseguramiento de la relación causal subyacente.

particularidades de las letras ha de hacerse con un criterio de constructiva y «prudente flexibilidad». Algunos de los problemas que plantea esa adaptación se resuelven en las citadas Resoluciones.

La prudencia se impone porque, como dice la Resolución de 26 de octubre de 1973, hay particularidades de estas hipotecas que justifican el recelo en su admisión, como por ejemplo: *a)* la indeterminación del acreedor hipotecario, que no resulta de los libros registrales y que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos; *b)* las que pueden presentarse en la fase de ejecución; *c)* en general, una falta de evidencia, si no se ha matizado o regulado bien la garantía, que pueden inducir a error a los terceros y tenedores de la letra.

En resumen: admisión de la hipoteca cambiaria, pero con un detenido examen de sus cláusulas, a la vista de la doctrina ya sentada por la Dirección General. Las exigencias del tráfico mercantil y su seguridad aconsejan tanto la admisión de estas hipotecas como ese especial control o examen, al tratarse de una figura que se mueve fundamentalmente todavía en el terreno del Derecho constituyente.

II. PERSONALIDAD PARA RECURRIR GUBERNATIVAMENTE CONTRA LA CALIFICACIÓN QUE SUSPENDE O DENIEGA LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

En la Resolución de 25 de octubre de 1973 la Dirección General no pudo entrar en el problema de fondo—inscripción o no de la hipoteca cambiaria y bajo qué condiciones—, puesto que, como cuestión previa, se planteó la falta de personalidad de la sociedad recurrente. Es, sin embargo, interesante ver por qué se afirmó la carencia de personalidad para interponer recurso contra la calificación que denegó, en este caso, la inscripción de la escritura de hipoteca en garantía de letras de cambio.

De los documentos presentados no resultó como titular del crédito hipotecario-cambiario la sociedad recurrente, por desconocerse—dice el Considerando—la existencia de la cláusula cambiaria de endoso en las letras emitidas que únicamente puede tener lugar, dado el rigorismo del artículo 462 del Código de Comercio, con los requisitos y formalidades que en el mismo se establecen y sin que sea suficiente el escrito aportado, en el que se indica que se ha verificado que, en todo caso, no podría tener más valor que el que le reconoce el artículo 466 del mismo Código —«simple cesión»—, y sin que tampoco pueda tomarse en consideración el hecho de que la sociedad recurrente fuese la presentante del título en el Registro, pues es completamente distinta la personalidad para pedir la inscripción, que recoge el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, y la ex-

presamente exigida para interponer recurso, a que se refiere el artículo 112 de su Reglamento.

Este criterio estricto de la Dirección General no está exento de rigor jurídico, sino íntimamente conectado con las exigencias del Derecho cambiario.

Cuatro sujetos pueden y suelen intervenir habitualmente en el proceso de registración: el portador o porteador no presentante, el presentante del título, el solicitante del asiento definitivo y los interesados. El primero no mantiene relación alguna de derecho ni con los interesados otorgantes ni con el título; es un mero tenedor material y accidental. El presentante mantiene, al menos, una relación de mandato o de arrendamiento de servicios con los interesados. El solicitante del asiento ha de ser un representante en sentido técnico, si bien la representación se presume en quien presente los documentos correspondientes con objeto de solicitar la inscripción (arts. 6.º, d), L. H. y 39 R. H.). Por supuesto, la intervención de los interesados actuando en su propio nombre y derecho puede hacer innecesaria la de los tres primeros (4).

La personalidad para recurrir contra la calificación corresponde a los interesados y puede también hacerse efectiva a través del mecanismo de la representación. Pero hay aquí una sustancial diferencia con respecto a la solicitud de inscripción: la representación no se presume. Solamente pueden recurrir los interesados o «quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria» de aquellos (art. 112, 1, R. H.).

Ahora bien, el interés para recurrir, tratándose de una calificación de suspensión o denegación de hipoteca en garantía de letra de cambio, no nace de la escritura de hipoteca ni directamente del Registro, sino de la cambial misma, que, como título sacramental, exige la aplicación estricta de las normas del Derecho cambiario. La titularidad cambiaria se adquiere cambiariamente; no bastan las normas civiles de adquisición. Sólo la titularidad así adquirida otorga interés y consiguiente personalidad para recurrir hipotecariamente. La transferencia extra-letra, con efectos de simple cesión, permitirá el ejercicio de las acciones civiles ordinarias, pero no de las especiales cambiarias cuyo soporte es la letra misma.

(4) Esta materia la estudié con cierto detenimiento en mi trabajo sobre «El asiento de presentación y los títulos recibidos por correo», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 520, de mayo-junio 1977, pág. 537. La Resolución de 19 de junio de 1975 aclara algunas dudas al respecto, conectando la voluntariedad de la inscripción con el carácter rogado del procedimiento registral y la necesaria aquiescencia de los interesados.

III. IDENTIFICACIÓN DE LAS CAMBIALES: RESEÑA EN LA ESCRITURA DE HIPOTECA DE LOS DATOS Y CIRCUNSTANCIAS DE LAS LETRAS Y EN ÉSTAS DE LOS DATOS DE CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA; IDENTIFICACIÓN FÍSICA Y JURÍDICA; NECESIDAD DE PRESENTAR LAS LETRAS Y DE LA NOTA FIRMADA DEL REGISTRADOR; RESUMEN

La reseña en la escritura de hipoteca de los datos y circunstancias de las cambiales y en éstas de los datos de constitución de la hipoteca es la solución que a la necesidad de individualizar e identificar las letras ofrece la Resolución de 26 de octubre de 1973.

Esta Resolución deja literalmente en claro dos cosas: 1) Que el artículo 154 L. H., pese a mencionar los títulos transmisibles por endoso—y, por tanto, en sentido amplio, la letra de cambio—, contiene una regulación que «se refiere exclusivamente a los títulos al portador y no ha podido comprender dentro de su contexto a las letras de cambio». 2) Que el artículo 444 del Código de Comercio—en cuanto establece con carácter sacramental los requisitos de la letra—y el artículo 154 L. H. son incompatibles, de modo que «aun cuando el artículo 154 establece para la constitución de hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador que éstos habrán de ser talonarios, no hay duda que tal exigencia no cabe respecto de las letras de cambio..., así como tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación, como la serie, amortización, etcétera».

Por tanto, como punto de partida, podemos decir que el artículo 154 de la Ley Hipotecaria impone la identificación, sin lugar a dudas, de los títulos en cuya garantía se constituye hipoteca, pero sólo dicta normas para la identificación de los títulos al portador (5).

Ahora bien, no es posible constituir eficazmente la relación jurídica hipotecaria en garantía del pago de letras de cambio si no se establece un procedimiento seguro de concreción e individualización de las mismas como elemento real de la hipoteca. Carente de regulación específica este tipo de hipotecas, el procedimiento hay que buscarlo—dice la Resolución—«por vía de analogía» con el desarrollado por el artículo 154 L. H. para los títulos al portador. Y dicta dos normas para suplir esa falta de regulación: 1.^a «Reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales.» Y 2.^a «Expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca,

(5) Dice BUENAVENTURA CAMY, en el citado comentario de la *Revista de Derecho Privado*, que la Jurisprudencia interpreta las exigencias del artículo 154 de la Ley Hipotecaria en orden a su finalidad, no en orden a su literalidad, haciéndolas equivalentes a individualizar la cambial en la escritura de hipoteca.

bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro.»

Desde luego, en nuestra opinión, estas dos reglas son positivas y suponen un primer paso eficaz para resolver el problema de identificación de las letras. Sin embargo, entendemos que no se han agotado las posibilidades que el método analógico ofrece en orden a garantizar los benéficos efectos que la inscripción debe asegurar al acreedor hipotecario, en este caso el tenedor legítimo de la letra que haya devenido como tal a través de la cadena de sucesivos endosos. Por ello, vamos a intentar un análisis detenido de aquellas dos reglas, procurando aportar alguna idea que pueda servir para cerrar, en el ámbito hipotecario, el círculo de la garantía.

A) *Reseña en la escritura de hipoteca de los datos y circunstancias de las cambiales.*—Es tan esencial, tan lógica esa exigencia, que su necesidad en la escritura como título inscribible nos lleva a preceptos de carácter general—arts. 9.º L. H. y 51 R. H.—, sustancia mínima del principio de especialidad, amén de los que imponen específicamente la determinación del crédito u obligación asegurada: en nuestro caso, el pago de la letra (¡esa letra y por ese importe!). Por eso la Dirección General habla de «datos y circunstancias», de «individualizar e identificar». En consecuencia, deben recogerse en la escritura todos los requisitos o datos que el Código de Comercio establece para la validez de la cambial; pero, además, deben recogerse sus particulares circunstancias, como avales, aceptación, cláusulas con o sin gastos, o sin mi responsabilidad, cadena de endosos, etc. La transcripción en la escritura de hipoteca de los «datos y circunstancias» de la letra, *referidos al momento de la autorización de aquélla* (aspecto éste del problema que veremos más adelante), debe ser completa. Y no entramos, por ahora, en la posibilidad y naturaleza de la hipoteca en garantía de una letra incompleta o en blanco que en el actual estado doctrinal y legislativo de la hipoteca cambiaria es, al menos, dudosa (6).

Sí debemos insistir en la necesidad de que la escritura de constitución de la hipoteca recoja todos los datos y circunstancias de la letra cuyo pago garantiza. No debe olvidarse, porque lo que intentamos es llenar una laguna legal utilizando el método analógico, que así lo exige el segundo párrafo del artículo 154 L. H. para las escrituras de hipoteca

(6) JOAQUÍN LANZAS GALVACHE, en dos documentadas conferencias en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Andalucía Occidental, abril-mayo de 1977, bajo el título «La hipoteca cambiaria», considera que, al ser nula la letra incompleta, no sería inscribible la hipoteca. En cuanto a la letra en blanco, se trataría de hipoteca en garantía de obligación futura, pero no de hipoteca cambiaria, aunque una vez contraída se convierta en tal.

en garantía de títulos al portador, que han de recoger todas las particularidades de las obligaciones que se emitan.

Entendemos que a estas sencillas conclusiones lleva la citada *Resolución de 26 de octubre de 1973*, que, además de invocar el artículo 444 del Código de Comercio, cuyas exigencias impiden la aplicación del artículo 154 L. H., no obstante referirse a los títulos transmisibles por endoso, declara expresamente la necesidad de recoger en la escritura no sólo los «datos», sino también las «circunstancias» de las cambiales, doble exigencia en la que es forzoso incluir no sólo las particularidades que conforman a la letra como tal según el Derecho cambiario, sino también las que, circunstancialmente y según el mismo Derecho, definen el contenido jurídico de la misma.

Sin embargo, es evidente la dificultad de prever las alternativas que puede ofrecer una figura que, como la hipoteca cambiaria, se encuentra en período constituyente. Y ocurre que, frente a la claridad, por su simplicidad y generalidad, de la anterior doctrina, la *Resolución de 18 de octubre de 1979* aporta un confusionismo difícil de entender.

En el tercer Considerando la Dirección General declara que no es necesario hacer constar en la escritura de hipoteca aquellos requisitos que, exigidos por el artículo 444 del Código de Comercio para que la letra de cambio pueda producir todos sus efectos, son indiferentes desde el punto de vista hipotecario. Frente a la exigencia de «datos y circunstancias», la Resolución se conforma con la consignación de sólo aquellos requisitos del artículo 444 del Código de Comercio que no sean indiferentes desde el punto de vista hipotecario, sin referirse para nada a otras circunstancias de la letra que pueden ser decisivas tanto para la vida ulterior de la hipoteca como para que los terceros poseedores o adquirentes de la finca tengan un conocimiento exacto de la responsabilidad que puede alcanzarles, v. gr., la existencia de un avalista.

Esta nueva orientación de la Dirección General no sólo contradice la Resolución de 26 de octubre de 1973, primeramente comentada, sino que aparece contradictoria en sus propios términos. Y así:

— En el primer Considerando se afirma la necesidad de «que las letras objeto de hipoteca estén perfectamente identificadas para a través de ellas determinar la persona del acreedor y que, además, aparezca con nitidez la extensión de la obligación garantizada que habrá de afectar en su caso al tercer poseedor de la finca o fincas hipotecadas».

— En el tercer Considerando se hace una relación de circunstancias mínimas, tomadas de la escritura calificada, pero que prácticamente agotan el artículo 444, ya que cita los datos que configuran la naturaleza y extensión del derecho: cantidad garantizada, vencimiento, lugar de pago,

las personas del deudor-librado y acreedor-tenedor de la letra, con la aclaración de que no es posible «fijar *a priori* quiénes serán estos últimos en el futuro, al ser ésta precisamente la especialidad que caracteriza a este tipo de hipotecas, en que la determinación del acreedor-tenedor tiene lugar extrarregistralmente». Sólo se omiten los requisitos formales de fecha y firma (que obviamente el Centro Directivo los da por supuestos y que, desde luego, se daban en el documento calificado) y el de la cláusula-valor. Es decir, que la Dirección General, de los requisitos del artículo 444 del Código de Comercio, tan sólo omite—pues no podemos decir que rechace—como de obligada consignación el requisito de la cláusula-valor.

Así las cosas, y sin olvidar en ningún momento que estamos tratando de configurar la hipoteca en garantía del pago de una letra de cambio, surgen dos preguntas que intentaremos formular por separado:

1.^a ¿Qué representa la cláusula-valor en el contexto de los requisitos del artículo 444 del Código de Comercio? La respuesta nos lleva inevitablemente a una incursión, que procuraremos sea breve, en el terreno del Derecho cambiario, y que haremos de la mano del maestro JOAQUÍN GARRIGUES (7).

«La letra de cambio es un título eminentemente formal» y «las formalidades se exigen no sólo para la prueba de las obligaciones cambiarias, sino para la constitución de ellas», hasta tal punto que «toda desviación del clisé legal hace perder al documento el carácter de letra de cambio», convirtiéndose en un «pagaré a favor del tomador y a cargo del librador» (art. 450 Cód. Com. para esta última cita).

No puede olvidarse, además, que las obligaciones cambiarias se enlazan siempre a pactos extracambiaris, lo que hace que la causa de la letra haya que buscarla fuera de la letra. En nuestro Derecho, la validez de todo negocio jurídico reclama la existencia de una causa (art. 1.276 Código Civil), que, en puro Derecho civil, se presume si no se expresa (artículo 1.277 C. C.), pero que en el Derecho cambiario es de inexcusable expresión. El vehículo para dicha expresión en la letra de cambio es la cláusula-valor. La letra es un negocio causal, pero funciona desconectado de su causa, de modo que el derecho de crédito que la letra atribuye es un derecho abstracto, independiente del negocio jurídico que dio lugar a la emisión de la letra y cuyo reflejo se encuentra en la cláusula-valor. Si ese negocio no existe, la letra se convierte en papel mojado, el negocio jurídico-cambiario es nulo.

Parece, por tanto, fuera de toda duda la necesidad de que este dato, por su importancia, se refleje tanto en la escritura como en el Registro,

(7) *Instituciones de Derecho Mercantil*, 5.^a ed., Madrid, 1953, págs. 285 y ss.

como expresión pública y formal de la validez causal de la letra que asegura la hipoteca.

2.^a La segunda pregunta es de orden hipotecario y la formularemos así: *¿Es posible constituir hipoteca en garantía de una obligación abstracta de pago de cantidad?* La respuesta a esta pregunta es mucho más complicada, pues nos llevaría a una necesaria profundización en la teoría del consentimiento, con la obligada distinción entre el precedente causal y el acuerdo real y la posibilidad de adaptación en nuestro Derecho a los actos de constitución de gravamen. Pero ni este es el momento de hacerlo ni tampoco creemos que sea necesario para llegar a una solución de principio en el caso propuesto.

Aquí la posible abstracción se limita a la obligación asegurada y no al acuerdo real sobre la imposición o constitución del gravamen que se concreta en el derecho real de hipoteca. La Resolución de 1 de marzo de 1939 lo que rechazó fue el acuerdo innominado sobre la imposición del gravamen.

Por tanto, la respuesta a nuestra pregunta debemos buscarla en el artículo 105 L. H. cuando extiende la posibilidad de la hipoteca a toda clase de obligaciones. No hay más límites que los que acertadamente indica ROCA SASTRE (8): que sean lícitas y tengan fuerza civil de obligar. El crédito cartulario la tiene, a pesar de ser un crédito abstracto, pero ya hemos repetido que es inexcusable en la letra la conexión con el negocio antecedente por medio de la cláusula-valor.

En definitiva, y con ánimo de resumir, diríamos que, por un lado, no debe olvidarse que la hipoteca se constituye en garantía del pago de la abstracción monetaria que la letra representa. Ahora bien, esta abstracción no puede llevarse a extremos tales que ignore o desconozca la realidad del negocio jurídico antecedente, y no tanto en cuanto a su contenido, que es intrascendente respecto a la letra, por el hecho mismo de la abstracción causal, y respecto a la hipoteca, que no lo avala, sino en cuanto a su existencia, cuyo reflejo en la letra es la cláusula-valor (9). De aquí la necesidad de que la cláusula-valor se recoja tanto en la escritura de hipoteca en garantía del pago de la letra como en la inscripción constitutiva de la misma, como prueba de la validez causal de la obligación asegurada.

Quizá lo que nosotros vemos como una contradicción en la Resolución de 18 de octubre de 1979 tiene su origen en una concepción distinta

(8) *Derecho Hipotecario*, 6.^a ed., Barcelona, 1968, págs. 625 y 783.

(9) ROCA SASTRE (*ob. cit.*, tomo IV-2.º, pág. 783) no excluye que contemporáneamente resulte garantido el crédito cartulario, así como el causal, y que sobreviva la relación cartular mientras puede independientemente ser satisfecha la obligación subyacente, si bien reconoce que esto sería sólo una consecuencia del mecanismo propio de la circulación cambiaria.

sobre la idea misma de identificación de la cambial. En el primer Resultando se alega por el recurrente que no hay problema de identificación al estar la letra extendida en el papel timbrado correspondiente, controlado mediante la determinación de la clase, serie y número. En nuestra opinión, esto es derivar el problema hacia lo que podría llamarse *identificación física* de la letra. Los requisitos de plantilla aquí alegados no los recoge, desde luego, el artículo 444 del Código de Comercio, y, sin restarle la importancia que deben tener, parece fuera de toda duda que la conexión letra-hipoteca-Registro reclama una calificación que ha de recaer sobre los elementos sustantivos de la cambial, que integran lo que, quizá con más propiedad, puede ser la *identificación jurídica* de la misma. Lo contrario podría llevar a la configuración de la hipoteca cambiaria como una hipoteca de seguridad que, sobre ser extraña a nuestro Derecho, no haría sino entorpecer el desarrollo de la figura, cuya necesidad en la realidad jurídica y económica de hoy está fuera de toda duda (10).

A nuestro juicio, un intento de clarificar el problema, sobre la base de lo ya expuesto, obliga a hacer una triple distinción:

- 1) Circunstancias del negocio jurídico antecedente y de las obligaciones del mismo derivadas.
- 2) Cláusulas y condiciones de la hipoteca cambiaria.
- 3) Requisitos de la letra como título sacramental.

Las primeras sólo pueden jugar en la escritura de hipoteca como antecedente y tienen su sitio adecuado en la exposición. En sí mismas, y como consecuencia del fenómeno de la abstracción cambiaria o, si se quiere utilizar un lenguaje más descriptivo, como consecuencia de su condensación y abstracción en la letra, son algo extraño a la relación hipotecario-cambiaria que se trata de establecer.

Las cláusulas y condiciones de la hipoteca, que van a conformar las especialidades aportadas por el negocio cambiario en la constitución del derecho real, integran la base esencial de la calificación, tanto notarial como registral, en sus respectivos ámbitos, y están destinadas a constituir la sustancia jurídica del otorgamiento. Es en este terreno donde tiene planteada su problemática, como figura no desarrollada, la hipoteca cambiaria.

En cuanto a los requisitos de la cambial, la letra es, con la finca, el

(10) En este sentido compartimos la opinión de nuestro compañero MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA (*ob. cit.*, pág. 877) al calificar la hipoteca cambiaria como una hipoteca ordinaria «matizada por la determinación de su titular al tiempo del vencimiento».

elemento real de la hipoteca. La letra, el crédito cartulario, el mandato de pago a ella incorporado, deben ser tales. Y no lo son si la letra no reúne los requisitos del artículo 444 del Código de Comercio. La escritura de hipoteca debe recoger los «datos y circunstancias» de la letra, que pueden exceder de aquellos requisitos, evidentemente. Y esto ya lo había afirmado la Resolución de 26 de octubre de 1973. En este sentido, puede ser útil testimoniar la letra en la escritura de hipoteca, aunque en este punto disentimos de GONZÁLEZ LAGUNA (11), que, siguiendo a SAPENA, entiende que con ello se permite que la calificación registral recaiga sobre la misma letra. No puede olvidarse que las letras siguen circulando en el tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura de hipoteca, expedición de la copia y su presentación en el Registro y, como decimos más adelante, es imposible documentar adecuadamente la calificación registral si no se acompañan las letras, ya que el Registrador ha de examinar la situación jurídica de las mismas en relación con las cláusulas y condiciones de la hipoteca. Otra cosa es la dificultad que puede ofrecer esta exigencia. Pero de todo esto, como decimos, nos ocuparemos más adelante.

Pues bien, lo verdaderamente importante desde el punto de vista hipotecario, y que, por consiguiente, deben recoger tanto la escritura de hipoteca como la inscripción, son los datos y circunstancias de la letra y las cláusulas y condiciones de la hipoteca. En cambio, las circunstancias del negocio causal, no asegurado por la hipoteca, son intrascendentes. No negamos que puedan tener un alcance meramente informativo, pero la función del Registro de la Propiedad, al recoger el negocio jurídico hipotecario-cambiario, no creemos que deba ser ésta.

Por último, parece oportuno decir que, en la raíz de cuanto acabamos de exponer, se encuentra nuestra concepción de la hipoteca cambiaria como aquella hipoteca que garantiza el pago, por vía cambiaria, de una letra de cambio. Por supuesto, que puede constituirse hipoteca en garantía de aquella relación subyacente o causal, pero esto no sería hipoteca cambiaria (12).

B) *Expresión en la letra sucintamente de los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial.*—Es el segundo requisito que, para una mejor identificación de la cambial asegurada con hipoteca, establece la Resolución de 26 de octubre de 1973. Piensa el Centro Directivo que con ello la identificación es completa y queda formalmente conectada con

(11) Trabajo citado, pág. 881.

(12) GONZÁLEZ LAGUNA (trabajo citado, págs. 874 y ss.), cuyo punto de vista compartimos, recoge las distintas posiciones doctrinales en torno a los caracteres y naturaleza jurídica de la hipoteca cambiaria.

el Registro. Esta exigencia se establece por analogía con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 154 L. H. y 247 R. H. para los títulos al portador, y en nuestra opinión requiere una breve exégesis.

La Ley Hipotecaria, como garantía de identidad de los títulos al portador asegurados con hipoteca y de su normal conexión con el Registro, establece una cuádruple previsión:

- 1) Consignación en la escritura de constitución de la hipoteca—generalmente unilateral—de las circunstancias y condiciones de los títulos (art. 154, párrafo segundo, L. H.).
- 2) Exigencia de que los títulos sean talonarios (art. 154, párrafo segundo, L. H.) y de que tengan una doble matriz (artículo 247, párrafo primero, R. H.).
- 3) Depósito de una de las matrices en el Registro Mercantil, si se trata de particulares o entidades inscritas en el mismo, o en el Registro de la Propiedad en los demás casos; y si los interesados quisieran incluir los títulos en las cotizaciones oficiales se hará a este solo efecto la inscripción del particular o entidad hipotecante en el Registro Mercantil, donde se depositará el duplicado del talonario (art. 247, dos primeros párrafos, R. H.).
- 4) Debe hacerse constar en los títulos la fecha y Notario autorizante de la escritura y los datos—número, folio, libro y fecha—de su inscripción en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil, cuando así proceda, conforme al número 10 del artículo 21 del Código de Comercio (artículo 154, último párrafo).

¿En qué medida estos requisitos legales de la hipoteca en garantía de títulos al portador, mediante la utilización del método analógico propugnado por la Dirección General, son aplicables a la hipoteca cambiaria?

El primero es perfectamente aplicable a la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio. Creemos haber insistido ya suficientemente sobre este punto.

El segundo—exigencia de que los títulos sean talonarios con una doble matriz—es inaplicable a la letra, teniendo en cuenta el carácter sacramental de los requisitos del artículo 444 del Código de Comercio. Así lo puso ya de relieve la Resolución de 26 de octubre de 1973, declaración lógica y que, además, lleva consigo la inaplicación a la cambial del requisito o exigencia del depósito de una de las matrices, que hemos recogido en el apartado 3). Y si bien el depósito de la matriz podría sus-

tituirse analógicamente por el depósito de un duplicado, copia o incluso fotocopia de la letra, teniendo en cuenta que la situación jurídica de la misma es cambiante por naturaleza, particularmente en lo relativo a las personas que pueden intervenir o poner su firma en ella, sería un trámite de escasa eficacia. Los demás datos no cambiantes ya se habrán recogido en la escritura de hipoteca.

El cuarto requisito—constancia en los títulos de los datos registrales de constitución de la hipoteca—, por no ofrecer ninguna dificultad en su aplicación a la letra, lo recoge la Dirección como medio práctico de asegurar la identificación de la misma: que la hipoteca cuyos datos registrales recoge la cambial se ha constituido en garantía del pago de esa letra y no de otra. Aunque, en nuestra opinión, como justificaremos después, esa constancia tiene un doble alcance: el citado de medio de identificación de la cambial y, por otro lado, el de advertencia a los futuros endosatarios o tenedores de la letra de que la misma está asegurada con hipoteca cuyas cláusulas y condiciones son las que constan en el Registro de la Propiedad. No de otra manera podemos entender la declaración de la Dirección General de que la letra ha de quedar «formalmente conectada con el Registro».

En cualquier caso, el Centro Directivo, respecto a la legalidad vigente en cuanto a dicha constancia, ha establecido una importante y aparentemente sutil diferencia entre los títulos al portador y la letra de cambio (y no nos atrevemos a decir los títulos transmisibles por endoso porque la Resolución de 26 de octubre de 1973 se concreta a la letra).

En efecto, la Real Orden de 31 de octubre de 1922 interpretó el último párrafo del artículo 154 L. H. en el sentido de que no corresponde a los Registradores de la Propiedad ni a los Mercantiles, como tampoco a los Notarios, la consignación en los títulos al portador garantizados con hipoteca de las particularidades a que hace referencia. Esta interpretación encuentra su apoyo en el hecho de que lo que realmente contempla la Ley Hipotecaria son los préstamos formalizados mediante la emisión en masa de obligaciones representadas por títulos-valores, y por ello habla de serie o series a que correspondan (13). La hipoteca se constituye generalmente en garantía de la total emisión, de forma unilateral (14). y es la propia entidad emisora, sin la intervención notarial, la que hace constar en los títulos aquella circunstancia, refiriéndose al Registro o

(13) Puede verse en este sentido el documentado informe del Notario VICENTE PIÑERO CARRIÓN, en el recurso que dio lugar a la Resolución de 26 de octubre de 1973.

(14) Sobre la no necesidad de aceptación de estas hipotecas unilaterales puede consultarse el trabajo de RICARDO DE ANGEL YÁÑEZ «La hipoteca cambiaria de constitución unilateral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 531, marzo-abril 1979, págs. 347 y ss.

Registros respectivos. Y es natural que así sea, porque aquí la hipoteca precede a la creación y emisión de los títulos, bastando el acuerdo de emisión para la constitución de la hipoteca, sin que sea posible poner en circulación los títulos hasta que se haya inscrito la escritura en los Registros correspondientes (*vid.* arts. 114 y 116 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y 130 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956). Esto no es posible en la hipoteca cambiaria, que necesariamente garantiza o bien letras ya emitidas o bien letras que se emiten en el mismo momento de otorgamiento de la escritura de hipoteca, que es lo habitual.

En cambio, la Resolución de 26 de octubre de 1973 dice literalmente: «expresar (en cada una de las letras de cambio) los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial». Los datos de constitución de la hipoteca no pueden ser otros que los datos del Registro de la Propiedad en que se ha practicado la inscripción constitutiva de la misma. Esto supone que, una vez inscrita, la escritura de hipoteca debe ser llevada a una Notaría, junto con las letras, en las que el fedatario insertará una diligencia o nota que recoja aquellos datos.

La diferencia de trato entre una y otra clase de títulos es evidente y está justificada suficientemente por el carácter solemne y formalista que debe rodear a toda declaración contenida en la letra de cambio. La intervención notarial es la máxima garantía en orden a la identificación de la cambial, y nosotros afirmamos la conveniencia de esa intervención. Pero lo hacemos como principio a desarrollar, porque entendemos que hay aspectos perfectibles en la doctrina del Centro Directivo.

La práctica notarial no suele ser la que parece deducirse de la declaración jurisprudencial, que, como hemos apuntado, si habla de «datos de constitución», ha de referirse a los datos de inscripción y no a los de la escritura de hipoteca. Al contrario, en los casos en que se presentan las letras con la escritura de hipoteca, es frecuente que el Notario haya extendido ya una diligencia en las mismas en la que da fe de que ha autorizado la escritura, cuyas circunstancias expresa, en garantía del pago de aquéllas. Y este es un camino peligroso e inseguro que no se compadece con la realidad y certidumbre que debe ofrecer toda declaración cambiaria e hipotecaria. Baste pensar en los endosos que pueden producirse,—y de hecho se producen—*medio tempore* entre la autorización de la escritura de hipoteca y la fecha de su presentación en el Registro. Nos encontramos con que la letra está circulando con una diligencia, bajo fe notarial, de que se ha otorgado escritura de hipoteca en su garantía. No queda claro que está pendiente de calificación, que puede ser suspensiva o denegatoria de la hipoteca. Y no digamos de los casos en que ni siquiera se acompañan las letras, justificados por el presentante sobre la base de

que no están en poder del tomador mencionado en la escritura, cuando lo hay, o simplemente alegando sucesivos y desconocidos endosos.

Para evitar situaciones de duda o confusionismo en las personas que pueden intervenir en la letra, particularmente los endosatarios, entendemos, de una parte, que la intervención notarial debe ser matizada, y de otra, y como punto de partida, que es evidente la *necesidad de presentar las letras con la escritura de hipoteca*, tanto por razones de fondo como de forma, tanto por razones de garantía en cuanto a la identidad de la cambial como por razones de publicidad afectante a toda persona que ponga su firma en la letra.

Ante todo, la presentación de las letras es indispensable para que el Registrador pueda documentar adecuadamente la calificación, ya que la situación jurídica de las mismas ha de ser examinada en relación con las condiciones y cláusulas de la hipoteca, pactadas o impuestas (caso de hipoteca unilateral). La letra es un título-valor esencialmente destinado a la circulación y es obvio que las posibles mutaciones operadas en la misma en el tiempo que ha mediado desde la autorización de la escritura de hipoteca hasta su presentación en el Registro puedan influir en la valoración de aquellas cláusulas y condiciones y, por tanto, en el alcance de la calificación registral. Y aun en el caso en que esas mutaciones no den lugar a cambio alguno sustancial en el criterio de calificación, puede ser oportuno recogerlas en la inscripción, para completar los datos y circunstancias de la letra que, como decíamos más arriba, no pueden ser referidos sino al momento de la autorización de la escritura. El supuesto no es comparable al de la hipoteca en garantía de títulos al portador, con su característica de títulos uniformes, emitidos en masa, carentes de la solemnidad de la letra. Aparte de que no existe aquí esa matriz cuyo depósito en el Registro permite, en cualquier caso, su examen

La letra o letras deben presentarse con la escritura de hipoteca y, previamente, el propio Notario autorizante, que necesariamente ha tenido las letras a la vista para su reseña en el documento, habrá extendido en cada una de las cambiales una diligencia en la que haga constar el hecho de la autorización, pero advirtiéndolo, con toda claridad, que está pendiente de inscripción. La oportunidad de dicha nota o diligencia, bajo fe notarial, nos parece fuera de toda duda, además de por todo lo que queda dicho, por la conveniencia y derecho de todo obligado o cesionario cambiario a conocer exactamente y con garantía de autenticidad la situación jurídica de la letra en el momento de obligarse o de convertirse en tenedor de la cambial. En el momento o período de tiempo que va desde la fecha de autorización de la escritura hasta la de su inscripción—que puede ser largo, entre otras razones, porque está en medio el trámite del im-

puesto—la letra puede circular, cosa que se facilita con la expedición de duplicados con su correspondiente cláusula casatoria y la advertencia que implica.

La presentación de las letras con la escritura de hipoteca, además de hacer posible una calificación registral suficientemente documentada, permite la extensión por el Registrador, a continuación de aquella diligencia notarial, de una nota firmada recogiendo los datos de inscripción (en los términos del último párrafo del artículo 154 L. H. o de igual párrafo del artículo 247 R. H., en su caso). La *nota firmada del Registrador* cerraría lo que podemos llamar período de constitución de la hipoteca cambiaria, estableciéndose entonces, como quiere la Dirección General, una completa identificación de la cambial y su adecuada conexión con el Registro, precisamente en el momento justo en que esto se produce, que es la fecha de la inscripción. Con ello se elimina, por otra parte, la incertidumbre—tanto en el *sí* como en el *cuándo*—de la vuelta de las letras a un despacho notarial (que puede no ser el del fedatario autorizante de la escritura de hipoteca), con la sola finalidad de recoger los datos registrales de constitución de la hipoteca en un momento quizá extemporáneo. Dé fe el Notario en la letra de que ha autorizado una escritura de hipoteca en su garantía, pero sea el Registrador el que declare formalmente, bajo su firma y responsabilidad, que la hipoteca ha quedado constituida.

GONZÁLEZ LAGUNA (15) se pregunta acertadamente sobre el alcance de esta nota, aunque sigue un camino distinto al que nosotros hemos intentado exponer y el tipo de nota que él reclama también lo es. Desde luego, en nuestra opinión, hay que rechazar su posible carácter constitutivo. Y ello sencillamente porque en nuestro sistema hipotecario la regla general es el principio de integración de cada folio registral y los supuestos de prevalencia de los efectos derivados de la aplicación del puro Derecho civil sobre los pronunciamientos registrales son excepcionales, como es el caso de la usucapción *contra tabulas*. El asiento registral ha de agotar, por tanto, todos los requisitos exigidos para la constitución de la hipoteca.

A nuestro juicio, el problema del alcance o naturaleza de la nota de referencia hay que plantearlo con relación a la exigencia y en el contexto que la provocan, que no es sino la necesidad de conseguir una identificación lo más completa posible de la letra asegurada con hipoteca. Sería erróneo asignar a esta nota el carácter de requisito en el trámite de constitución de la hipoteca cambiaria. Hay un dato cierto: la nota es un medio

(15) Trabajo citado, pág. 882. En su opinión, dicha nota, si bien no tiene carácter constitutivo en cuanto a la existencia de la hipoteca, sí lo tiene en cuanto a su naturaleza, extendiéndose la fe pública registral a la letra por haber recaído sobre la misma la actividad calificadora.

hábil—podrían arbitrarse otros—para la mejor identificación jurídica de la letra, más allá de lo que hemos llamado la simple identificación física de la cambial, para que todo firmante de la misma, y en particular los endosatarios, conozcan su exacta situación jurídica, cuáles son las características que la definen, sus datos y circunstancias, y que entre éstas figura la de estar asegurada con hipoteca inmobiliaria. No es más que un medio de información que, al proporcionar los datos registrales de constitución de la hipoteca, establece una adecuada conexión letra-Registro. Pero es evidente que esta conexión opera a distinto nivel y que la falta de esa nota no podría ser obstáculo para la ejecución de la hipoteca, aunque no hay duda alguna de que las dificultades de identificación jurídica quedan mejor resueltas si la letra lleva la nota. Entendida como una declaración formal y solemne del Registro de la Propiedad, facilita a todo firmante de la cambial el conocimiento de la existencia de la hipoteca y la posibilidad de informarse de su exacto alcance consultando aquel Registro. En el actual estado de desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial de la hipoteca cambiaria nos parece prematuro y aventurado predicar de dicha nota efectos, tanto cambiarios como hipotecarios, más concretos. Otra cosa sería si, como ha propuesto ya algún autor, la letra susceptible de hipoteca se ofreciera como un título de contenido específico, distinto al de la letra ordinaria. Pero a esto haremos alusión más adelante.

* * *

Como *resumen o síntesis práctica* de cuanto hemos intentado decir y justificar en este apartado señalaríamos un cierto orden a seguir, que podría ser el siguiente:

1. Otorgamiento de la escritura de hipoteca en garantía del pago de una o varias letras ya libradas o emitidas o que se libran en ese momento. El Notario autorizante recogerá los *datos* de la letra o letras que, según el artículo 444 del Código de Comercio, la constituyen sacramentalmente como tal. Recogerá igualmente las *circunstancias* que definen el contenido específico de las letras que se hipotecan, como avals, aceptación, cláusulas «con» o «sin gastos» o «sin mi responsabilidad», aceptación limitada, etc. Recogerá, por supuesto, las cláusulas y condiciones inscribibles con que se establece o pacta la hipoteca, unilateral o bilateralmente. En cuanto a las circunstancias del negocio causal o subyacente, pueden recogerse en la exposición de la escritura, pero en sí mismas son algo extraño a la relación jurídico-hipotecaria-cambiaria; tienen, por otra parte, su expresión formal en la letra a través de la cláusula-valor.

2. Autorizada la escritura de hipoteca, el Notario extendería simultáneamente en cada una de las cambiales, bajo su fe, una diligencia o nota, haciendo constar brevemente el hecho del otorgamiento de la escritura para la constitución registral de hipoteca en su garantía, advirtiendo con toda claridad que la eficacia de la hipoteca está pendiente de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

3. Trámite del impuesto, en el que no entramos.

4. Presentación de la escritura de hipoteca, acompañada de las letras (desde luego, ha podido presentarse antes del trámite del impuesto para ganar prioridad). Las letras deben presentarse y no simplemente testimoniarse en la escritura. La posibilidad de expedición de duplicados con su correspondiente «cláusula casatoria» asegura que la circulación de la letra no se va a ver interrumpida entretanto.

5. Inscripción. Además de las circunstancias que debe recoger la escritura, según lo dicho en el punto 1, la inscripción debe recoger también las posibles mutaciones operadas en la cambial o cambiales *medio tempore* entre la autorización de la escritura y su presentación, ya que este período de tiempo puede ser largo y la letra normalmente sigue circulando durante el mismo.

6. Cumplimiento por el Registrador de lo dispuesto en el artículo 154, último párrafo, L. H.: extensión en la letra de una nota haciendo constar el número, folio, libro y fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad, con la particularidad, cuando la hipoteca afecte a más de una finca, de que, según el artículo 247, último párrafo, R. H., basta se haga constar el Registro de la Propiedad en que se practicaron las inscripciones hipotecarias con referencia a la nota o notas marginales del asiento de presentación, cuyo número y fecha se expresará.

Este es, a nuestro juicio, el camino más idóneo, dentro de la fase de derecho en constitución en que actualmente se encuentra la hipoteca cambiaria, para asegurar la identificación jurídica de la cambial y los derechos tanto de los endosatarios como de cualquier obligado cambiario. Finalidades éstas que son las que latan en el espíritu de las Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973 y, más recientemente, en las de 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979.

IV. SOBRE SI PUEDE CONSTITUIRSE UNA SOLA HIPOTECA EN GARANTÍA DEL PAGO DE VARIAS LETRAS DE CAMBIO

Uno de los defectos alegados por el Registrador en la nota que dio lugar a la Resolución de 31 de octubre de 1978 fue el siguiente: «Por-

que representando cada letra de cambio una obligación por esencia autónoma, y siendo la hipoteca un derecho accesorio de una obligación principal, a cada una de éstas debe corresponder su accesoria, a menos que la ley expresamente permita otra cosa.»

Esta opinión la había recogido con anterioridad FERNÁNDEZ CABALEIRO (16) con un fuerte argumento: cada cambial ha de especificar necesariamente, según el artículo 444 del Código de Comercio, «la cantidad que el librador manda pagar», es decir, el importe por el cual se libra, lo cual supone siempre distribución de responsabilidad hipotecaria y, por tanto, hipotecas independientes en garantía de letras con determinados vencimientos.

BUENAVENTURA CAMY (17) llega a más. En una posición doctrinal avanzada y muy atrayente, sostiene que la única solución a este problema sería la creación de cambiales con garantía hipotecaria con la característica de título real, es decir, una letra de cambio especial cuyo contenido de hipoteca estuviese configurado legalmente como de derecho necesario. Una cambial así, debidamente autenticada, originaría una inscripción de hipoteca en la que, fuera de esos datos peculiares, sólo se contendría una remisión a los preceptos legales que los regulasen. No se permitiría la cambial que gravase varias fincas con la correspondiente distribución de responsabilidad, sino tantas hipotecas, en virtud de sus cambiales, como fincas gravasen, y en las que el importe de la letra que originara la inscripción fuera la cantidad que se hubiera distribuido.

No puede negarse que la solución de CAMY tiene un enorme atractivo en el terreno del Derecho constituyente, pero está claro que es inviable con la legislación actual, punto de partida para tratar de buscar solución, por vía analógica, a los problemas que la figura plantea.

La Dirección General, creemos que precisamente en un intento de interpretación analógica de la legalidad vigente, en las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y de 18 de octubre de 1979, ha declarado que «si bien de los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una hipoteca en garantía de varias obligaciones que puedan ser independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código Civil, y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y así lo presuponen los artículos 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, que parten de la existencia de una hipoteca única que garantiza títulos transmi-

(16) En el citado comentario de la *Revista Crítica*, pág. 339.

(17) En el citado comentario de la *Revista de Derecho Privado*, pág. 104.

sibles por endoso, por lo que *no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca* (en el expediente en que son varias) *la responsabilidad hipotecaria»* (18).

V. CÓMO SE CONJUGA LA IDEA DE HIPOTECA ÚNICA CON EL VENCIMIENTO NORMAL DE CADA UNA DE LAS LETRAS

Ante todo, creemos que en la legislación hipotecaria está perfectamente claro lo siguiente:

a) Que el artículo 155 L. H., al tratar del ejercicio de la acción hipotecaria por el procedimiento judicial sumario, lo concreta exclusivamente a los títulos nominativos y al portador.

b) Que, en este caso, si existen otros títulos—nominativos o al portador—con igual derecho que los que sean base de la ejecución habrá de verificarse la subasta y venta de las fincas, dejando subsistentes las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos (párrafo segundo).

c) Que, no obstante, al permitir los artículos 156 L. H. y 211 R. H. la cancelación parcial de la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso, implícitamente se está reconociendo la subsistencia de la hipoteca respecto de los títulos que no hayan ido a la ejecución, aunque no se haga una declaración explícita como en el caso de los títulos nominativos y al portador.

Con estas premisas, la adaptación de la idea de hipoteca única a los distintos vencimientos de las letras no ofrece dificultad. Por ello, la Resolución de 31 de octubre de 1978 declara 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 base a la ejecución y con subsistencia de la hipoteca en cuanto a las restantes, según se deduce del artículo 211 R. H.

Aunque insistiremos enseguida sobre ello, debe subrayarse la absoluta necesidad del protesto («impago, justificado con el correspondiente protesto») para que sea posible la ejecución de la hipoteca. Por tanto, es denegable de plano una cláusula concebida en estos términos: «la ejecución procederá, en su caso, independientemente de si la letra o letras que no hayan sido atendidas han sido o no protestadas».

(18) TIRSO CARRETERO GARCÍA (comentario a la Resolución de 31 de octubre de 1978, citado en la nota 3) pone en duda la posibilidad de constituir una sola hipoteca en garantía de varias letras de vencimientos sucesivos porque las letras no forman ningún conjunto sin trasladar los créditos garantizados al campo de la relación causal subyacente, con lo cual la hipoteca deja de ser estrictamente cambiaria.

VI. PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA HIPOTECA

Este pacto suele formularse así: el tenedor o tenedores de las cambiales podrán ejercitar la acción hipotecaria al vencimiento de las respectivas letras; no obstante, si cualquiera de ellas no fuera satisfecha a su vencimiento y protestada por falta de pago, se producirá el vencimiento anticipado de las demás, aun en el caso de impago parcial de las mismas.

Salvemos los dos supuestos excepcionales recogidos por el propio Código de Comercio: que la persona a cuyo cargo se giró la letra se constituyere en quiebra (art. 510) y que el librado, aunque tenga aceptada la letra, haya dejado protestar otras aceptaciones. En el primer caso, puede protestarse la letra por falta de pago aun antes del vencimiento; en el segundo, el tenedor puede, también antes del vencimiento, acudir al protesto de mejor seguridad (art. 481).

Fuera de estos dos casos, los artículos 451 y siguientes del Código de Comercio establecen, de modo taxativo, los términos y vencimientos de la letra y, como corolario, el artículo 455 precisa que la letra debe satisfacerse «el día de su vencimiento», texto ratificado por el artículo 488. Y sólo si la letra no es pagada a su vencimiento puede ser protestada (artículo 502), requisito por demás indispensable el del protesto para que la letra no se perjudique, ya que «ningún acto ni documento podrá suplir la omisión y falta del protesto para la conservación de las acciones que competen al portador contra las personas responsables a las resultas de la letra» (art. 509).

Teniendo en cuenta que la hipoteca garantiza el pago de la letra y que dicho pago no es exigible hasta su vencimiento, ¿cómo es posible precipitar el vencimiento de la hipoteca antes de que sea exigible la obligación asegurada?

El breve razonamiento que, con textos legales en la mano, acabamos de hacer, así como la pregunta que nos hemos formulado, no tienen nada de originales. En idéntico sentido se han pronunciado los estudiosos del tema, creemos que sin excepción.

Por todos, valga la opinión de EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO (19). A su juicio, si se tiene en cuenta que las normas de Derecho cambiario son de carácter imperativo, y únicamente contemplan el supuesto de protesto y vencimiento por falta de aceptación y falta de pago, es forzoso suponer que, mientras tal protesto no se produzca, no puede adelantarse el vencimiento de cada letra ni, en consecuencia, pactarse su vencimiento anticipado por causas ajenas al puro Derecho cambiario.

(19) Comentario citado, pág. 339.

Las razones para el rechazo del pacto en cuestión parecen tan claras que la Dirección General de los Registros, en la Resolución de 26 de octubre de 1973, declaró, sin lugar a dudas, su carácter de pacto no inscribible. La argumentación fue ésta: tal pacto entre librador y librado puede afectar a los derechos del principal interesado, el tenedor—que en este caso es además acreedor hipotecario—, ya que no hay que olvidar que al tener cada letra una vida independiente de las restantes y poder ser o no endosable, lo que puede dar lugar a la existencia de distintos tenedores, podrían éstos ignorar que por falta de pago de una letra de vencimiento anterior la hipoteca había quedado vencida. Precisa, además, la Dirección que el carácter imperativo de las normas de Derecho cambiario se fundamenta en la protección de los derechos en juego. En este caso, apostillamos nosotros, los de los tenedores intermedios.

Precisamente ha bastado un hábil añadido a la cláusula para que la Dirección General no sólo admita el pacto de vencimiento anticipado, sino, lo que estimamos más grave, para que abjure de las razones que en la Resolución antes citada la llevaron a rechazarlo. En efecto, en el recurso que ha dado lugar más recientemente a la Resolución de 31 de octubre de 1978 la cláusula aparece con su habitual formulación, pero condicionando el vencimiento anticipado a la circunstancia de que «el tenedor de todas las restantes cambiales, de vencimiento posterior a la que hubiese resultado impagada, fuera la misma persona física o jurídica». Era lógico: si la Resolución de 26 de octubre de 1973 justificó el rechazo del pacto en el posible perjuicio de los distintos tenedores, suprimidos éstos desaparece aquella justificación. Entiende la Dirección General, en la Resolución de 31 de octubre de 1978, que los posibles obstáculos que puede ofrecer la cláusula han quedado soslayados en la escritura calificada al exigir, como condición inexcusable para el ejercicio de la acción, que se aporten en la demanda, además de los documentos exigibles en el artículo 131 L. H., todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada, por lo que ya no cabe que a la vez que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar la de una cambial aislada, con lo cual desaparecen las objeciones que, derivadas del Derecho cambiario, fueron puestas de relieve por la Resolución de 26 de octubre de 1973.

Creemos que la argumentación cae por su propio peso. En la primera Resolución, la de 26 de octubre de 1973, el punto de partida es el carácter imperativo de las normas del Derecho cambiario. Tal vez la Dirección se quedó corta al argumentar—y no entramos en la consideración de los estrechos límites en que, a veces, ha de moverse un recurso—, pero no hay ninguna duda de que aquel punto de partida era válido.

Y también su consecuencia: la necesidad de proteger los intereses en juego, todos los intereses en juego que, en el caso del recurso, se concretaban en los tenedores de cambiales de vencimiento posterior. Pero que, evidentemente, no agotan todos aquellos intereses en juego. Piénsese en los peculiares efectos que puede producir la existencia de avalistas, indicatarios (artículo 484 Cód. Com.), la intervención en la letra o contraprotesto (artículo 511), la existencia de cambiales en vía de regreso, etcétera.

Pues bien, lo que en la Resolución del 73 aparece justificado por la inexcusable aplicación de normas imperativas, en la Resolución de 31 de octubre de 1978 se convierte en campo propio del principio de autonomía de la voluntad con el apoyo del artículo 1.255 del Código Civil («el pacto controvertido de la escritura calificada y que es objeto de nota se encuentra amparado en el artículo 1.255 del Código Civil», según reza el último Considerando). Lo que en aquella primera Resolución es *ius cogens* se convierte en esta última en *ius dispositivum*. La consecuencia a que se llega de estimar inscribible el pacto está en línea con la nueva orientación permisiva. Pero así como en la Resolución del 73 el punto de partida era jurídica y cambiariamente correcto, en la de 1978, por cuanto ha quedado expuesto, lo estimamos erróneo. El pacto no debe tener acceso al Registro, sin paliativos (20).

VII. PACTO DE PAGO ANTICIPADO POR EL DEUDOR

La controversia sobre este pacto es más reciente. No aparece en las Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973, ni en la de 31 de octubre de 1978. Data de la más cercana Resolución sobre hipoteca cambiaria: la de 18 de octubre de 1979.

El Registrador estimó en la nota de calificación que este pacto no debe tener acceso al Registro en base a que el plazo se entiende establecido en beneficio de deudor y acreedor, conforme a los artículos 455, 488, 490 y 493 del Código de Comercio, y ha de tenerse presente que si bien el acreedor hipotecario actual puede aceptar, con alcance puramente personal, ese pacto, no es menos cierto que el mismo no puede afectar a los

(20) TIRSO CARRETERO GARCÍA (comentario citado en la nota 3) afirma que los autores no han insistido demasiado en extraer del concepto estricto de hipoteca cambiaria y de los innegables momentos abstractos de la cambial un adecuado tratamiento de la hipoteca en garantía de varias letras con vencimientos sucesivos y de las cláusulas de vencimiento anticipado. Sin embargo, ya hemos visto (nota 18) que pone en duda la posibilidad de lo primero. En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, las rechaza sin lugar a dudas y sintetiza su rechazo en dos argumentos básicos: a) Invierten la relación normal crédito-hipoteca, haciendo las letras accesorias de la hipoteca. b) La letra se causaliza a través de la escritura de constitución de hipoteca, de manera que la relación subyacente viene a superponerse a las letras, que se desnaturalizan y la hipoteca deja de ser auténtica hipoteca cambiaria.

sucesivos adquirentes de las letras, ajenos a él y a quienes no puede vincularles por no reflejarlo éstas, dada la específica naturaleza del endoso, su forma y su extensión.

El recurrente alegó conexión entre el artículo 1.127 del Código Civil (quizá pensando no en la regla general, sino en la excepción contenida en el mismo, aunque se alude a aquélla) y el artículo 490 del Código de Comercio, en cuanto regula las consecuencias que se derivan del pago de una letra antes de su vencimiento; alegó también que el endosatario de cualquiera de las letras conoce y le consta la existencia de la hipoteca, porque en el propio documento se reseña que la misma está asegurada con hipoteca, afectándole, por tanto, el principio de publicidad registral en el sentido de que conoce el pacto relativo al plazo; y, por último, que es distinto el momento en que la obligación se hace exigible por el acreedor y el supuesto de extinción adelantada.

La Dirección General confirmó la nota de calificación en este punto, insistiendo en que el pacto de pago anticipado por el deudor, al no constar en la propia letra, podrá vincular a los que lo suscribieron, pero no a los futuros tenedores. Implícitamente, por tanto, la Dirección—frente a la posición del recurrente—no acepta que la nota en la letra expresiva de estar asegurado su pago con hipoteca implique, por sí misma, una vinculación de todo cesionario cambiario a los pronunciamientos registrales. Creemos que esta posición es correcta y que predicar de esa nota, sin más, los efectos derivados de la fe pública registral, resultaría excesivo desde el punto de vista hipotecario y poco acorde con el carácter sacramental de las cláusulas cambiarias. Nosotros nos remitimos en cuanto al carácter y naturaleza de la nota de referencia a cuanto hemos expuesto más arriba (al tratar del problema de la identificación de las cambiales).

Aceptó también la Dirección General, enfocado el problema desde una perspectiva más concreta, el carácter meramente obligacional del pacto en cuestión y la inaplicación al supuesto de los artículos 490 y 493 del Código de Comercio. En realidad, estos preceptos predicen efectos cambiarios al pago y cobro anticipados de la letra, pero no al pacto en que se establezcan. Y, en cualquier caso, para salvar siempre los derechos del tenedor legítimo.

VIII. PACTO DE UTILIZAR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO PARA HACER EFECTIVA LA ACCIÓN HIPOTECARIA

Explica el último Considerando de la Resolución de 26 de octubre de 1973, que el pacto de utilizar el procedimiento judicial sumario para hacer efectiva la acción hipotecaria sólo lo recoge el artículo 155 L. H. en los casos de títulos nominativos y al portador, pero lo silencia respecto

de los títulos a la orden, y que puede presentar la dificultad, puesta de relieve en la Resolución de 16 de junio de 1936, acerca de la determinación de la cantidad a reclamar.

No obstante, la Dirección aceptó la cláusula de la escritura recurrida porque: a) determina con exactitud dicha cantidad básica sin posibilidad de variación; b) no hay necesidad de acudir a medios externos para su determinación; y c) al constar en los libros registrales, tienen los terceros conocimiento exacto de la misma.

Parece claro que, si no se dan las dos primeras condiciones—que son antecedente necesario de la tercera—, el pacto no sería inscribible.

IX. OTROS PACTOS Y CLÁUSULAS

— En la escritura que dio lugar a la Resolución de 31 de octubre de 1978 se recogía, además de la cláusula de *vencimiento anticipado* de la hipoteca por impago de una de las cambiales (pacto al que nos hemos referido en el apartado VI), por otras causas, que deben recibir el mismo tratamiento negativo en orden a su acceso al Registro. Y que son: no asegurar el hipotecante contra incendios o destrucción el inmueble hipotecado y por un valor no inferior a la suma que garantiza; si la finca hipotecada sufre menoscabo o depreciación que llegara a alcanzar un determinado porcentaje de los valores que se le atribuyen en la escritura; impago de alguno de los impuestos que gravan la finca o de la prima del seguro; en general, infracción de cualquiera de las estipulaciones pactadas.

— En la Resolución de 18 de octubre de 1979 la Dirección General confirmó la nota de calificación que había rechazado el pacto en la escritura de hipoteca por el que se fijaba para el pago un domicilio distinto al figurado en la propia letra. El Registrador argumentó en base al artículo 444, 7, del Código de Comercio y al artículo 446, 2, del propio Cuerpo legal. La Dirección confirmó la tesis contraria a la inscripción del *pacto de domiciliación*, por las mismas razones que hemos expuesto en el epígrafe VII respecto al pacto de pago anticipado por el deudor.

— Suelen recogerse en las escrituras de hipoteca en garantía del pago de letras de cambio otros pactos y cláusulas en los que no entramos, por ser habituales en las hipotecas ordinarias. Para su calificación, pues se trata, en la mayoría de los casos, de pactos dudosos que se introducen con la finalidad de reforzar al máximo la garantía, creemos que es esencial el criterio, apoyado en fuertes razones legales y jurisprudenciales, que hizo público el Centro de Estudios Hipotecarios en el número de noviembre del *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* (pág. 979).

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

La acción de petición de herencia: Concepto, naturaleza, personas legitimadas activa y pasivamente*

SUMARIO: *Introducción*—*Antecedentes y concepto*: A) Antecedentes. B) Concepto.—*Naturaleza*: A) Antecedentes. B) Estado actual de la doctrina: 1. Carácter real.—2. Carácter personal.—3. Carácter mixto.—4. Otras posturas: LACRUZ, GATTI.—5. Carácter universal.—*Personas legitimadas activamente*: 1. Heredero.—2. Herederos contractuales.—3. Ascendientes del artículo 812 del Código Civil.—4. Herederos fiduciario y fideicomisario.—5. Instituidos bajo condición.—6. Heredero a término.—7. Legitimario.—8. El simplemente llamado.—9. Coherederos.—10. Herederos del heredero real.—11. Administrador de la herencia.—12. Comprador de la herencia.—13. Declarado fallecido que reaparece.—14. Declarado ausente que reaparece.—*Personas legitimadas pasivamente*: 1. Pro herede possessor.—2. Pro possessore possessor.—3. *Los herederos del heredero aparente*.—4. El comprador de la herencia.—5. El mero detentador.—6. El ex poseedor.—7. El fictus possessor.—8. El coheredero.—9. El possessor iuris.—*Brevísima referencia a las Compilaciones de Cataluña y Navarra*—*Bibliografía*.

1071 2-

INTRODUCCION

Pretendemos con esta exposición aclarar conceptos y posiciones respecto al debatido tema de la *actio petitio hereditatis* y, en especial, al problema—quizá no excesivamente analizado en la doctrina—de los sujetos activa y pasivamente legitimados para su ejercicio. Su falta de específica regulación legal—tan sólo aparece mencionada en los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código Civil—plantea cuestiones cuyo estudio nos remontará a las fuentes del Derecho Romano, a las diversas soluciones defendidas doctrinal y jurisprudencialmente y—cuando ello sea necesario—a la pura lógica jurídica.

El desarrollo del trabajo se estructura en tres epígrafes: concepto de

* DEDICATORIA: A mis padres.

la acción de petición de herencia—punto de partida imprescindible—, naturaleza jurídica y personas activa y pasivamente legitimadas; en este último apartado centraremos el estudio y, tras examinar lo hasta la fecha publicado, expondremos nuestras conclusiones.

ANTECEDENTES Y CONCEPTO

A. ANTECEDENTES

La *actio petitio hereditatis* surgió en el Derecho Romano como un medio de protección del derecho hereditario.

Era en su origen una *actio in rem* parecida a la *reivindicatio*, si bien ésta se refería a un objeto o bien determinado y singularizado y aquélla a la recuperación de una masa patrimonial, la *hereditas*, entendida como conjunto de bienes que no era necesario singularizar. Hablamos, por tanto, de la herencia como una *universitas iuris*, pero precisando, de acuerdo con lo que señala TRULLENQUE, que «la propiedad y la posesión sobre el todo supone la propiedad y posesión de los objetos singulares. La *universitas iuris* sólo se debe considerar como el conjunto universal de bienes y derechos que integran el patrimonio hereditario. No se la debe dotar de personalidad jurídica e independiente, atribuyéndole una cualidad superior a la que poseen los elementos que incluye» (1).

En el Derecho Clásico Romano existían dos procedimientos diferentes, con posibilidad de opción entre ambos: el procedimiento *per sponsionem* y el procedimiento *per formulam petitoriam* (2). El heredero gozaba de esta acción especial para reclamar la herencia como conjunto (*universitas*) cuando la persona contra quien demandaba algo discutía precisamente dicha titularidad.

B. CONCEPTO

Es difícil señalar un concepto preciso, porque no toda la doctrina está de acuerdo en considerarla una única acción. SANCHEZ REBULLIDA, que ha profundizado en su estudio, señala que «resulta imposible construir una doctrina unitaria del instituto» (3), y que debe hablarse de acciones de petición de herencia, porque son muchas y muy diversas las

(1) TRULLENQUE SANJUÁN: «La *actio petitio hereditatis*», *RGD*, pág. 398, números 46 y 47, año 1948.

(2) KASER, MAX: *Derecho Romano Privado*. Versión directa de la quinta versión alemana por JOSÉ SANTACRUZ TEJEIRO, Biblioteca jurídica de autores extranjeros y españoles, pág. 338, Reus, 1968.

(3) SANCHEZ REBULLIDA: *Estudios de Derecho Civil*, I, EUNSA, 1978, pág. 625.

acciones en que concurre la nota común de perseguir bienes y derechos sobre la base de un mejor derecho hereditario del actor, que es negado por el demandado. Pese a ello, pensamos—con la mayoría de la doctrina—que se trata de una sola acción; y fundamentamos tal tesis en el Derecho Romano, donde era institución única, y en el Derecho Comparado, pues existe en la mayoría de los países una sola acción de petición de herencia, aunque posea rasgos que la diferencian de la española (véase Derecho alemán, italiano, etc.).

Por otra parte, parece imprecisa la afirmación de SANCHO al limitarse a señalar—sin citarlas, lo que hubiera sido necesario para fundamentar su posición—la existencia de diversas acciones en las que se da esta nota común. No creemos que se esté refiriendo con ello a la llamada acción declarativa de la cualidad de heredero, que es una acción personal que pretende el reconocimiento de la cualidad de heredero y en la que no se persiguen bienes ni derechos sobre la base del mejor derecho hereditario, siendo por ello una acción declarativa que dará lugar a una sentencia asimismo simplemente declarativa de la cualidad de heredero y no a una sentencia condenatoria, a la que sí da lugar la acción de petición de herencia.

Tampoco, creemos, debe estar SANCHO incluyendo la acción reivindicativa, porque, si bien cabe señalar notas comunes, les separan muchas diferencias.

Son notas comunes de ambas instituciones (por regla general):

1. Que se pretende la vindicación de bienes.
2. Que el actor no tiene la posesión de la cosa, teniendo derecho y título suficiente para ello.
3. Que el demandado posee la cosa con o sin título.
4. Que el demandado no tiene derecho a poseerla.
5. Que el efecto fundamental es la restitución de la cosa.
6. Que ambas sentencias tienen carácter condenatorio y no simplemente declarativo.

Son rasgos diferenciales:

1. La acción reivindicatoria persigue el reconocimiento del derecho de propiedad que recae sobre una cosa determinada, corporal y concreta —aunque también se admite a veces para universalidades de hecho, como la constituida por un establecimiento mercantil—. La acción de petición de herencia persigue el reconocimiento de la titularidad dominical sobre una universalidad, la herencia.
2. En la primera es, por lo tanto, dato necesario la identificación o determinación de la cosa objeto de la misma, requiriendo que dicha cosa

pueda mediante esos datos ser reconocida y correspondiendo al tribunal su apreciación según los elementos de prueba aportados. En la segunda no es ello necesario.

3. En la reivindicatoria el actor debe probar el título singular sobre el que se basa su reclamación y su propiedad sobre el mismo, de forma que no prospera si no demuestra su título de dominio. La acción de petición de herencia, por el contrario, no requiere prueba de la propiedad ni título singular de adquisición del derecho, sino tan sólo que se pruebe su cualidad de heredero y como consecuencia de ella se le restituyen los bienes.

4. Aquélla es una típica acción real, la más genuina de todas. Esta es una acción universal, afirmación que desarrollaremos al estudiar su naturaleza jurídica.

5. En la acción reivindicatoria el demandado ha de poseer actualmente los bienes reclamados. En la acción de petición de herencia no es siempre así, porque consideramos que puede ser demandado el poseedor que dejó maliciosamente de poseer.

En base a todo ello propugnamos la existencia de una única acción de petición de herencia y aceptamos como más perfecta y completa la definición facilitada por ROCA SASTRE: «Esta acción es la que compete al heredero real contra quienes posean todos o parte de los bienes hereditarios a título de herederos del mismo causante o sin tener título alguno, a fin de obtener dicho heredero la restitución de tales bienes, a base de la comprobación o reconocimiento de que a él corresponde la cualidad de heredero» (4).

Le basta, por tanto, al actor con la demostración de ser heredero real y verdadero del causante para que le sean devueltos los bienes hereditarios poseídos por la persona demandada, que se funda bien en la condición de heredero del causante, bien en la posesión de los bienes de la herencia sin título alguno. En consecuencia, no puede el demandado alegar un título singular, pues en tal caso no estaría pasivamente legitimado para ser demandado en esta acción; ello se explica por su origen en el Derecho Romano, que admite como pasivamente legitimados al *possessor pro herede* y al *possessor pro possessore*.

Antes de seguir adelante es imprescindible apuntar una precisión a la definición de ROCA. Aunque la mayoría de los autores hablen de «todo o parte» (cuota) de la herencia, ésta no tiene por qué ser siempre y necesariamente un conjunto de bienes, derechos y obligaciones agrupados; por el contrario, nos parece que cabe perfectamente la posibilidad de ejercitar

(4) ROCA SASTRE, comentando el libro *Derecho de Sucesiones* de THEODOR KIPP. Traducción de la octava revisión alemana, Bosch, pág. 376.

una acción de petición de herencia con la finalidad de reclamar un bien único, determinado y singular; es factible una herencia compuesta de un solo elemento—bien, derecho u obligación—, y del mismo modo hay que considerar «parte» de la herencia un solo bien; si no lo admitiéramos así estaríamos dejando en una posición desfavorable al heredero de una herencia compuesta de un solo elemento. No significa esto, empero, que confundamos la acción de petición de herencia con la acción reivindicatoria, porque el dato fundamental que las diferencia no es el objeto de la pretensión—el bien o universalidad—, sino el título alegado como base de la misma: en el primer caso, el título o cualidad de heredero, y en el segundo, un título singular justificativo del derecho dominical. Nos parece importante destacar lo anterior, porque tan sólo ALBALADEJO, TRULLENQUE y SIMÓ parecen prever esta posibilidad.

El primero, al formular su concepto de la acción: «La que para recobrar la herencia entera, parte de ella o bienes concretos de la misma compete al verdadero heredero contra el poseedor que, basándose en ser él heredero—sin serlo realmente—o basándose—sin alegar título a su favor—simplemente en no ser heredero el reclamante, se niega a la entrega que éste pide» (5).

El segundo, cuando afirma, aludiendo a LAURENT: «Hay que ver en virtud de qué título se reclama. Si es en calidad de heredero y se dirige contra aquel que posee a título universal, es petición de herencia, aun cuando el detentador posea un solo bien» (6).

El tercero, al decir que «no se dilucida, pues, la propiedad de cosas determinadas, sino que la acción se refiere globalmente a la sucesión, aun cuando se reclamara un bien singular que otro posea» (7).

Concluiremos este apartado señalando cuál es la postura jurisprudencial al respecto, fácilmente deducible de la sentencia de 12 de febrero de 1953 (R. Aranzadi 2918): «La acción de petición de herencia... compete al heredero real contra quien posee los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno para obtener su restitución, pero partiendo del supuesto de que el sujeto pasivo de la acción posea los bienes invocando un título excluyente del que asista al reclamante...»

(5) ALBALADEJO: *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Barcelona, Bosch, página 440.

(6) TRULLENQUE: *Op. cit.*, pág. 471.

(7) SIMÓ SANTONJA: «En tema de petición de herencia», *RDP*, 1960, pág. 667.

NATURALEZA: ANTECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA

A. ANTECEDENTES

Parece haber acuerdo doctrinal al entender la *hereditas petitio* en su origen como una acción *in rem* (8), y al establecer dos fases distintas en el Derecho Romano respecto a la naturaleza de esta acción:

1. En la época clásica se trata de una *actio in rem* precisamente por ser *erga omnes* y porque puede dirigirse contra el poseedor ilegítimo, pero condicionada por el carácter de *universitas* que posee la *hereditas* (llamada por ello *actio de universitate*).

2. En el Derecho Romano Justiniano se consideró que era una acción mixta «*tam in rem quam in personam*» (9 y 10), debido a que el objeto de la acción estaba constituido también por «*praestationes*», a las cuales no cabría adjudicar un carácter real, sino personal.

B. ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA

Muchas han sido las clasificaciones realizadas y las posturas mantenidas en nuestra doctrina sobre la naturaleza de esta acción; trataremos de exponerlas del modo más claro y exhaustivo posible.

1. *Carácter real*

Los argumentos fundamentales para esta posición son el carácter *erga omnes* de la acción—puede dirigirse contra todo poseedor de la herencia—y la finalidad pretendida—la restitución de los bienes hereditarios—(11). Considerando al derecho hereditario como un derecho real le atribuyen carácter asimismo real a esta acción, porque se ejercita al amparo de aquel derecho y por su origen de *actio in rem* en la primera etapa del Derecho Romano.

Nos oponemos a esta concepción por las siguientes razones:

(8) MAX KASER: *Op. cit.*, pág. 337.

(9) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho de Sucesiones*, pág. 421.

(10) SIMÓ SANTONJA: *Op. cit.*, pág. 670.

(11) *Ibidem*, pág. 670.

1. Como apunta SANCHEZ, no cabe dotarla de naturaleza real en base a su fundamento. Y el hecho de que sea ejercitable *erga omnes* sería, en todo caso, su fundamento y no su objeto.

2. No está tan claro el carácter real del derecho hereditario:

a) Porque el derecho real recae siempre sobre cosa específica y determinada; por el contrario, el derecho hereditario lo hace—en la mayoría de los casos—sobre un conglomerado compuesto por bienes, derechos y obligaciones, no pudiéndose atribuir a ninguno de estos dos últimos elementos el carácter real.

b) Porque no cabe estimar la herencia como una cosa específica y determinada, a no ser que la consideremos como una *universitas iuris* en la que recaería un derecho diferente del que recae sobre sus elementos internos, lo que ya hemos rebatido anteriormente (12).

Compartimos, por ello, la tesis mantenida por ROMERO CERDEIRIÑA y avalada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1927: se trata de un derecho absoluto o universal, pero distinto del derecho real, porque el derecho hereditario no tiene como sustrato siempre una cosa corporal.

Sin embargo, algunos autores—GULLÓN (13), SIMÓ (14), ALBALADEJO (15)—entienden que se trata de una acción real en cuanto persigue bienes en poder de cualquiera que estén, aunque para los dos últimos es también universal.

2. *Carácter personal*

Sus defensores le adjudican este carácter porque no distinguen claramente entre la acción de petición de herencia y la acción declarativa de la cualidad de heredero, basándose en la consideración de que la acción de petición de herencia tiene como objeto la atribución del carácter o cualidad de heredero a la persona que la ejercita. PILLET y BERTHON fueron los primeros en propugnar esta tesis, señalando que el objeto de la petición de herencia no es más que la declaración de la cualidad de he-

(12) GULLÓN: «La acción de petición de herencia», *ADC*, enero-marzo 1959, páginas 199 y ss.: «No cabe duda de que la acción de petición de herencia puede considerarse como real, siempre que el patrimonio hereditario sea un objeto único sobre el cual el heredero tiene un derecho absoluto, de la misma forma que puede ser propietario de una cosa corporal. En una palabra, la herencia tendría el carácter de una *universitas*, dando a este término una significación que trasciende de los objetos individuales que componen el patrimonio hereditario y consecuencia a su vez de la consideración del mismo como un todo único».

(13) *Ibidem*, pág. 199.

(14) SIMÓ SANTONJA: *Op. cit.*, pág. 671.

(15) ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 443.

redero y que, con el ejercicio de las acciones que le ha transmitido el difunto—y no por medio de la petición de herencia—, el heredero obtiene la restitución de los bienes hereditarios en poder del demandado.

Muchas son las objeciones oponibles a esta afirmación:

1. El carácter vindicativo de la acción de petición de herencia viene claramente referido a la pretensión de restitución de los bienes hereditarios y no a la declaración pura y simple de la cualidad de heredero.

2. El carácter de heredero no es el objeto pretendido por esta acción, sino el presupuesto de la misma, de modo que su demostración es la prueba que debe realizar el demandante para que sea admitida y asimismo estimada su pretensión.

3. El derecho hereditario ostentado por el heredero tampoco sería fundamento para mantener la naturaleza personal de esta acción.

4. Seguir la postura personalista nos obligaría a admitir el desdoblamiento entre acción de petición de herencia—para obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero—y acciones singulares para reclamar los bienes; ello va contra la propugnada unidad interna de esta acción, no presentando la solución ninguna ventaja respecto al ejercicio de acciones reivindicatorias singulares, con lo cual sería nula su eficacia y al tiempo chocaría de pleno con el principio de economía procesal.

5. No existiría, si seguimos a PILLET, distinción entre las acciones de petición de herencia y declarativa de la cualidad de heredero, distinción comúnmente aceptada por la doctrina, siendo mantenida la existencia de esta última acción de forma expresa por la Compilación de Navarra en su Ley 324.

6. Los orígenes de esta acción no apoyan tal tesis; por el contrario, la impugnan de manera directa.

3. *Carácter mixto*

Sus defensores le atribuyen a este instituto un carácter en parte real—en cuanto pretende la restitución de los bienes hereditarios—y en parte personal—en cuanto es necesaria la declaración del carácter o cualidad de heredero del demandante—; se basan en la consideración mixta predominante en la segunda etapa del Derecho Romano—concepción justinianeana—, que señalaba que era «*tam in rem, quam in personam*».

Cabría señalar aquí varias posturas, de acuerdo con la exposición de SIMÓ SANTONJA (16):

(16) SIMÓ SANTONJA: *Op. cit.*, pág. 672.

1. Teoría propiamente mixta:

Se basa en que la acción de petición de herencia contiene a la vez una demanda de reconocimiento de la cualidad de heredero (personal) y una reivindicación general de todo el patrimonio hereditario. Esta es la posición mantenida por Cossío cuando dice que «puede clasificarse entre las llamadas acciones mixtas por nuestra L. E. C., en cuanto el contenido de la herencia lo pueden constituir cosa, derechos reales y créditos y, por otra parte, porque el reconocimiento previo de una cualidad en la persona del heredero es supuesto de la misma acción» (17).

Tal solución no nos resuelve ningún problema, puesto que, aunque manifieste de modo más claro el contenido real de la acción, y el Tribunal Supremo la haya mantenido en ocasiones, la consideración de las acciones mixtas es hoy calificada de «artificiosa» y, a causa de la dualidad de aspectos que presenta, obliga a definirse sobre cuál es la principal y cuál la subordinada a determinados efectos—así la competencia, etcétera.

2. Teoría mixta variable:

Reconoce SANCHO tal carácter real o personal, según la índole del derecho que protege en cada caso (18).

Ello plantea problemas de calificación, aparte de que el fin de la acción debe ser siempre el mismo, pues universal y absoluto es el derecho perseguido. La finalidad de averiguar la naturaleza jurídica de una acción es saber su régimen jurídico aplicable, cosa que, si admitiéramos esta postura, nunca estaría clara y plantearía en la práctica numerosos problemas, porque la discrecionalidad en este juicio llevaría a arbitrariedades.

3. Teoría de las acciones principales y accesorias:

Es aquella que considera como principal la reclamación de estado y como accesoría la restitución de los bienes correspondientes.

En realidad, viene a decir que se trata de una acción personal, puesto que considera a ésta como principal; consecuentemente, a efectos de aplicarle un régimen jurídico determinado, éste será el de las acciones personales, con lo cual es inútil la separación y distinción de los dos aspectos.

4. Teoría de la aglutinación de acciones:

Postula que la acción de petición de herencia es un conglomerado de acciones.

(17) Cossío: *Instituciones de Derecho Civil*, II, Alianza Universidad, Madrid.

(18) SANCHO: *Op. cit.*, pág. 643.

Hemos de oponer a ello:

1. Que esta acción tiene un carácter unitario interno, en base a que la herencia es considerada como una *universitas*—sin independencia de los elementos que la componen—y porque unitario es a su vez el derecho hereditario.
2. Que va contra el principio de economía procesal.

5. Teoría de la acción compleja:

Mantenida por TRULLENQUE, atribuye a la parte que pretende la reclamación de bienes el carácter de universal, fundada en un derecho absoluto no real, y a la que pretende el reconocimiento de la cualidad de heredero un carácter de acción de estado (19).

Nos parece contradictorio asignarles a la vez dependencia y autonomía; va contra la unidad interna de esta acción, que no tiene dos objetos ni tampoco dos naturalezas diferentes, como pretende asignarles.

4. Otras posturas: LACRUZ (20)

Considera LACRUZ que no cabe encuadrarla ni en las acciones personales ni en las reales, porque escapa a esta bipartición. Es una acción singular.

GATTI la califica de acción especial.

5. *Carácter universal*

Es la postura seguida por SIMÓ al afirmar: «Porque no se dirige a la restitución de cosas singulares y concretas, sino a que, previa prueba de la condición de heredero, pueda éste subentrar de modo efectivo en las relaciones jurídicas que dejó el causante.» También se une a ella ALBALADEJO (21).

Por nuestra parte debemos precisar:

1. Cabe que la pretensión vaya dirigida a reclamar un único bien—como hemos visto antes—, pero en cualquier caso no pierde su carácter de universalidad, porque pertenece a la herencia y cabe que de ésta no quede ya la posibilidad de reclamar más que un único bien, aunque

(19) TRULLENQUE: *Op. cit.*, pág. 400.

(20) LACRUZ: *Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1976, pág. 218

(21) ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 442.

anteriormente haya estado compuesto por otros elementos. No persigue dicho bien *uti singuli* sino como elemento perteneciente a la universalidad que constituye la herencia.

2. Lo que define la acción—según señala TRULLENQUE—es la naturaleza del derecho que se ejercita; el derecho hereditario—como hemos visto—es de carácter universal, luego así será la acción.

3. Por su fundamento:

La titularidad en que se basa el demandante para ejercitar la acción es asimismo de carácter universal, porque así lo es la institución de heredero, de modo que el heredero podrá esgrimir su título universal para obtener la restitución de los bienes de la herencia que no se hallan en su poder.

4. Su origen en el Derecho Romano, en que se entendía que la acción de petición de herencia pretende la *hereditas* como una universalidad—a diferencia de la *rei vindictio* que persigue los bienes *uti singuli*—viene a apoyar esta posición.

5. Del mismo modo se ha inclinado la jurisprudencia en múltiples ocasiones, de las que son ejemplos las siguientes:

— Sentencia de 18 de mayo de 1932 (R. Aranzadi 1932-1933, página 1056).

— Sentencia de 12 de abril de 1951 (R. 1012), que dice: «La acción de petición de herencia por su naturaleza, como por la del derecho de donde nace, es universal y puede ejercitarse durante treinta años.»

— Sentencia de 12 de noviembre de 1964 (R. 5093).

— Sentencia de 7 de enero de 1966.

— Sentencia de 28 de enero de 1970.

— Sentencia de 23 de diciembre de 1971.

PERSONAS LEGITIMADAS ACTIVAMENTE

El principal problema que plantea la falta de regulación legal de la acción de petición de herencia es determinar quiénes son las personas legitimadas activamente para interponerla.

1. Como norma general—aceptada unánimemente en la doctrina—corresponde ejercitarla al *heredero real*, sea testamentario o legítimo y haya aceptado la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario; para SANCHEZ en este último supuesto cabe ejercitarla incluso durante el plazo de formalización de inventario.

2. Dentro de esta norma general hay que incluir asimismo a los *herederos contractuales*, en la escasa medida y en los determinados casos

en que la sucesión contractual es admitida por nuestro Derecho: el artículo 1.271, 2, C. C. establece como norma general la prohibición de la misma, a la cual cabe oponer las excepciones admitidas doctrinalmente (artículos 1.331, 826 y 827, etc.), basándose en el propio texto legal del Código Civil y especialmente en las legislaciones forales, donde suele ser forma normal. En todo caso, aunque el origen de su sucesión sea contractual, no puede negárseles el carácter de herederos.

3. Plantea SIMÓ SANTONJA (22) si les corresponde o no la legitimación activa a los ascendientes mencionados en el artículo 812 C. C., problema respecto al que se define en los siguientes términos: «Entendemos que la acción procedente es de carácter especial reivindicatorio, próxima si se quiere a la petición de herencia, pero de la que difiere fundamentalmente en cuanto a prueba. En la petición de herencia el reclamante ha de probar su cualidad de heredero del difunto; por contra, el ascendiente del 812 debe probar que su donación está en la línea de lo dispuesto por el citado precepto legal y que, por tanto, los bienes en cuestión deben entrar de nuevo en su órbita de acción.» Estamos de acuerdo con el Notario de Sagunto, aunque son muchos los problemas que plantea.

En primer lugar, habría que determinar si efectivamente al ascendiente del artículo 812 le corresponde este derecho a recobrar dichos bienes en base a la sucesión legitimaria o si, por el contrario, se trata en este caso de una donación sometida a condición resolutoria. Para CASTÁN (23) se trata de una «reversión legal o retorno sucesorio, que implica una sucesión excepcional o anómala independiente de la sucesión ordinaria del Código Civil», reconociendo que—como lo demuestran los términos mismos del artículo 812—es un verdadero derecho de sucesión.

No compartimos este juicio, por varias causas:

a) Porque sucedería tan sólo en varios o en un solo bien—cierto y determinado, lo que contradice el concepto de heredero—, siendo en tal caso considerado como legatario en base a lo dispuesto por el artículo 678 del Código Civil.

b) Porque el artículo 812 establece que «si hubieren sido enajenados sucederán en... y en el precio si se hubieren vendido, o...», cuando parece claro que la acción de petición de herencia—para la que, si adoptamos esta postura, estarían legitimados—no va destinada a que se le restituya en el precio de las cosas, sino en los bienes que componen la propia herencia.

c) Porque aceptando tal tesis sólo cabría dirigir la acción contra

(22) SIMÓ: *Op. cit.*, pág. 682.

(23) CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, pág. 495, 6.ª ed., Madrid, 1944.

aquellos que posean a título de heredero (*possessor pro herede*) o sin título alguno (*possessor pro possessore*), con lo cual quedarían sin esta protección los ascendientes que se tengan que dirigir contra alguien que haya adquirido a título singular dichos bienes hereditarios.

d) El propio CASTÁN señala que «aunque ha suscitado dudas si las cosas que son materia de la reversión se han de computar en la legítima del ascendiente o le corresponderán a éste además de la legítima, creemos que hay que aceptar esta última interpretación o, lo que es lo mismo, que el derecho concedido por el artículo 812 es independiente de la cuota legitimaria»; parece que tampoco cabe admitir que dichos ascendientes sucedan a título de legitimarios. Por otro lado, aun admitiéndolo, se plantea el problema—quizá el más debatido en materia de sucesiones—de si cabe considerar o no a los legitimarios como herederos; hay opiniones para todos los gustos, pero parece que la doctrina coincide al afirmar que se trata de personas que no gozan de dicha cualidad, por lo que no cabría aceptar la posibilidad de que ejercitasen la acción de petición de herencia.

4. Hay que entender asimismo que son legitimados activamente el *heredero fiduciario hasta el momento de abrirse la postsucesión*—según LACRUZ, SANCHO, CASTÁN, ALBALADEJO y SIMÓ—y el *heredero fideicomisario, una vez que se le haya deferido la postsucesión*—lo cual admiten también ROCA, SANCHO, CASTÁN, ALBALADEJO y SIMÓ—. La razón estriba, en el primer supuesto, en que al abrirse la postsucesión pierde la cualidad de heredero; en el segundo, en que no adquiere la cualidad de heredero hasta que se abre la postsucesión y acepta la herencia.

5. También lo son el *instituido bajo condición resolutoria antes de que ésta se cumpla* y el *instituido bajo condición suspensiva desde que ésta se cumpla*.

El primero lo es porque la condición resolutoria supone la adquisición de la cualidad de heredero en un principio y su posterior pérdida al cumplirse la condición. En el segundo supuesto la razón es igualmente evidente: la condición suspensiva lleva consigo la no adquisición de la cualidad de heredero hasta que no se cumpla el evento condicionante de la institución. Así lo admiten algunos autores como SANCHO, CASTÁN, ALBALADEJO, etcétera.

6. En cuanto al *heredero a término*,

el artículo 805 admite la posibilidad de establecer un legado o una herencia a término, tanto para que empiece como para que deje de pro-

ducir efectos. Debemos por ello distinguir si el término es para que empiece a producir efectos, en cuyo caso podrá interponer la acción a partir del momento en que comience a contar, o si lo es para que cese de producir efectos, y entonces sólo podrá interponerla hasta el momento en que se cumpla dicho término (23 bis).

7. En cuanto al problema del legitimario volvemos en este punto a lo señalado al explicar el apartado 3, pero nos parece interesante traer a colación lo que a este respecto señala SANCHO: «Estará legitimado cuando haya de suceder como heredero, bien por disposición del causante o de la ley» (24).

Objetamos lo siguiente:

a) Si es por disposición del causante, no existe problema alguno, porque es heredero testamentario.

b) Si es por disposición de la ley, todo depende de la postura que adoptemos acerca de si el legitimario debe o no debe ser considerado como heredero. Sólo si aceptamos que lo es—postura minoritaria—estará legitimado.

8. Con respecto al simplemente llamado a la herencia, pero que aún no ha aceptado, hay que entender que, si ejercita la acción, se convierte automáticamente—en virtud del art. 999, 2—en herencia aceptada y adquiere la cualidad de heredero.

Se preguntan algunos autores si cabría considerar la interposición de la acción como el ejercicio de un mero acto de conservación, sin que ello supusiera la aceptación tácita de la herencia.

Consideramos sobre este problema que:

1. La redacción del precepto apuntado es clara, al decir: «Tácita es la que... o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.» Es evidente que la acción de petición de herencia sólo puede ser ejecutada con la cualidad de heredero.

2. Si entendemos los actos de conservación como tendentes a evitar un deterioro físico o funcional en los bienes hereditarios, cabe la posibilidad de que éstos se hallen en manos de un tercero y que no por ello se deba producir un deterioro en los mismos, siendo factible incluso que éste los conserve en mejor estado que lo haría el llamado a la herencia.

3. Aunque admitiéramos que su ejercicio supusiera un acto de mera conservación—lo cual no compartimos por todo lo aducido—tampoco se

(23 bis) LACRUZ: *Op cit*, págs. 217 a 219.

(24) SANCHO: *Op. cit.*, pág. 650.

lograría la restitución de los bienes hereditarios objeto del litigio, puesto que difícilmente—por no decir que de ninguna manera—podría el demandante salir victorioso en la contienda al requerirse para ello la prueba de la cualidad de heredero, cosa que, evidentemente, sólo se lograría si admitimos que ha habido una aceptación tácita en base a lo dispuesto por el artículo 999, 2, C. C.

4. Siguiendo esta postura perderían su sentido el beneficio de inventario y el derecho a deliberar, puesto que si el llamado no está interesado en la herencia no tiene razón de ser la interposición de dicha acción; mas si lo está tiene dos posibilidades legales de enterarse del estado en que se encuentran los bienes para decidir si le interesa o no la aceptación de la misma: el derecho de deliberar—en el que se llevará a cabo la formación del inventario—y el beneficio de inventario. Se burlaría la finalidad de la ley si admitimos esta posibilidad en el sentido de lo establecido respecto al plazo otorgado por la ley al llamado para aceptar o no.

El legislador establece en estos casos un plazo de treinta días—desde que se finaliza el inventario—para que manifieste si acepta o repudia la herencia; si no lo hace, se entiende aceptada pura y simplemente. Si el ejercicio de la acción de petición de herencia fuera un mero acto de conservación se burlaría la finalidad de la ley al establecer este plazo, puesto que su interposición no implica plazo alguno a estos efectos.

9. *Estudio de los coherederos*

En la situación de comunidad hereditaria habrá que distinguir varios supuestos:

1. *Si demandan todos los coherederos de una forma mancomunada.*

No hay problema alguno, porque su situación es igual a la del heredero único (25).

2. *Si se ha practicado ya la partición de herencia.*

Cada uno podrá ejercitar la acción por la cuota que le haya correspondido; la misma situación se dará en el supuesto de que haya sido el coheredero instituido *ex re certa*.

3. *Si la comunidad hereditaria está todavía en situación de indivisión.*

Distinguiremos dos supuestos:

A) En el primero, el coheredero que ejercita la acción lo hace no sólo en beneficio propio, sino en el de toda la comunidad. No presenta

(25) SANCHEZ: *Op. cit.*, pág. 648.

dificultades doctrinal ni jurisprudencialmente. Está admitida su legitimación, y buena prueba de ello es que la incluyen, entre otros, CASTÁN, ESPÍN, PUIG BRUTAU, LACRUZ, ROCA SASTRE, SANCHO, GULLÓN, SIMÓ y Díez PICAZO.

La Jurisprudencia se ha definido también a favor en las siguientes sentencias:

- de 24 de octubre de 1903;
- de 28 de enero de 1919;
- de 4 de abril de 1921;
- de 25 de enero de 1943;
- de 12 de marzo de 1944;
- de 21 de marzo de 1944;
- de 26 de junio de 1948;
- de 17 de mayo de 1956, etcétera...

B) La cuestión que verdaderamente plantea problema es la siguiente: ¿puede el coheredero cuando la herencia está aún indivisa ejercitar la acción pro parte—únicamente en beneficio propio—, pidiendo su cuota hereditaria y olvidándose del resto de los coherederos?

En este punto la doctrina se halla dividida como consecuencia de la dualidad del sistema: comunidad romana y comunidad germánica.

a) En la primera se entiende que existen «tantas comunidades por cuotas como objetos singulares y que los créditos y las deudas se dividen automáticamente entre los coherederos» (26), pudiendo el heredero accionar únicamente pro parte.

b) En la segunda, sin embargo, «la titularidad recae sobre todas las cuotas componentes de la comunidad» (27), y en consecuencia el heredero sólo podrá accionar en beneficio de la comunidad.

Estas dos posiciones se mantienen en nuestros días al estudiar el criterio seguido por nuestro Código:

1. Para la mayoría de la doctrina—SANCHO, ESPÍN, SIMÓ, GULLÓN, PUIG BRUTAU, ROCA, CASTÁN, Díez PICAZO—el Código Civil es fiel al sistema de la comunidad germánica. SANCHO lo expresa claramente en los siguientes términos: «La inalienabilidad de las partes indivisas de los bienes y los artículos 1.082 y 1.084 C. C. y 14 L. H. hacen pensar en la existencia en nuestro Derecho de una comunidad única y rechazar en consecuencia la concepción romana de tantas comunidades como bienes.»

2. Otros—los menos—aceptan la postura romana. Para LACRUZ, «un

(26) SANCHO: *Op. cit.*, pág. 648.

(27) *Ibidem*, pág. 648.

coheredero puede pedir la herencia pro parte e igualmente el total en nombre de todos» (28). También FERRANDIS, matizando que el efecto beneficioso puede aprovechar a los demás» (29).

10. *Heredero del heredero real*

Tan sólo ROCA parece mencionar esta posibilidad: «Es lógico igualmente que el heredero del heredero pueda ejercitar la acción» (30). Pensamos que es una opinión muy acertada, por las siguientes razones:

1. Es heredero que, por lo tanto, ya ha aceptado la herencia; consiguientemente, se halla legitimado para ejercitar la acción de petición de herencia.

2. Sucede en todos los derechos y obligaciones que tenía su causante—se produce, por tanto, un subentrar del heredero en la posición jurídica del causante—, y ello le atribuye la facultad de ejercitar las acciones que al mismo le corresponderían.

3. Aunque el heredero real fallecido no tuviera la posesión de las cosas de forma corporal, se entiende que su heredero tiene derecho a reclamar su posesión en base a lo dispuesto por el artículo 440 C. C., que dice: «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.» Podrá, por ello, dirigirse contra el detentador de los mismos mediante la acción de petición de herencia.

11. *Administrador de la herencia*

Se trata de una de las figuras donde la legitimación es más debatida. Algunos autores sostienen que el administrador de la herencia, por la naturaleza de su propio cargo—administrar—, no está legitimado activamente. Veamos los distintos supuestos posibles:

A) *Que el administrador sea al mismo tiempo heredero:*

En este caso, y en base a esta última cualidad, estará activamente legitimado para ejercitar la acción.

(28) LACRUZ: *Op. cit.*, págs. 217 y ss.

(29) FERRANDIS: *La comunidad hereditaria*, pág. 161.

(30) ROCA: *Op. cit.*, comentando a KIPP, pág. 378.

B) *Que el administrador no sea heredero. Caben tres situaciones:*

1. Si su cargo responde a la situación de herencia yacente.
2. Si responde a la de herencia aceptada a beneficio de inventario.
3. Herencia indivisa.

1. Situación de herencia yacente.

Es el supuesto más normal y a su vez el que más problemas plantea; por ejemplo, los siguientes:

a) Que sólo le corresponde la administración y conservación de los bienes, y no cabe considerar como tal el ejercicio de la acción a petición de herencia.

b) Que no hay aún heredero y, por lo tanto, no cabe apuntar que actúa en representación de tales herederos.

c) «Que la petición de herencia no forma parte del as hereditario, sino que nace para el heredero por el hecho de serlo» (31).

d) «Teniendo por presupuesto esencial la cualidad de heredero en el actor, de ningún modo podría probarlo el demandante» (31).

e) «Que la sentencia desfavorable vincularía después al heredero» (31).

Fundándonos en lo señalado parece—y así lo hace ver GULLÓN—que no podrá el administrador de la herencia yacente ejercitar la acción de petición de herencia. A ello se opone SANCHE con la siguiente argumentación (32):

1. «Que el administrador persigue la negación de la cualidad de *heres* en el que detenta los bienes y que ésta le corresponde aunque no esté *in bonis*.»

Discrepamos de esta afirmación: puesto que la acción de petición de herencia no va dirigida a negar la cualidad de heredero en el detentador de los bienes, sino, por el contrario, a que esta cualidad sea reconocida en el demandante para conseguir la restitución de los mismos. Es perfectamente posible, por otro lado, que el demandado no se atribuya como base de su posesión la cualidad de heredero, en cuyo caso: ¿qué debería probar el demandante? (supuesto del *possessor pro possessore*).

(31) SANCHE: *Op. cit.*, pág. 650.

(32) SANCHE: *Op. cit.*, pág. 651.

2. «Que el administrador represente al heredero.»

Tampoco estamos de acuerdo, porque aquí no hay todavía heredero, y precisamente en ello estriba el problema; lógicamente, si el heredero no existe es difícil que alguien pueda representarle.

3. «Que la vinculación de sentencia desfavorable sólo es cierta en los casos que se discute la nulidad o validez del testamento o de alguna de sus cláusulas en 1.252 C. C.»

4. «Que el administrador está obligado a tomar posesión de los bienes de la herencia.»

5. «Que en su legitimación activa existe la misma *ratio* que en la del heredero provisional.»

Según todo lo expuesto, quizá sería más coherente la posición que señala que si el testador no ha dispuesto expresamente que entre las facultades del testador estará la de ejercitar las acciones que a él le corresponderían no podrá éste pedir la herencia. Las razones son claramente deducibles:

1. No puede ejercitar la acción de petición de herencia porque no tiene la cualidad de heredero.

2. Tampoco la acción reivindicatoria, porque no tiene la cualidad de propietario.

Pero esto chocaría con la necesidad de protección de los bienes hereditarios durante la fase de herencia yacente y redundaría en ventaja de los usurpadores. Por ello pensamos que el administrador sí que podrá estar activamente legitimado para el ejercicio de esta acción, y argüimos lo siguiente:

1. El administrador ha de entrar a tomar posesión de los bienes hereditarios, y si éstos se encuentran en manos de un tercero su cargo no tendría sentido: al faltar el objeto sobre el que dicho cargo ha de recaer deja de cumplir la finalidad por la que surgió, y difícilmente se puede administrar algo que no se tiene.

2. Porque el administrador representa a los herederos pre-suntos y actúa en nombre de éstos.

3. Porque, aunque los herederos no hayan aceptado aún, es claro que en toda sucesión habrá siempre un heredero en última instancia, al que se beneficiará con el ejercicio de dicha acción —bien sea pariente, amigo, etc.—, y, en último caso, será siempre heredero el Estado, en base a lo dispuesto en los artículos 956 y 957.

4. Porque la mayoría de la doctrina está de acuerdo en ex-

tender el ámbito de aplicación del artículo 1.026, 2, C. C. más allá del puro ámbito de aplicación de la aceptación a beneficio de inventario. Este artículo reza así: «El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquier otra persona, tendrá en ese concepto la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.»

5. Porque, en última instancia, cabría entender que la aceptación supone una condición suspensiva para adquirir el derecho a ejercitar la acción de petición de herencia—o sea la cualidad de heredero—en tanto en cuanto hasta que este hecho—aceptación—no se produzca no se adquiere el derecho hereditario; según esta interpretación cabría aplicar aquí el artículo 799, que dice: «La condición suspensiva no impide al heredero—se refiere al llamado a la herencia—*adquirir sus respectivos derechos* y transmitirlos a sus herederos, *aun antes de que se verifique su cumplimiento.*»

Finalmente diremos que un sector de la doctrina—GITRAMA, ESPÍN, DÍEZ PICAZO y CASTÁN—admite su legitimación, mientras que GULLÓN se muestra contrario a ella.

2. Situación de herencia aceptada a beneficio de inventario.

Creemos que también está legitimado, por dos razones:

1. Porque actúa en representación del heredero a beneficio de inventario, y por lo tanto podrá demostrar el carácter de heredero de su representado.

2. Por lo dispuesto en el artículo 1.026, 2, ya citado.

Existiendo heredero debe ser éste el que interponga la acción; pero cabe que, si éste no lo hace, sea el administrador el que lo haga en base a la relación de representación que le une con el heredero.

3. Situación de herencia indivisa.

Para poder mantener su legitimación es suficiente hacer alusión a las dos razones que se han señalado para el caso anterior, puesto que la posición del administrador es muy semejante a estos efectos.

12. El comprador de la herencia es el otro supuesto más discutido. Asimilamos a estos efectos la figura del donatario y del cesionario de la herencia a la del comprador.

Un sector de la doctrina—PUIG BRUTAU, ESPÍN, ALBADALEJO (que admite la posibilidad de que ejercite otra acción semejante a ésta), ROCA y SIMÓ—considera que el comprador está siempre legitimado, por los siguientes motivos:

1. «No existe ningún motivo para tener vinculada ésta a la persona del heredero, desde el momento en que se supone su carácter patrimonial y transmisible al considerarla objeto de la acción subrogatoria.» Así se expresa GULLÓN frente a la postura de CÍCU, que admite la utilización de la acción subrogatoria, pero no la de petición de herencia (33).

2. Porque la acción de petición de herencia se entiende transmitida al comprador al realizarse la venta de la herencia. Es una ventaja derivada de este negocio.

3. Porque la propia Jurisprudencia lo ha admitido en la sentencia de 24 de febrero de 1909 (34).

Otros autores, sin embargo, se manifiestan en sentido contrario. Sus razones son, entre otras, alegar para ello que:

1. «La petición de herencia no se transfiere al cesionario de la herencia ni automáticamente ni mediante cesión acumulada» (35).

2. El cesionario de la herencia no sucede ni al difunto ni al heredero, no existiendo frente a aquél el trato de favor dado al heredero con la concesión de la acción (CÍCU).

Mantienen esta argumentación SANCHO y LACRUZ, al afirmar que el cesionario se ve asistido por una acción parecida a la de petición de herencia, aunque con matices diferentes. También CÍCU, que le atribuye la posibilidad de ejercitar la acción subrogatoria del artículo 1.111 C. C.

Pensamos que un correcto planteamiento exige contemplar dos supuestos, según el heredero ceda o no expresamente en el contrato de venta de la herencia la posibilidad de ejercitar las acciones que a aquél le corresponderían.

1. Si no lo hace no estará legitimado, porque con la compra de la herencia no se adquiere la cualidad de heredero, imprescindible para ejercitar la acción. No supone esta situación que el comprador se encuentre desamparado frente al poseedor, ya que podrá ejercitar las oportunas acciones singulares. Y especialmente—pensamos—la reivindicatoria, basándose en su título de propiedad y reclamando los bienes hereditarios, incluso en un conjunto—si cumple el requisito de determinar y delimitar

(33) GULLÓN: *Op. cit.*, págs. 199 y ss.

(34) *Jurisprudencia Civil*, núm. 104, tomo XXI, págs. 689 a 707.

(35) SANCHO: *Op. cit.*, pág. 652.

cuáles son los bienes reclamados—, o, si lo prefiere, ejercitando diversas acciones reivindicatorias, lo cual, aunque sería más costoso, le beneficiaría en el supuesto de que fueran distintas personas las que se encontraran en la posesión de los bienes.

2. Si el heredero expresamente cede la posibilidad de ejercitar sus acciones podrá el comprador interponer la que nos ocupa, pues en cierto modo lo hará en representación de su cedente y por subrogación en la posición de éste, de forma que deberá probar la cualidad de heredero de su transmitente y alegar su propio título de adquisición para justificar la alteración de sujetos producida. Así lo señalan la citada sentencia de 24 de febrero de 1909—que prevé el caso en que en el contrato se cedió tal posibilidad—y el profesor DÍEZ PICAZO, al decir: «Puede ejercitar dicha acción el adquirente por acto *inter vivos* del derecho hereditario, cuando éste se lo haya cedido» (36).

13. *El declarado fallecido que reaparece (art. 196, 1)*

Señala SANCHO (37) que «las acciones que concede al reaparecido el artículo 197 no pueden calificarse de petición de herencia, por cuanto el patrimonio de una persona viviente no constituye herencia», y concluye que éste podrá ejercitar una acción parecida para reclamar sus propios bienes. Cabría quizá, sin embargo, atribuirle esta posibilidad en base a que la declaración de fallecimiento produce la apertura de la sucesión y, por tanto, su patrimonio pasa a constituirse en herencia que se defiere. Si no se duda de la legitimidad del heredero—que se subroga en la posición de su causante—, con mayor motivo debemos admitir la del declarado fallecido, que es el propio causante. Posiblemente no sea este argumento demasiado fuerte; en cualquier caso, es seguro que, en este supuesto, le corresponderá al declarado fallecido que reaparece, si no la de petición de herencia, sí cualquier otra acción de similares características.

La misma solución es aplicable al supuesto de un *sujeto cuya muerte haya sido constatada por error*.

14. *El declarado ausente que reaparece (art. 187, 2)*

CASTÁN y SANCHO niegan la posibilidad de que el declarado ausente que reaparece ejercite la acción de petición de herencia—con respecto a sus propios bienes—, porque no ha habido en él sucesión aparente ni real.

(36) DÍEZ PICAZO: *Op. cit.*, pág. 785.

(37) SANCHO: *Op. cit.*, pág. 654.

Pero otros autores—TOMÁS OGÁYAR AYLLÓN (38)—se inclinan por aceptar su legitimación, señalando al comentar el artículo 192 del C. C.: «La ley declara un derecho a favor del ausente reservatario, derecho que consiste en dejar a salvo las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. La *petitio hereditatis* está relacionada con la reserva, porque con ella será como puedan reclamarse los bienes reservados. reclamación que se concede al ausente en garantía de sus derechos.»

La misma solución ofrece la sentencia de 15 de octubre de 1963: «El artículo 192 del C. C. alude a los efectos de la declaración de ausencia y se refiere concretamente a los derechos que competen al ausente para ejercitar las acciones de petición de herencia que le correspondan.»

Por lo tanto, en base a lo señalado y a un argumento análogo al apuntado en el número anterior, nos parece que el ausente se encuentra también legitimado para ejercitar esta acción.

PERSONAS LEGITIMADAS PASIVAMENTE

En este tema la única referencia legal se encuentra en el artículo 1.021 del Código Civil, que reza así: «El que reclame judicialmente una herencia de otro que se halle en posesión por más de un año, si venciére en juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.»

Analicemos los distintos supuestos.

1. *Pro herede possessor*

Es aquella persona que invoca un título hereditario como justificativo de su posesión. «Poseo porque soy heredero». En la primera época de las *legis actiones* la *petitio hereditatis* sólo podía ser dirigida frente a éste; posteriormente, con la introducción del procedimiento formulario, pudo dirigirse también contra la figura que a continuación estudiaremos, el *possessor pro possessore* (*possideo quia possideo*), que es aquel que posee sin invocar título alguno.

Pocos han sido los problemas que se han planteado en orden a admitir la legitimación activa del *pro herede possessor*. Se le ha llamado he-

(38) «Comentarios al Código Civil», RDP, dirigido por MANUEL ALBALADEJO. Comentaristas TOMÁS OGÁYAR AYLLÓN y JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO. Tomo IV, artículo 192.

redero aparente por contraposición al heredero real—que es el demandante—, y esta terminología responde, sin duda alguna, a la situación exterior de apariencia jurídica de heredero con que el mismo se presenta.

Es JORDANO BAREA el autor que quizá más profundamente se ha ocupado del tema, y lo define diciendo: «Heredero aparente es todo aquel que posee la herencia en concepto o calidad de heredero y como tal se comporta *de facto* sin serlo *de iure*, ya proceda de buena o de mala fe, desde que su *animus heredis*, con o sin la *opinio heredis*, se exteriorice en actos idóneos a provocar en terceros la creencia fundada de que es heredero» (39).

No vamos a entrar, como lo hace este autor, en la distinción entre el heredero aparente de buena y de mala fe, porque creemos que no hace realmente al caso. Baste señalar las características de esta figura:

1. Posee los bienes hereditarios que, en realidad, pertenecen a otra persona—el heredero real.
2. Justifica su posesión fundándose en su cualidad de heredero del mismo causante, negando la condición de heredero por la que el demandante pretende la restitución de los bienes.

Ello supone que el heredero aparente puede encontrarse en alguna de las situaciones siguientes:

1. Existe un título hereditario, pero es ineficaz. Así, el supuesto de revocación del testamento, o que éste sea nulo, o que el heredero haya sido declarado indigno, o que requiriese autorización del Estado, pero haya tomado posesión de los bienes antes de su concesión.
2. No existe título alguno, pero aun así el poseedor se atribuye de buena o de mala fe la cualidad de heredero.

2. *Possessor pro possessore*

Es en el Derecho Romano clásico—como hemos apuntado—cuando se le otorga legitimación pasiva al *possessor pro possessore*, que es aquel que posee sin alegar título alguno (*possideo quia possideo*) (40). Normalmente poseerá en concepto de dueño, pero cabe perfectamente la posibilidad de que lo haga en concepto distinto. Lo único que hace, por lo tanto, para defenderse del reclamante es negar la titularidad de aquél, pero no contrarresta atribuyéndose a sí mismo dicha cualidad.

(39) JORDANO BAREA: «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pág. 668. Extractado del libro *Homenaje a don Federico de Castro*, tomo 2, Tecnos, págs. 3 y ss.

(40) ULPIANO: D. 5, 3, 11 pr., 13 pr.

Señala KIPP que «el *pro possessore possessor* del Derecho Común no es responsable frente a la pretensión de herencia del C. C.» Se refiere a la petición de herencia (41). Sin embargo, en nuestra doctrina y jurisprudencia predomina la posición contraria. Son ejemplos de ello:

— Sentencia de 18 de mayo de 1932 (ya citada): «La petición de herencia compete al heredero contra cualquiera que posea los bienes hereditarios en concepto de heredero a título universal, o la mera posesión sin título alguno.»

— Sentencia de 12 de noviembre de 1953 (R. 2918): «La acción de petición de herencia... compete al heredero contra cualquiera que posea los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno para obtener su restitución, pero partiendo...»

— Sentencia de 17 de septiembre de 1864.

— Sentencia de 30 de junio de 1866.

— Sentencia de 30 de marzo de 1889.

— Sentencia de 28 de enero de 1892.

— Sentencia de 12 de noviembre de 1953.

— Sentencia de 7 de enero de 1966.

— Sentencia de 14 de diciembre de 1967.

— Sentencia de 27 de junio de 1977.

3. *Los herederos del heredero aparente*

Admiten su legitimación expresamente ESPÍN, ALBALADEJO, SANCHEZ y ROCA, apuntando este último que «los herederos del poseedor de la herencia, que como tales hayan sucedido en la posesión de los bienes hereditarios, pueden ser también demandados por la petición de herencia, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 442 C. C.» (42). Ello nos parece completamente razonable, ya que el heredero subentra en la posición jurídica de su causante, y en este supuesto su causante era legitimado pasivo.

Esta opinión viene refrendada por la Jurisprudencia en la sentencia de 28 de enero de 1892. La Compilación de Cataluña consagra expresamente este punto en el artículo 275, 2, que señala: «Esta acción procederá también contra los herederos del poseedor o heredero aparente y contra los adquirentes de la totalidad o cuota de la herencia.»

(41) THEODOR KIPP: *Derecho de Sucesiones*, Bosch, vol. I, págs. 376 y ss.

(42) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, comentando a KIPP, pág. 382.

4. *El comprador—cesionario o donatario—de la herencia que la adquiere del heredero aparente*

Señalemos, en primer lugar, que en el Derecho Romano se seguía el criterio general de que contra quien se ampara en un título singular de adquisición—*pro emptore, pro donato, pro dote*, etc.—no se otorga la *actio petitio hereditatis*, sino solamente la de propiedad. Pero existía el caso excepcional de la *petitio hereditatis utilis*, que se concedía contra el comprador de una herencia; pero se basaba en una *fictio iuris* para que el verdadero heredero no tuviera que ejercitar diversas acciones, lo cual dificultaría su recuperación.

Una serie de autores—doctrina francesa—se manifiestan en el sentido de que si el comprador adquiere la herencia como una *universitas* será dueño a título universal y no a título singular. Mientras que si ha adquirido bienes concretos y determinados lo que procederá contra él no es la acción de petición de herencia, sino la acción reivindicatoria. Parece que en nuestra doctrina ALBALADEJO y ROCA SASTRE siguen esta postura, y así dice ROCA: «Cuando por cumplimiento de una compraventa u otro contrato de finalidad traslativa una persona posea, por pretender haber adquirido del heredero aparente único o del parcial la totalidad o una cuota de herencia, respectivamente, entonces hay base para entender que aquella persona está equiparada al poseedor de la herencia a los efectos de la acción de petición de herencia, ya que si bien la compraventa u otros contratos análogos constituyen títulos singulares de adquisición, no obstante cuando tienen por objeto el todo o una cuota del patrimonio relicto se impregnan de un sentido de universalidad que se refleja, por ejemplo, en el artículo 1.531 C. C. La reiterada jurisprudencia que excluye la acción de petición de herencia y remite a la reivindicatoria en los casos de quien posee bienes hereditarios a base de un título adquisitivo singular, se refiere más bien al título singular de adquisición de una o varias cosas determinadas» (43).

Sin embargo, otro sector doctrinal—GULLÓN, LACRUZ, SANCHO. JORDANO BAREA, CASTÁN, DÍEZ PICAZO, PUIG BRUTAU y SIMÓ—opinan lo contrario. A esta última corriente nos adherimos, en base a las siguientes razones:

1. El comprador, aunque lo que compre sea una *hereditas*, adquiere por medio de un título singular, puesto que la naturaleza de la compraventa no varía según los bienes sobre los que recaiga y, por lo tanto, no cabe admitir que en estos casos se trate de un título universal.

(43) ROCA: *Op. cit.*, pág. 382.

2. La jurisprudencia ha dejado bien claro, en todas las sentencias citadas, que no puede ser legitimado pasivo el que posee en base a un título singular.

3. «El comprador de la herencia no se sitúa en una situación igual a la que tenía el heredero aparente, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones. No representa como sucesor a título universal al heredero aparente» (44).

Otro de los problemas que plantea esta figura es si cabe simplemente la alegación por parte del demandado de que posee a título singular. Aunque normalmente sólo se habla de alegación entendemos, en el mismo sentido que SANCHEZ, que ésta no enerva por sí sola la acción de petición de herencia, sino que el título singular, que será opuesto al demandante como una excepción, deberá ser probado por el demandado que lo alegue. Pero ello no significa que el heredero real se encuentre sin protección frente al tercer adquirente, porque podrá ejercitar la acción reivindicatoria y las correspondientes acciones singulares; y si éstas se ejercitan de una forma acumulada incluso pueden llegar a ser tan eficaces como la acción de petición de herencia.

Cabrá siempre la posibilidad—lógicamente—de que el comprador a título singular no señale éste como fundamento de su oposición, sino que guarde silencio sobre el mismo, en cuyo caso sí que estará legitimado; esto es harto improbable, puesto que le supondría un perjuicio, facilitando al heredero real la recuperación de los bienes. No presenta, pues, ventaja alguna para el comprador.

Finalmente, hay que destacar que el tercero adquirente de buena fe de un heredero aparente tiene ciertos límites en su responsabilidad. Así, si ha adquirido de acuerdo con lo señalado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (inmuebles) o con el artículo 464 del Código Civil, no podrán ser demandados por el heredero real (por otra acción diferente de la de petición de herencia, ya que hemos visto que ésta no cabe).

5. *Legitimación pasiva del mero detentador*

La única referencia a este problema la hace GULLÓN—y SANCHEZ, que se remite a él—, decantándose a favor de la legitimación pasiva: «Si la petición de herencia es con referencia a los bienes hereditarios lo que la reivindicatoria al derecho de propiedad, admitiéndose en ésta la legitimación pasiva del mero detentador, ¿qué inconveniente hay para admitirla también en la acción de petición de herencia?» (45).

(44) JORDANO BAREA: *Op. cit.*, pág. 25.

(45) GULLÓN: *Op. cit.*, págs. 199 y ss.

Nos parece perfectamente coherente esta correlación de figuras y admitimos su legitimación en base:

1. Lo que importa aquí es la posesión entendida en sentido material—no en sentido jurídico, como tenencia de una cosa por plazo superior al de un año—para diferenciarla de la mera tenencia o detentación.

2. Si no, el heredero real tendría que esperar a que pasase un año en manos del detentador para poder ejercitar la acción de petición de herencia, ya que el demandado le opondría su falta de legitimación pasiva. Ello sería absurdo e iría contra la propia institución, cuya razón de ser es que el heredero recobre los bienes que le pertenezcan, y cuanto antes sea, lógicamente, mejor.

6. *El ex poseedor*

Antecedentes:

1. El senadoconsulto Juvenciano (129 d. J. C.), bajo el consulado de P. Iuventius Celsus, estableció que la petición de herencia podía intentarse también contra el que hubiera cesado en la posesión; a estos efectos se distinguía entre el que posee de mala fe y vende la cosa y el poseedor de buena fe, que responde solamente del precio obtenido con la venta—sin interés—o por lo que se hubiera enriquecido (D. 5.3.20.6, c). Aunque el texto indicado se refería sólo a la herencia caduca, los clásicos extendieron su aplicación a la *hereditatis petitio* privada.

Asimismo el demandado que antes de la *litis contestatio* ha vendido cosas de la herencia, o comprado algunas cosas con dinero de ésta, habrá de restituir lo adquirido (dinero o cosas) siempre que el negocio haya sido útil a la herencia (subrogación); en otro caso, responde el demandado de las cosas hereditarias transmitidas.

2. En la época de Justiniano el poseedor de buena fe restituye sólo lo que para él supone un enriquecimiento; el de mala fe, además, los frutos que por su negligencia no obtuvo.

Situación en nuestro Derecho:

Creemos que debe admitirse su legitimación en los supuestos—véase en este sentido SANCHEZ, GULLÓN y ESPÍN—siguientes:

1. Subrogación y reemplazo.
2. Mala fe.

Razones alegables:

1. Que el Derecho Romano así lo admite expresamente.
2. Que si no el heredero aparente para librarse de un juicio de petición de herencia simplemente tendría que transmitir los bienes, pasándole la responsabilidad a un comprador, cesionario o donatario que respondería frente a las acciones singulares o la acción reivindicatoria.

Elio sería injusto, porque el heredero real se vería siempre más dificultado para recuperar esos bienes.

7. *El fictus possessor*

En el Derecho Justiniano se consideró expresamente legitimado al *fictus possessor* (CELSE, en D. 5.3.13.45). Sin embargo, SANCHEZ no admite hoy su legitimación: «Debemos excluir la legitimación pasiva al *qui lite se obtulit*; tendrá el heredero contra él acción de resarcimiento ordinario si su dolosa apariencia de poseedor de la herencia, sin poseerla en realidad, le ha causado perjuicios» (46). Pensamos que la razón estriba en que el *fictus possessor* no ha tenido la posesión de la herencia ni antes ni ahora y, como consecuencia de ello, difícilmente podrá lograrse que restituya algo que no tiene.

8. *Coheredero*

Habría que distinguir en esta figura dos posibles supuestos:

1. Si el coheredero ha tomado posesión de los bienes en base a que él es el único heredero o que ha sido llamado a una porción superior a la que realmente le fue atribuida, los demás coherederos perjudicados podrán dirigirse contra él para conseguir la restitución de los bienes que les correspondan. La razón es que el coheredero se opone a la pretensión del resto de los coherederos como *pro herede possessore* y niega en los demandantes la cualidad de heredero.

2. Si ha tomado posesión de la herencia y la administra y gestiona sólo él, pero reconoce la existencia de un derecho sobre tales bienes que corresponde a otros coherederos, se aplican las normas de la comunidad hereditaria (47).

(46) SANCHEZ: *Op. cit.*, pág. 664.

(47) Ver ROCA: *Op. cit.*, pág. 382.

9. El «*possessor iuris*» o poseedor de derechos

El último supuesto a estudiar responde a la siguiente situación: el deudor del causante, sin negar que lo es, se resiste a pagar al demandante, por considerarse él a sí mismo heredero, o por negarle esta cualidad al actor.

En el Derecho Romano se legitimó pasivamente a estas personas, y hay textos del Digesto, dictados por Ulpiano, que lo confirman: «También puede pedirse la herencia no solamente al deudor del difunto, sino también al deudor de la herencia.» «También puede pedirse al deudor de la herencia como poseedor de un derecho» (48).

Enumeramos a continuación las razones por las que admitimos la legitimación:

1. Que la herencia está compuesta normalmente por bienes, derechos y obligaciones, pero cabe que lo esté sólo por un derecho, supuesto en el cual sería injusto privar al heredero real de la posibilidad de reclamarlo por medio de esta acción; o, lo que es lo mismo, si la petición de herencia puede tener por objeto derechos junto con otros elementos corporales de la herencia, ¿qué obsta para que si se trata sólo de derechos se pueda ejercitar dicha acción?

2. Que, como hemos dicho antes, el concepto de posesión en este sentido no es estricto, puesto que, lógicamente, no cabe «poseer» un crédito en sentido material, pero está clara la idea a la que responde.

3. Que aquí el poseedor alega una confusión de créditos en su persona, por atribuirle la cualidad de heredero (*possessor pro herede*), y que, por tanto, no cabe considerar que se basa en un título singular.

4. Que cuando no se atribuye dicha cualidad se limita a negar la del actor, por lo que cabe asimilarlo con el *possessor pro possessore*, ya que no alega otro título justificativo.

5. Que se pretende la restitución de los créditos o la satisfacción de su importe; luego no se trata tan sólo de una acción declarativa de la cualidad de heredero.

6. Que el actor basa su pretensión en la cualidad de heredero del causante.

Por todo lo expuesto consideramos que tales personas están también legitimadas pasivamente para la acción de petición de herencia, cumpliéndose los requisitos para su ejercicio.

La Compilación de Navarra reafirma nuestra postura admitiendo su legitimación expresamente en la Ley 322, y en el mismo sentido se ex-

(48) Véase GULLÓN: *Op cit.*, pág. 382.

presan KIPP («Incluso deberá admitirse más ampliamente que cada deudor del caudal relicto es poseedor de la herencia, cuando se niega a la prestación, alegando que el heredero es él mismo») y ROCA («Igualmente ha de estimarse aceptable lo que el texto indica») (49).

Laura María Cano Zamorano

BREVISIMA REFERENCIA A LAS COMPILACIONES DE CATALUÑA Y NAVARRA

— *Compilación de Cataluña*

Cabe considerar como legitimado pasivo:

1. Al heredero aparente.
2. A los herederos del heredero aparente.
3. A los adquirentes de la totalidad o cuota de la herencia.

Está legitimado activamente el heredero.

Véase lo dispuesto en el artículo 275.

— *Compilación de Navarra*

Legitimación activa: el heredero.

Legitimación pasiva: Cualquier poseedor de los bienes hereditarios.

Deudor de la herencia.

Persona que haya obtenido algún lucro de ella, siempre que niegue la cualidad de heredero al demandante.

Véase lo dispuesto por la Ley 322.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

A) MONOGRAFIAS

TRULLENQUE, JOSÉ: «La actio petitio hereditatis», *RGD*, núms. 46 y 47, págs. 395 y 466, 1948.

GULLÓN BALLESTEROS: «La acción de petición de herencia», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1959, págs. 199 y ss.

SIMÓ SANTONJA, VICENTE LUIS: «En tema de petición de herencia», *Revista de Derecho Privado*, 1960, págs. 667 y ss.

CHAMORRO, SANTIAGO: «Los derechos hereditarios», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 169, 1941, pág. 312.

JORDANO BAREA: «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pág. 668.

SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: «Petición de herencia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1962, y en manual *Estudios de Derecho Civil*, I, EUNSA, Pamplona, 1978, págs. 646 a 667.

(49) ROCA: *Op. cit.*, pág. 382.

B) MANUALES

- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho de Sucesiones/Derecho Civil español, común y foral*, 8.ª ed., Reus, Madrid, 1978, págs. 413 a 440.
- COSSÍO, ALFONSO DE: *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Alianza Universidad, Madrid, 1975, pág. 993.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. 1, Bosch, 2.ª ed., págs. 344 a 362.
- LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones. Parte General (sucesión voluntaria)*, 1976, Bosch, 2.ª ed., págs. 217 a 219.
- ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho Civil español*. Vol. 5: *Sucesiones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, reimpresión de la 3.ª ed., págs. 203 a 223.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 4: *Derecho de familia y sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 784 y ss.
- ALBALADEJO, MANUEL: *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 438.
- PUIG PEÑA, FEDERICO: *Compendio de Derecho Civil español*. Vol. VI: *Sucesiones*, Pirámide, 3.ª ed., Madrid, pág. 609.
- KIPP, THEODOR: *Derecho de sucesiones*, con anotaciones de ROCA SASTRE. Traducción de la revisión alemana, vol. I, Bosch, pág. 376.

C) COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL

- Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo IV, art. 192, por TOMÁS OGAYAR AYLLÓN y JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO.
- Código Civil, Aranzadi, Legislación Civil*, Pamplona, 1973.

D) MANUALES DE DERECHO ROMANO

- KASER, MAX: *Derecho Romano Privado*, versión directa de la 5.ª ed. alemana por JOSÉ SANTACRUZ TEJEIRO, Biblioteca jurídica de autores extranjeros y españoles, Reus, 1968.
- D'ORS, ALVARO: *Derecho Privado Romano*, 2.ª ed. revisada, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973.

NOTAS

Panorámica parcial del Impuesto sobre la Renta

SUMARIO: I. *La unidad familiar como sujeto fiscal*: 1.º La unidad familiar y la capacidad tributaria de los menores. 2.º La unidad familiar entre padres e hijos. 3.º Los hermanos sometidos a tutela. 4.º La unidad familiar en los casos de nulidad, disolución del matrimonio o separación judicial. 5.º La responsabilidad solidaria de los miembros de la unidad familiar. 6.º La falta de firma de la declaración tributaria. 7.º La acumulación de los Rendimientos de todos los miembros de la unidad familiar.—II. *El valor patrimonial en función de la renta*.—III. *Gastos deducibles: las sumas empleadas en la amortización de los préstamos recibidos*.—IV. *Las transmisiones lucrativas*.

I. LA UNIDAD FAMILIAR COMO SUJETO FISCAL

Si los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta son las personas físicas, según nos declaran los preceptos pertinentes del texto legal, es absurdo que se acumulen las rentas de los miembros de la unidad familiar, porque la familia no es una persona física, sino un conjunto de personas físicas, cada una de las cuales puede por sí misma ser contribuyente aislado. La acumulación lo único que pretende es generar una progresividad de tarifa, que es injusta y discriminadora contra la unidad familiar.

Los sujetos pasivos, por sí mismos, deben ser los directos contribuyentes, si es que se van a respetar las categorías fiscales. Si no se respetan los principios y las instituciones fiscales regresaremos a las arbitrariedades del antiguo régimen y se elevarán al rango de jurídicos los caprichos de cada coyuntural legislador, con abdicación muchas veces de los postulados de la justicia. Entonces se podrá decir con rotunda veracidad un brocardo del absolutismo demagógico: «*quod populo placuit legis habet vigorem*».

La forma de estar redactado este artículo 7.º denuncia claramente la gratuidad de la proclamación legislativa: «cuando los sujetos pasivos

compongan una unidad familiar», es decir, que los sujetos pasivos son los individuos y no la unidad familiar. Por tanto, la acumulación es arbitraria. Por la misma razón se podrían acumular las rentas de los miembros de una comunidad de bienes, de una pareja que no está casada, de los consocios de cualquier tipo de sociedad...

1.º *La unidad familiar y la capacidad tributaria de los menores*

De varios preceptos de la Ley se desprende que los sujetos pasivos del impuesto tanto pueden ser las personas capaces de obrar como las incapaces. Por ejemplo, el artículo 5.º se refiere a los menores y a las personas sometidas a tutela.

Al legislador fiscal no le preocupa la posible incapacidad de los contribuyentes. Así, en el artículo 4.º de la Ley se proclama que son sujetos pasivos del impuesto las personas físicas, sin distinguir entre las capaces y las que no lo son.

Es decir, que los incapaces jurídicamente son, sin embargo, capaces para asumir obligaciones tributarias y, especialmente, el deber de pagar los impuestos. El legislador fiscal da así un quiebro a la doctrina civil, contenida fundamentalmente en el artículo 32 del Código Civil, conforme al cual los menores de edad y los incapaces son susceptibles de derechos y aun de *obligaciones* cuando éstas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.

Por tanto, según el Derecho civil, las fuentes de las obligaciones son distintas para los capaces y para los incapaces. Para los primeros las causas de los débitos pueden estar en los contratos, en los cuasicontratos, en la ley, en los delitos y en los cuasidelitos. Para los segundos hay que prescindir de algunas de estas fuentes. En primer lugar, de los contratos y cuasicontratos, pues los menores, los locos, los sordomudos, los interdictos... carecen de capacidad para contratar. También hay que prescindir, en ciertos supuestos, de los actos ilícitos, pues los menores, los dementes, los sordomudos que no saben leer ni escribir... tienen muy restringida su imputabilidad penal, gozando de eximentes y de atenuantes, según el desenvolvimiento físico y mental.

Para los que se encuentran en estos estados el germen de las obligaciones hay que buscarlo en situaciones que no requieran conciencia y voluntad, inteligencia plena. De ahí que sus deberes hayan de gestarse o bien en los hechos o acaecimientos naturales, que se producen con independencia de la voluntad humana, o bien de relaciones fácticas entre las cosas pertenecientes al incapacitado y un tercero. Tampoco aquí media la voluntad del incapaz.

A la vista de la legislación fiscal hay que añadir a la fórmula dicotómica del artículo 32 del Código Civil una tercera fuente de obligaciones para los incapaces: la ley. Lo cual tiene lógica. Por dos razones:

a) Por el requisito de la capacidad contributiva. Es lógico que un incapaz que detenta un patrimonio cuantioso con importantes rentas, adquirido *mortis causa*, contribuya a financiar las cargas públicas del mismo modo que ha de hacerlo toda persona (aunque esté agobiada por importantes cargas familiares) cuyos rendimientos superen las 300.000 pesetas anuales.

b) Por la operatividad de las leyes.

Si el poder legislativo tiene facultades para proteger al incapaz contra sus propios actos perjudiciales, negándole aptitud para contratar, restringiendo sus posibilidades de actuación en la vida civil, también tiene atribuciones para atraparle en las garras de la imposición cuando su capacidad contributiva lo permite.

La ley fiscal cubre los dos frentes posibles de la capacidad de estas personas: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La capacidad jurídica o personalidad es la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones. Esta aptitud de los incapaces está elípticamente reconocida por multitud de normas fiscales, que la presuponen, como esos artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta a que antes nos referíamos.

A la capacidad de obrar se refiere la Ley General Tributaria, variando las premisas de la legislación sustantiva al respecto. Según el artículo 42 de la Ley General Tributaria, «en el orden tributario tendrán capacidad de obrar, además de las personas que la ostentan con arreglo a las normas de Derecho privado, la mujer casada y los menores de edad en las relaciones tributarias derivadas de aquellas actividades cuyo ejercicio les está permitido por el Ordenamiento jurídico sin asistencia del marido o de la persona que ejerza la patria potestad o la tutela, respectivamente».

El artículo 44 de la propia Ley añade que por los sujetos pasivos que carezcan de capacidad de obrar actuarán sus representantes legales.

La capacidad jurídica fiscal de los menores (la aptitud para ser titular de obligaciones tributarias, para ser sujeto pasivo de los diversos impuestos) incide negativamente en la unidad familiar de la que forman parte, y ello por la progresividad fiscal a que conduce la acumulación de todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar (según establece el artículo 7.º de la Ley del Impuesto sobre la Renta).

2.º *La unidad familiar entre padres e hijos*

Según el artículo 5.º de la Ley del Impuesto sobre la Renta, una de las modalidades de la unidad familiar es la integrada por los cónyuges y por los hijos menores que no vivan independientemente de los padres.

Nos parece desacertado el criterio de la minoridad de los hijos. La idea que presidió el establecimiento de la unidad familiar fue el deseo de favorecer la acumulación de rentas de los sujetos pasivos que concentran varias capacidades económicas confluyentes en una común actitud patrimonial.

Por tal motivo lo verdaderamente decisivo a la hora de postular la concentración de rentas gravables debe ser el hecho de que los rendimientos individuales de los miembros del grupo se aglutinen o no para desarrollar una común actividad económica.

Puede ocurrir que hijos mayores de dieciocho años que habiten en el hogar paterno obtengan rentas de trabajo que ellos aportan a la economía doméstica, reteniendo sólo una parte de sus ingresos para atender a sus gastos personales. En este caso, si los hijos viven bajo el techo familiar, si los rendimientos de su trabajo personal los adquiere la familia..., no vemos por qué tales rentas filiales no se aglutinan con las del *pater familias* para determinar la base imponible del tributo.

La lógica económica es opuesta al sistema preconizado por el legislador. Cuando los hijos son pequeños, impúberes, generan mayores gastos de educación y mantenimiento que los hijos adultos. Y si además estos últimos conviven con sus padres y contribuyen económicamente a los gastos de la familia, el desequilibrio en contra de la minoridad se descompensa todavía más.

Por otra parte, con la dicotomía minoridad-mayoría de edad se rompen criterios implícitos en el mismo artículo legal, con quiebra de la unidad del sistema.

Porque todos los miembros de la unidad familiar debieran ser tratados con el mismo criterio jurídico fiscal. Y, sin embargo, tratándose de los cónyuges no se tiene en cuenta el criterio de la edad, sino la circunstancia fáctica de la comunidad domiciliaria y de la comunidad de intereses. El precepto es absoluto: es unidad familiar la integrada por los cónyuges (sin más especificaciones y por ello tanto si los esposos son mayores como si los dos o al menos uno de ellos es menor).

Del artículo 5.º de la Ley se desprende que la unidad familiar entre padres e hijos viene determinada por el hecho de que vivan en un mismo hogar (y de que sean menores de edad), por cuanto se excluyen de la misma a los descendientes de primer grado que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos.

Y si queremos desentrañar el significado profundo de lo que para el legislador es la habitabilidad en común hay que leer entre líneas en los artículos 4.º y siguientes de la Ley. De esta lectura conjuntada podemos extraer la conclusión de que el «vivir independientes» como síntoma enervador de la unidad familiar se refiere a la residencia física separada dentro de la misma ciudad y como decisión permanente, con cuya realidad se exterioriza un propósito opuesto al de la convivencia familiar de forma definitiva.

De ahí que si se tratase de un distinto domicilio filial, que revista caracteres transitorios, esta permanencia separada no obstaculizaría la pervivencia de la unidad familiar. Estamos pensando concretamente, para argumentar este supuesto, en la disgregación familiar coyuntural que se produce cuando un hijo se traslada al extranjero por un cierto tiempo con el propósito de estudiar idiomas o realizar cursos especializados. En este caso, evidentemente, el hijo «vive independiente de los padres, con el consentimiento de los mismos». Y, sin embargo, no se destruye la unidad familiar, según se desprende de los párrafos uno y dos del artículo 4.º

Según este artículo 4.º, son sujetos pasivos del impuesto:

a) Por obligación personal, las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español (por ejemplo, los cónyuges y los hijos que vivan en España).

b) Por obligación real, cualquier otra persona física (por ejemplo, el estudiante en país extranjero) que obtenga rendimientos (v. gr., dividendos producidos por acciones heredadas de sus abuelos) o incrementos de patrimonio (por ejemplo, plusvalías derivadas de la venta de un inmueble) producidos en territorio español o satisfechos por una persona o entidad pública o privada residente en dicho territorio.

Es el apartado dos de este artículo 4.º el que consagra la pervivencia de la unidad familiar, pese a la disparidad territorial de residencias de sus miembros. Y lo hace con estas palabras: «Cuando las personas a que se refieren los dos epígrafes del apartado anterior (obligación personal o residencia española; obligación real o residencia extrafronteriza) estén integradas en una unidad familiar...» Es decir, que la dispersión geográfica temporal de los miembros de la familia no destruye la conexión familiar, persistiendo el vínculo parental-fiscal, pese a la disgregación domi-

ciliaria de los padres y de los hijos. Está claro que se puede vivir allende España y continuar integrado en la unidad familiar.

Con los preceptos legales en la mano, y propiciando interpretaciones ortodoxas, se llega al resultado de cohonestar la unidad familiar con estas situaciones de segregación hogareña transitoria.

Lo que no es necesario es acudir a la audacia desnaturalizadora del Reglamento del impuesto. El texto reglamentario, deseando conservar la integridad de la unidad familiar, llega a proclamaciones intrépidas e ilegales. Y así, en el artículo 13 nos dice:

«Son sujetos pasivos del impuesto por obligación personal:

- a) Las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español; y
- b) Las personas físicas que, aun no residiendo habitualmente en territorio español, formen parte de una unidad familiar que se considere residente en dicho territorio.»

La extensión de la obligación personal al apartado letra b) resulta *contra legem*. Porque según el artículo 4.º de la Ley las personas físicas que no residen en territorio español están afectas al impuesto por obligación real.

La extensión reglamentaria deviene nula y sin efecto al contener una norma «contra ley» como consecuencia del rígido principio de la jerarquía normativa. Por tanto, es preciso considerar como no existente dicho precepto.

Según el artículo 7.º de la Ley, deben acumularse, para determinar el tipo imponible, todos los rendimientos e incrementos de patrimonio de todos los miembros de la unidad familiar; y ello habrá de conseguirse con naturalidad, independientemente del hecho de que los padres y la mayor parte de los hijos vivan en España y de que otro u otros residan en el extranjero, pues según el párrafo dos del artículo 4.º de la Ley pueden coexistir plenamente, a efectos de tributación conjunta, los criterios de la obligación personal y la obligación real de contribuir. Siendo esto así, por expresa permisión legal, resulta extraña e incomprensible la desnaturalización a la que aboca el artículo 13 del Reglamento, trocando en obligación personal lo que constituye una clarísima obligación real de contribuir.

La residencia familiar la marca el punto de residencia del padre, y, en su defecto, el de la madre. Por tanto, la unidad familiar se considerará residente en territorio español cuando en él vivan los cónyuges o, al menos, uno de ellos: el padre o, en su defecto, la madre.

3.º Los hermanos sometidos a tutela

El artículo 5.º de la Ley del Impuesto sobre la Renta sitúa a los hermanos sometidos a tutela entre los supuestos legales de unidad familiar tributaria.

El Reglamento, más minucioso, concreta la situación a los hermanos sometidos a una misma tutela que residan todos juntos en territorio español, siempre que, por su estado y condición, no formen otra unidad familiar.

El esfuerzo esclarecedor del Reglamento es loable, pero hay que cuestionar su legalidad. Porque en cuanto se separa de la literalidad de la Ley puede inducir posturas *extra legem* o *contra legem*, precipitables en los despeñaderos de la nulidad legislativa. Los reglamentos sólo cuando se ajustan a la Ley, cuando son *secundum legem*, pueden estar ciertos de su viabilidad jurídica.

No hay que olvidar que el artículo 5.º se refiere sin más a «los hermanos sometidos a tutela». Pero, por su parte, el artículo 4.º permite que puedan integrar una unidad familiar los sujetos pasivos residentes en España y los que estén domiciliados allende el territorio español. Conjugando sistemáticamente estos artículos 4.º y 5.º podría resultar que unos hermanos sometidos a la autoridad tutelar residieran en distintos puntos geográficos. Posibilidad legal que resulta paliada por el Reglamento al exigir que todos los tutelados residan juntos en España.

En la unidad familiar cabe toda clase de hermanos afectos al régimen tutelar: los de doble vínculo y los de vínculo sencillo, ya sean consanguíneos o uterinos, puesto que la Ley no distingue y todos ellos pueden estar sujetos a un mismo tutor.

Creemos que la Ley está pensando exclusivamente en la tutela de los menores. Porque los números anteriores del artículo 5.º referentes a la familia conformada por los padres y los hijos siempre exigen que la filiación sea menor. Y tratándose de la tutela creemos que la justificación es la misma. Por tanto, la unidad familiar estará formada por los pupilos menores tutelados por la misma persona. No en vano la institución tutelar es el sustitutivo de las patrias potestades vacantes.

Puede haber hermanos sometidos a tutela que no integren una unidad familiar. A nuestro entender lo serán los hermanos locos, pródigos, interdictos..., aunque estén sometidos a tutela si son mayores de edad. Porque al abocar a la mayoría de edad cada persona se erige en sujeto pasivo autónomo, desprendiéndose de los hilos que la vinculaban a la unidad familiar en la que estuvo inserto durante su minoridad. Y esta independización se producirá lógicamente con respecto a toda clase de per-

sonas, sean o no capaces. Lo que ocurrirá es que el incapaz no podrá, suscribir la declaración-autoliquidación y por él habrá de actuar su padre o su tutor; pero éste es un problema distinto. El guardador del incapaz no actuará en concepto de portavoz de una unidad familiar, que habrá dejado de existir en cuanto al incapaz mayor, sino que le representará ante el Fisco por la necesidad de completar su deficiente personalidad.

4.º *La unidad familiar en los casos de nulidad, disolución del matrimonio o separación judicial*

En los casos de nulidad, disolución del matrimonio o separación judicial, la unidad familiar estará formada por el cónyuge y los hijos menores confiados a su cargo.

Así lo establece el artículo 5.º de la Ley. Por tanto, el legislador se hace eco de las disgregaciones personales a que conducen las crisis matrimoniales y en los casos mencionados permite que la declaración única familiar sea reemplazada por declaraciones aisladas de los antiguos cónyuges.

A estos efectos sólo tiene en cuenta el legislador a la separación judicial. Es decir, que las separaciones de hecho, amistosas o menos amistosas, constatadas en documento notarial, en escritos privados o indocumentadas, no tienen ninguna trascendencia cara a desvirtuar la unidad familiar. Y los esposos disgregados tendrán que soportar la acumulación de los rendimientos e incrementos de patrimonio generados por ambos, ya que, según el artículo, tal concentración de rentas se produce «cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio».

Como la separación *de facto* es irrelevante para el legislador fiscal, a los separados de hecho les es plenamente aplicable el artículo 34 de la Ley, según el cual cuando en la unidad familiar estén ambos cónyuges los dos estarán obligados a suscribir la declaración única... La declaración debe ser suscrita por cada cónyuge por la parte de la renta propia y por las circunstancias que le afecten individualmente y por ambos cónyuges por la parte de la renta y por las circunstancias que les sean comunes. (Esta situación podrá darse con frecuencia en las separaciones de mero hecho en las que, a veces, no precede una previa liquidación de la sociedad de gananciales y persisten bienes en situación de comunidad, por lo que las rentas que estos bienes generen también serán comunes.)

Pudiera ocurrir que la separación de hecho no haya sido demasiado amistosa y que las espadas permanezcan levantadas entre los esposos. En ese caso habrá dificultades para conseguir una declaración conjunta y ar-

moniosa. Esta posibilidad está prevista en el párrafo cuarto del mismo artículo, según el cual: «Cuando exista imposibilidad de hecho de suscribir declaración única, corresponderá al cónyuge o cónyuges declarantes manifestar, bajo su responsabilidad, la causa de dicha imposibilidad.»

También pudiera acontecer que, aceptando suscribir la declaración única, sin embargo, existan discrepancias en torno al contenido económico del documento. También este supuesto está previsto en el artículo 34, según el cual si hubiera desacuerdo entre los cónyuges sobre el contenido de la declaración ambos deberán hacer constar en ella las circunstancias y datos concretos que motiven y reflejen la discrepancia y si esta forma de actuación conjunta tampoco resultase posible presentarán declaraciones individuales de sus propios elementos de renta y de la de los restantes sujetos de la unidad familiar; sin perjuicio de la obligación de autoliquidación, la Administración girará liquidación provisional única con el apoyo de los datos declarados que proporcionen una cuota más alta y en el supuesto de que las declaraciones hubieran sido separadas, la autoliquidación y la liquidación provisional tendrán un recargo del 15 por 100.

5.º *La responsabilidad solidaria de los miembros de la unidad familiar*

El artículo 34 de la Ley contiene una exigencia que, a primera vista, parece exorbitante, pero que es congruente con otros postulados de la reforma.

Según el párrafo tres de este precepto, «cuando en la unidad familiar estén ambos cónyuges los dos estarán obligados a suscribir la declaración única, salvo incapacidad de alguno de ellos».

El requisito de la doble firma, en principio, se antoja innecesario. Sin embargo, es imprescindible para justificar la responsabilidad solidaria, establecida en reiteradas normas del texto legal.

Por la firma se expresa el consentimiento de una persona con el contenido de un escrito. La firma de la declaración-autoliquidación por parte de los dos cónyuges transparenta el consentimiento de ambos con los datos que figuran incorporados al impreso oficial.

A partir de esta realidad consentidora es cuando el Fisco puede argüir en base a la solidaridad en la obligación de pago de los débitos tributarios de los miembros de la unidad familiar. Porque si uno de los cónyuges no hubiese suscrito la declaración, frente a una posible multa por falsedad en la declaración, siempre podría objetar desconocimiento de lo realizado fraudulentamente por su consorte. Esto, en principio. Pero lo cierto es que también los hijos menores resultan solidariamente obligados al pago de las sanciones y, sin embargo, ellos no firman la declaración.

Por lo que acabamos de decir resulta inexplicable el draconiano párrafo cinco de este artículo 34, según el cual: «La ausencia de un cónyuge en la firma de la declaración única será infracción simple, sancionada, a su cargo, con multa de 10.000 a 100.000 pesetas.»

El legislador, para mostrarse tan despiadado, forzosamente ha tenido que volver la espalda al Código Civil. Porque en la mayor parte de España rige el sistema de los gananciales, y ya sabemos que en esta sociedad el marido es el administrador legal de los bienes que integran el acervo conyugal. Y no cabe duda que suscribir una declaración tributaria constituye un mero acto de administración para el cual se haya plenamente facultado el marido. Por tanto, la firma unipersonal y aislada de la declaración-liquidación constituiría una actitud *secundum legem* que extrañamente aparece condenada por el legislador fiscal.

Aparte de lo desmedido de la sanción (¡hasta cien mil pesetas!), hay que reconocer que nos hallamos en presencia de una falta totalmente artificial. Para la Hacienda es fundamental que la declaración sea verdadera, pero no resulta básico el que esté firmada por una o por dos personas. La falta de firma de uno de los cónyuges sólo es un acto antijurídico porque el legislador lo dice, pero no resulta así si atendemos a la realidad fundamental de esta conducta pasiva. Es algo artificial; en la dicotomía aristotélica sería un *mala quia prohibita*, pero no algo intrínsecamente nocivo, porque estos últimos supuestos encajan en la expresión *prohibita quia mala*.

Más inexplicable todavía es el párrafo seis del propio artículo, según el cual «... todos los sujetos pasivos que compongan la unidad familiar quedarán solidariamente obligados al pago de las sanciones que procedan...» Porque este precepto constituye una flagrante contradicción con los más elementales principios de cualquier derecho sancionador.

1.º En primer término, conculca el básico postulado de la personalidad de la pena. Sólo el autor de un acto voluntario y antijurídico puede ser castigado por su comisión. Las demás personas, por muy allegadas a él que sean, no participan de su voluntad infractora, porque cada sujeto de derecho ostenta una voluntad y una conciencia independientes. Luego si la infracción ha sido cometida, por ejemplo, por el marido no se podrá recabar la satisfacción pecuniaria de los restantes miembros de la unidad familiar.

2.º La solidaridad penal se extiende a «todos los sujetos pasivos que compongan la unidad familiar». Es decir, al otro cónyuge y a los hijos menores, en los casos más corrientes. Pero se olvida que los hijos:

- a) Si son menores de dieciséis años están exentos de responsabilidad criminal.
- b) Si son menores de dieciocho años tienen una responsabilidad atenuada, incompatible con el pago *in solidum* de toda la multa.

El derecho penal, en cuanto derecho común y básico de todas las disciplinas sancionadoras, constituye una normativa supletoria de las deficiencias de los restantes ordenamientos correctores y disciplinarios.

6.º *La falta de firma de la declaración tributaria*

Según el párrafo cinco del artículo 34, «la ausencia de un cónyuge en la firma de la declaración única será infracción simple, a su cargo, con multa de 10.000 a 100.000 pesetas».

El precepto, como tantos otros de la Ley, es excesivo. No es lo importante, cara al tributo, que en la declaración haya una o más firmas; lo importante es que la Hacienda recaude todo lo que debe recaudar y que lo perciba en tiempo oportuno.

De ahí que será fácil tipificar la antijuridicidad fiscal. Constituirán, lógicamente, infracciones tributarias los actos u omisiones voluntarios con los que el agente persiga disminuir o eliminar la carga fiscal, mediante, por ejemplo, la ocultación del hecho imponible o del exacto valor de las bases liquidables.

La falta de firma de uno de los cónyuges (hecho que incluso podrá ocurrir por descuido o por desconocimiento de la obligación de firma conjunta) no revela ninguna malicia específica, conformadora de una clara antijuridicidad. No debiera ser tipificada como una infracción simple por carecer de la suficiente gravedad para ser sancionada específicamente.

Además que presenta una agravación en la sanción con respecto al régimen establecido con carácter general por la Ley General Tributaria. En esta última las simples infracciones se sancionan, por regla general, con multa de 100 a 15.000 pesetas. Y estas sanciones pecuniarias castigan hechos de mucha mayor trascendencia infractora que la simple falta de firma (por ejemplo, resistencia, negativa u obstrucción a la acción comprobadora e investigadora; el no atender los requerimientos formulados por Administración...).

Claro es que, desde un punto de vista formal, se han salvado las buenas apariencias. Porque el artículo 78 de la Ley General Tributaria define como simples infracciones, además de las que tipifica expresamente como conductas antijurídicas, «las previstas con tal carácter de simples infracciones en las leyes o reglamentos generales de cada impuesto». También

deja abierta la espita el artículo 83, que en su párrafo 3 admite expresamente la dispersión sancionadora: «La ley propia de cada tributo podrá imponer sanciones tributarias especiales.»

También muestra un rigor injustificado el artículo 34, en el último inciso del párrafo tres, según el cual en el supuesto de que las declaraciones de los cónyuges hubieran sido separadas, la autoliquidación y la liquidación provisional tendrán un recargo del 15 por 100.

Esta drástica sanción no es congruente con la situación que pretende castigar. Las declaraciones separadas se presentan, según reconoce el propio precepto, cuando no resulta posible la actuación conjunta de los consortes (por ejemplo, separación de hecho de los casados entre los que no existen relaciones amistosas).

En el supuesto de este recargo la norma es totalmente indefendible. El legislador considera, en los artículos iniciales de la Ley, que pervive la unidad familiar cuando de hecho el matrimonio está roto, cada cónyuge campa por sus respetos y retiene sus propios ingresos. Y la Ley da las espaldas a la realidad y obliga a esa declaración mancomunada que puede ser causa de roces y fricciones. Y si ello no es posible, sanciona draconianamente a los cónyuges. El precepto no puede ser más arbitrario.

7.º La acumulación de los rendimientos de todos los miembros de la unidad familiar

La *acumulación* de las rentas de los cónyuges, por ejemplo, se producirá «cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio».

Indudablemente, la fórmula fiscal es más hípida al relacionarla con los sistemas de separación de bienes.

Sin que desconozcamos que también en el sistema de los gananciales y de las otras fórmulas de comunidad resulta hirsuta la norma. Porque, por ejemplo, en los gananciales no todos los bienes son comunes. Puede haber un importante peculio privativo de los cónyuges o de alguno de ellos (bienes que le pertenecían antes de contraer matrimonio, los que adquiera después de casado por herencia o donación...). Y el trauma impositivo se producirá cuando, por ejemplo, el marido enajene el piso que heredó de sus padres y obtenga una ganancia teórica de 10 millones de pesetas. Tal incremento se acumulará a las rentas del matrimonio para conseguir un supergravamen, cuando lo lógico sería que el incremento afectara exclusivamente al que se benefició de él.

Hay que tener en cuenta la filosofía jurídica de la sociedad de gananciales. Esta especial comunidad tolera la coexistencia del binomio bienes privativos-bienes gananciales. Sin embargo, conduce a una unificación en

el aprovechamiento: son gananciales tanto los frutos de los bienes privativos como los de los bienes gananciales. Todos los frutos son gananciales.

Por ello, si las plusvalías fuesen frutos sería ortodoxa la solución fiscal. Pero ya hemos visto anteriormente que los incrementos de patrimonio no son producciones de la cosa, sino un resultado discrepante en la estimación de la cosa misma. No es que algo se separe del bien en cuestión. Es que al medir su estimación en pesetas salen más pesetas que en la medición anterior, no porque la cosa haya crecido (que sigue físicamente igual), sino porque ha decrecido la estatura adquisitiva de la moneda.

Donde más traumática resulta la solución aglutinante es al encararnos con el sistema de separación absoluta de bienes. Porque según este régimen económico-matrimonial tanto los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio como los frutos que los mismos producen pasan a ser de propiedad exclusiva de cada esposo. Con la única obligación, por parte de ambos, de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia.

Es decir, que, aunque solamente a efectos dialécticos aceptáramos que las plusvalías son frutos de los bienes que las producen, ni siquiera en este caso tendría justificación la acumulación fiscal, porque, como hemos visto, en la separación absoluta, hasta los frutos de los bienes se imputan por separado a los cónyuges propietarios. Y si el incremento patrimonial fuera un producto de la cosa cuyo valor ha crecido, debería imputarse exclusivamente, tanto a efectos sustantivos como a efectos fiscales, al cónyuge al que tal bien perteneciera en propiedad plena.

II. EL VALOR PATRIMONIAL EN FUNCIÓN DE RENTA

El artículo 16, en su apartado c), consagra un precepto leonino, cuajado de belicosidad recaudatoria. Como no tiene desperdicio, lo transcribimos literalmente: «En el supuesto de vivienda, propiedad de persona distinta del promotor, que se encuentre desocupada durante más de diez meses al año, seguidos o alternos, y que pertenezca a miembros de una unidad familiar que posea más de tres viviendas, se estimará la renta que resulte de aplicar el 10 por 100 al valor patrimonial de dichas viviendas.»

Este es el mandato explícito. El implícito se deriva de la interpretación *a sensu contrario* de la norma. Es decir, queda por resolver el supuesto de las viviendas que se encuentren desocupadas durante diez meses o durante un lapso de tiempo más breve. Parece lo más adecuado para resolver estas desocupaciones atenuadas coordinar este párrafo con los anteriores del propio precepto, distinguiendo los siguientes casos:

a) Que el destino de los inmuebles sea el arriendo, el subarriendo o la utilización fruícional por persona distinta del propietario.

En esta situación, si el piso ha estado desocupado durante varios meses (nunca más de diez) sin percibir alquileres por no haber encontrado una coyuntura favorable para el arriendo, no habrá que declarar ninguna renta. Porque en este supuesto la Ley sitúa el rendimiento gravable en «el importe que por todos los conceptos se reciba del usuario». Por tanto, es claro que si, por razón de falta de ocupación, no se ha percibido ninguna cantidad, faltará el presupuesto jurídico establecido en la Ley para cifrar la base imponible. Luego en este caso no habrá que declarar ninguna renta, porque ninguna se ha producido.

b) Que los inmuebles se utilicen directamente por sus propietarios (por ejemplo, en el caso de un chalet para pasar los fines de semana, de un piso para veranear en la costa...). Si sólo han estado desocupados durante algunos meses, sin exceder de diez, no se podrá aplicar la norma penalizadora del párrafo c) y en su lugar habrá que regresar hasta la regla más general del párrafo b), que manda estimar como renta el resultado de aplicar el tipo del 3 por 100 al valor por el que la vivienda se halle computada a los efectos del Impuesto sobre el Patrimonio Neto.

El precepto es injusto al exceptuar a los promotores. Se quiere castigar a las familias de holgada economía porque poseen más de tres viviendas. Pero más capitalista es el promotor a quien pueden pertenecer decenas y decenas de pisos y que no los alquila o vende, en muchas ocasiones, en espera de más crecidos lucros.

Los párrafos b) y c) del artículo 16 de la Ley de la Contribución sobre la Renta son contradictorios con la norma más general del artículo 15. El párrafo b), artículo 16, contempla el supuesto de los inmuebles urbanos utilizados por sus propietarios; el párrafo c) alude a las viviendas que se encuentran desocupadas durante más de diez meses al año por sus propietarios. En ambos supuestos se considera como renta un porcentaje del valor de los inmuebles, es decir, una fracción del patrimonio se detrae ficticiamente como renta, con lo que un impuesto de capital ficticiamente se encardina en la estructura de un impuesto de producto.

Aparte del inconveniente de esta desnaturalización tributaria hay que anotar también, como otro dato negativo, la antinomia entre los artículos 15 y 16. Porque el artículo 15 es ortodoxo al ofrecer las premisas de lo que es un impuesto de producto: «tendrán la consideración de rendimientos del capital la totalidad de las contraprestaciones (por ejemplo, los alquileres de los inmuebles arrendados) que provengan de elementos patrimoniales...»

Lo cierto es que no hay forma de conciliar este artículo 15 con los párrafos *b)* y *c)* del artículo 16. Porque si las viviendas son utilizadas por sus propietarios, como el dueño no se va a satisfacer a sí mismo una renta, evidentemente la realidad gravada no va a provocar el pago de una contraprestación, que pueda lógicamente calificarse como rendimiento del capital.

Otra consecuencia se desprende de la normativa banal de estos artículos. Y es la de que en ningún caso se prejuzgarán rendimientos presuntos por la propiedad o posesión de solares desocupados. Porque el artículo 16, con respecto a los inmuebles ocupados directamente por sus dueños, sólo prevé dos posibilidades: o que sean utilizados directamente por sus propietarios [apartado *b)*] o que se encuentren desocupados durante más de diez meses [apartado *c)*]. Pero ninguna de estas dos previsiones son transportables al supuesto de los solares. En efecto:

a) Si el solar está comprado hace uno o varios años. Y se conserva en el mismo estado que cuando se adquirió, sin haber construido en él ni haber realizado ninguna obra de transformación, si el titular del mismo no lo posee fácticamente y se limita a conservarlo como un elemento más de su patrimonio, no se puede decir que este suelo urbano constituya «un inmueble *utilizado* por su propietario»—dicción literal del párrafo *b)*—, porque utilizarlo, utilizarlo, no lo hace nadie, ya que se conserva en actitud estática y un tanto a la expectativa de posibles logros especulativos.

Tampoco podrá hacerse tributar al propietario por los rendimientos presuntos (10 por 100 del valor patrimonial) a que se refiere el párrafo *c)*. Porque en este supuesto existe una disparidad objetiva. Ya que el apartado literal *c)* se refiere a los rendimientos presuntos de la «*vivienda*, propiedad de persona distinta del promotor, que se encuentra desocupada durante más de diez meses al año...» Y, evidentemente, un solar despejado, campo, vacío, en el que no se ha levantado ninguna construcción, no puede conceptuarse como vivienda, ni acudiendo a la más relajada interpretación.

En conclusión, los solares tectónicamente yermos sólo tributarán por Impuesto sobre el Patrimonio, en cuanto elementos integrantes del patrimonio total del sujeto pasivo. Pero por su detentación no habrá que satisfacer el Impuesto sobre la Renta. Por obvios argumentos legales. Porque, al no estar arrendados, no se percibirá ninguna contraprestación de un tercero (contra lo que exige el artículo 15 de la Ley), porque, en su letargo urbano, tampoco son utilizados, usados o explotados directamente por los dueños (contra lo que exige el párrafo *b)* del artículo 16), porque, aunque estén desocupados o no utilizados, los solares no son viviendas (contra lo postulado por el párrafo *c)* del artículo 16 de la Ley).

III. DEDUCCIÓN DE LAS SUMAS EMPLEADAS EN LA AMORTIZACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS RECIBIDOS

Al conjugar algunos preceptos de la Ley se advierte su inconsecuencia. Por ejemplo, si relacionamos el artículo 16, 1, b), con el 19, 2. En el primero de ellos se incluye entre los rendimientos del capital inmobiliario del sujeto pasivo, y siempre que se trate de inmuebles urbanos utilizados por sus propietarios, la cantidad que resulte de aplicar el tipo del 3 por 100 al valor patrimonial del piso en cuestión. Y en el segundo únicamente se aceptan como gastos deducibles para dicho supuesto los intereses de los capitales ajenos invertidos en la adquisición de los bienes productores de renta.

La regla del artículo 19, 2, pretende, de una forma deliberada, minimizar los efectos de la proclamación inicial del propio artículo 19, que permite deducir de los rendimientos íntegros los gastos necesarios para su obtención.

Con la norma restrictiva del 19, 2, se consigue, una vez más, favorecer al titular de inmuebles explotados en forma de arrendamiento en comparación con el dueño que habita su propia casa. Lo veremos a continuación.

En el supuesto de inmuebles arrendados o subarrendados es aplicable (al no postular el legislador ninguna excepción expresa) la regla general según la cual, para la determinación de los rendimientos netos, se deducirán, en su caso, de los rendimientos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo los gastos necesarios para la percepción de aquéllos.

Pensemos en el caso, no infrecuente, del que recurre al préstamo para adquirir un inmueble que, una vez comprado, destina a su alquiler. El prestatario, frente a la entidad de crédito, asume dos obligaciones, una principal y otra accesoria. En virtud de la principal debe restituir un capital igual al recibido. En virtud de la accesoria debe satisfacer al prestamista los intereses convenidos al concertar el empréstito.

Pues bien: cuando extingue ambas obligaciones, principal y accesoria, para dejar liberado el piso, podrá invocar la deducción general del artículo 19, por cuanto tales pagos constituirán «gastos necesarios para la obtención de los rendimientos íntegros». Es evidente que si a una persona modesta, de precarios recursos económicos, no le prestan el dinero preciso no hubiera podido adquirir un inmueble para luego arrendarlo como medio de obtener unos ingresos más saneados con los que cubrir sus necesidades básicas. Por tanto, en este supuesto, gastos necesarios habrán sido no sólo los intereses que habrá de abonar, sino también el propio capital que deberá restituir. Porque para conseguir la vivienda *necesitó*

inexcusablemente contar con un dinero inicial del que carecía. Y una vez adquirida la morada es cuando está en condición de lograr una renta alquilándola.

La divisoria entre lo necesario y lo superfluo es, gramatical y fiscalmente, obvia. Para las personas de holgada economía, capaces de autofinanciarse, el préstamo ajeno no era necesario para la obtención de los rendimientos. Podrían adquirir el inmueble con sus propios recursos. Si prefirieron acudir a la financiación ajena probablemente sería con miras especulativas. Pero la restitución del capital prestado no constituirá un desembolso «necesario para la obtención de los ingresos».

La deductibilidad de los gastos se daría, por ejemplo, en el caso del titular de una vivienda de protección oficial, adquirida con financiación de la Banca oficial, que decide descalificarla con vistas a su arrendamiento futuro, siempre que el préstamo hubiera sido imprescindible para la compra del piso, ante la insuficiencia de recursos del adquirente. Al descalificar tendrá que restituir al prestamista las cantidades pendientes del crédito concedido. Estos pagos permitirán al dueño estipular una renta libre con los futuros inquilinos, cuya renta, acrecentada sobre los límites establecidos para las V. P. O., en su día, constituirá un ingrediente de la base imponible del sujeto pasivo. Y la descalificación habrá constituido un «gasto necesario» para la obtención de la superrenta gravable. Por tanto, lo ortodoxo es admitir la deductibilidad, ya que no sería correcto, por parte del Fisco, aceptar lo favorable (la enjundiosa renta gravada) y rechazar lo desfavorable (la deducción de los gastos necesarios).

Lo paradójico es el resultado al que conduce el artículo 19, 2. Porque si el modesto ciudadano recurre al préstamo como medio de poder adquirir una vivienda para él y su familia, no podrá deducir las sumas entregadas al prestamista por el concepto de cancelación del principal. Porque lo veta dicho párrafo 2. Pero este resultado es injusto, porque el pago del empréstito integra un gasto necesario para la adquisición de la vivienda.

Si un piso, adquirido con financiación ajena, vale seis millones de pesetas, el titular de la vivienda, que habita en ella, pues en algún sitio tiene que morar, habrá de satisfacer al Fisco, por vivir en su propia casa, en concepto de renta, la cuota correspondiente a una base de 180.000 pesetas (3 por 100 del valor patrimonial de la vivienda). Y, sin embargo, no podrá deducir el gasto que representa la satisfacción de la deuda adquirida. La situación adolece de falta de equilibrio y patentiza la parcialidad enjuiciadora del legislador fiscal, que acepta lo que le beneficia y rechaza lo perjudicial en una situación que no es dual, sino unívoca.

IV. LAS TRANSMISIONES LUCRATIVAS

A primera vista parecen antagónicos dos párrafos del enjundioso artículo 20: el 3 y el 2. Será interesante estudiarlos en parangón para tratar de desentrañar la aparente antítesis.

Según el párrafo 3: «Son incrementos de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa.»

Decir, con la mirada puesta en la Ley de 8 de septiembre de 1978, que unas diferencias de valor «son incrementos de patrimonio» equivale a decir que tales diferencias son «renta» del transmitente. Así resulta de la incidencia de varios preceptos de este texto legal.

La equivalencia oficial entre renta e incrementos de patrimonio demuestra elocuentemente lo desenfocado que está el objetivo fiscal del legislador. Y con el foco con visor alterado no se puede apreciar acertadamente la realidad tributaria española.

Si en el sistema español hay dos impuestos paralelos, el del Patrimonio y el de la Renta; si el objeto específico del primero es el patrimonio de las personas físicas y sus posibles incrementos y disminuciones, por cuanto constituye un tributo que grava directamente el capital de los sujetos pasivos; si el Impuesto sobre la Renta es, por su propia naturaleza, un impuesto de producto, que ha de gravar directamente no a los elementos patrimoniales del acervo del contribuyente, sino a los frutos, productos, rendimientos o *rentas* que tales bienes sean susceptibles de generar; si están así perfectamente deslindadas, desde un enjuiciamiento teórico y atendiendo a la verdadera naturaleza de ambos tributos, las áreas imponibles de los mismos, resulta inexplicable que los incrementos o disminuciones patrimoniales, ya sujetos por el Impuesto sobre el Patrimonio, se graven también como una partida de renta.

Porque tales incrementos ni jurídica, ni gramatical, ni crematísticamente son renta. Si un heredero en cuyo patrimonio figuraban dos inmuebles recibe por vía sucesoria un vehículo, este coche, con el que acrecienta su caudal, no es ningún fruto, ningún rendimiento de su anterior binomio inmobiliario. Es sencillamente un nuevo elemento patrimonial que se incorpora, y no por el camino de la generación fructífera, a su masa de bienes.

El legislador fiscal, con su estrabismo impositivo, lo único que consigue es precipitar las crecidas patrimoniales por los despeñaderos de la doble imposición.

Según la norma que analizamos, si una persona compró una finca en un millón de pesetas en el año 1960, y al donarla a su hijo en 1980 tal

predio se valora en diez millones de pesetas, el resultado increíble es que el donante ha tenido una ganancia de nueve millones de pesetas, y por esos nueve millones ilusorios (acunados por la inflación) tendrá que pagar el Impuesto sobre la Renta. Que será de un tipo del 40 por 100. Es decir, que regalar la finca de un millón a su hijo le costará 3.600.000 pesetas.

Las diferencias de valor «se ponen de manifiesto» con ocasión de la transmisión lucrativa. Antes de la transmisión los bienes y su estimación en dinero estaban en un letargo valorativo. Y será el Fisco quien, al comprobar el valor de los bienes donados, hará visible o manifiesto el aumento de valor producido.

El párrafo de la discordia establece literalmente: «No son incrementos de patrimonio los aumentos en el valor del patrimonio que se encuentren sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.»

La sucesión y la donación, como toda transmisión, contempla dos sujetos: el que enajena y el que adquiere, y los dos párrafos que venimos estudiando también se bifurcan en las dos personas de la relación jurídica creada: el párrafo 3 está pensado desde la óptica del causante o donante. El párrafo 2 atiende a la persona del donatario o heredero.

Que el párrafo 3 alude a la persona del que dispone no ofrece duda. El propio precepto habla de computar las diferencias «en la renta del transmitente». Por otra parte, la norma se refiere a «las diferencias de valor». Esta frase denuncia claramente la persona del transmitente, en cuyo patrimonio figura la casa donada, con valores distintos en el momento de la adquisición y en el de la transmisión.

Por el contrario, si este párrafo contemplase la persona del heredero no podría hablar propiamente de diferencia de valor, porque el bien enajenado no figuraba anteriormente en su patrimonio y, por tanto, con respecto a él, no podría apreciarse ninguna discrepancia estimativa, ya que no podría existir ningún elemento de comparación.

Con respecto al heredero, si se produce una diferencia de valor no es por alterarse la estimación de un mismo objeto patrimonial. Se tratará de un cambio en el volumen de su peculio. Si a los bienes de que antes disponía añade el objeto donado se producirá inicialmente un incremento en el número de sus elementos patrimoniales y, como consecuencia, ello acarreará una diferencia de valor en más. Tratándose de bienes económicos, evidentemente dos cosas valen más que tres y tres valen más que cuatro.

Por su parte, el párrafo contestario está pensado desde el punto de vista del adquirente. Si los aumentos de valor del patrimonio están sujetos al Impuesto sobre Sucesiones o Donaciones es porque benefician

la economía del heredero o donatario. En estos impuestos el que paga es el que adquiere. El que transmite se empobrece y no tiene por qué soportar el gravamen.

Por tanto, el heredero no paga renta por el aumento de valor que le produce el bien heredado. Ello parece lógico. Ese bien transmitido no figuraba antes en su acervo y, por tanto, no podía producirle ninguna renta. Los bienes fructíferos producen frutos para sus dueños, no para los extraños, salvo que se estipule expresamente constituyendo un derecho real de aprovechamiento.

Por otra parte, con esta salvaguardia se obvia, aparentemente al menos, la doble imposición. Porque por el acrecimiento patrimonial que representa la herencia ya habrá de satisfacerse el Impuesto de Sucesiones; si además tuviera el heredero que pagar por renta, indudablemente se abocaría a la indebida duplicidad tributaria.

Pero la salvaguardia es ilusoria y la doble imposición se produce patentemente. Porque las diferencias de valor han de computarse (se cuentan como un sumando más junto a los restantes ingresos) en la renta del transmitente. Si éste fallece y sus bienes pasan a los herederos, es evidente que no podrá satisfacer el impuesto por la pretendida plusvalía. Porque un muerto no puede ni pagar ni cobrar. Sus obligaciones fiscales pasarán a sus herederos, que subrogan en su pasivo. A este respecto dice el artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta que «las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos y legatarios...» Luego el heredero ha de hacer frente al doble gravamen:

a) Al incremento patrimonial, que se reputa renta de su causante, pero que habrá de ser liquidado por él por haber fallecido el directo contribuyente.

b) Al Impuesto de Sucesiones por el valor comprobado de los bienes transmitidos. Este valor se integrará en dos sumandos: valor comprobado = valor inicial + incremento patrimonial. Luego en la fracción representada por este segundo sumando se habrá irrogado una tributación duplicada.

JOSÉ MENÉNDEZ
Registrador de la Propiedad

VIDA JURIDICA

Sobre la conveniencia de incluir el Derecho registral como asignatura independiente dentro del plan de enseñanza universitaria*

SUMARIO: 1. *Planteamiento general.*—2. *Importancia del Derecho registral:* 2.1. La Institución registral como instrumento al servicio del cambio social.—2.2. Trascendencia de la Institución registral en la realidad jurídica y socioeconómica.—3. *Sistemas de Registro:* 3.1. Sistema Francés o Franco-Belga.—3.2. Sistema Germánico o Prusiano.—3.3. Sistema Español: sus notas.—4. *La especial naturaleza de la calificación del Registrador*—5. *Configuración del Registrador:* 5.1. Como profesional del Derecho—5.2. Como profesional del Derecho investido de funciones públicas.—5.3. Notas derivadas de ese doble contenido profesional y de control: Su carácter de jurista especializado. Su descentralización. Su independencia. Su responsabilidad—6. *Autonomía del Derecho registral*—7. *Sugerencias a modo de conclusión.*

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Constituye un acierto la organización de un Curso sobre Enseñanza del Derecho, porque la obtención de este título universitario, de Licenciado en Derecho, no siempre representa por sí solo un fin, sino que en muchas ocasiones es tan sólo un medio para alcanzar la meta definitiva de una actividad profesional cuyo ejercicio se hace posible a través de la Licenciatura de Derecho unida al requisito de la oposición ulterior.

De ahí la conveniencia, mejor será decir la necesidad, de que los universitarios conozcan de antemano los rasgos característicos, las ventajas e inconvenientes, la cara y cruz de cada profesión jurídica, y puedan

(*) Comunicación presentada a las Primeras Jornadas sobre la Enseñanza del Derecho. Universidad de Granada, 8-10 mayo 1981.

orientar precozmente sus estudios en el sentido a que su vocación les llame, pues hoy la especialización se impone cada vez con más apremio en la inmensa selva de la legislación vigente, y la lucha por el éxito bajo la forma de oposición continúa siendo empeñada y dura. Es buen sistema el de empezar a orientarse ya en la Universidad y profundizar en el estudio de aquellas disciplinas que la vocación exija (1).

Pero para ello será preciso que la propia Universidad brinde a los estudiantes la ocasión de poder ir familiarizándose con aquellas materias que si bien se imparten en el orden universitario no se desarrollan con la amplitud y alcance que su dimensión y trascendencia social exigen. Y esta carencia la percibimos especialmente respecto al Derecho registral, en el que además, para su difusión, se tropieza con un doble obstáculo. De un lado, el basarse en textos hipotecarios que no es fácil despierten por su aparente abstracción jurídica el entusiasmo ni la vocación juveniles; y de otro, el hecho de que en las Facultades de Derecho, conforme al plan de estudios en vigor, no existe la asignatura independiente de Derecho hipotecario, sino que esta materia se imparte dentro del Derecho civil, y difícilmente se llega a ella, por exigencias de tiempo, en cada curso académico, con la extensión que su importancia exige.

2. *Importancia del Derecho registral*

Para acreditar ésta, destacaremos un doble aspecto: la institución registral como instrumento al servicio del cambio social; y la trascendencia del sistema registral en la realidad jurídica y socioeconómica.

2.1. *La institución registral como instrumento al servicio del cambio social*

Surgido nuestro sistema registral a mediados del siglo XIX, se inspiró y nació al servicio de las realidades y concepciones dominantes en la época, de las que también se haría eco, posteriormente, nuestro Código Civil. El punto de partida fue, pues, el de una sociedad fundamentalmente rural, en la que la propiedad agraria, privilegio de unos pocos, aventajaba en importancia a la propiedad urbana, y en la que, de acuerdo con las corrientes filosóficas del momento, imperaba el principio de la plena li-

(1) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *El Registrador de la Propiedad (Presente y futuro de la propiedad registral)*, Libro Homenaje, tomo II, pág. 529, Madrid, 1976. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

bertad de comercio, concibiéndose el dominio como un derecho absoluto en interés exclusivo de su propietario.

Pronto, sin embargo, las nuevas corrientes ideológicas y las transformaciones económicas y sociales a que las mismas dieron lugar hicieron sentir su impacto en aquellas estructuras.

La antigua España rural se fue transformando paulatina y progresivamente en una sociedad urbana.

La multiplicación de este tipo de propiedad hizo que pudieran acceder a la misma grandes masas de población, generalizándose su adquisición entre todas las capas sociales, por lo que dejó de ser un irritante privilegio de clase para convertirse en un acusado factor de la cohesión y estabilidad del país.

La propiedad, de derecho individual y absoluto, ha pasado a concebirse como un conjunto no sólo de facultades, sino también de deberes y limitaciones, en cuyo ejercicio el interés del propietario ha de quedar siempre subordinado al superior interés de la comunidad.

En esa misma línea, el antiguo liberalismo económico fue cediendo su puesto a un creciente intervencionismo estatal, originando lo que se ha denominado penetración pública de la propiedad, cuya motivación no es otra que la «de organizar la gestión y explotación de los bienes económicos con el fin de obtener de ellos su rentabilidad óptima y su mayor posible beneficio social» (2).

La propia institución registral, concebida en su principio como protección de la tenencia del dominio para el fomento del crédito territorial, ha sufrido en sí misma una honda transformación, pasando a ser un eficaz instrumento de cooperación para la realización del cambio social.

Y así se observa que todos esos cambios en cuanto afectan a la propiedad inmueble sólo han conseguido su plena consolidación e institucionalización cuando el sistema hipotecario, mediante una selección de sus propios recursos, ha allegado nuevas técnicas hipotecarias que han posibilitado el acceso al Registro de esas necesidades por primera vez sentidas, resultantes del cambio social.

Es el caso de los nuevos sistemas de registración de la propiedad horizontal, que han consolidado de lleno esa multiplicación de la propiedad de que hablábamos y ha permitido acceder al Registro a una multitud de nuevos propietarios que en el sistema tradicional jamás hubieran pretendido ampararse en los principios del sistema.

Es el caso, igualmente, de las nuevas urbanizaciones de carácter turístico y de temporada, que sólo a través del Registro, y dando carácter real

(2) V. MARTÍN MATEO, núm. 67 de la *Revista Administración Pública*.

a sus estatutos, han conseguido organizarse comunitariamente y obtener plena eficacia jurídica y social.

Igual ha ocurrido en materia de reordenación agraria o en los grandes procesos de transformación de suelo rústico en urbano. Casos todos ellos en que las nuevas técnicas registrales han hecho posible la actuación (sistemas de concentración parcelaria, de expropiaciones y reparcelaciones urbanísticas, etc.) de las nuevas orientaciones legales.

Del mismo modo se ha adaptado el sistema registral a la Ley sobre Movilización de Activos Hipotecarios, recientemente aprobada, ya que por la técnica de la afección registral de los créditos hipotecarios inscritos a favor de las entidades emisoras se permite a éstas la emisión y puesta en circulación de bonos hipotecarios con aquella cobertura jurídica, lo que implica movilizar dichos créditos y con ello obtener recursos para finalidades como la construcción de viviendas que puede ayudar a resolver problemas como el de la escasez de éstas y el angustioso del paro.

La configuración del sistema hipotecario de modo ambivalente ha hecho posible que al lado, y frente a la clásica finalidad de protección del tercer adquirente, se ponga hoy especial énfasis en el conjunto de limitaciones que han de ser impuestas al titular de los bienes cuando éstos son fuente de producción o instrumento para la diversificación de las formas de propiedad. Por ello, pudo decir la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 que «la *fides* pública, base y fundamento de todo sistema hipotecario, lo mismo sirve para dar una mayor movilidad a la tierra que para vincularla en lo menester al cumplimiento de los fines mencionados».

2.2. *Trascendencia de la institución registral en la realidad jurídica y socioeconómica del país*

La potencialidad conseguida por los derechos mediante su inscripción en el Registro ha influido acusadamente en la realidad del país, como lo prueba el hecho de que a medida que han ido aumentando las inscripciones han disminuido correlativamente los pleitos. La presunción de que, a todos los efectos legales, los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo opera, en cuanto prueba preconstituida, como poderosísimo medio precontencioso que evita el proceso jurisdiccional.

Una sociedad industrializada y económicamente desarrollada, como la nuestra, demanda rapidez y certeza en la contratación, orillando, en la medida de lo posible, los conflictos ante la Administración de Justicia, que, además de costosos, se resuelven con lentitud. Por ello se acude cada vez más al Registro para dar plena garantía al dueño, evitando con la

certeza así conseguida la paralizante controversia. En este sentido ha podido decir SAINZ MORENO que «si la generalización del uso de los Tribunales de Justicia por parte de los ciudadanos que acuden ante ellos ha sido lo que ha caracterizado la primera gran etapa de las sociedades organizadas jurídicamente, el empleo de los Registros puede constituir la segunda gran etapa de la Historia del Derecho» (3).

Los datos estadísticos, a este respecto, son elocuentes: pese al radical cambio operado en la vida socioeconómica del país en los últimos cincuenta años, el número de contiendas jurídicas ha permanecido constante e incluso ha disminuido sensiblemente en la España rural, mientras que la institución registral ha abierto sus libros a la casi totalidad de los actos jurídicos inmobiliarios, de trascendencia económica, acaecidos durante ese tiempo. El número de inscripciones anuales ha aumentado en una década (años 1966 a 1976) en más de una mitad. De 996.854 inscripciones, se ha pasado a 1.586.886. Como dato económico baste señalar que el valor declarado en las transmisiones inscritas, tantas veces por debajo del real, ascendió en el año 1976 a 286.229.745.656 pesetas, o sea cinco veces más que los préstamos concedidos en el mismo año por las cajas de ahorro en su totalidad.

Por otra parte, la presunción de exactitud del contenido del Registro, para el que de buena fe contrate con el titular inscrito, ha facilitado de tal modo el crédito que, por ejemplo, en el año 1976 se constituyeron más de doscientas mil hipotecas, en garantía de 287.019.322.000 pesetas, o sea que el crédito hipotecario hizo circular más dinero que la Bolsa en aquel año próspero en inversión bursátil, y cuadruplicó el montante total de créditos concedidos por las cajas de ahorro.

Junto a esa cifra hay que señalar, además, el capital canalizado a través de los Registros Mercantil, de Venta a Plazos y de Hipoteca Mobiliaria, en cuantía sensiblemente superior a los 350.000 millones de pesetas.

Por lo que sumando esas tres cifras anteriores, y adecuando ponderadamente los valores, los declarados, los fiscales y los reales, se llega a la conclusión de que en el año estudiado (1976) la cantidad de dinero movilizado mediante el Registro superó con creces el billón de pesetas. Es decir, que el dinero circulante mediante el Registro fue igual al Presupuesto General del Estado o de la Seguridad Social para 1978, y equivalió a una cuarta parte del crédito concedido por la totalidad de la Banca española en 1977.

(3) *Fenomenología elemental de la estructura jurídica*, Madrid, 1978.

La simple lectura de tales cifras demuestra con evidencia la trascendencia del sistema registral en la vida socioeconómica del país (4).

Y quizá lo más resaltante de este aspecto económico del Registro esté en su escaso costo social. El Estado y la Administración Pública en cualquiera de sus vertientes no asume prestación alguna para mantener el Registro. Los edificios, oficina, utillaje y personal (cerca de 10.000 empleados), con los consiguientes gastos de Seguridad Social, Mutualismo, etcétera, se costean por los particulares que utilizan la institución, por un precio del 1 al 6 por 1.000 del valor de la finca o derecho inscrito. Comparativamente, el Registro español es, con mucho, junto al británico, el más barato de Europa.

3. SISTEMAS DE REGISTROS

Pero los hechos expuestos, sociológicos y económicos, se producen exclusivamente como consecuencia del sistema de Registro implantado en España en 1861. Por regla general, todos los sistemas de Registro parten de la base de la inscripción o transcripción en un libro, ficha u hoja de los actos, contratos o negocios que tengan por objeto la propiedad y los derechos reales sobre bienes inmuebles. De los distintos sistemas de Registro cabe destacar especialmente los dos que tienen carácter dominante en Europa:

3.1. *Sistema francés o franco-belga*

Se caracteriza por las siguientes notas:

- El efecto básico de la inscripción es negativo. El titular que no inscriba su derecho no puede enfrentar su título al que inscribió. Efecto de inoponibilidad.
- El título accede directamente al Registro, cuya llevanza tiene lugar por fichas personales, con algunas excepciones debidas a reformas recientes.
- El encargado del Registro se limita a examinar los requisitos externos del título y en función de la escasa eficacia del Registro; no juzga sobre la validez o invalidez del acto jurídico que se inscribe.

(4) Datos tomados del Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia.

Estas notas características habían sido en España el esquema informador de las Contadurías de Hipotecas, y tal sistema tuvo alguna influencia indirecta en la Ley Hipotecaria española, a través de la modalidad del sistema registral belga.

3.2. *Sistema germánico o prusiano*

Son sus características fundamentales:

- El efecto típico de la inscripción es la presunción positiva de que el derecho inscrito en el Registro es válido y exacto y el que adquiere del titular registral tiene un derecho inatacable. Se denomina sistema de publicidad positiva.
- La inscripción es el único medio de adquisición de la propiedad; por tanto, no sólo es obligatoria, sino constitutiva, requisito esencial de la adquisición.
- La inscripción no se practica en virtud del título, es decir, del contrato o negocio jurídico civil, sino en virtud de un nuevo negocio jurídico, totalmente formal y otorgado por adquirente y transmitente, en el que ambos consienten en la nueva inscripción, lo que supone una desvinculación entre el contrato civil y el negocio que da lugar al asiento. Producido el consentimiento en la inscripción, ésta tiene lugar con independencia de las causas, motivos, peculiaridades o matices del negocio civil que originó la transmisión inscrita.
- El sistema, que se integra de folios referidos a cada finca, tiene la ventaja fundamental de su eficacia, en cuanto que la seguridad del adquirente es total; pero peca de un inconveniente: el de que, por el formalismo del negocio que motiva la inscripción, los derechos reales inscribibles están taxativamente enumerados, con lo que el sistema resulta poco flexible.

El encargado del Registro califica únicamente el negocio formal de consentimiento en la inscripción y no entra a indagar sobre la validez, invalidez o peculiaridades del negocio jurídico originario que realmente motivó la transmisión.

El sistema tuvo una influencia determinante en el legislador español, que no quiso renunciar a la enorme ventaja que para la seguridad del tráfico supone el sistema prusiano, más desarrollado técnicamente que el franco-belga, aunque sin prescindir de las peculiaridades de nuestro Derecho histórico.

3.3. *Sistema español: sus notas*

Ante la doble influencia del sistema franco-belga y del prusiano, e influido por la tradición civil española de origen romano, que impedía una protección absoluta de la apariencia registral, el legislador de 1861 tuvo el enorme acierto de desenvolver un sistema sincrético, a través de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero, cuyos conceptos permanecen vigentes en su integridad, así como la casi totalidad de sus preceptos positivos.

Se caracteriza por las siguientes notas:

- El sistema registral se entronca de forma plena con el sistema civil de adquisiciones inmobiliarias. Lo que accede al Registro no es un mero título formal (sistema francés) o un contrato típico, rígido y abstracto (sistema germánico), sino la totalidad del acto jurídico civil con toda su riqueza de matices, tanto cuando se trata de sucesiones *mortis causa* como de transmisiones *inter vivos*, tanto en casos de derechos reales típicos como atípicos o de nueva creación.
- La eficacia de la inscripción es doble: produce los efectos de inoponibilidad del sistema francés y los efectos presuntivos de existencia y exactitud del derecho inscrito y de inatacabilidad del que adquiere confiado en el Registro del sistema germánico, si bien con correcciones dimanantes del sistema civil de protección al verdadero titular, que se concretan en la exigencia de la buena fe y en la admisión de la prescripción contra el Registro.
- El Registro se convierte en una herramienta jurídica capaz de publicar toda clase de situaciones reales inmobiliarias, tanto de Derecho privado como de Derecho público, tanto dirigidas a proteger intereses individuales como intereses comunitarios, y es adaptable a cualquier modalidad foral de regulación civil de los bienes inmuebles en el campo sucesorio o matrimonial, o a las alteraciones del contenido del dominio, a sus limitaciones y, en definitiva, al cumplimiento de sus fines sociales.
- Para ello el sistema adopta un criterio original: no se califican actos concretos referidos a derechos reales típicos, es decir, ajustados a una tabla rígida de supuestos inscribibles, sino que se juzga si el acto, cualquier acto, puede ser conceptualizado como origen de una modificación inmobiliaria, a la vista de la suficiencia de una serie de requisitos, unos de origen civil y otros de origen registral. En este sentido el

juicio del Registrador es doble: el acto debe ser válido e inscribible; no basta lo primero ni lo segundo en forma aislada; es necesaria la conjunción de ambos requisitos.

En este sentido, sin alteración alguna del sistema conceptual por el que se rige la Ley Hipotecaria, su contenido se ha aplicado con gran eficacia a lo largo de más de un siglo y ha absorbido sin dificultad tanto las diferentes modalidades de organización de los inmuebles como la transformación socio-industrial de España, constituyéndose en base jurídica de un mercado de capitales y de una multiplicidad de propiedades cuya importancia económica se ha examinado.

Ahora bien: el manejo de esta herramienta jurídica no es nada fácil. En efecto, el Registrador de la Propiedad español no se limita a un examen de los requisitos formales, como en el sistema franco-belga, o de la inclusión en una lista de figuras registrales típicas de un negocio jurídico rígido, como ocurre en el sistema alemán, sino que ejerce una función de contenido vario y de matices distintos.

4. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

El entronque de la masa de actos jurídicos civiles con su publicidad a través del Registro se realiza a través de un mecanismo típico del sistema español constituido por la calificación del Registrador de la Propiedad. Su decisión individualizada respecto de cada acto determina la posibilidad o imposibilidad de publicidad del mismo. En unas ocasiones mediante la apreciación de los requisitos que el propio legislador establece para la inscripción. En otras, y aquí radica la flexibilidad del sistema, plenamente compatible con su eficacia, mediante la apreciación de si el acto concreto contenido en el título que se presenta al Registro reúne las condiciones necesarias, resultantes del sistema hipotecario considerado globalmente, para ser objeto de publicidad registral. De esta forma el juicio calificador del Registrador se convierte en vehículo para la aplicación del sistema registral a aquellos actos o negocios que siendo válidos en la esfera civil no han sido contemplados específicamente por el legislador hipotecario.

5. CONFIGURACIÓN DEL REGISTRADOR

Se configura así al Registrador de la Propiedad como profesional del Derecho, investido de funciones públicas. Tal carácter en el plano inter-

nacional ha sido reconocido por las Declaraciones aprobadas por los Congresos Internacionales de Derecho Registral de Buenos Aires (año 1972), Madrid (1974), San Juan de Puerto Rico (1977) y la reciente de México de 1980, en las que el Registrador encargado de los Registros jurídicos de bienes se tipifica como profesional del Derecho con título universitario, especializado e independiente en su calificación tanto frente a la autoridad judicial como a la administrativa.

5.1. *Como profesional del Derecho*

En cuanto profesional del Derecho, el Registrador participa en la creación y desenvolvimiento espontáneo del Derecho. El Registrador no sólo califica si el acto es o no inscribible, sino que indica el procedimiento para que el defecto que observa se subsane, o señala, en su caso, el camino a seguir para que los fines lícitos perseguidos por los interesados puedan llegar a tener trascendencia registral, desarrollando así una actividad creadora de Derecho y adaptadora del Registro a la realidad cambiante. Sin esta actividad creadora difícilmente se puede comprender cómo ha sido posible la adaptación, sin modificar su literalidad, de una vetusta ley decimonónica (Ley Hipotecaria de 1861, sustancialmente idéntica a la vigente de 1944-46) a la nueva realidad social de un país que ha doblado en cincuenta años su población y que se ha convertido en la novena o décima potencia económica del mundo.

En la aplicación y creación del Derecho confluyen necesariamente dos elementos: el complejo normativo y el jurista aplicador de aquellas normas. Al quedar, en el campo del Derecho Inmobiliario Registral, el componente legal inmóvil, habrá de explicarse el desenvolvimiento y flexibilización de este Derecho, atendiendo al estatuto y labor del intérprete y aplicador de la Ley. Un complejo normativo que surgió a fin de evitar los gravámenes y cargas ocultas sobre los bienes inmuebles para posibilitar el crédito y que continúa textualmente invariable llegue a convertirse en uno de los más importantes pilares de la vida económica, implica un insólito, por su grandeza, derecho complementario de juristas sólo parangonable a la jurisprudencia cautelar romana. Naturalmente, la paráfrasis de estos juristas ha tenido que referirse a la totalidad del Ordenamiento jurídico. La tarea hermenéutica consiste en el ensamblaje de las partes en el todo. Sólo desde una visión global del Derecho ha conseguido el Registrador llenar la mucha veces inerte o anquilosada norma.

5.2. *Como profesional del Derecho investido de funciones públicas*

En cuanto Registrador, se le encomienda el control de la legalidad y naturaleza real de los actos jurídicos relativos a bienes inmuebles, a fin de que los mismos puedan afectar a terceros.

En este sentido se asimila su función con la del encargado del Registro alemán, pero su juicio de valor es mucho más amplio, puesto que no se limita al examen de los requisitos formales o de la tipicidad de un consentimiento rígido y delimitado previamente por el legislador, sino que abarca la totalidad de los requisitos de capacidad de los otorgantes, de validez civil y trascendencia real del acto, de cumplimiento de formalidades externas y de adaptación al contenido anterior del Registro, y ello en relación a cualquier modalidad de modificación de los derechos reales inmobiliarios típicos o atípicos que el jurista sea capaz de imaginar.

Ese juicio de valor emitido por el Registrador es de trascendental importancia para la seguridad y transparencia del tráfico jurídico inmobiliario. Si la intervención del Notario, y subsiguiente protocolización del instrumento, hace fe, frente a terceros, de la fecha de la escritura y del hecho que motiva su otorgamiento (art. 1.218 C. C.), la posterior intervención del Registrador, calificando como válido el acto e inscribiéndolo en su virtud en el Registro de su cargo, hace que la fe pública se extienda incluso, respecto de terceros, al contenido de la escritura. Se constituye así el Registrador en depositario de la fe pública en cuanto al contenido de los actos jurídicos relativos a inmuebles. Por otro lado, y para dar claridad a los asientos, el Registrador ha de cerrar el Registro a todos aquellos pactos que, aun siendo lícitos y válidos entre las partes, no deben afectar a terceros, por ser meras obligaciones personales carentes de los requisitos propios de todo derecho real.

Con todo ello, la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario es plena. Al tercero que pretenda contratar con el titular inscrito le bastará con examinar los asientos del Registro para obtener la seguridad de que adquiere de quien puede disponer y de que su adquisición será protegida.

5.3. *Notas derivadas de ese doble contenido profesional y de control*

Una prueba indudable de la eficacia y de la realidad de este doble contenido profesional y de control lo constituye el fenómeno de que, a diferencia de otros campos del Derecho, en relación al Derecho registral no ha surgido un grupo de profesionales libres. Esta función profesional se asume íntegramente por los Registradores de la Propiedad, si bien la comparten en cierto modo con el Notariado.

Como consecuencia de esta doble función, que es connatural con la doble característica del sistema, es decir, su íntima conexión con el Derecho civil y su carácter flexible y adaptable, la Ley Hipotecaria reguló desde el primer momento como pieza esencial en el sistema registral la figura del Registrador de la Propiedad, con una serie de notas que son esenciales para el desempeño eficaz de su función.

— *Su carácter de jurista especializado*: La Ley Hipotecaria constituye una ruptura con el sistema de contadurías de hipotecas en cuanto expresamente establece la necesidad de que el Registrador sea un profesional de altos conocimientos, sin que baste la mera preparación del antiguo escribano. La aparición del Registro hizo necesaria la preparación profesional del Registrador por las razones ya expuestas, y no sólo eso, sino que influyó decisivamente en la organización del cuerpo paralelo que en íntima conexión con la calificación registral habría de encargarse de la redacción de la masa de instrumentos en que se concreta en el plano civil el negocio inscribible, es decir, el Notariado.

— *Su descentralización*: Ha sido quizá éste el mayor de los aciertos del sistema, y el que ha posibilitado, en gran medida, el masivo proceso de registración vivido en España desde la publicación de la Ley Hipotecaria. La dispersión de los Registros por todo el territorio nacional ha puesto la institución al alcance inmediato de aquellos para quienes se creó, habiendo arraigado de tal forma que hoy día se considera al Registro, en cada Distrito Hipotecario, como algo propio y consustancial.

— *Su independencia*: El Registrador de la Propiedad, tal y como se dibuja el doble contenido de su función en la Ley Hipotecaria, no puede estar sujeto:

- Ni a un régimen de decisión colegiada, puesto que su labor de interpretación integradora es típica del profesional del Derecho, como ocurre con el Notario o con el Abogado.
- Ni a una sujeción directa a la disciplina orgánica del funcionario de la Administración, puesto que su función de control sobre la validez de los actos, incluso de los administrativos, podría verse afectada por su sumisión a una disciplina superior.
- Ni a un sistema de nombramiento discrecional, puesto que en este caso los efectos decisivos de la inscripción y su enorme trascendencia en el orden económico podrían dar lugar a presiones no deseadas. Sólo se accede al cargo de Registrador mediante oposición, integrada de ejercicios teóricos y prácticos, que la convierten en una de las más difíciles, más serias y más prestigiadas del país.

Fruto de esta independencia es la total autonomía que se reconoce al Registrador en la organización de la Oficina a su cargo; libertad en su estructuración, elección, preparación del personal auxiliar, asunción de todos los gastos, etc., lo que equivale a decir que, por razones de operatividad, se ha adoptado el sistema de privatización del servicio público registral, sistema que es también el imperante en la generalidad de los países latinos (Francia, Italia, Portugal) y en muchos otros países europeos (Suiza, Suecia, etc.) e iberoamericanos, y que ha sido considerado como el sistema más adecuado y recomendable por los 29 países representados en el III Congreso Internacional de Derecho registral celebrado en Puerto Rico.

— *Su responsabilidad*: El Registrador de la Propiedad, por razón de la función que realiza, queda sujeto a una responsabilidad individualizada, característica de su actuación profesional, y que afecta a la totalidad de sus bienes, sin perjuicio de la fianza que debe constituir. Responsabilidad que le alcanza por su actuar en el Registro que sirve desde la toma de posesión hasta el cese, rodeados ambos de amplias formalidades, y por razón de la totalidad de los asientos que se practican en el archivo a su cargo o de los que se denegaron o suspendieron por la apreciación de defectos en el título.

Este régimen de responsabilidad patrimonial tiene una doble eficacia: por una parte, asegura los intereses del perjudicado por el error, desconocimiento o ligereza del Registrador, y por otra, da lugar a una atención profesional a la calificación que se ha demostrado de extraordinaria eficacia.

6. AUTONOMÍA DEL DERECHO REGISTRAL

En la doctrina científica se ha abierto paso la teoría de que existe con rasgos autónomos un Derecho Registral, relativo a la institución de los Registros públicos y a su eficacia. El Derecho registral así configurado es un derecho para la seguridad jurídica, ya se trate de Registros de la Propiedad, Mercantiles, de Hipoteca Mobiliaria o de Ventas a Plazos.

En este Derecho registral, señala AMORÓS GUARDIOLA (5), se observa la concurrencia de hecho de una serie de circunstancias que lo confirman como derecho especial independiente: *a)* la legislación separada; *b)* la existencia de un objeto propio y plenamente diferenciado: el Registro;

(5) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1967, pág. 71.

c) la vigencia de unos criterios inspiradores de carácter formal, distintos de los que informan la legislación civil; y d) la realidad de una jurisdicción separada, que se manifiesta en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictadas en recursos gubernativos.

Resulta así ser un Derecho especial frente al común o general que representa el Código Civil. Este Derecho especial es de aplicación general, ya que está vigente en todo el territorio nacional (6), sin que se entremezclen en su aplicación práctica problemas de Derecho foral. Se trata, en fin, de un Derecho normal, no excepcional, por cuanto sus criterios o principios inspiradores tienen valor organizador general dentro de la especialidad de su propio objeto. Sin que se pueda decir (7) que sea un derecho excepcional o singular de interpretación restrictiva, porque su *ratio* legal no entraña excepción a nuestra organización jurídica general, sino que supone el desenvolvimiento en el campo registral de los principios propios de protección del tráfico.

Esta autonomía ha sido reconocida por las declaraciones 1.^a y 2.^a de la «Carta de México», aprobada en esta ciudad en 1980, con intervención de delegados de 25 países, y en la que textualmente se dice: 1. El régimen y la organización de los Registros Jurídicos de Bienes corresponde al Estado, mediante ley de aplicación general que determine la estructura y función de dichos Registros. 2. La regulación de tales Registros se inspirará en el criterio de sometimiento al Derecho, dentro de un marco orgánico que garantice una plena autonomía funcional, indispensable para satisfacer la publicidad y la seguridad del tráfico jurídico y la garantía del crédito.

Visto lo expuesto anteriormente, parece justificada la pretensión del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España de que se desarrolle y amplíe el estudio del Derecho registral en la Universidad, y ello podría lograrse de momento sin alteración del plan de enseñanza en vigor, mediante la organización en las Facultades de Derecho de cursos paralelos y voluntarios sobre Derecho registral, en los que los Registradores nos brindamos a participar. Dichos cursos tendrían por objeto ahondar en el estudio de esta rama del Derecho y familiarizar a los estudiantes con la preparación de las oposiciones donde dicha materia se exija o con el ejercicio profesional de la Abogacía, ya que por ser de aplicación constante por Jueces y Tribunales aquéllos tienen verdadera necesidad de estudiarla.

Con independencia de lo anterior, consideramos también conveniente que en las Facultades de Derecho, y bajo el patrocinio de nuestro Cole-

(6) DE CASTRO: *Derecho Civil español*, tomo I, págs. 101, 102 y 103.

(7) AMORÓS: *Ob. cit.*, pág. 82.

gio Nacional, se imparta un curso especial de doctorado que verse sobre temas fundamentales de Derecho hipotecario, y, finalmente, que la preparación para el ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad y Mercantiles se efectúe en academias de preparación registral independientes, pero financiadas económicamente por el Centro de Estudios Hipotecarios, y en las que de algún modo tengan intervención los profesores universitarios.

Con ello lograríamos robustecer la vinculación de la Universidad con nuestra actividad profesional, con resultados, a no dudarlo, muy positivos para ambas y, sobre todo, para los que se inician en el estudio del Derecho y que merecen toda la atención y apoyo que facilite la elección y ejercicio de su vocación jurídica.

CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

5. ES DEFECTO, AUNQUE SUBSANABLE, QUE EL AUTO ESTIMATORIO, DICTADO EN EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO REGISTRAL INTERRUPTIDO, NO CONTENGA EXPRESAMENTE, COMO IMPONE EL ARTÍCULO 286 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, EL PRONUNCIAMIENTO DE CANCELACIÓN DE LAS INSCRIPCIONES CONTRADICTORIAS.

Resolución de 7 de marzo de 1979 (B. O. del E. de 27 de marzo).

Antecedentes de hecho.—Mediante escrito de fecha 22 de julio de 1976, el Procurador don Felipe Ramos Arroyo, en nombre y representación de doña Laureana Gómez González, promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de una finca urbana de 200 metros cuadrados de superficie, situada en el término municipal de Vicálvaro, que se describe a continuación, y en cuyo auto se recogen los siguientes extremos: Que su representada, doña Laureana Gómez González, era dueña en pleno dominio y al propio tiempo poseía la referida finca; que anteriormente había pertenecido a don Bonifacio Clemente Herradón, que se la había vendido en fecha no precisada del año 1935, sin que se suscri-

biera documento alguno, dada la relación de amistad existente en aquel entonces entre las dos partes, adjuntándose algunos documentos probatorios de que doña Laureana Gómez González había venido poseyendo en concepto de dueña la referida finca desde aquella fecha y continuando en la actualidad con dicho dominio; que la referida finca se halla enclavada actualmente en la calle de Hermanos Machado, número 24, sin que se encuentre arrendada a persona alguna, disponiendo de la misma doña Laureana Gómez, con toda libertad, desde hace más de treinta años; que se acompaña certificación de defunción de don Bonifacio Clemente Herradón, certificación del Registro de la Propiedad número 8 de Madrid, así como certificación de la Sección de Catastros de la Delegación de Hacienda de la provincia, de 6 de octubre de 1976, en la que se hace constar que la finca citada figuraba tributando a nombre de doña Laureana Gómez González; que en 26 de octubre de 1976 se dictó providencia, acordando dar traslado del escrito al Ministerio Fiscal y citar a los colindantes de la finca, así como convocar a las personas ignoradas, a quienes pudiera perjudicar la inscripción interesada, por medio de los correspondientes edictos; que transcurrido el término de tales citaciones sin que compareciera persona alguna a alegar lo que a su derecho conviniera se practicó la prueba documental y la testifical, habiendo sido examinados tres testigos que manifestaron ser ciertos los hechos; que por el Ministerio Fiscal se interesó la declaración de los hijos del titular registral, compareciendo tres de los cuatro de ellos, los cuales manifestaron que era cierto el hecho de la venta de la finca de que se trata, no teniendo ninguno de ellos inconveniente alguno en que se inscriba a su nombre en el Registro de la Propiedad, y que, por último, se declaraba justificado a favor de doña Laureana Gómez González el dominio de la finca de la calle de Hermanos Machado, 24, ordenando la entrega a la interesada testimonio literal del auto, para que le sirva de título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad número 8 de Madrid.

Presentado en el Registro de la Propiedad número 8 de Madrid el anterior documento fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del auto resolutorio del expediente de dominio, instado para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, por no ordenarse en la parte dispositiva de la resolución la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Siendo insubsanable el defecto, no procede tomar anotación preventiva».

El nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que el artículo 202 de la Ley Hipotecaria no exige tal requisito, ya que es el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, al decir que: «El auto aprobatorio del expediente... dispondrá la cancelación», en el que emplea este término, pero en sentido de admonición más que en un sentido propiamente imperativo, como se deduce del propio contexto de dicho precepto, ya que a continuación emplea el término «necesariamente» para referirse a aquellos requisitos que ha de contener el auto, sin los cuales no es posible la inscripción. Que por ello la palabra «dispondrá», más bien puede interpretarse en el sentido de que la posibilidad de cancelar la tiene el auto por sí mismo, es decir, como resolución emanada de la autoridad judicial, sin que sea preciso—aunque en la práctica se venga haciendo de otra forma—que en su literalidad se contenga un mandato al Registrador para que

cancele; que ésta es la interpretación más lógica del artículo 286 del Reglamento Hipotecario en relación con el 202 de la Ley, y por ello ha de reconocerse que a ser inscribibles los autos dictados en estos expedientes de dominio, necesariamente habrán de cancelarse las inscripciones anteriores, a fin de que no existan contradicciones en el Registro.

El Registrador informó: Que en el auto del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, que nos ocupa, no hay mandato alguno cancelatorio de inscripciones contradictorias, por lo cual no se ajusta a los términos imperativos del ordenamiento; que los términos empleados por el artículo 286 del Reglamento Hipotecario: «que el auto aprobatorio de expediente... dispondrá la cancelación», no pueden interpretarse en otro sentido que en el imperativo, y ello no sólo por la literalidad de la norma, sino por la aplicación del principio hipotecario de legitimación, que exige la cancelación del asiento contradictorio; que éste también es el criterio mantenido constantemente por la jurisprudencia de la Dirección General, pudiéndose citar, entre otras Resoluciones, las de 16 de noviembre de 1923, 27 de noviembre de 1958 y 16 de julio de 1973.

El Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento informó: Que el auto dictado da cumplimiento a los dos principios rectores del procedimiento civil, que son los de rogación y congruencia; que según el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los principios de jerarquía de las normas, no podrán los Tribunales aplicar otras disposiciones, de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las Leyes; que lo mismo resulta de los ordenados en el título preliminar del Código Civil sobre la misma materia, y que de la simple lectura de los artículos 202 de la Ley Hipotecaria y 286 de su Reglamento se desprende que la disposición reglamentaria restringe, modifica, varía y altera lo dispuesto por la Ley, al aumentar el número de los requisitos exigidos por ésta para la inscripción de las resoluciones judiciales que se dicten en los expedientes de dominio tramitados con arreglo al artículo 201 de la misma Ley, por lo que, ante esta colisión de normas, debe prevalecer lo dispuesto en la de rango superior, es decir, en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y por el Juez que intervino en el procedimiento, declarando que la disposición del párrafo 1.º del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, de que los expedientes tramitados con arreglo a la misma serán inscribibles, aunque en el Registro aparecieren inscripciones contradictorias, siempre que éstas tengan más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado legalmente y no hubiera formulado oposición, es cabalmente aplicable al expediente de dominio que nos ocupa, puesto que la inscripción vigente de dominio databa de 20 de febrero de 1932, o sea, de más de treinta años, habiendo sido precedentemente citados por edictos insertos en el Ayuntamiento, *Juzgado Municipal*, *Boletín Oficial de la Provincia* y en periódico de los de mayor circulación de la capital, todas las personas que menciona el artículo 201 de la propia Ley, sin que ninguna de ellas compareciera a oponerse; que el adjetivo «inscribible» empleado por la Ley quiere gramaticalmente decir que los expedientes a que se refieren pueden inscribirse ya, con la sola concurrencia, aquí apreciada, de los complementarios requisitos señalados por el propio precepto, y nada más.

Apelado el auto presidencial por el Registrador, la Dirección General acordó (1), con revocación del auto apelado, que procede confirmar la nota del Registrador, si bien estimando el defecto como subsanable, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—El problema planteado en el presente recurso consiste en determinar si en el auto que pone término al expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo registral interrumpido ha de contenerse expresamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias o, por el contrario, tiene por sí virtualidad cancelatoria sin necesidad de mandato alguno.

La tramitación de un expediente de dominio, al objeto de reanudar el tracto sucesivo interrumpido, lleva implícita por parte del solicitante la petición de que se cancelen las inscripciones contradictorias que estuvieren vigentes, ya que la finalidad primordial pretendida por el peticionario es la de que si aparece justificado su dominio sobre el inmueble, se dicte por el Juez, a través del procedimiento regulado en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, el correspondiente auto, que, consentido o confirmado, será título bastante para la nueva inscripción, siempre que se den las circunstancias del artículo 202 de la misma Ley.

A diferencia de este artículo 202 de la Ley, que no establece ningún requisito sobre el particular, el Reglamento Hipotecario, al desarrollar este precepto legal impone en su artículo 286 con un rigor formal excesivo, y quizá no totalmente justificable, dadas las garantías de que aparece rodeado el procedimiento debido a su carácter judicial, que el auto ordene expresamente, además de la inscripción de dominio a favor del autor, la cancelación de aquellas inscripciones que le sean contradictorias, así como que se han observado los requisitos exigidos y la forma en que se practicaron las citaciones prescritas.

Por último, el defecto no puede ser estimado como insubsanable, ya que a petición de la parte actora puede ser completado el auto aprobatorio y contener la omisión formal padecida, por lo que dejará de existir el obstáculo reglamentario que se opone a la inscripción del dominio a favor de la interesada.

COMENTARIO.—A) *El recurso.*—Alterando un poco el considerando primero de la resolución puede decirse que el problema planteado en el recurso consiste en determinar si es o no defecto el que el auto estimatorio del expediente para la reanudación del tracto registral interrumpido no contenga expresamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias. Y en caso de estimarse que la contestación debe ser afirmativa, determinar si el defecto sería insubsanable o subsanable.

Sostienen la contestación negativa, aunque con distinta energía, el recurrente, el Magistrado-Juez que intervino en el expediente y el Presidente de la Audiencia.

El escrito de recurso defiende que no es necesario, aunque sea usual, que el auto contenga expresa y literalmente el mandato de cancelación de las inscripciones anteriores, pero lo defiende en términos de gran prudencia, tratando de interpretar en este sentido el artículo 286 del Re-

(1) VISTOS los artículos 6, 20, 201 y 202 de la Ley Hipotecaria, 286 del Reglamento para su ejecución y las Resoluciones de 27 de noviembre de 1958 y 16 de julio de 1973

glamento, en relación con el 202 de la Ley, negando el carácter imperativo de la primera parte del texto reglamentario (cancelación de las inscripciones contradictorias), carácter imperativo que, en cambio, concede a la segunda parte, que emplea el término necesariamente (observancia de los requisitos del 202 de la Ley y forma en que se han practicado las citaciones del 201, regla 3.ª).

El informe del Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento y el auto del Presidente de la Audiencia niegan la necesidad del expreso mandato de cancelación en términos mucho más enérgicos, pues mantienen que el Juez debe tener en cuenta solamente la Ley Hipotecaria y cuidar de que se cumplan los requisitos de sus artículos 201 y 202, prescindiendo del Reglamento Hipotecario, cuyo artículo 286 restringe, modifica, varía y altera lo dispuesto por la Ley, contra el principio de jerarquía de las normas.

Sostienen la contestación afirmativa, aunque también con diferencias de tono, la nota de calificación, el informe del Registrador y los considerandos de la resolución.

La nota, a través de una anfibología, parece apoyar la calificación negativa en el artículo 202 de la Ley. Es claro, no obstante, que este artículo se refiere a las inscripciones contradictorias, pero no menciona para nada su cancelación.

El informe del Registrador sostiene la necesidad del mandato de cancelación en base al texto literal del artículo 286 del Reglamento, al principio hipotecario de legitimación que exige la cancelación del asiento contradictorio, y a la constante jurisprudencia de la Dirección. No se trata sólo de una exigencia formalística del Reglamento, sino de una exigencia de los principios básicos en materia de cancelación de asientos registrales.

La Dirección General da la razón al Registrador por entender que el precepto reglamentario es el directamente aplicable, y ser imposible desconocerle; pero no le mantiene con gran convicción porque dice, en el considerando tercero, que el artículo 286 del Reglamento, al desarrollar el artículo 202 de la Ley, exige el mandato de cancelación «con un rigor formal excesivo y quizá no totalmente justificable...».

El primer considerando reduce el problema planteado a si el auto en cuestión debía contener expresamente el mandato de cancelación de las inscripciones contradictorias o si tenía por sí virtualidad cancelatoria, sin necesidad de mandato alguno. Cuando el segundo afirma que el expediente de reanudación de tracto lleva implícito la petición de tal cancelación, como requisito para la nueva inscripción, da por supuesto que ésta ha de cancelar la antigua contradictoria y, por tanto, sólo ha de decidirse si el mandato expreso de cancelación es requisito del auto y su omisión defecto del mismo. Sin salirse de este ámbito, el tercer considerando se limita a aplicar el texto reglamentario, entendiendo que exige al auto la doble orden de inscripción de dominio a favor del autor y de cancelación de las inscripciones que le sean contradictorias. Aun reconociendo su obligatoriedad, le acusa de rigor formal excesivo y quizá no totalmente justificable, dadas las garantías de que aparece rodeado el procedimiento debido a su carácter judicial.

La Dirección se limita a la estricta aplicación del Reglamento sin intentar desvirtuar las graves acusaciones hechas al mismo por el Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento y por el Presidente de la

Audiencia, cuando estiman que altera lo dispuesto en la Ley al exigir más requisitos que ésta. Tampoco se enfrenta a las opiniones de quienes niegan que el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, cuando habla de inscripciones contradictorias, se esté refiriendo a las vigentes de dominio últimas.

Opino que el problema no debe quedar reducido a términos tan simples y que es lícito preguntarse antes, si es una verdadera cancelación lo que procede respecto a la inscripción última de dominio; porque si es cierto que no se trata de una verdadera inscripción de transferencia, tampoco es propia cancelación de la inscripción vigente, y menos de todo el folio registral anterior al corte del tracto, y, en cierto sentido y para determinados efectos, la inscripción de reanudación del tracto registral confirma, más que cancela, la inscripción antigua, haciéndola soporte, a través de las citaciones, de la de reanudación.

Es cierto que los autos de reanudación de tracto suelen cumplir el precepto reglamentario en este punto y que los Registradores suelen ajustarse al Reglamento y al modelo XIV de los publicados con el vigente (2) y practican la nota marginal prevista en el artículo 195 (nota marginal de cancelación en la inscripción última de dominio), pero no cabe tampoco desconocer que en ocasiones se abstienen de rechazar la inscripción de autos como el del recurso, precisamente por no estar muy convencidos de ser una verdadera cancelación lo procedente.

B) *Opiniones doctrinales.*—Roca, inmediatamente después de reproducir el artículo 286 del Reglamento, estudia los efectos del expediente reanudador del tracto y afirma que su inscripción pone al día el contenido del Registro, si bien *per saltum*; la titularidad del dominio inscrito hasta entonces, queda sustituida por la titularidad nueva y añade que, en su caso, deberá producirse además la cancelación del asiento relativo al derecho real, registrado como carga de dicho dominio, que en el escrito inicial se haya dado por extinguido. No insistiré en los conocidos argumentos de Roca para interpretar el precepto reglamentario en el sentido de que las inscripciones contradictorias a que se refiere no son las de dominio del titular último, sino las de derechos reales limitados que, pesando como gravamen del dominio, sean negados en su existencia o subsistencia. La completa evolución histórica que hace de los efectos cancelatorios de las informaciones o expedientes de dominio es suficientemente concluyente para demostrar la falta de tecnicismo al hablar de cancelación de las inscripciones contradictorias y también lo excesivo de exigir en el auto un mandato expreso de cancelación, cuando la Ley ha regulado expresamente el expediente como reanudatorio del tracto interrumpido. De lo que nunca nos ha convencido Roca es de que el legislador del Reglamento se refiriese a la cancelación de los gravámenes recayentes sobre el dominio cuyo tracto registral se reanuda (3).

Y nunca nos ha convencido Roca porque LA RICA—miembro de la Comisión redactora—rechaza que sea una falta de tecnicismo hablar del al-

(2) Este modelo también presupone que el auto ordena la cancelación de la inscripción última y vigente de dominio, y en el acta de inscripción añade las palabras: « quedando cancelada la expresada inscripción contradictoria ».

(3) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*, 1968, tomo III, págs. 371 a 381 y 359 y ss. No he encontrado novedad ni adición en esta materia en la 7ª edición, 1979, págs. 195 y ss., y 182 y ss.

cance cancelatorio del expediente de dominio, dice que para inscribirle constituye un obstáculo la inscripción contradictoria y por ello es necesario cancelarla, y termina afirmando que el alcance cancelatorio sólo llega a los asientos de posesión o dominio vigentes que se le opongan, pero no a los asientos vigentes de cargas, gravámenes o derechos reales, pues aunque se cite a sus titulares es por si tienen algo que oponer en cuanto al dominio, pero no en cuanto a la subsistencia o insubsistencia del derecho real cuya cancelación habrá de practicarse por otros cauces (consentimiento del titular, sentencia, liberación de gravámenes o caducidad) (4).

CAMY, aunque dice que el auto expresará que habrán de ser canceladas las inscripciones contradictorias (art. 286 del Reglamento Hipotecario), se lamenta de esa terminología porque el término de cancelación debe reservarse para los supuestos en que desaparezca el derecho a la finca, pero no para los cambios en su titularidad, en los que no se extingue nada, sino sólo se sustituye la persona a cuyo favor se proclama la titularidad del derecho inscrito (5).

LACRUZ-SANCHO REBULLIDA (6) dicen que se trata de reanudación de la vida registral y no del tracto sucesivo interrumpido, porque éste no se reanuda, sino que renace: la primera inscripción de esta nueva fase del historial hipotecario de la finca no trae causa del último asiento de la fase anterior; es más: lo cancela. No hay tracto sucesivo entre ambas fases, aunque sí dentro de cada una de ellas; no se reanuda, sino que se reinicia. Y añaden que el asiento que se practique como consecuencia del expediente será una primera inscripción, es decir, abstraída de la causalidad inscrita, límite inicial del tracto y, sin embargo, no será de inmatriculación, porque la finca está ya incorporada al Registro. Resulta difícil opinar sobre estas ingeniosas críticas de LACRUZ (7) a la expresión legal reanudación del tracto sucesivo interrumpido; sin duda, representan un intento de plantear interesantes problemas sobre el juego de los principios hipotecarios básicos en el período de interrupción de la vida registral que separa las dos fases, pero creo que el planteamiento no conduce a fáciles soluciones y no soy partidario de dar en ningún sentido el trato de primera inscripción a la del expediente de dominio cuando resulta legalmente tan clara la subsistencia, en principio, de los derechos reales

(4) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949. Modificaciones, págs 325 a 330. Prescindiendo de extenderme en la discusión de RICA y LA RICA, debe hacerse notar que el mismo LA RICA desvirtúa en parte su tesis favorable a la cancelación de las inscripciones contradictorias, cuando afirma que las inscripciones de dominio se cancelan siempre virtualmente por su transferencia y por ello es correcto hablar de la eficacia cancelatoria de los expedientes que, al ordenar inscribir el dominio a favor del titular actual, implícitamente cancelan el asiento anterior que se le opone y que, por fuerza, ha sido objeto de transferencia. Siendo todo ello así estaríamos ante una clara cuestión bizantina y terminológica y el mandato de cancelación en el auto claramente sobran. Desgraciadamente la cuestión no es tan sencilla, porque si llevamos el problema de la cancelación de la inscripción contradictoria a sus últimas consecuencias, nos encontramos con el tema de las presunciones de exactitud registral en el período de interrupción del tracto y no sólo con la dificultad clarísima de que la cancelación de la inscripción última haría revivir la penúltima también obstaculizadora de la inscripción del expediente.

(5) BUENAVENTURA CAMY *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1972, vol VI, página 737. Con argumentación más completa se opone a la terminología legal en los diversos supuestos de extinción de los elementos del folio registral con consideración especial del cambio de titularidad que se produce en los supuestos de reanudación de tracto y de usucapión en los que resulta absurdo—según él—estimar que se opera una cancelación seguida de una inmatriculación, en el vol. V, págs. 747 y ss.

(6) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, págs. 377 a 379.

(7) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, páginas 420 a 421, en las que ya aparecían los párrafos referidos en iguales términos.

limitados que graven la finca, y tampoco lo soy de estimar que hay una cancelación pura y simple del último asiento de la fase anterior, lo que repetimos, haría renacer la vigencia del penúltimo.

CHICO y BONILLA (8) se limitan a una ligera referencia a las contrapuestas opiniones de ROCA y LA RICA sobre la eficacia cancelatoria del expediente de reanudación de tracto y sobre si sirve también para justificar la titularidad y adquisición de un derecho real distinto del dominio; pero no hacen ninguna glosa especial del artículo 286 del Reglamento que transcriben.

Como vemos, las opiniones doctrinales sobre la traducción en una cancelación formal de los efectos de la inscripción de reanudación de tracto respecto a la inscripción última de dominio son un tanto contradictorias. La contradicción de opiniones no es de extrañar por cuanto el legislador acaso no haya acertado del todo en la determinación de la naturaleza hipotecaria-procesal del procedimiento de reanudación de tracto y de los efectos de la inscripción de reanudación.

Aunque se considere exagerado hablar, como hace ROCA, de *falsa* teoría de las inscripciones contradictorias y de su cancelación, no cabe duda que la exigencia reglamentaria de que el auto dictado en el expediente de dominio contenga el expreso mandato de cancelación de la inscripción última de dominio no tiene otra justificación que la accidentada evolución histórica de los expedientes de dominio y posesorio de reanudación de tracto, originariamente sólo inmatriculadores y que hubieron de luchar contra la resistencia a admitir ninguna cancelación sin consentimiento de su titular o sentencia judicial firme en procedimiento seguido contra el mismo. Los expedientes de dominio no tenían efectos cancelatorios ni en la Ley de 1869 ni en la de 1909, a pesar de que pudiera deducirse lo contrario de la regla 2.ª del artículo 393 de ésta. Fueron los Reales Decretos de 13 de junio y 19 de julio de 1927, retocando el artículo 400 de la Ley y el 503 del Reglamento, los que consideraron inscribibles el expediente de dominio, aunque hubiese inscripciones contradictorias, siempre que fuesen de más de veinte años de antigüedad y su titular hubiese sido citado en debida forma y no hubiese comparecido a formular oposición. Anteriormente, el Reglamento Hipotecario de 1915 había dado al expediente de dominio valor cancelatorio de las inscripciones de posesión y de las de dominio si el titular hubiese sido oído en el expediente. Costó tanto que el expediente de dominio rompiese la barrera de los fundamentales artículos 20, 38 y 82 de la Ley, que cuando la reforma de 1944-46 establece como figura normal el expediente de reanudación de tracto y está claro que su admisión deriva de una presunción de discordancia del Registro con la titularidad real por interrupción del tracto, se continúa con la obsesión del artículo 82 y asimilando el supuesto al de ejercicio de una acción reivindicatoria con nulidad del título del titular registral, en el que sí resulta correcto hablar de cancelación de una inscripción. En la reanudación de tracto, como acaso también en el de inscripción de una sentencia declaratoria de adquisición por usucapión de finca inscrita, no es tan claro que se deba cancelar una inscripción que en su día fue exacta, debió producir todos sus efectos e incluso puede que deba producir

(8) JOSÉ MARÍA CHICO y ORTIZ y JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1963, tomo I, págs. 524 y 525.

algunos después de la reanudación del tracto o de la inscripción de usucapión.

Acaso por esto—y no para disimular que la inscripción del auto de reanudación de tracto contradice el artículo 82—, la Ley se abstiene de mencionar la cancelación de las inscripciones contradictorias, y por lo mismo encuentro posible interpretar la exigencia reglamentaria referente al mandato de cancelación, en el sentido de exigir que el auto sea claramente reanudatorio del tracto, de manera que no exista duda de que el expediente ha sido de este tipo, se ha tenido muy en cuenta el contenido registral y se ha procedido, en consecuencia, a dar riguroso cumplimiento a todos los requisitos y citaciones que la Ley exige y precisamente en la forma que lo exige, quedando perfectamente identificadas las inscripciones registrales que más que cancelarse han de continuarse por vía de reanudación del tracto interrumpido (9).

C) *Resoluciones de la Dirección.*—El Registrador, para robustecer el mandato del artículo 286 del Reglamento, cita en su informe las Resoluciones de 16 de noviembre de 1923, de 27 de noviembre de 1958 y de 16 de julio de 1973. La Dirección, en el vistos, omite la primera de ellas, acaso por estimar que la reforma hipotecaria la dejaba sin valor. Pero ninguna de las tres es totalmente concluyente para deducir que el mandato expreso de cancelación debe ser requisito esencial en la fórmula del auto.

La Resolución de 23 de noviembre de 1923 versó sobre la calificación de un expediente de dominio instado por un adquirente de una finca de una Obra Pía del Cabildo catedralicio de Córdoba; el Juzgado declara justificado el dominio de dicho adquirente y la Audiencia confirmó el auto excepto en cuanto mandaba cancelar la inscripción de posesión existente a favor del Estado por incautación como procedente de una Capellanía, particular respecto al cual un considerando parece revocar el auto del Juzgado, porque el Reglamento (art. 503 del entonces vigente de 1915) no preceptúa que el auto ordene la cancelación de la inscripción contradictoria, sino que se refiere a la actuación del Registrador, aunque también dice que no puede resolver sobre la cancelación por no haberse pedido por ninguna de las partes. El Registrador inscribió el expediente dejando subsistente la inscripción de posesión a favor del Estado y haciéndolo constar así en la nota al pie. El interesado recurre por no haberse efectuado tal cancelación, y la Dirección resolvió ordenando cancelar la inscripción a favor del Estado porque a pesar de los artículos 82 y 83 de la Ley, los expedientes de dominio pueden servir para cancelar inscripciones de posesión contradictorias cuando ha sido oído el titular según el Registro, que a mayor abundamiento ha sido vencido en ambas instancias.

La Resolución de 27 de noviembre de 1958 encontró como obstáculos

(9) El recurrente apunta en esta dirección que el artículo 286 se expresa en términos muy distintos en el párrafo dedicado a exigir que el auto *disponga* la cancelación de las inscripciones contradictorias y en el párrafo dedicado a exigir que *necesariamente* se exprese que se han observado los requisitos exigidos, según los casos, por el artículo 202 de la Ley y la forma en que se hubieran realizado las citaciones de la regla 3.ª del 201.

Un descuido de la Resolución fortalece el criterio de que el mandato de cancelación como requisito formal y formalístico del auto no es tan seguro como parece deducirse del artículo 286. En el tercer considerando se dice que el Reglamento impone que el auto ordene expresamente la inscripción de dominio a favor del autor. Creo que ni la Ley ni el Reglamento exigen tal cosa, y resulta un tanto incongruente que no habiendo mandato de inscripción haya en cambio mandato de cancelación porque la lógica impone que haya ambos mandatos simultáneamente o que no se dé ninguno de ellos.

sustantivos para denegar la inscripción de un expediente de dominio de reanudación de tracto, no haberse citado al titular registral en la forma preceptuada por el artículo 202 de la Ley y haberse citado, en cambio, a los colindantes, requisito propio del expediente para inmatricular, pero no del de reanudación de tracto. Como defecto secundario se cita la carencia de la disposición cancelatoria exigida por el artículo 286 del Reglamento, que—dice—allana el obstáculo para la extensión del asiento, de hallarse inscrita la finca y ser necesario cumplir el tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley) Pero hay razones para estimar que este defecto secundario se consideró precisamente porque de los otros obstáculos sustantivos y del contexto total del auto se desprendía cierta imprecisión sobre el verdadero tipo del expediente tramitado (de inmatriculación o de reanudación de tracto).

La Resolución de 16 de julio de 1973 encontró obstáculos para utilizar el expediente de dominio para un complejo supuesto de hecho en que existían más bien inscripciones vigentes sometidas a condiciones y sustituciones que verdadero tracto interrumpido, y también como obstáculo secundario reconoció el defecto de no ordenar el auto la cancelación de los asientos contradictorios con la misma remisión argumental al obstáculo resultante del tracto sucesivo. Leída en su totalidad resulta en qué corta medida refuerza el artículo 286 del Reglamento (10).

D) *La cuestión fundamental.*—La resolución da por supuesto que el expediente de reanudación de tracto lleva implícita la cancelación de las inscripciones contradictorias vigentes y que el Registrador ha de practicar esta cancelación. No obstante, vimos que esto no es unánimemente admitido, y la explicación de que en muchos autos dictados en expedientes de reanudación de tracto falte el expreso mandato de cancelación, se debe a la difusión de la obra de ROCA SASTRE, con su peculiar interpretación del efecto cancelatorio del auto y del artículo 286 del Reglamento.

Pero profundizando más en los efectos de la inscripción de reanudación de tracto y en el problema de la cancelación de la inscripción contradictoria encontramos una importante laguna legal y doctrinal en este tema de los efectos, contra tercero y respecto de tercero, de la inscripción de reanudación de tracto y del juego de los principios registrales, y principalmente de los de presunción *juris tantum* y *juris et de jure* de exactitud registral, en el registralmente vacío período de interrupción de tracto.

Por ello la cuestión, meramente formal a primera vista, de si se produce una verdadera cancelación de la inscripción última tiene más enjundia sustantiva de lo que parece, a pesar de que los autores sean excesivamente parcos: en las consecuencias prácticas de la incidencia de la reanudación del tracto interrumpido en los principios básicos, en el juego

(10) Para decidir sobre el carácter más o menos trascendental del requisito establecido en la primera parte del artículo 286 del Reglamento Hipotecario tampoco ayudan mucho las Resoluciones de 25 de mayo de 1948 y 15 de enero de 1952. En la primera, dictada poco después de la entrada en vigor del artículo citado, no se indica expresamente si el auto contenía o no el mandato de cancelación, aunque parece que el fallo sólo consignaba expresamente que «a juicio del proveyente el solar es de la propiedad y dominio de» la Entidad que inició el expediente. No obstante, la Dirección declaró inscribible el auto. En la segunda el auto sí contenía el acuerdo expreso de cancelación de todas las inscripciones contradictorias que aparecían vigentes, pero en cambio la Dirección declaró no inscribible el expediente porque su objetivo, puesto de manifiesto por el Auto presidencial apelado, era burlar mediante una confabulación familiar unas cláusulas testamentarias que imponían una prohibición de enajenar (Ver el Comentario de GINÉS CÁNOVAS a esta Resolución de 15 de enero de 1952 en esta Revista, abril 1952, núm. 287, págs 284 y ss)

de éstos en el período de interrupción y en las posibles controversias entre los titulares de la inscripción cancelada y la nueva, o de un tercero contra cualquiera de ellos, si el título base del expediente o el expediente mismo son puestos en entredicho en juicio declarativo ordinario.

Un ejemplo de todo esto puede ser la pregunta de a favor de quien juega la presunción posesoria *ad usucapionem* del artículo 35 de la Ley Hipotecaria durante el período de interrupción del tracto (desde la fecha de la inscripción cancelada a la fecha de la inscripción de reanudación del tracto), en caso de plantearse un proceso de usucapión entre ambos sucesivos titulares o entre alguno de ellos o un tercero.

Aún más importantes son las incidencias de la reanudación del tracto en el principio de fe pública registral y aquí es donde la laguna es más notoria. Es claro que del artículo 207 de la Ley resulta *a sensu contrario* que no existe ninguna limitación en cuanto a los efectos respecto de tercero en las inscripciones practicadas en virtud de expediente de dominio, ya sea éste de inmatriculación o de reanudación de tracto. Pero tampoco ofrece duda que, a la vista de la estrecha medida en que cabe hablar de cosa juzgada en el auto de reanudación de tracto (como demuestra el artículo 284 del Reglamento y la Sentencia de 6 de junio de 1956), cabe pensar en los muchos problemas que pueden surgir en los procedimientos judiciales entablados entre el titular de la inscripción cancelada o sus causahabientes y el titular de la inscripción de reanudación de tracto o los suyos, y para los cuales es insuficiente decir que esta inscripción produce los mismos efectos respecto de tercero que cualquier otra y que la única diferencia es haberse practicado en virtud de un título supletorio.

ROCA SASTRE se limita a decir—y es de los que más dicen—que inscrito el auto aprobatorio del expediente de dominio reanudador del tracto, el Registro publicará como vigente una titularidad nueva; sin embargo, el nuevo titular no podrá pretender la protección de la fe pública registral, ya que no es un adquirente o sucesor registral del anterior titular, salvo que el expediente sea el exponente de una transmisión onerosa otorgada por el anterior titular registral (11). Y añade que asimismo dicho nuevo titular registral podrá aprovecharse de dicha protección de la fe pública que haya entrado en actuación a favor del anterior o anteriores titulares registrales. Aunque no encuentro esto último muy seguro, porque como el mismo Roca dice, el nuevo titular no es sucesor registral del anterior ni es necesario determinar ni justificar las transmisiones intermedias (artículo 285 *in fine* del Reglamento), lo más criticable en la exposición de Roca y de los restantes tratadistas es no haber destacado que el tercero subadquirente del nuevo titular, protegido por el artículo 34, sí goza de total protección incluso contra el titular registral antiguo y sus causahabientes no inscritos.

Por este silencio de la Ley y la doctrina ha sido posible que la Sentencia de 16 de mayo de 1980 haya puesto en entredicho la protección del tercero amparado por el artículo 34 en base a una inscripción de reanudación de tracto. Esta sentencia falló en contra del recurrente subadquirente del titular inscrito en base a un expediente de reanudación de tracto, que alegaba su condición de tercero hipotecario al amparo del artículo 34 de la

(11) Afirma que este caso será posible, aunque no frecuente. Yo estimo muy dudoso que sea posible el expediente de reanudación de tracto sin haber interrupción de tracto y si solamente falta de documentación de la transmisión del último titular al que pretende reanudar algo no interrumpido.

Ley por entender el Tribunal Supremo que existía una doble inmatriculación, al estar vigente la anterior inscripción—la cancelada por el expediente de dominio—, que afecta y contradice la titularidad dominical y que impide la correcta aplicación de dicho precepto por falta de exactitud de la inscripción registral base de la adquisición del recurrente, ya que al neutralizarse los efectos de ambas inscripciones hay que acudir para resolver la pugna o colisión entre ellas y determinar cuál sea la prevalente a la vía civil sin posible aplicación del artículo 34 (12).

Es cierto que los considerandos de la sentencia insisten en que no fue impugnado ni combatido en casación el pronunciamiento de la sentencia recurrida que, como consecuencia de declarar nulas e ineficaces las inscripciones que produjo el expediente de dominio y decretar su cancelación, revitaliza las inscripciones anteriores canceladas por el expediente, declarando expresamente su vigencia; pero lo cierto es que si tenemos en cuenta que el recurrente, tercero subadquirente, debía concretar el recurso a lo que realmente le perjudicaba, que era el pronunciamiento de extenderse a su título y su inscripción la nulidad e ineficacia declaradas por las sentencias del Juzgado y de la Audiencia, hay fuertes indicios de que el Tribunal Supremo no estaba siendo totalmente respetuoso con el principio de fe pública registral cuya estructura fundamental es precisamente el mantenimiento de la adquisición y la inscripción del tercero, a pesar de la declaración de nulidad o inexactitud de todo el contenido registral anterior en que se apoyó su adquisición.

Es posible que la doctrina que parece reflejar la sentencia referida no resulte reiterada y que no tengamos que añadir un caso más de no actuación del principio de fe pública a los demasiados ya existentes, pero no cabe negar que, en tanto la amenaza de reiteración exista, debe hacerse poco hincapié en la cancelación formal de la inscripción anterior a la reanudación del tracto, porque precisamente el titular de tal inscripción expresamente cancelada gozaría de la posición privilegiada de un titular de doble inmatriculación, de la que normalmente no goza el titular de una inscripción cuya vigencia desapareció por inscripción ordinaria de transferencia (13). Y el privilegio de su posición es nada menos que hacerse invulnerable por el tercero hipotecario.

(12) Había sido entablada demanda de juicio declarativo por los herederos de un titular registral cuya inscripción había sido cancelada por un expediente reanudatorio del tracto, contra los herederos de aquel a cuyo favor se practicó la inscripción de reanudación del tracto y contra un subadquirente de la finca, cuyos requisitos para ser tercero hipotecario no parece que fueran puestos en entredicho al menos en la casación. La demanda fue estimada por el Juzgado y confirmada la sentencia estimatoria por la Audiencia, interponiéndose recurso de casación solamente por el tercero hipotecario, alegando esta condición al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Como decimos en el texto, el considerando fundamental es el estimar que ante la doble inscripción registral existente—la cancelada por el expediente revitalizada por la sentencia recurrida en pronunciamiento no combatido en el recurso y la inscripción a favor del recurrente—es claro el mejor derecho de los actores hoy recurridos al haber acreditado su título de dominio y la posesión por parte del demandado hoy recurrente, requisitos de la acción reivindicatoria. En otro considerando se dice que cualquiera que fuese la opinión acerca de la condición privilegiada del tercero hipotecario y siendo jurisprudencia de esta Sala que cuando la sentencia que hubiera de dictarse en lugar de la casada, aunque fuese por distintos razonamientos, haya de contener idéntico fallo, no procede la casación; al no haberse combatido el pronunciamiento declarando la vigencia de las inscripciones registrales que acreditan el dominio de los demandantes y producirse, por tanto, la duplicidad de inscripciones mencionada, hace totalmente ineficaz la posible condición de tercero del recurrente, ya que en esta situación es absolutamente inaplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(13) Estaría fuera de lugar insertar nuestro expediente de dominio reanudatorio del tracto en el Derecho comparado. Cualquier parecido que se pretenda entre nuestra reanudación del tracto con la sentencia de caducidad dictada en el procedimiento intimatorio del párrafo 927 del B. G. B. es pura coincidencia. No obstante, creo que el estudio de éste sería útil para colmar nuestra laguna.

E) *La naturaleza subsanable o insubsanable del defecto.*—El Registrador estima insubsanable el defecto del auto, en la nota de calificación. No sabemos si en su informe aportó algún argumento en favor de este carácter, pero si lo aportó no aparece en el resultando correspondiente. El último considerando afirma que el defecto es subsanable, porque, a petición de la parte actora, puede ser «completado» el auto y salvada la omisión formal padecida. El fallo altera la nota de calificación, exclusivamente en este punto.

Ahora bien, dicho considerando nada nos dice respecto a la tramitación procedimental para esa rectificación o adición del auto firme, que fue dictado sin contener el expreso mandato de cancelación. Es posible que el Juez estime favorablemente una solicitud de mandamiento complementario de cancelación o incluso de una adición al auto, bien a través de los principios de la ejecución de resoluciones judiciales, bien amparándose en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante una aplicación analógica del artículo 374, 3.º, de la misma, bien amparándose en el artículo 1.818 del mismo Cuerpo legal (Sentencia de 10 de abril de 1914), que deja fuera de los rigurosos términos del artículo 408 los actos de jurisdicción voluntaria. Pero también entra dentro de lo posible que el Juez desestime tal solicitud, bien sea por no encontrar procedimiento idóneo ninguno para la rectificación o adición de un auto firme, o bien por reafirmarse en su opinión de que no es necesaria la orden expresa de cancelación de la inscripción última vigente. Y si el Juez desestima la petición del interesado encaminada a la subsanación del defecto, no está nada claro el camino para vencer su resistencia. Por ello creo que el último considerando debió ser más explícito respecto al camino a seguir para obtener la rectificación del auto.

Al decir esto no pretendo defender el carácter insubsanable del defecto, porque tal carácter nos lleva a un callejón sin salida mayor. Muy al contrario, creo que lo aconsejable es mantener un criterio tolerante y benévolo respecto al defecto objeto del recurso, siempre que en todo lo demás el auto sea correcto y claramente reanudatorio del tracto. Cabe defender este criterio tolerante por las posibles dificultades para subsanar el defecto, por todo lo expuesto sobre lo dudoso que es la cancelación de la inscripción contradictoria, y también por haber sido la obra del maestro de hipotecaristas la que ha contribuido a conformar el criterio de jueces y letrados sobre la cuestión.

F) *Resumen.*—La exigencia reglamentaria de que el auto contenga mandato de cancelación de la inscripción de dominio contradictoria, exigencia que la Resolución confirma, es útil y conveniente, en cuanto puede contribuir a que el desarrollo total del expediente parta del contenido registral y de la certificación aportada, y el auto sea fiel reflejo de la acomodación del procedimiento a la normativa legal de la modalidad reanudatoria del tracto registral y de que ha sido esta normativa la tenida en cuenta a lo largo de todo el expediente. Pero resulta un tanto innecesario este expreso mandato si, como es de suponer, todos los requisitos legales han sido observados y el auto es suficientemente indicativo de ello y el fallo suficientemente expresivo de darse por suficientemente acreditado el título de dominio que el expediente convierte en inscribible y ha de ser base de la reanudación del tracto interrumpido.

Por otra parte, es más que dudoso que sea una verdadera cancelación lo que procede verificar respecto de la última inscripción de dominio. Es cierto que la inscripción de reanudación de tracto no es una inscripción de transferencia ordinaria; pero tampoco es una verdadera cancelación de la última inscripción de dominio. No puede estimarse ineludible cancelar ésta para eliminar el obstáculo resultante del tracto sucesivo, porque nada conseguimos para remover tal obstáculo con una cancelación formal y propia de la última inscripción, que haría renacer la penúltima y con ésta el mismo obstáculo. Tampoco tiene sentido ni se acomoda a la normativa legal pensar que existe una cancelación total de todo el folio registral, que convierta en inmatriculadora a la inscripción de reanudación de tracto.

La búsqueda del *tertius genus* entre cancelación e inscripción de transferencia, para determinar la verdadera naturaleza y efectos de la inscripción de reanudación de tracto y las características que esta figura intermedia tendría de cada una de aquellas dos, sólo cabe hacerla después de un análisis, pendiente de realizar, de la incidencia de la reanudación del tracto en cada uno de los principios registrales básicos, teniendo en cuenta la existencia del período de interrupción del tracto en el que existe un vacío registral (de historial y de contenido).

Es especialmente urgente plantearse el problema de los principios de legitimación y fe pública en los procesos entre titulares anteriores y posteriores al período de vacío registral, cuando el expediente mismo es puesto en entredicho, o entre ellos y causahabientes de unos u otros, sean terceros hipotecarios o no. Demostración de esta urgencia es la Sentencia citada de 16 de mayo de 1980, cuya crítica no es de este lugar, pero que pone en entredicho la tesis de la cancelación de la inscripción última, al permitir que renazca, ocasionando una situación de doble inmatriculación capaz de privar de la protección del artículo 34 a un tercero subadquirente de quien inscribió su título dominical por expediente de reanudación de tracto.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JUAN DE MOLINA JUYOL,
SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

TERCERIA DE MEJOR DERECHO. PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—El señor Abogado del Estado, en representación de la Administración Pública, promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona demanda de juicio de mayor cuantía contra la Compañía Anónima L. V C., la entidad T. S., S. A., don Francisco S. P. y contra las ignoradas personas que se crean con derecho a percibir cantidades dimanantes del juicio del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En dicha demanda suplicaba se dictara sentencia declarando el derecho que asiste al Estado y su preferencia para el percibo de la suma a que asciende el crédito que ostenta contra T. S., S. A., con cargo a la cantidad que como depósito obra en el Juzgado, resultado de la subasta celebrada en autos de procedimiento judicial sumario instado por don Francisco S. P. contra la citada empresa y frente a todos los acreedores de aquélla que no lo sean por prenda o hipoteca, debidamente inscrita con anterioridad a la fecha de los débitos que en la tercería que promueve se reclama.

La Compañía Anónima V. C. contestó a la demanda alegando no ser preferente el crédito del Estado frente al que ostenta la demandada, ya que la preferencia se deriva del orden de proceder señalado en la norma 16.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y concordantes.

Los señores M. y otros contestaron a la demanda negando el pretendido mejor derecho del señor Abogado del Estado, ya que su derecho tiene el carácter de singularmente privilegiado dado su carácter laboral.

Evacuados los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos y unidas a los autos las pruebas practicadas, el señor Juez dictó sentencia dando lugar, en parte, a la demanda de tercería de mejor derecho interpuesta por el señor Abogado del Estado.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia, con la siguiente parte dispositiva: Que revocando la sentencia de instancia, debemos declarar y declaramos que de la cantidad que como depósito obra en el Juzgado, procedente de la subasta en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, del que dimana esta cuestión incidental, seguido por don Francisco S. P. contra «T. S., S. A.», debe resarcirse, en primer lugar, el crédito del Estado, pero sólo por la cantidad por la que se trabó embargo, destinándose el sobrante a satisfacer los créditos de los trabajadores, señores M. y otros, conforme al embargo por ellos trabado en mandamiento de la Magistratura del Trabajo.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el señor Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara haber lugar a tal recurso, fundándose en lo siguiente:

Considerando que ya la propia Sala de instancia razona fundadamente la improcedencia de una reclamación por prelación de créditos interpuesta por el trámite de tercería de mejor derecho en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dirigida a «que se declare aquella preferencia sobre el excedente del bien ejecutado una vez efectuado el pago del acreedor hipotecario», utilizándose un trámite indebido, en cuanto que ya realizado el pago al acreedor ejecutante, el proceso equivaldría a convertir uno singular en universal o de ejecución colectiva, sin las debidas garantías de éste, es decir, sin perjuicio ni preterición de ningún acreedor, tal como podría suceder en el supuesto de autos, en que el deudor comerciante había solicitado la declaración del estado de suspensión de pagos.

Considerando que en virtud, tanto por la inadecuación palmaria del procedimiento seguido, como por la terminante disposición del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prohíbe admitir la tercería de mejor derecho una vez realizado el pago al acreedor ejecutante, es clara la necesidad de declarar y decretar la nulidad de todas las actuaciones procesales practicadas a partir de la presentación de la demanda de tercería, pues, como ya declararon las Sentencias de esta Sala de 24 de abril de 1883 y 21 de marzo de 1890, aquélla no debió admitirse y ante tal norma imperativa y de orden procesal es evidente la aplicación del número 3 del artículo 6 del Código Civil, que sanciona la falta con la nulidad de pleno derecho. NULIDAD que es declarada por el Tribunal Supremo en su segunda sentencia.

ACCION REIVINDICATORIA. FINCA ERRONEAMENTE INCLUIDA EN UNA ESCRITURA DE VENTA. NO APLICACION DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1979).

Hechos.—Don Máximo A. B. y doña Blanca L. M. presentaron demanda contra don Carlos T. V. y don Luis R. R. en el Juzgado de Primera Instan-

cia de Huesca para que se dictare sentencia con los, entre otros, siguientes pronunciamientos: *Primero*: Que los demandantes son propietarios en pleno dominio de la finca objeto de la demanda. *Segundo*: Que el demandado señor T. poseía o detentaba dicha finca clandestinamente, sin conocimiento de los actores y con violencia, sin ningún título que pueda fundamentar su dominio o posesión contra la voluntad de los actores. *Tercero*: Que en su virtud, el demandado señor T. debe cesar en sus actos de perturbación posesoria reintegrando el terreno a los mandantes. *Cuarto*: Que es nula y carece de valor y efectos la escritura pública, en cuanto a la venta del señor R. al señor T.... *Quinto*: Que, en consecuencia, debe ordenarse la cancelación de la inscripción causada en el Registro de la Propiedad a favor del demandado señor T. *Sexto*: Decretando asimismo la cancelación de la inscripción primera de la referida finca a favor del señor R., debiendo sustituirse dicha inscripción por otra igual, condenando a este demandado a que otorgue escritura pública rectificando definitivamente la venta de dicha finca a favor de los demandantes de acuerdo con la nueva inscripción.

Que admitida la demanda, el señor T. se opuso a la misma, argumentando que, en definitiva, cabían dos hipótesis, o bien la finca vendida por el señor R. al demandado es distinta a la vendida a los actores o bien el señor R. vendió la misma finca dos veces a distintas personas. En ambos casos habida cuenta que la finca estaba inscrita a su nombre, solicitaba se dictase sentencia absolviéndole de la demanda.

Que la representación del señor R., después de reconocer la certeza de los hechos de la demanda, solicitaba su absolución en cuanto le afectare.

Formuladas réplica y dúplica y practicada la prueba pertinente, el Juez de Primera Instancia de Huesca dictó sentencia en la que estimando, en parte, la demanda, declaraba que los actores son propietarios de la descrita finca, que el demandado señor T. viene detentando sin justo título, debiendo cesar éste en la ocupación del predio, reintegrándolo a los demandantes, declarando asimismo que es nula y carente de valor la escritura pública en la que don Luis R. transfirió por ella al señor T. la finca reivindicada, ordenando la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, causada en virtud del documento cuya nulidad se decreta; declarándose nulos también los documentos que, otorgados por los demandados, pudieran amparar la propiedad de la finca objeto de este juicio en favor del señor T.

Que dicha sentencia fue confirmada en apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, por el demandado señor T., el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al mismo, basándose, entre otros, en los siguientes:

Considerando que los tres primeros motivos del recurso—todos por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, por inaplicación de la doctrina legal recaída en torno del artículo 348 del Código Civil, aplicación indebida e inaplicación del mismo precepto legal, respectivamente, se funda en argumentos sin la debida o necesaria fuerza para desvirtuar lo que en verdad pretenden atacar, es decir, la apreciación hecha por la Sala de instancia respecto a la validez y efica-

cia del título esgrimido por los actores reivindicantes y aquí recurridos, apreciación que ha de mantenerse por estar legítimamente y correctamente fundada en un análisis detenido y minucioso de la prueba que condujo a los juzgadores a la afirmación básica de un error sustancial cometido en las cláusulas de la escritura pública de adquisición del recurrente, al incluirse en la misma, la finca ya vendida a los recurridos, quienes con su justo título de compra anterior e identificación de la cosa acreditan debidamente su derecho de propiedad—tal como sienta la Sala de instancia—frente al ineficaz título contrario y posesión indebida de la finca que se reivindica; con lo que no destruida esta fijación de hechos por la vía adecuada han de perecer los motivos dichos y, consiguientemente, quedar firme la conclusión y fallo que se impugna.

Considerando que igual suerte desestimatoria han de correr los restantes motivos, también interpuestos por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por fundarse el cuarto—pretendida violación del artículo 1.473 del Código Civil—en una sustitución del criterio del Juzgador por el del recurrente para llegar a una conclusión interesada, en desacuerdo con los hechos básicos no desvirtuados, y los quinto y sexto—aplicación indebida y violación, respectivamente, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria—por ser complementarios del anterior e incidir en el mismo defecto causa de su ineficacia, puesto que se amparan en el supuesto no probado de la adquisición por el recurrente de la misma finca vendida a los recurridos, cuando lo establecido es precisamente la no transmisión de esta finca en la segunda operación de venta, sólo incluida o pretendidamente inserta en la escritura por un error que, por ser sustancial, hizo inoperante esa alegada transmisión, con lo que evidentemente no puede admitirse ni la violación ni la aplicación indebida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por falta del objeto físico constitutivo del derecho susceptible de amparo por la fe pública registral.

J. M. J.

II. DERECHOS REALES

ARTICULOS 144 Y 145 DE LA COMPILACION ARAGONESA: RELACIONES DE VICINDAD Y SERVIDUMBRE DE LUCES Y VENTILACION
(SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1979).

Hechos.—Don Justo G. R. presentó demanda contra la compañía Z. S. A. suplicando se dictase sentencia que, entre otras cosas, declarase que existía constituida una servidumbre de luces y ventilación a favor del local propiedad del actor, como predio dominante, mediante la única ventana de dicho local, tabicada por el demandado, que comunicaba con la finca lindante, propiedad de éste, como predio sirviente, y que, en consecuencia, la entidad demandada debía restituir dicha servidumbre, ejecutando las obras pertinentes para abrir la ventana, quedando libre como antes de su cerramiento.

La parte demandada se opuso y el Magistrado Juez de Primera Instancia número 4 de Zaragoza dictó sentencia desestimando las pretensiones formuladas por el demandante y absolviendo de las mismas a la demandada. Sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial de Zaragoza.

El demandante interpuso recurso de casación, alegando que el Tribunal de Instancia había aplicado erróneamente el artículo 144 de la Compilación de Aragon, que regula las relaciones de vecindad, permitiendo, tanto en pared propia como medianera, y a cualquier distancia del predio ajeno, abrir huecos para luces y vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas, pero careciendo, dentro de las distancias que marca el artículo 582 del Código Civil, de balcones u otros voladizos y estando provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, y sin que esta facultad pueda limitar en ningún momento el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna; confundiendo así las relaciones de vecindad con las auténticas servidumbres, reguladas en el artículo 145, en cuyo último inciso se deja a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso.

Dicha sentencia, en sus considerandos, pone de manifiesto que el Tribunal de Instancia, al estimar que no se trataba de una de las servidumbres del artículo 145, dada la inexistencia de voladizos sobre el fundo ajeno, hizo correcta aplicación del artículo 144, dado que al tratarse tan sólo de un hueco realizado en las condiciones que dicho precepto legal previene, es claro el derecho del dueño del solar contiguo, sobre el que fue abierto, para obstruirlo con la nueva construcción levantada sobre terreno de su pertenencia.

Y que tampoco se da el supuesto del artículo 541 del Código Civil, pues no fueron las dueñas de los dos solares contiguos quienes abrieron el hueco o ventana que, como signo aparente de la servidumbre conocida por «destinación del padre de familia o propietario» invoca el recurrente, pues las propietarias del terreno no vendieron edificación alguna en la que tal ventana existiese, sino que lo enajenado fue tan sólo el solar, en el que posteriormente la inmobiliaria compradora levantó el edificio y abrió el hueco existente en el local de la planta baja, que fue adquirido por el recurrente, por lo que en modo alguno pudieron las propietarias de los solares contiguos establecer tal signo aparente de servidumbre en favor de uno de ellos, ya que ambos se vendieron sin edificación alguna. De lo que claramente se deduce que no se cumplen los requisitos que para la constitución de esta servidumbre señala el citado artículo 541 del Código Civil. La empresa constructora, al abrir el hueco de luces y vistas, o de ventilación, como lo denomina el recurrente, no hizo otra cosa que usar del derecho que le concedía el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pero que no limita el del dueño del solar vecino para, a su vez, edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.

PARA ACREDITAR LA CONDICION DE PROPIETARIO A LOS EFECTOS DE EJERCITAR LA ACCION REIVINDICATORIA, SE HA DE ESTAR A LAS REGLAS GENERALES EN ORDEN A LA APRECIACION PROBATORIA (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1979).

Hechos.—El Ayuntamiento de Villaornate presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de León contra el Patrimonio Forestal del Estado, suplicando se dictase sentencia en la que se declare que tres parcelas de terreno, A), B) y C), integrantes de dos fincas de mayor extensión que en virtud de certificación administrativa de dominio fueron inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de dicho Ayuntamiento, y una de las cuales, concretamente la B), había sido, en parte, objeto de un contrato de consorcio con el Patrimonio Forestal del Estado, son propiedad del Ayuntamiento demandante, y, en consecuencia, se condene a la Administración demandada a estar y pasar por tales declaraciones y a abstenerse de realizar cualquier clase de acto que suponga contradicción con este dominio, sin perjuicio de que se cumplan los derechos y obligaciones derivadas del contrato de consorcio.

La parte demandada, representada por el señor Abogado del Estado, se opuso, y el Juzgado de Primera Instancia número 1 de León dictó sentencia estimando la demanda. Sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

El señor Abogado del Estado, representante de la parte demandada, interpuso recurso de casación alegando infracción de ley por violación del artículo 348-2.º del Código Civil y de los artículos 339-1.º del mismo Cuerpo legal y del párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley de 18 de octubre de 1941.

Doctrina de la sentencia.—La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso, basándose en los siguientes considerandos:

«Considerando que el primer motivo del recurso acusa la violación del artículo 348, párrafo segundo, del Código sustantivo, en cuanto, según se afirma, la sentencia recurrida declara probado el dominio de las fincas objeto de litigio, por la mera circunstancia de que las mismas fueron objeto de inmatriculación registral en virtud de lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria; mas es de tener en cuenta, primero, que si el señalado párrafo segundo del artículo 348 se refiere a la acción que corresponde a todo propietario contra el tenedor o poseedor de la cosa de su propiedad para reivindicarla, no da normas para justificar su dominio, esto es, la condición de propietario, por lo que ha de estarse a las reglas generales en orden a la apreciación probatoria, y si en uso de esa facultad que a los juzgadores corresponde, si dan o no por probado ese dominio, sin perjuicio de que las partes puedan combatir el resultado al que haya llegado el Juzgador, por la vía correspondiente, lo que nunca podrá alegarse es que el precepto haya sido violado, y segundo, que en el supuesto de autos, además, la sentencia recurrida, tanto al aceptar los considerandos de la primera instancia, que, en consecuencia, hay que tener por incorporados a la misma, como por lo que en ella se declara, de

la prueba practicada apreciada en su conjunto y con atención especial al inventario municipal de bienes de 1972, puesto en relación con antecedentes y otros documentos, que califica de antiguos, obrantes en autos, como no menos de las apreciaciones recogidas en reconocimiento judicial, pericial, y las declaraciones unánimes de los testigos, tiene por acreditado el derecho de propiedad de la actora, en la letra del invocado artículo 348, el dominio de las parcelas que son objeto de discusión 'adquirido por usucapión o prescripción de tiempo inmemorial que no se desvirtúa por ninguna otra prueba'; por todo lo cual el motivo ha de ser desestimado.»

«Considerando que por el segundo y último motivo se denuncia la violación del artículo 339, número primero, del Código Civil, y párrafo segundo del artículo 5 de la Ley de 18 de octubre de 1941, y sin desconocer que conforme al primero de dichos artículos, son bienes de dominio público los destinados al uso público, como, entre otros que se citan, las riberas, y, por consiguiente, con las consecuencias propias que le son inherentes a dicha condición, es de señalar que la recurrida sentencia no enmarca como de riberas las tierras que integran las parcelas cuyo dominio se declara en favor del Ayuntamiento actor y recurrido, pues, como afirma, la prueba pericial y demás pruebas practicadas contradicen su inclusión en el expediente administrativo de deslinde, en el que se apoya la parte demandada y recurrente, muy diferentes a las señaladas en el plano aportado en autos, sin que la Administración intente prueba alguna para ratificar la certeza de la atribución patrimonial del terreno que como riberas se comprende, cuando, muy al contrario, no corresponde al cauce cubierto por las aguas en sus mayores crecidas ordinarias, extremo tampoco contradicho por prueba alguna, y si, por tanto, se le niega a dicho terreno la condición de ribera y, consecuentemente, de dominio público, es claro que no puede decirse se haya violado el artículo 339 del Código Civil; y como respecto al artículo 5 de la Ley de 18 de octubre de 1941, dictada para la paulatina repoblación de las riberas de nuestros cursos de agua, no hace sino establecer el procedimiento a seguir cuando fuese presentada reclamación a la estimación de las riberas, tras la práctica del correspondiente deslinde, el que para nada prejuzga el resultado a que por vía judicial se llegue cuando la reclamación lo es ante los Tribunales civiles, únicos competentes para conocer las cuestiones que sobre la propiedad se susciten, tampoco cabe entender se haya violado dicho precepto, lo que hace decaer el motivo.»

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1979)

Hechos.—Los hermanos Rafael J. P. S. y Fernando J. P. S. son titulares, por partes iguales, de la denominada «Comunidad de Bienes de Pedro J. P.», que ha tenido en explotación diversos negocios mercantiles e industriales, especialmente una industria de salazones y conservas de pescado, situada en terrenos de la Comunidad, en la ciudad de Vigo. Ambos comuneros llevaban el gobierno de la Comunidad, teniendo asignada cada uno de ellos la cantidad de 400.000 pesetas anuales. Por diferencias de criterio, a partir del año 1962, don Rafael J. P. S. dejó de ocuparse de la gestión, quedando ésta, de hecho, a cargo exclusivamente del otro comunero.

Don Rafael J. P. S. presentó demanda contra su hermano don Fernando J. P. S., en la que suplicaba se dictase sentencia por la que se declarase que los inmuebles que constituyen la citada industria pertenecen en pleno dominio, pro indiviso y por partes iguales a actor y demandado; que también en proindivisión y por cuotas iguales ambos son dueños de la denominada «Comunidad de Bienes de Pedro J. P.», como empresa mercantil; que se condene al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a poner término a la situación de condominio de las fincas; que se condene al demandado a que rinda cuentas de sus actos de gestión desde el día 8 de mayo de 1962 y a que reintegre a la Comunidad los saldos que contra el demandado resultaren de dicha rendición de cuentas; que se condene igualmente al demandado a satisfacer a la Comunidad los intereses legales de las cantidades que, pertenecientes a la expresada Comunidad, aplicó a usos propios y a resarcirla de los perjuicios ocasionados a la misma con motivo de tal aplicación, y, finalmente, que se condene también al demandado a disolver la Comunidad, llevando a cabo la extinción y liquidación total de cualquier actividad de la misma, así como a la división material de todos sus bienes.

Don Fernando J. P. S. se opone a la demanda y, a su vez, formula reconvencción, en la que solicita se dicte sentencia acordando, entre otras cosas: Que se desestime totalmente la demanda absolviendo al demandado de lo pretendido en ella; que se declare que entre los litigantes existió una Sociedad Mercantil irregular que giraba bajo la denominación de «Comunidad de Bienes de Pedro J. P.», declarándola disuelta por voluntad de ambos socios y en período de liquidación y practicándose ésta con arreglo al Código de Comercio; y que se declare igualmente que la asignación efectuada a los socios de 400.000 pesetas lo era como retribución a su trabajo, por lo que el demandante no tenía derecho a percibirla desde que cesó en la cogerencia de la sociedad y, por tanto, debe devolver las cantidades que por tal concepto ha percibido indebidamente, las cuales deberán serle abonadas al demandado en compensación al mayor trabajo que hubo de prestar al llevar él solo la gerencia de la sociedad o, subsidiariamente, si no se estimare la procedencia de tal abono, quedar integradas aquellas cantidades a devolver por el demandante, en el haber social a partir por mitad entre ambos socios.

El Juez de Primera Instancia número 2 de los de Vigo dictó sentencia en la que estimando parcialmente la demanda declara: Primero: La propiedad por mitad a actor y demandado de los bienes descritos en el hecho primero de la demanda, así como la extinción de dicha copropiedad, procediendo en la forma prevenida en el artículo 404 del Código Civil. Segundo: Que demandante y demandado son titulares de la Sociedad Mercantil irregular denominada «Comunidad de Bienes de Pedro J. P.»; que la misma se ha disuelto por voluntad de los socios y se halla en período de liquidación, la cual se llevará a término, en ejecución de sentencia, en la forma prevenida en los artículos 227 y siguientes del Código de Comercio, y que en dicha liquidación se tendrán en cuenta, como partidas, el reintegro a la sociedad por cada uno de los socios, de las cantidades de la sociedad de que haya dispuesto para usos propios, así como los intereses y demás gastos bancarios ocasionados y de los intereses legales durante el tiempo que hayan usado de tales fondos para sus usos propios.

Dicha sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Teritorial de La Coruña.

El demandado presentó recurso de casación en el que, entre otros motivos, alegaba enriquecimiento injusto por parte del demandante. El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Castro García, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso.

Doctrina de la sentencia.—De los considerandos de la sentencia destacamos el tercero, que dice lo siguiente:

«Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el motivo tercero del recurso, que reprocha a la sentencia de la Sala infracción por violación de lo dispuesto en los artículos 1.091, 1.255 y 1.891 del Código Civil, así como del principio general que veda el enriquecimiento sin causa, vulneraciones que el recurrente enlaza con la desestimación del pedimiento reconvencional que instó la condena del actor recurrido a que restituyera a la sociedad irregular formada por ambos, la suma de 400.000 pesetas anuales que vino percibiendo desde mayo de 1962 a 1971, porque lejos de haber sido quebrantada la *lex contractus* y los artículos que proclaman la fuerza vinculante de la relación contractual, el Tribunal *a quo* se atuvo a las reglas que vinieron presidiendo el desenvolvimiento de la Compañía, y claro es que no puede traerse a capítulo el pago o cobro de lo indebido, con error por parte del *solvens* como requisito esencial, ni de *indebitum ex causa*, cuando las entregas de tales sumas por parte del recurrente a su hermano don Rafael obedecieron a los básicos acuerdos sobre relaciones internas de la sociedad y, más en concreto, respecto a la retribución de cada uno de los gestores, e incuestionablemente aparece la justificación causal, determinada por los créditos del *accipiens*, toda vez que la Sala de Instancia entiende, sin contradicción alguna, que si bien el recurrido dejó de acudir a las oficinas sociales a partir del día 8 de mayo de 1962, 'su apartamiento fue puramente físico y no le privó de estar al corriente del desarrollo de la empresa ni de realizar los actos que las operaciones colectivas imponían', por lo que ha de ser desechada la versión 'de una inactividad y apartamiento totales' y mucho menos la de una liberación de las obligaciones gestoras constitutivamente establecidas, razones que repelen, por su misma virtud, toda sospecha de enriquecimiento injusto y conllevan la imposibilidad de acoger, tanto la *condictio indebiti*, como una general acción indemnizatoria, pues la atribución patrimonial descansa evidentemente en una causa justificativa, cual es la relación obligacional dimanante de un convenio válido, cuya concurrencia es incompatible con las notas características y fundamento del principio general de que nadie debe enriquecerse torticeramente en daño de otro (Sentencias de 22 de noviembre de 1969, 23 de marzo de 1966, 20 de noviembre y 12 de abril de 1964), ya recogido en el Derecho histórico (partida séptima, título 34, regla 17).»

S. S. Q.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA FUNCION SUBJETIVA DE LA CAUSA SE TRADUCE EN LA FINALIDAD QUE SE PRETENDE CONSEGUIR (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Según la doctrina científica que puede estimarse de mayor aceptación, la función que nuestro Derecho atribuye a la causa consiste en la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales, función que desde el punto de vista subjetivo se traduce en la finalidad que se pretende conseguir como resultado individual o social, en vista del cual se busca o espera el amparo jurídico; de lo que se deduce que cuando el negocio que se pretende amparar por el Derecho es irreal, y que el que se trataba de encubrir envuelve una finalidad ilícita o maliciosa, entonces surge la inexistencia del negocio jurídico por falta de causa, ya que la causa es uno de los requisitos exigidos inequívocamente para la validez de todo contrato por el artículo 1.261 del Código Civil, y su falta determina, conforme al artículo 1.275 del mismo Cuerpo legal, la invalidez y carencia de efectos del negocio; y si bien, como declaró la Sentencia de 30 de noviembre de 1961, la expresión de una causa falsa, conforme al artículo 1.276, no da lugar a nulidad, ello se halla condicionado a la prueba de la existencia de otra verdadera y lícita.

LA NOTA PECULIAR DEL CONTRATO PREPARATORIO ES LA INDETERMINACION DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONVENIO (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1980).

Hechos.—El promotor de un edificio de Viviendas de Protección Oficial vendió varios pisos a diversas personas, dejando supeditada la fijación del precio a la cantidad máxima que autorice la calificación definitiva. Surgidas diferencias entre las partes, los compradores demandan al promotor para que les entregue las viviendas y otorgue escritura a su favor. El demandado basa su defensa en que los contratos constituían «promesa de venta» y no verdadera compraventa. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En la promesa de compraventa, cuya especialidad consiste en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero, que por ello mismo puede calificarse de auténtica ley de bases del siguiente y cuya fuerza vinculante queda atemperada a la que deriva de su propia esencia, consistente en «obligarse a obligarse», por consecuencia de la normativa sancionada por el párrafo 1.º del artículo 1.451 del Código Civil, no sigue nuestro ordenamiento jurídico el principio de equivalencia a la compraventa acogido en el Código Civil francés, inspirador en muchos aspectos al Código Civil español, que con base en la regla antigua *pactum de vendendo est venditio*, proclamó que la promesa de venta equivale a la venta siempre

que exista consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio, por entender que las dos partes han contraído obligaciones que son en esencia idénticamente iguales a las que asumen el comprador y el vendedor dado el carácter de contrato sinalagmático que es la compraventa, pero cuya apreciación viene jurisprudencialmente rechazada, pues aparte que en el aspecto histórico, constatado concretamente en los «Motivos y Comentarios» redactados por la Presidencia de la Comisión elaboradora del Proyecto de Código Civil español de 1851, determinante de una interpretación moralmente auténtica de su espíritu y disposiciones, ya se cuidó de resaltar alguna importante diferencia que separa en todo caso la promesa de vender y la venta misma, la interpretación lógica exige que la voluntad sea respetada, distinguiendo el contrato definitivo de compraventa, aplicando al primero las reglas de este específico contrato, y a la segunda, simplemente las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, descartando, en consecuencia, el criterio de equiparación e identidad entre ambas figuras jurídicas.

La nota peculiar del contrato preparatorio, también reflejada en la expresión precontrato, es la indeterminación específica de los requisitos esenciales del convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva, siendo preciso para conseguir esta finalidad el otorgamiento de un futuro contrato por el cual se completen los requisitos que en el primero quedaron indeterminados, de tal manera que siguiendo la pauta clara y precisa que señalan los jalones del convenio imperfecto, perfeccionado y consumado, no se requiera una nueva manifestación de voluntad cuando ésta viene ya suficientemente expresada en el convenio originario.

A la solución de apreciación de reales y efectivas compraventas en nada obstan las circunstancias de que el importe del definitivo precio hubiese quedado supeditado al máximo que autorizase la calificación definitiva de las viviendas en cuestión, por la sencilla razón de que, si a tenor del artículo 1.447 del Código Civil, el precio se tendrá por cierto cuando se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, claro es que esa certeza se produce cuando se supedita al que corresponde conforme a precios máximos asignables legalmente a las viviendas construidas bajo el régimen de Protección Oficial Subvencionada, ya que según la Sentencia de 21 de abril de 1956, la certeza del esencial elemento de la compraventa no supone el que necesariamente se precise su cuantía en el momento de la celebración del contrato, sino que puede hacerse su determinación dejando su señalamiento a un tercero, lo que hace las veces de condición.

LAS INFRACCIONES DE CARACTER FISCAL NO SON HABLES PARA DAR LUGAR A UN RECURSO DE CASACION EN EL FONDO (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—En el recurso se acusa la violación por inaplicación del artículo 114 de la Ley del Impuesto General sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en cuanto prescribe la inadmisión por los tribunales de los documentos en que se haga constar acto sujeto al impuesto, sin que conste en tales documentos la nota, firmada por el Liquidador, de haberse satisfecho el pro-

cedente, o la no sujeción, exención o aplazamiento de la liquidación, en su caso, entendiendo el recurrente que por ello el contrato de compraventa debió ser rechazado por el Juzgado, sin producir efectos; mas al argumentar así, olvida el referido recurrente que, conforme ha declarado con reiteración esta Sala, las infracciones de carácter fiscal no son hábiles para dar lugar a un recurso de casación en el fondo, no pudiendo afectar el incumplimiento de los requisitos fiscales a la naturaleza de las relaciones civiles que pueden ligar a los contratantes.

LA SOCIEDAD CONTINUADA ARAGONESA TIENE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA COMUNIDAD GERMANICA (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1980).

Hechos.—Doña Dolores, viuda, y su hijo único, que padece incapacitación mental, vendieron una finca rústica ganancial a don David. Tal contrato es declarado nulo.

Doctrina de la sentencia.—Alega el recurrente que si bien se estima por el Tribunal la posible incapacidad de uno de los vendedores, surge también la plena capacidad del otro, por lo que debió ser declarada la venta de la mitad de la finca válida; mas al hacerlo así no tiene en cuenta que siendo la sociedad continuada de gananciales del Derecho foral aragonés una comunidad de bienes con las características de la comunidad germánica, los componentes de la misma no tienen la propiedad de los bienes, sino que únicamente les pertenecen cuotas ideales de dicha comunidad.

LA FIRMA ESTAMPADA EN UNA OBLIGACION CONSTITUYE PRESUNCION «IURIS TANTUM» DE CONFORMIDAD DE QUIEN LA PUSO (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Cuando una obligación aparece suscrita por una persona a quien afecta su cumplimiento, hay que admitir como presunción *iuris tantum* que la firma estampada es una demostración de conformidad de quien la puso, sobre todo si no se ha tachado de falsa, doctrina que corrobora la más antigua (Sentencias de 13 de octubre de 1896 y 24 de diciembre de 1946) de que es fundamental en la obligación por escrito la firma de la persona obligada, y aquella otra, referida a la factura mercantil, de que firmada a su recepción por el comprador sin formular reservas, constituye un documento privado cuya eficacia probatoria se extiende a la existencia y al contenido del contrato en cuya ejecución se remitió.

LAUDO ARBITRAL: NOTAS CARACTERIZADORAS (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—En nuestro ordenamiento jurídico la resolución de litigios de intereses entre particulares por medio de árbitros tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de aquéllos, que a través de un contrato de compromiso se obligan a estar y aceptar la resolución

que de la contienda dicte un tercero, y de tal forma es motor de esta impropia jurisdicción la voluntad privada, que procede declarar ineficaz la resolución que pretenden los interesados cuando se infringe dicha voluntad; a esa fuerza vinculante del laudo arbitral, que arranca de la voluntad misma de los interesados, han de añadirse, como notas caracterizadoras de esta forma de dirimir conflictos: a) que estos conflictos *inter partes* no han de ser meramente potenciales, sino actuales, producidos realmente entre ellas; así lo pone de relieve la Ley de 22 de diciembre de 1953; b) que tratándose de arbitraje de equidad, según ha declarado esta Sala, el laudo no puede ser discutido ni combatido con apoyo en infracciones de índole legal, y ello porque el árbitro de equidad no requiere una especial preparación jurídica, pues le basta para poder ser nombrado estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y saber leer y escribir, y no necesita ajustarse a derecho en cuanto al fondo; c) si la parte dispositiva del laudo infringe la voluntad de las partes consignada en la escritura de compromiso cabe la casación o anulación de aquél, pero teniendo en cuenta que las facultades encomendadas a los árbitros no han de interpretarse con restricciones, ya que no es misión de los Tribunales complicar o crear dificultades al móvil de paz y equidad que preside el arbitraje privado; d) son desestimables los temas que no fueron objeto de pronunciamiento individualizado en la parte dispositiva del laudo, sino que aluden a antecedentes o razonamientos en los considerandos.

HAY QUE ESTIMAR COMO CAUSA EFICIENTE DE UN EVENTO DAÑOSO LA QUE PREPARA LA ACCION DE LA CAUSA ULTIMA (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Si bien el artículo 1.902 del Código Civil al establecer, desde un aspecto meramente sancionador, la obligación legal de tener presente el *alterum non laedere* de la Instituta de Justiniano, o sea, que nuestras acciones no causen daño a otro, refiriéndose a la culpa, no especifica qué hechos y en qué grado la determinan, ese vacío legal ha de llenarse con relación al aspecto causal y concretamente en orden a la eficacia de la causa y para que produzca sus normales efectos, entendiendo que si ontológicamente, para distinguirla del «principio» genéricamente considerado (*quod aliquid procedit quodcumque modo*) y de la «condición» (aquello que sin ser causante coopera a la producción del efecto) debe definirse como *prinitipium quod roti producit effectum a se distinctum*, ello no entraña una intervención unitaria y decisiva, ya que tal causa eficiente puede ser total, cuando no necesita del concurso de otra causa para producir íntegramente el efecto, y parcial cuando éste no se produce sin el concurso de otra causa eficiente, pudiendo actuar tales causas en forma simultánea (concurencia) o sucesiva (concatenación) cuando el efecto de una causa aparezca influido por el efecto que produjo una causa anterior, sin que en el terreno jurídico quepa, por tanto, estimar como no eficiente la causa que de modo indubitado prepare, condicione o complete la acción de la causa última, actuando tales concausas, respectivamente, como mediata e inmediatamente originarias del evento dañoso que por su acción conjunta se produjo.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: SU CARACTERISTICA ES QUE LA OBLIGACION DEL EMPRESARIO NO SE AGOTA CON LA MERA EJECUCION DE LA OBRA, SINO QUE ESTA DEBE REUNIR LAS CUALIDADES PROMETIDAS (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1980).

Hechos.—Una Compañía urbanizadora encargó a un contratista de obras la ejecución de una carretera de acceso a los terrenos de aquélla. La obra se estaba realizando con graves deficiencias y por tal causa el comitente ordenó la interrupción de los trabajos. La Compañía demanda la resolución del contrato. Reconviene el contratista solicitando indemnización, y aunque la Audiencia acoge su tesis, apreciando «desistimiento unilateral de la obra», el Tribunal Supremo casa tal sentencia y estima la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El arrendamiento de obra, descrito en el artículo 1.544 del Código Civil, es un contrato bilateral de obligaciones recíprocas, en el que el crédito del contratista no se dirige escuetamente a la prestación de pago del precio por parte del comitente, sino a una contraprestación, esto es, a la prestación del cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, por lo cual dicho comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*), como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*), salvo que haya aceptado la prestación como cumplimiento o que su oposición al pago sea contraria a la buena fe, porque lo característico de este contrato es que la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino en una realización que reúna las cualidades prometidas y que además no adolezca de vicios o defectos que disminuyan o eliminen el valor o utilidad previstos en el contrato.

Carente nuestro Código Civil de reglas precisas para la solución del conflicto que plantea el cumplimiento imperfecto o defectuoso, fuera del supuesto de ruina que prevé el artículo 1.591, ha sido la jurisprudencia, en su misión integradora de completar el ordenamiento jurídico, en armonía con la doctrina y soluciones del Derecho comparado, la que ha precisado que si para la protección del equilibrio entre las prestaciones recíprocas no deberá ni podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, supuesto que se resolvería mediante la aplicación de la acción redhibitoria o de la reducción del precio, no ocurrirá lo propio cuando los vicios o defectos de la obra alcancen tal grado de imperfección que la hagan impropia para satisfacer el interés del comitente, hipótesis que hará lícita y plausible la utilización de las acciones previstas en el artículo 1.124 del Código Civil.

EL ARRENDATARIO DEBE SER INDEMNIZADO POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL HUNDIMIENTO DEL EDIFICIO EN EL QUE EL DUEÑO NO EJECUTO LAS OBRAS INDISPENSABLES PARA CONTENER SU RUINA (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1980).

Hechos.—El arrendatario de un edificio en el que tenía instalado su vivienda y un local comercial, obtuvo de la Delegación de la Vivienda que

ordenase al propietario la realización de unas reparaciones urgentes. Este no las hizo, pero promovió expediente de ruina en el Ayuntamiento, quien declaró el estado ruinoso del edificio, que casi simultáneamente se hundió, causando la muerte de la esposa del inquilino y la destrucción de todos sus bienes. El arrendador es condenado a indemnizar con 500.000 pesetas.

Doctrina de la sentencia.—La obligación positiva exigible al arrendador de hacer en la cosa arrendada las reparaciones necesarias en adecuado estado de uso, alcanza a cuantas sean precisas para lograr tal finalidad con sujeción al destino pactado en el contrato de arrendamiento, ya proceda su necesidad del mero transcurso del tiempo, de desgaste natural de la cosa (con solución diversa a la del Derecho navarro, donde la Ley 590 de la Compilación o Fuero Nuevo pone a cargo del arrendatario el pago de «las reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la cosa»), de su utilización correcta conforme a lo estipulado o, en definitiva, provenga de suceso con las notas del caso fortuito o de la fuerza mayor, a no ser que el desperfecto sea debido a culpa del arrendatario, o que en virtud de lo acordado haya asumido esta dicha obligación, ya que en tal supuesto *conductor omnia secundum legem conductionis facere debet*, como exponen los textos históricos (*Digesto*, Ley 25, párrafo 3, título 2, libro 19), por cuanto se trata de aspectos disciplinados por derecho dispositivo; y en caso de incumplimiento por no ejecución o retraso en la efectividad de tales reparaciones, claro está que el arrendador resultará responsable de los daños ocasionados por su culposo proceder, evidenciado en este aspecto subjetivo por la conciencia de la necesidad de las reparaciones, y la negativa o el retraso en la realización a pesar de haber sido constituido en mora por requerimiento del arrendatario u otro acto equivalente, como dispone el artículo 1.556 del Código, y si bien el concepto de reparación hay que limitarlo a la mera corrección de los deterioros sufridos por la cosa, sin que la obligación del arrendador pueda extenderse a lo que signifique reconstrucción o reedificación, es manifiesto igualmente que la inexigibilidad de tal conducta encaminada a la nueva creación de elementos desaparecidos o que se hallen en trance de desaparición, no constituye óbice a la viabilidad de la acción que asiste al arrendatario para alcanzar el condigno resarcimiento por el quebranto derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por la otra parte negocial, cual acontecerá en el evento de los daños y perjuicios inferidos al arrendatario mediante el hundimiento de un edificio en el que su dueño no ejecutó las obras indispensables para contener su ruina y remediar el peligro que se advertía.

LLEVADA A CABO EXTRAJUDICIALMENTE LA RESOLUCION DE UN CONTRATO POR EL CONTRATANTE CUMPLIDOR, NO PUEDE EL OTRO RECLAMAR INDEMNIZACION POR EL TIEMPO QUE TRASCURRE HASTA QUE LA RESOLUCION ES DECLARADA JUDICIALMENTE (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1980).

Hechos.—Un hospital estatal arrendó la explotación de la cafetería del mismo a unos industriales. Estos incumplieron muchos aspectos del con-

trato y la Administración, por tal causa, comunicó a los arrendatarios la rescisión del contrato. Demandan éstos indemnización, pero el Supremo casa las sentencias de instancia y absuelve al Organismo demandado.

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente es reiterada la doctrina jurisprudencial de que la resolución de las obligaciones solamente puede lograrse cuando la parte a la que va dirigida no la acepte, mediante su planteamiento ante los Tribunales, ello no quiere decir que planteada ante ellos y reconocida la situación de incumplimiento alegada, no pueda producir su normal efecto al tiempo que se ejercitó y llevó a cabo extrajudicialmente por el cumplidor, y, en consecuencia, para que a partir de entonces y con alcance retrospectivo cesen sus efectos, sin posibilidad, por tanto, de formular reclamaciones que vienen determinadas al período de tiempo posterior a cuando las causas de incumplimiento, apreciables judicialmente con posibilidad de la sanción extrajudicial llevada a cabo, se produjeron, puesto que lo contrario, de una parte, tanto significaría dar vida a lo que se reconoce no la tenía jurídicamente; de otra parte, posibilitaría la producción de efectos favorables a quien es reconocido como incumplidor, y, finalmente, debido que al entender lo contrario, en tanto no se produzca sentencia firme reconocedora judicialmente de causa y sanción resolutoria, no produce ésta efectos, conduciría al absurdo, y como de tal índole rechazable, de que se mantuviesen efectos y consecuencias a lo que se reconoce no los tiene por haber cesado por la voluntad puesta de manifiesto y llevado a efecto por el contratante perjudicado cumplidor, ya que el cumplimiento libra al cumplidor de sus compromisos; la extinción de la relación contractual sobrevenida como consecuencia de la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, produce sus efectos no sólo para el tiempo venidero, sino con alcance retroactivo, por virtud del cual se ha de volver a un estado jurídico preexistente, lo que implica que tal resultado no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto, dado que precisamente el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho, por modo resolutorio, desde que se produjo causa de resolución a la que se acogió el cumplidor, no quedaría logrado en su exacto y correcto alcance, sin su consecuencia natural y lógica del reintegro a cada uno de los interesados en la cosa y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato y a lo que deben reintegrar con efecto retroactivo, por causa del incumplimiento alegado y admitido; la procedencia de indemnización de daños y perjuicios por contravención del tenor de las obligaciones requiere que se haya producido incumplimiento por parte de aquel a quien se reclame, en manera alguna pueden reclamarse del que vino cumpliendo adecuadamente sus obligaciones contractuales.

EL ARTICULO 1.284 DEL CODIGO CIVIL NO TIENE CARACTER PRECEPTIVO, IMPLICANDO SOLO UNA RECOMENDACION A LOS TRIBUNALES (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1980).

Hechos.—Un arquitecto reclama el pago de sus honorarios por un proyecto que había realizado. Pero resulta decisiva la intervención de un tes-

tigo, otro arquitecto, que declaró que el pago del proyecto estaba condicionado a que se lograra la oportuna licencia de obra, que fue denegada por la Comisión Municipal. El demandado fue absuelto.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.248 del Código Civil, que se dice infringido por violación, al ordenar a los tribunales que «cuiden de evitar» la resolución de los negocios, dando preferencia a la prueba testimonial sobre la documental, confiere a aquéllos, según reiteradamente ha declarado esta Sala, una facultad discrecional de la apreciación de la prueba de testigos, y según sus propios términos literales y lógicos implica solamente una recomendación a los mismos Tribunales, careciendo de carácter preceptivo, por lo que no es susceptible de recurso de casación.

No es confundible, por último, la valoración de la prueba testifical que efectuó el Tribunal de Instancia según sus facultades legales, con la fijación y valoración del hecho de aquélla deducido, consistente en que la exigibilidad de los honorarios del recurrente se hallaba supeditada a la aprobación del proyecto por la autoridad administrativa competente. Criterio probatorio que hay que aceptar como más objetivo que el propugnado por el recurrente y que revela mejor que éste la voluntad de los contratantes teniendo en cuenta la esfera social en que se desenvolvieron, los usos del tráfico, la buena fe y la equidad; siendo de observar además que tratándose de un contrato a base de formulario o condiciones generales más o menos expresadas, no interesan tanto las circunstancias particulares del caso concreto, sino puntos de vista objetivos.

EL ARTICULO 397 DEL CODIGO CIVIL ES DE APLICACION A LA PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1980).

Hechos.—El dueño de un piso colocó un anuncio en la fachada correspondiente a su propiedad. La Comunidad demanda, y obtiene, que se quite el anuncio.

Doctrina de la sentencia.—La fachada del edificio, como muro o pared maestra que es de aquél, constituye uno de los elementos comunes, sobre el que recae un derecho de copropiedad con los demás dueños de los pisos o locales del inmueble, lo que impide a cada uno de éstos disponer en exclusividad del mismo y sin consentimiento del resto de los copropietarios.

El régimen de copropiedad sobre los elementos comunes viene a constituir una comunidad de bienes, a la que ha de ser aplicable, cuando los interesados nada hayan convenido sobre ello, la normativa general del Código Civil y, por consiguiente, el artículo 397 es de perfecta aplicación al caso controvertido, como regla general para toda clase de comunidad de bienes, que prohíbe a todo condueño sin el consentimiento de los demás hacer alteraciones en la cosa común, siendo de advertir que, en definitiva, el artículo 7 de la Ley de 21 de julio de 1960 recoge también esta prohibición.

LA SENTENCIA ABSOLUTORIA RECAIDA EN JUICIO PENAL NO PREJUZGA LA VALORACION DE LOS HECHOS EN LA VIA CIVIL (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Es reiteradísima la Jurisprudencia que declara que la responsabilidad penal derivada del delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos culposos o negligentes, son especies jurídicas que, aunque expresivas ambas de un principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo que la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que puede hacerse en la vía civil (Sentencias de esta Sala, entre otras, de 26 de diciembre de 1969 y 20 de enero de 1970).

Esta responsabilidad extracontractual, prevista en el artículo 1.902 del Código Civil, y que es exigible al autor de un daño ocasionado por culpa o negligencia, no excluye la que el artículo 1.903 del mismo Cuerpo legal impone, entre otras personas, a los dueños o directores de un establecimiento o empresa, y ambas responsabilidades pueden ser exigidas conjuntamente y en un mismo juicio, pues el perjudicado tiene acción tanto contra el autor material del daño, como contra la persona o empresa a cuyo servicio aquél se encontraba cuando el daño se produjo y hubiera tenido lugar con ocasión del desempeño de su cometido; aunque también la reiterada y constante jurisprudencia haya definido, con el carácter directo de la obligación que pesa sobre las personas señaladas en el citado artículo 1.903, la naturaleza solidaria de dicha obligación respecto a la del autor del daño, esta doctrina no supone la incompatibilidad entre las acciones que el perjudicado tiene contra el causante del daño y las que puede dirigir contra la empresa de la que éste sea empleado o dependiente, ya que puede perfectamente ejercitar ambas conjuntamente y en el mismo proceso.

LA TACITA RECONDUCCION DEL ARRENDAMIENTO REQUIERE LA AQUIESCENCIA DEL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La tácita reconducción según la doctrina jurisprudencial (especialmente recogida, entre otras, en las Sentencias de 10 de mayo de 1950 y 28 de marzo de 1951) requiere que, al terminar el contrato, permanezca el arrendatario disfrutando más de quince días de la cosa arrendada, pero además lo haga con la aquiescencia del propietario y que no haya precedido requerimiento de ninguna de las partes expresando su voluntad de dar por terminado el arrendamiento.

LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES NO ES NEGOCIO FORMAL (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Aun siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con manifestaciones de voluntad, o mejor exploraciones contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas

que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del contrato y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, tal fase preparatoria es bien distinta de la oferta en cuanto declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida al otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce, surgiendo, en consecuencia, el consentimiento por la coincidencia de esas declaraciones de los contratantes en que la oferta y la aceptación consisten, de donde se sigue que encaminados los tratos preliminares a la formación de la primera, desaparecerán una vez cumplida su misión en el momento que en el *iter* contractual se llegó a formular una proposición final, con todas las notas de una verdadera oferta; realizada la oferta del contrato, éste se genera en su perfección con el asentimiento de la otra parte, manifestando su aceptación a los términos en que aquella declaración ha sido hecha por el oferente y alcanzándose, en suma, el *in idem placitum* o punto de conjunción de los contrapuestos intereses que es el acuerdo determinante del consentimiento.

La compraventa de bienes inmuebles no es negocio formal ni, en consecuencia, el otorgamiento de escritura cobra valor de requisito del negocio o de forma *ad substantiam*, como proclama el principio espiritualista introducido en nuestro sistema jurídico por la ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá de 1348 y que acoge el Código Civil en sus artículos 1.254, 1.258, 1.261 y 1.278.

PARA QUE EL MANDATO TENGA CARACTER IRREVOCABLE HA DE CONVENIRSE ASI EXPRESAMENTE (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Si bien el mandato es esencialmente revocable a voluntad del mandante y así lo tiene establecido el artículo 1.733 del Código Civil, es lo cierto que la doctrina científica y la jurisprudencial, con fundamento en ser la revocación un derecho del mandante al que podría renunciar y porque en ciertos supuestos es necesaria o conveniente la irrevocabilidad, y así lo declaran las Sentencias de esta Sala de 22 de mayo de 1942 y 2 de noviembre de 1961, cuando la concesión del mandato irrevocable sea el 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 que motivó el otorgamiento del poder, es decir, que para la eficacia de la cláusula de irrevocabilidad del mandato, se precisa el haberlo así convenido expresamente.

PESE A LA EVOLUCION EN TORNO AL CONCEPTO DE CULPA, NO PUEDE CONVERTIRSE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA EN PURAMENTE OBJETIVA (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—Un empleado de un taller maniobró con un camión que allí se encontraba para ser reparado, invadiendo parte de la carretera y colisionando con un motorista que resultó muerto. El Tribunal Supremo absuelve al propietario del camión y a la Compañía que lo tenía asegurado.

Doctrina de la sentencia.—Preciso se hace partir de la total improcedencia de asimilar o confundir las respectivas regulaciones de los seguros voluntario y obligatorio en la esfera automovilística, pues mientras que el último se halla sometido a un régimen imperativo o de *ius cogens* en cuanto determinado por la obligación legal que alcanza a todo propietario de un vehículo de motor como requisito inexcusable para poder circular por el territorio nacional y responde a la finalidad social de lograr la protección inmediata de las víctimas del accidente de circulación mediante un resarcimiento que se busca «a ultranza», el voluntario por lo mismo que ofrece plena sustantividad, aunque sea compatible con el obligatorio, habrá de ser convenido y documentado con independencia de éste, en razón de lo cual esta Sala tiene proclamado que aun cuando el seguro voluntario aparezca concertado como complemento del obligatorio, conserva sus genuinas notas y no puede identificarse con el otro ni atribuírsele efectos que son específicos de distinta modalidad, porque si aquél siempre responderá a los efectos y criterios culpabilistas informadores de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, por muy progresiva que sea la interpretación jurisprudencial más reciente, el seguro obligatorio obedece a principios de responsabilidad subjetiva atenuada, lo que explica que un autorizado sector doctrinal ponga en duda su naturaleza de contrato de seguro de responsabilidad civil, por lo mismo que no se celebra en beneficio del asegurado para liberar a su patrimonio de las consecuencias económicas de una responsabilidad, sino que su finalidad esencial estriba en proteger directamente al perjudicado.

La obligación de cobertura del asegurador voluntario requiere como presupuesto indispensable la producción de un hecho culposo imputado al asegurado o a persona por quien éste deba responder; la evolución operada en torno al concepto de culpa, alejándose del sistema subjetivista clásico de la manera como este Tribunal tiene declarado, no permite al intérprete convertir la responsabilidad aquiliana en puramente objetiva, mutación no ajustada al texto legal, que parte de una explícita mención de la culpa.

LA CONFIRMACION DE LOS CONTRATOS NO ES POSIBLE POR ACTO UNILATERAL DE CUALQUIERA DE LOS OBLIGADOS (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La confirmación de los contratos no es posible por acto unilateral de cualquiera de los obligados, sino que únicamente la parte que tuviese derecho a invocar la causa de nulidad es quien puede realizar una confirmación tácita por actos que impliquen necesariamente la voluntad de renunciar al derecho de ejercitar la acción de nulidad (art. 1.311 del Código Civil).

EL SILENCIO NO VALE COMO MANIFESTACION POSITIVA DE ACEPTAR UNA OFERTA (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Como regla general, el simple silencio no puede valer como manifestación positiva de la voluntad de aceptar una

«oferta o la modificación de las consecuencias de un contrato, salvo que la ley disponga lo contrario, señalando plazos de forma expresa o tácita, dentro de los cuales se ha de manifestar una voluntad, como ocurre, entre otros casos, en los contemplados en los artículos 336 y 341 del Código de Comercio, 110 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 632 del Código Civil; ya que si la ley no da al silencio una significación de voluntad determinada, nadie puede restringir a su arbitrio la voluntad de otro, constriñiéndole a concertar un acto positivo a su favor o a dar por válida una voluntad unilateral de su contraparte, a menos que el que calla tenga en cuenta y sea consciente de que el silencio es considerado por la otra parte como expresión concluyente de una voluntad de admitir lo manifestado.

J. Q. S

V. SUCESIONES

PARTICION. RESCISION POR LESION. PRINCIPIO DEL «FAVOR PARTITIONIS». Artículo 1.074 del CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1980).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora, apelada y recurrente contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid, declaratoria de la rescisión por lesión de la partición, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha ciudad, el cual había optado por declarar la nulidad de la partición, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resulta claramente el tema debatido:

Que centrado el tema, prácticamente único del presente recurso, en el concreto punto de si la lesión de la legítima de alguno de los interesados en las operaciones divisorias practicadas por Comisario determinan la nulidad de la partición, tal como propugna el recurrente, o si su impugnación habrá de encauzarse como rescisión por tal menoscabo, a tenor de lo establecido en el artículo 1.074 del Código Civil, según entiende la Sala de Instancia revocando la sentencia pronunciada en el primer grado jurisdiccional, se ha de partir para la decisión de la controversia del básico postulado del *favor partitionis* o principio de conservación de la partición, evitando en cuanto sea posible que se anule o rescinda, según tiene declarado la jurisprudencia (Sentencias de 30 de abril de 1958, 13 de octubre de 1960 y 25 de febrero de 1969, entre otras) ajustándose a las disposiciones de aquel Cuerpo legal (arts. 815, 1.056, 1.074 y 1.077) y a las enseñanzas de la doctrina tradicional de que «conviene consultar a la estabilidad de... actos tan importantes como la partición, mientras lo permita la equidad», por lo cual si de agravios patrimoniales se trata, «se deben volver a hacer si los errores y lesión son sustanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo se deben reformar y permitir al demandado la elección de que se deshagan o se supla el engaño», criterio éste que «es lo más equitativo para evitar nuevos dispen-

dios y dilaciones a los interesados», y que aparece plasmado ya en el artículo 926 del Proyecto de 1851.

Que carente el Código Civil de una regulación específica sobre la nulidad de las particiones, fuera del precepto singular del artículo 1.081, ha declarado esta Sala que habrá de entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los *inter vivos* contractuales, teniendo muy presente la consecuencia de que sólo se originará esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto (Sentencias de 17 de abril de 1943, 13 de octubre de 1960, 25 de febrero de 1966 y 7 de enero de 1975), como acontece a juicio de la doctrina científica, y entre otros supuestos, cuando falta algún elemento esencial (así la certeza de la muerte del causante o la validez y vigencia del testamento) o presupuesto del negocio, o si la nulidad viene ocasionada por haber sido hecha la operación contra lo preceptuado en la ley (partición realizada por causante no testador contradiciendo lo dispuesto en el art. 1.056, comisario coheredero vulnerando la prohibición del art. 1057, etc.); y, por su parte, la jurisprudencia ha calificado como casos de nulidad, amén del contemplado por el referido artículo 1.081, la falta de consentimiento de la persona designada para practicar la división (Sentencias de 8 de marzo de 1956 y 13 de octubre de 1960), la inclusión en la masa partible de bienes no pertenecientes al causante (Sentencia de 30 de enero de 1951), como acontecerá si se extiende a los gananciales y parafernales teniéndolos como privativos del *de cuius* (Sentencia de 17 de mayo de 1974), la ilicitud de causa por deliberada ocultación de componentes del caudal (Sentencias de 22 de junio de 1948 y 25 de febrero de 1966), la invalidez del testamento (Sentencia de 11 de marzo de 1952), el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes (Sentencia de 26 de noviembre de 1974), o al haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles objeto de donación (Sentencia de 7 de enero de 1975), al haber liquidado por sí mismo el Comisario la sociedad de gananciales sin intervención del cónyuge supérstite o de los herederos del premuerto (Sentencia de 20 de octubre de 1952), así como la infracción de prescripciones legales imperativas, cual es la necesidad de nombrar defensor judicial al menor con intereses opuestos al de su padre o madre (Sentencias de 14 de diciembre de 1957 y 28 de mayo de 1974).

Que según se desprende de tal fundamentación y teniendo presente aquella línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación (Sentencia de 30 de abril de 1958) o procediendo a la indemnización del perjuicio, es obligado concluir que el agravio al contenido económico de la legítima deberá ser combatido como ineficacia por razón de su rescindibilidad, y en este sentido tiene declarado la Sentencia de 30 de marzo de 1968 que frente al contador testamentario y a las operaciones particionales realizadas puede el heredero forzoso ejercitar la acción de nulidad por falsedad o por vicios concurrentes y, en el evento de lesión de sus intereses, la de rescisión que le otorga el artículo 1.074, a lo que cabe añadir, evitando interpretaciones rígidamente literales, que procede la rectificación particional, aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que en todo caso merece esa cuota como institución que es de derecho necesario y, por tanto, de rigurosa invio-

labilidad (arts. 813, 815, 816 y 1.056, párrafo primero) y a la obvia consideración de que el Comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en manera alguna para alterar los actos dispositivos contenidos en el testamento, cual acontecerá si merma con las adjudicaciones la porción legitimaria respetada por el testador.

LEGADO DE COSA DETERMINADA PROPIA DEL TESTADOR. IDENTIFICACION DE LA FINCA LEGADA. ERROR EN LA SUSTANCIA. ACTOS PROPIOS DEL LEGATARIO (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1980).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Cervera, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que como antecedente necesario para la adecuada resolución de los temas que los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y cuarto-bis del recurso plantean, es necesario dejar establecido que todos ellos se refieren a la determinación de cuál sea el objeto verdadero del legado dejado por el común causante de actores y demandado don A. S. N. en la cláusula novena de su testamento, al consignar textualmente: «Legado por partes iguales para el heredero y legatarios todos la era que el testador posee en C.», por ser tesis de los actores que la «era» en cuestión es la que describían en su demanda con fijación de extensión superficial y los correspondientes linderos y sostener, por el contrario, el demandado que el objeto legado no podía recaer sobre otra que la «era de trillar» descrita en la escritura pública por la que, en su calidad de heredero del señor S. N., hizo entrega de la parte que en la misma le correspondía al legatario y uno de los actores en la litis, don J. S. G.

Considerando que la sentencia del Juzgado, cuyas consideraciones acepta en su integridad la resolución de la Audiencia, haciendo un pormenorizado y racional análisis de las pruebas practicadas, e incluso de la actitud procesal del demandado, llega a la conclusión de que la «era» a que se refería la disposición testamentaria consignada en el razonamiento que antecede no podía ser otra que la pretendida por los actores en su demanda, rechazando explícitamente, tras la adecuada argumentación, que la cosa legada pudiera identificarse con la finca que, como tal, señalaba el demandado, estableciendo igualmente la aludida sentencia del Juzgado «que la debatida finca que reclaman los actores formaba parte de la masa hereditaria y en tal concepto la tiene el heredero».

Considerando que la simple lectura del segundo considerando de la sentencia del Juzgado, extractado en lo fundamental en el razonamiento que antecede, hace decaer el primer motivo del recurso, pues formulado al amparo de lo preceptuado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 1.214 del Código Civil, siendo así que la Sala de Instancia no invirtió en su fallo el principio de la carga de la prueba, sino que dio por probados los

hechos constitutivos del derecho que se reclama por los actores y hoy recurridos, a más de que, como ya dijo la Sentencia de esta Sala de 28 de enero de 1974, no puede darse al *onus probandi* un significado tan rígido que obstaculice el ámbito propio de la apreciación judicial siendo cuestión distinta, pero que no constituye infracción del precepto legal dicho, aquella que pueda derivarse de la equivocada valoración de los elementos probatorios obrantes en las actuaciones, tema que se plantea en otro motivo del recurso.

Considerando que en el segundo motivo del recurso, formulado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia por el recurrente haber incurrido la Sala sentenciadora en error de derecho en la apreciación de las pruebas, aduciendo el supuesto error en relación a la prueba documental, con cita del artículo 1.218 del Código Civil, de confesión judicial con invocación de lo dispuesto en el artículo 1.232 del propio Cuerpo legal sustantivo, de reconocimiento judicial haciendo mención del artículo 1.240 del mismo Código y testifical bastando el simple análisis de los varios apartados en que el motivo se diversifica para llegar a la conclusión de su procedente desestimación, por cuanto: a) el Tribunal de Instancia al establecer que la finca que reclaman los actores formaba parte de la masa hereditaria del señor S. N. y en tal concepto la tenía el heredero, no vulneró lo dispuesto en el artículo 1.218 del Código Civil en orden a la apreciación de la prueba documental constituida por la escritura pública de manifestación de herencia otorgada por la viuda del testador y la de igual carácter otorgada por el demandado señor T. S., ya que al constituir meras declaraciones de los intervinientes en las mismas no hacen prueba contra quienes, cual los demandantes, no son causahabientes de aquéllos; b) tampoco vulneró la resolución impugnada lo dispuesto en el artículo 1.232 del Código Civil en orden a la apreciación de la prueba de confesión judicial del demandado, pues las afirmaciones de dicha resolución sobre la preexistencia de la finca pretendida por los actores en el caudal relicto al fallecimiento del señor S. N., no se fundamentan en que el referido demandado al absolver posiciones así lo reconociera; c) la prueba de reconocimiento judicial constató el «hecho» de la existencia en la realidad de la finca descrita por los actores en su demanda, siendo indudable que al apreciar tal realidad de hecho la sentencia recurrida no infringió lo dispuesto en el artículo 1.240 del Código Civil respecto al alcance de esta prueba, constituyendo cuestión distinta la referente a la justificación de si la finca que existe en la realidad es la que, con la denominación de «era», fue objeto del legado contenido en el testamento del señor S. N., justificación que la sentencia recurrida admite apreciando otros elementos probatorios, y d) respecto a la prueba testifical es reiterada la jurisprudencia de esta Sala de que, contra la apreciación de la misma que hagan los Tribunales *a quo*, en uso de las facultades que tanto el artículo 1.248 del Código Civil como el 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil les confiere, no se da el recurso de casación, pues ambos artículos dejan al arbitrio del Tribunal de Instancia, conforme a las reglas de la sana crítica, la graduación de la fuerza de aquella prueba —Sentencias de 17 de diciembre de 1974, 7 de febrero de 1972 y 25 de noviembre de 1966, entre otras muy numerosas.

Considerando que la desestimación del segundo motivo del recurso, al dejar incólume la afirmación de la resolución impugnada de que la finca

reclamada por los actores formaba parte de la masa hereditaria del señor S. N. y en tal concepto la tenía su heredero, aquí recurrente, hace decaer el motivo tercero del mismo, habida cuenta de que, formulado al amparo de lo dispuesto en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación, por inaplicación, de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala que cita, sancionadora del principio de derecho *nemo dat quod non habet*, al ser obvio que este principio, atendida la aludida afirmación, no ha podido ser vulnerado, dado que el heredero-demandado puede hacer entrega de la finca que, como objeto del legado, reclaman los actores.

Considerando que siendo presupuesto para la acogida del motivo cuarto del recurso la estimación de la procedencia del motivo cuarto-bis del mismo, se impone invertir para su análisis el orden en que son formulados, y comenzando por el referido cuarto-bis, éste se articula al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando violación del artículo 1.265 del Código Civil, en relación con el 1.300 y 1.303 del propio Código; mas al quedar firmes en casación las afirmaciones contenidas en el tercer considerando de la sentencia del Juzgado, en el sentido de que el consentimiento prestado por el legatario don J. S. G. al negocio jurídico de entrega de legado contenido en la escritura pública al efecto otorgada en 14 de agosto de 1970, lo había sido, en lo referente a la «era de trillar» descrita en dicha escritura, con «error que recaía sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato (sobre la propia identidad de la cosa legada)», es indudable que la resolución recurrida en cuanto decretó, conforme a lo postulado en la demanda, la nulidad parcial de la mencionada escritura pública, aplicando rectamente la preceptiva contenida en el párrafo primero del artículo 1.266 del Código Civil, no violó por concepto alguno lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.300 del propio cuerpo legal, y con respecto a las consecuencias de tal declaración de nulidad previstas en su artículo 1.303, las mismas en el supuesto concreto que nos ocupa no son otras que las implícitas en el propio pronunciamiento de quedar sin efecto el negocio jurídico, pues al referirse éste a la transmisión del dominio de una novena parte indivisa y permanecer el dominio de las ocho novenas partes restantes en poder del heredero, ninguna transmisión material se operó que obligue a restituir lo que realmente no fue recibido, y menos unos frutos no percibidos bajo concepto alguno, procediendo, en definitiva, la desestimación del analizado motivo cuarto-bis del recurso.

Considerando que la desestimación del motivo «cuarto-bis» del recurso decide la suerte del articulado bajo el apartado «cuarto» del mismo, pues amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación de la doctrina de los actos propios, citando las sentencias de este Tribunal que la sanciona, con olvido de que fundado en el hecho de que el actor don J. S. G., en la escritura pública cuya nulidad parcial se postula en la demanda, aceptó del heredero la entrega de los bienes que por legado del señor S. N. le correspondían, entre ellos la «era de trillar» descrita en dicha escritura, tal acto de aceptación no es jurídicamente válido y ello impide la aplicación del invocado principio, al ser indispensable para ello, según jurisprudencia de esta Sala contenida en sus Sentencias de 19 de junio de 1952 y 7 de diciembre de 1966, «que los actos propios sean jurídicamente válidos, y no lo son los

realizados por error sustancial que vicia el consentimiento prestado, según prescriben los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil», por lo que siendo idéntico el supuesto contemplado en el caso de la presente litis se hace inconcusa la procedencia de la desestimación del motivo referido.

COMENTARIO.—En esta sentencia se califica a la entrega de legado de *negocio jurídico*. Parece que sólo manteniendo un concepto muy amplio de lo que sea negocio jurídico, en cuya virtud perdería tal concepto su utilidad, puede mantenerse esa configuración.

Para que exista negocio jurídico se requiere necesariamente una declaración de voluntad. Pero no basta con esto. Se precisa, además, que los efectos de esa declaración de voluntad sean producidos directamente por ella, esto es, que la declaración de voluntad sea la causa inmediata y directa de tales efectos. Ejemplo: los efectos del testamento—verdadero y propio negocio jurídico—se producen por y conforme a la voluntad del testador (sin voluntad no hay testamento), dentro, naturalmente, de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. ¿Puede afirmarse lo mismo en lo concerniente al acto de entrega de la cosa legada? Parece que, en este caso, los efectos no se producen por la voluntad del heredero o albacea facultado para entregar legados, ni menos aún por la voluntad del legatario, ni siquiera por la de ambos concurrentes. Que esto es así lo demuestran las siguientes razones:

1.ª Los legados reales, esto es, de cosa específica y determinada propia del testador, atribuyen al legatario la propiedad de la cosa legada desde la muerte del causante concediéndole la acción reivindicatoria (cfr. art. 882 del Código Civil).

2.ª Lo que el legatario recibe es la *posesión*, que ha de entregarle el heredero o albacea (art. 885 del Código Civil).

3.ª No todo albacea puede entregar la posesión, sino sólo el que haya sido autorizado para darla por el testador (art. 885 del Código Civil).

4.ª En todo caso, no se trata de una entrega necesaria para transmitir la propiedad de la cosa legada, sino de una mera puesta en posesión que incluso puede realizarse tácitamente (ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1968, pág. 938).

5.ª Incluso esta necesidad de la entrega se explica, más que por razones de posesión hereditaria, por motivos de garantía para el heredero, ya que es posible que el legado deba reducirse y aún pueda quedar ineficaz. Es la misma razón por la que dispone el Código Civil que «durante la formación del inventario y el término para deliberar, no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados» (art. 1.025). De este mismo artículo parece desprenderse que sólo en sentido muy relativo e impropio, como síónimo de *cumplimiento*, podría emplearse el término de negocio jurídico referido al acto de entrega de legado, en el sentido de acto debido (*Digesto*, 4, 2, 23).

6.ª A mayor abundamiento, hay numerosos casos en los que no es necesaria la entrega del legado, tales como:

1. Cuando el testador ha autorizado al legatario para que por sí mismo tome posesión de la cosa legada.
2. Cuando toda la herencia se distribuye en legados.

3. Cuando al morir el testador, el legatario tenga ya la posesión de la cosa legada.
4. Cuando el legatario sea el mismo heredero (prelegado).
5. Cuando se constituya hipoteca testamentaria a favor del legatario.
6. Cuando por no poseer nadie los bienes legados, el legatario haya obtenido judicialmente su posesión.
7. Cuando el legado sea de usufructo universal.
8. Cuando se trate de legado en pago de su legítima.
9. En el supuesto de la *institutio ex re certa*,

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

PAGO DEL IMPUESTO. ENAJENACION DE VALORES MOBILIARIOS PARA PAGO DEL IMPUESTO. EFECTUADA CON LA DEBIDA AUTORIZACION POR EL BANCO DEPOSITARIO, EL RETRASO EN LA EFECTIVIDAD DEL CREDITO A FAVOR DEL TESORO, NO IMPUTABLE AL CONTRIBUYENTE, NO PUEDE DAR LUGAR A LIQUIDACION SANCIONADORA POR DEMORA (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1980).

Hechos.—Por escrito de 12 de julio de 1971, doña .. solicitó la correspondiente liquidación del Impuesto General sobre la Sucesión causada por fallecimiento de su tía, doña... Practicada la misma por el Abogado del Estado arrojó una cantidad de 381.652 pesetas, y al carecer los herederos de dinero metálico suficiente para el pago de tal liquidación solicitaron de dicha Abogacía, el 8 de mayo de 1973, que ordenara al Banco de Vizcaya la venta de valores de la referida herencia para que con su importe quedara satisfecha la liquidación practicada. Realizada la venta de valores, ello determinó que con fecha 21 de noviembre de 1973, se procediese al abono de la liquidación de referencia, sin más intervención en tal pago por parte de los herederos que la aportación al Banco de la declaración de herederos del caso, por así haber sido requeridos al efecto por la Abogacía del Estado. Que ello no obstante, la recurrente fue notificada de una nueva liquidación sancionadora, por demora en el pago de la primitiva liquidación.

Recurrida tal liquidación sancionadora, primero en reposición y luego ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, fue desestimada, siendo la resolución del aludido Tribunal de fecha 30 de marzo de 1976.

Contra tal resolución, la representación de doña... interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo estimado por la Sala Primera de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid.

Planteado recurso de apelación por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración Pública, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas y aceptando los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, lo desestimó en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en la apelación extraordinaria interpuesta por el Abogado del Estado, se sustenta la procedencia de la liquidación impugnada, no obstante la autorización concedida para aplicar el artículo 122, núm. 7, del Reglamento para el Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, por entender que dicha norma afecta a la forma de pago del impuesto sucesorio, pero no al plazo para su pago, mas no se

combate la argumentación de la sentencia apelada sobre la inexistencia de mora en el pago por parte del contribuyente.

Considerando que si bien el número 7 del artículo 122 del citado Reglamento permite a instancia del interesado que se autorice por la Abogacía a las entidades bancarias para la enajenación en la cuantía necesaria de los valores depositados, la autorización también se extiende a que por el Banco depositario, con cargo al importe de la enajenación y al saldo en cuenta corriente o de ahorro, se libren los correspondientes talones a nombre del Tesoro Público, por el exacto importe de las liquidaciones, y esta autorización implica una gestión por parte del Banco depositario que impide considerar incurso en mora al contribuyente, puesto que, en definitiva, la autorización viene a admitir una forma especial de pago que salvaguardando los legítimos derechos del Tesoro, evita al contribuyente difíciles operaciones de venta de otros bienes o de préstamos, siendo de especial relieve que la autorización es potestativa por parte de la Abogacía del Estado, por lo que una vez concedida, para que surta el efecto solutorio a que se encamina debe liberar de la situación de morosidad al sujeto pasivo, siempre que se cobre la deuda tributaria, razón por la que no puede prosperar la interpretación que se mantiene en el presente recurso, que debe desestimarse sin pronunciamiento alguno sobre las costas.

PRESTAMO HIPOTECARIO. EXENCIONES. PARA QUE LA EXENCION DEL ARTICULO 65, I, 63, QUE EL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO CONCEDE A LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS QUE SE SOLICITEN ANTES DE OBTENER LA CALIFICACION DEFINITIVA DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL SEA CONCEDIDA, ES PRECISO QUE EL DESTINO DEL PRESTAMO QUEDE PREDETERMINADO EN LA ESCRITURA PUBLICA DE SU CONSTITUCION, HACIENDOSE CONSTAR EN ELLA, EXPRESA Y CLARAMENTE, EL MOTIVO DE SOLICITUD DEL PRESTAMO Y SU DESTINO (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—Presentada en la Oficina Liquidadora competente primera copia de una escritura otorgada en Linares el 13 de noviembre de 1974, por la que el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba otorgaba a la Cooperativa de Viviendas «San Miguel», de Linares, un préstamo social-comercio, se gira liquidación por la citada Oficina por el Impuesto sobre Transmisiones, número 12 de la Tarifa, con un total a ingresar de 1.688.540 pesetas.

Entabladas reclamaciones ante los Tribunales Administrativo-Provincial, Central y Contencioso-Administrativo y ante la Audiencia Territorial de Granada, se desestiman todos ellos, considerándose ajustada a derecho la liquidación impugnada.

Interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal Supremo y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Sainz Arenas, se desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que contraída la apelación a mantener la pretensión de aplicar al caso de estos autos la exención contenida en el artículo 65, I, 63, del Texto Refundido del Impuesto, otorgada, en concor-

dancia con el artículo 43, A, 5. del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968, a favor de los préstamos hipotecarios que se soliciten antes de obtener la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial, cualquiera que fuese la fecha de su concesión, es obvio que para que tal beneficio fiscal pueda ser reconocido en cada caso individual el destino del préstamo ha de quedar predeterminado en la escritura de su constitución, haciéndose constar en ella, expresa y claramente, el motivo de la solicitud del préstamo y su destino, requisitos totalmente omitidos en la otorgada con fecha 13 de noviembre de 1974, que dio lugar a la liquidación impugnada, haciéndose constar en aquélla únicamente que la Cooperativa prestataria era propietaria de las once parcelas que se relacionan y describen, que había solicitado de la entidad prestamista un préstamo social de comercio, que se le había concedido su entrega de presente en parte y el resto mediante certificaciones de obras, la obligación de devolverle en diez años y la garantía hipotecaria constituida sobre las parcelas y sobre las obras y edificaciones existentes o que se realizaran en adelante, sin expresión alguna, por tanto, a la clase de edificaciones, las que aun en el supuesto de que hubieran de ser viviendas, en congruencia con el objeto de la Cooperativa, podían no ser acogidas a la protección oficial, ya que ésta, por la amplitud de su objeto, no cabe ser reconocida como Cooperativa Protegida de Viviendas, según el artículo 6, g), del Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 9 de mayo de 1969, como razona la sentencia apelada al denegarle la exención del artículo 65, I, 5, del citado Texto Refundido, también pedida en la primera instancia; no pudiendo tener por eficaz la subsanación de la omisión de requisitos tan fundamentales, sobre los que es indispensable el oportuno consentimiento de las partes en el contrato, que se ha intentado hacer por medio de posteriores manifestaciones hechas ya con la finalidad de impugnar la liquidación fiscal practicada; ni tampoco admitir que la calificación jurídica de la verdadera naturaleza del contrato, a que se refiere el artículo 25 de la Ley General Tributaria, permita adentrarse en la consideración de posibles presuntas motivaciones personales de los contratantes no insertas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, como se mantiene en el recurso.

Considerando que sentada la posibilidad de cualquier destino del préstamo en cuestión, distinto de la financiación de Viviendas de Protección Oficial, dado que así lo hacía posible su formalización con el carácter de «préstamo social de comercio» expresado en la escritura de su formalización, cabe advertir, por último y a mayor abundamiento, la falta de coincidencia de las entregas parciales de su importe, efectuadas sobre certificaciones de obras, y la cédula de calificación definitiva, ya que ésta no se expidió hasta el 30 de septiembre de 1975, haciéndose constar en ellas que las obras se habían terminado el 15 de julio anterior, y en las escrituras de entrega de cantidades por cuenta del préstamo se afirma que dicha cédula definitiva ya se había expedido, no obstante tener tales certificaciones fechas anteriores, comprendidas entre el 13 de noviembre de 1974 y el 7 de junio de 1975.

Considerando que por lo expuesto procede desestimar la apelación y confirmar la sentencia apelada, sin que, según el artículo 131 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, sea preciso un pronunciamiento especial sobre el pago de las costas procesales causadas en la segunda instancia.

BASE IMPONIBLE. REDUCCION DEL 75 POR 100 DE LA BASE RESPECTO A PRESTAMO CUYO TOTAL IMPORTE HA DE INVERTIRSE EN CONSTRUCCION DE EDIFICIOS EN POLIGONO DE NUEVA URBANIZACION (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—La litis versa sobre la procedencia e improcedencia de aplicar la bonificación del 75 por 100 en la base imponible prevista en el artículo 66, I, B, d), del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, negándose dicha aplicabilidad por la administración tributaria por no resultar acreditada la finalidad de la inversión íntegra del importe del crédito hipotecario concedido al constructor y aquí apelado en obras de nueva urbanización, alegando que tal crédito escriturado le fue concedido, en general, para su industria de construcción.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, se muestra partidario de aplicar la reducción pretendida, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Administración Pública, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en el expediente administrativo y prueba practicada en vía jurisdiccional está acreditado: 1.º, que en la escritura otorgada en Segovia el 14 de junio de 1975 ante el Notario que fue de dicha ciudad don Alfonso Martínez Almeida, figura en la cláusula octava la petición de bonificación haciendo constar que la totalidad del importe de la cuenta de crédito se destinaría por el beneficiario a su industria de construcción en el polígono de nueva creación denominado «Hoyo de Santo Tomás», situado donde consta en certificación del Arquitecto municipal; 2.º, certificación del Arquitecto de la Sección de Urbanismo del Ayuntamiento de Segovia de que el aquí apelado tenía licencia municipal para construir un conjunto de viviendas y locales comerciales en el polígono denominado «Hoyo de Santo Tomás» de nueva creación o nueva urbanización; 3.º, certificación municipal de que el aquí apelado tenía concedida con anterioridad a la fecha de la escritura antes mencionada, licencia de obras en el polígono de nueva creación denominado «Hoyo de Santo Tomás» para la construcción de 87 viviendas, locales y garajes, por valor presupuestado superior a 70 millones de pesetas.

Considerando que de los expresados antecedentes resulta que obtenida licencia municipal para la ejecución de obras en polígono de nueva creación y, por ende, de nueva urbanización, y solicitada la bonificación oportunamente en la escritura de concesión del crédito hipotecario en que se hace constar con toda precisión el destino íntegro de la cantidad del préstamo en la ejecución de la obra en nuevo polígono municipal, cuya identificación por el nombre y situación precisa no ofrece ninguna duda, es clara la procedencia de la aplicación de la bonificación solicitada, ya que cualquier duda que pudiesen motivar las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Provincial, y más tarde la del Tribunal Económico-Administrativo Central, resultan claramente desvanecidas por la prueba practicada en vía jurisdiccional.

C. M. A.

LIBROS

BALBINO FILHO, NICOLAU: *Averbações e Cancelamentos no Registro de Imóveis. Doutrina e prática*. Ed. Atlas, Sao Paulo, 1980, 1.^a ed., 78 páginas.

El doctor BALBINO, prolífico jurista brasileño, es titular de Oficios de Justicia, es decir, Registrador de la Propiedad, preocupado desde siempre por la ciencia jurídica inmobiliario registral y decidido participe en su progreso, lo que viene logrando mediante sus publicaciones sobre la materia, que alcanza ya a varios libros, aparte de su labor cotidiana, combinando así de modo perfecto teoría y praxis. *Averbações...* se integra en esta línea de dedicación, con el fin de actualizar la obra del mismo autor, *Registro de Imóveis*, para adaptar la misma a las reformas introducidas por la Ley número 6.766, de diciembre de 1979.

Averbações..., como el mismo título indica, es un pequeño manual sobre notas marginales y cancelación de las mismas, de carácter complementario, libro dividido en 14 capítulos. El primero se dedica al concepto de nota marginal—cuyo contenido, en Derecho brasileño, es más amplio que en nuestro sistema, pues se extiende a figuras que nosotros anotamos preventivamente o respecto de las que extendemos asiento de inscripción—, y los subsiguientes al análisis resumido, pero muy completo, de las diversas anotaciones, concretándose en el decimocuarto el estudio de la cancelación. Cada capítulo va acompañado de pequeños modelos de asiento y dotado de adecuada bibliografía.

El doctor BALBINO ha escrito siempre bien. No es excepción este librito, que precisamente por sus características (carácter actualizante, intención simplificadora bien lograda; gran enfoque práctico, en el mejor sentido del término; muy completa información y perspectiva no empee sus imperativos límites) dificulta el esfuerzo. El distinguido y apreciado compañero brasileño domina la pluma y lo demuestra, consiguiendo dotar de gran amenidad a la lectura de su trabajo.

Naturalmente, el interés de la obra, vista en sí misma, queda limitado al Brasil, pero en cuanto completo de *Registro de Imóveis*, trasciende la esfera nacional de la República hermana.

La impresión es muy nítida, comodísima de leer, bien hecha, en suma, y provista de una encuadernación rústica con portada plastificada, que facilita el uso y conservación del libro.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

DÍEZ RODRÍGUEZ, FERNANDO: *Prensa agraria en la España de la Ilustración. El Semanario de Agricultura y Artes dirigido a los Párrocos (1797-1808)*. Serie Estudios, Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Madrid, 1980, un tomo de 217 págs.

El día 4 de enero de 1797 aparecía en Madrid, con el largo título citado, el que iba a ser el primer periódico agrícola de España, que nacía con un objetivo claro: Fomentar el desarrollo agrícola y el de aquellas artes y manufacturas próximas al quehacer del agricultor. Para ello se proponía llegar al campo, cosa que era un objetivo difícil en el panorama cultural y económico de la época. Y aquí es donde cobra su papel de protagonista el párroco rural, al que expresamente se dirige el *Semanario*; con esto se pretendía resolver el dilema que, en las propias palabras de los promotores de la idea, se podría formular así: en España, los que labran no leen, y los que leen no labran.

FERNANDO DÍEZ RODRÍGUEZ nos presenta diversos aspectos de esta curiosísima publicación, significativa para la época ilustrada de nuestra Patria, que se vio truncada por los acontecimientos cruciales de la guerra contra los invasores franceses. Para ello nos expone primero el entorno general de la época, para mostrarnos después la biología del original periódico y el análisis de los temas que en él se publicaron.

Primera parte.—El marco histórico: España 1796-1808.—Es un dato claramente establecido por la historiografía actual el notorio aumento de la población española durante el siglo XVIII, y este crecimiento demográfico se interrelaciona con el correspondiente aumento del producto nacional agrario y será elemento propulsor de las corrientes reformistas que tienden a fomentar la agricultura.

El trauma creado en Europa por la Revolución Francesa y las guerras posteriores afectará gravemente a España, mermando los escasos beneficios de un largo periodo de auge iniciado desde Carlos III. En el reinado de Carlos IV se notan dos repechos en la coyuntura inflacionista: hasta 1804 uno, y el otro de 1806 a 1812, habiéndose de emitir vales y empréstitos para enjugar la deuda pública. En este punto crítico convergen las ideas manifestadas por los ilustrados sobre los problemas de la agricultura con las apremiantes necesidades del erario público. La primera desamortización, promulgada en 1798, se produce por las condiciones que crean estos tres factores: la aguda crisis financiera del Estado, el ansia de tierras cultivables y la existencia de un cuerpo de doctrina favorable a limitar la propiedad vinculada. El recurso a la desamortización y la acogida que los inversores le deparan son datos muy significativos, que en 1798 dejan traslucir algunas líneas estructurales de la economía de la época.

El alza de los precios de los productos agrícolas produce un incremento en la renta procedente de la tierra, lo que conduce a un mayor interés por este medio de producción. Esto se trasluce en un aumento del número de propietarios que cultivan directamente sus campos, en un alza del precio de los arrendamientos y en la profusión del subarriendo como especulación sobre un bien sometido a una demanda creciente. Pueden

también apuntarse las tensiones con la Mesta, que se agudizan al ampliar los cultivos a zonas de dehesa o eriales.

Las raíces de la corriente ilustrada en España se hunden más profundamente de lo que generalmente se ha pensado. A lo largo del siglo XVIII existe una complicada relación entre las ideas ilustradas y el poder público. Si existieron reformas ilustradas programáticas, no existió un programa ilustrado oficializado; en cada momento, el gobierno echa mano de las ideas que se le ofrecen y que cuadran con sus intereses momentáneos. Según el autor, el despotismo ilustrado es, en este sentido, una ilustración arbitraria, siendo el único criterio de esta arbitrariedad una política de situación.

Es en el reinado de Carlos III cuando más se palía esta dura condición, siendo éste el momento más intenso del movimiento ilustrado, ya que las decisiones de los gobernantes están en la misma línea de las doctrinas reformistas. Pero la luna de miel fue breve, pues los acontecimientos revolucionarios de Francia amedrentaron al equipo gubernamental presidido por Floridablanca, la Inquisición endurece sus actuaciones y se toman medidas de mayor trascendencia contra el eco que en España tuvieron las ideas de los revolucionarios franceses.

Pasado el peligro y restablecidas las cordiales relaciones con Francia, en 1795 se inicia un resurgimiento de la política ilustrada del gobierno en aquellos puntos que no tocaban temas político-sociales candentes, sino sólo en lo que en terminología actual se podría calificar de «tecnocráticos». Esta última etapa de la Ilustración, personificada en Godoy, terminará en la invasión de 1808.

La Ilustración establece tres principales conductos de difusión de sus ideas que cuentan con el beneplácito real y forman parte de la misma política ilustrada de los reyes: El primero serán las Sociedades Económicas de Amigos del País, de las que llegan a funcionar 76 en España desde 1765, en que se creó la primera, hasta 1808. Las Universidades son el segundo conducto, alcanzando su momento culminante en el reinado de Carlos III por la necesidad de llenar el vacío producido en la enseñanza por la expulsión de los jesuitas. El tercer conducto es la prensa, que sufre bastantes avatares de liberalización o censura a lo largo del siglo; aparecen periódicos científicos, de vulgarización, literarios y de crítica de costumbres, con títulos tan largos como ingenuos.

El 24 de febrero de 1791 se decreta la suspensión de todas las publicaciones periódicas del reino. Sólo se salva de la quema la prensa oficial, constituida por la *Gaceta de Madrid* y el *Mercurio* histórico y político. La tajante medida dictada por Floridablanca tiene por objeto crear una especie de cordón sanitario frente a las posibles infiltraciones de las ideas revolucionarias que triunfaban en Francia; con la llegada del conde de Aranda al poder volverán a la luz las publicaciones periódicas.

El *Semanario* aquí estudiado se podría clasificar dentro de la prensa de divulgación selectiva, ya que se centra en temas agrarios, que nace dentro de un plan general de acción ilustrada de educación económico-política. Aunque no tiene un carácter oficial del tipo del *Mercurio* citado, sí, al menos, lo tiene semioficial, ya que en la Secretaría de Estado se veló constantemente por su vida.

Segunda parte.—El Semanario de Agricultura y Arte dirigido a los Párrocos.—Una de las novedades de la empresa es crear un órgano difusor de conocimientos útiles a las clases rurales. La segunda novedad es dirigirse a los párrocos por aquello ya dicho de que «los que labran no leen, y los que leen no labran», y que se explica en el mismo «prospecto» que sirve para lanzar la publicación. Se aduce que en otros estados se utilizan a los ministros o párrocos para que lean a sus almanaques y cartillas agrícolas; con mayor razón lo podemos esperar de «nuestros celosos eclesiásticos y singularmente los párrocos, consoladores, amigos y padres del labrador, que les oye con respeto y amor, siendo cierto que no tienen más anhelo que el de ser útiles a su rebaño, aliviarle y socorrerle».

Aparte estos antecedentes del extranjero, la idea era común a varios autores: en una sociedad agraria profundamente ajena a la cultura, con alto porcentaje de analfabetismo y escasa enseñanza primaria, el párroco resultaba un vehículo-puente nada despreciable por su prestigio en el ámbito rural. Ya en su informe sobre la Ley Agraria enviado el 26 de abril de 1794 a la Sociedad Económica de Madrid, JOVELLANOS propone como medio de realizar la difusión de la cultura, la utilización del clero rural, por «la mansedumbre y caridad que forman el carácter de nuestro clero y por la obligación de instruir a los pueblos, que es tan inseparable de su estado».

Prevía la aprobación real, la vida oficial del *Semanario* comienza el 23 de septiembre de 1796, cuando Godoy, Primer Secretario de Estado, envía al Obispo Gobernador del Consejo un ejemplar impreso del «prospecto» del *Semanario* junto con la Real Orden que avala la empresa. En dicha Real Orden se hace un panegírico de «la clase agricultora e industrial» y se deja constancia de la preocupación del Rey por ella. El 31 de diciembre de 1796 se envían los primeros ejemplares del número uno del *Semanario* a Godoy, Príncipe de la Paz; la recién nacida publicación comienza su carrera, apareciendo todos los jueves, sin interrupción, hasta que desaparece en 1808.

Tras reseñar quiénes fueron sus primeros directores y contemplar el aspecto económico de la revista, el autor expone cómo se llevaba a cabo la difusión del *Semanario de Agricultura y Artes*. Se editaron 22.300 ejemplares del «prospecto» con los fines perseguidos y se dirigieron a las Chancillerías, Audiencias, Corregidores e Intendentes del Reino «para que promueban el cumplimiento de las Soberanas intenciones y se logre la mayor difusión de las luces y conocimientos», lo que indica, según se ha dicho, el carácter semioficial de la empresa y el decidido apoyo de que gozaba. El *Semanario* comenzó con una tirada de 3.000 ejemplares, considerable en aquella época para un periódico especializado sólo en temas económicos, únicamente superada por la prensa oficial.

La introducción del periódico entre el clero rural se realiza a través de los prelados de las diversas diócesis, a los que el Príncipe de la Paz envió una carta en la que les decía: «Espera S.M. de las luces, zelo y recta intención de V.I. que conocidas las ventajas que deben resultar al pueblo de tan útiles impresos hará que se extiendan por sus diócesis quanto sea posible para beneficios común de la Iglesia y del Estado».

Los párrocos y los municipios podían suscribirse al *Semanario*, con los fondos de la «fábrica» de sus iglesias, los primeros, y con el de «propios», los segundos. Con esto se salvaba la dificultad del desembolso personal

y se conseguía que la revista fuese adquirida por instituciones, con lo que cumpliría más ampliamente su contenido, conservándose sus colecciones en entidades públicas. Como puede verse, el *Semanario* nace con un sistema de difusión muy adecuado, al menos en teoría, contando con un mecanismo preciso para asegurar su funcionamiento.

A pesar de ello, la difusión del periódico decae después notablemente. En 1802 sólo hay 200 suscriptores, fuera de los 132 ejemplares que toman obligatoriamente los Consulados y de otros 33 que toman las Sociedades Económicas. Respecto a la difusión entre los párrocos, también había mermado de modo alarmante: en el Arzobispado de Toledo sólo hay un párroco suscriptor; en las diócesis de Sevilla, Santiago y Burgos, ninguno; a excepción de Barbastro y Zaragoza, no hay diócesis del Reino en que lleguen a cinco los párrocos suscriptores. Un panorama desolador que muestra paladinamente el escaso grado de penetración del *Semanario* entre aquellos a los que principalmente estaba dirigido. Se tuvo que recurrir a una distribución forzosa que afectaba a los Obispos, Intendentes, Sociedades Económicas y Consulados de Comercio; con ello crece el número de suscripciones y ejemplares expedidos, pero habrá que dudar seriamente de la repercusión que tendrían las ideas contenidas en el *Semanario*.

Tercera parte.—Análisis temático del «Semanario».—Se dirige a divulgar en el medio rural una serie de conocimientos sobre agricultura y artes domésticas, tanto para mejorar los cultivos existentes como para introducir otros nuevos, enseñando a sacar el mejor partido posible a unas actividades económicas complementarias y consecuentes con el mundo agrario. En esta misma línea básica, no faltan en el *Semanario* informaciones encaminadas a mejorar las condiciones de vida de la población rural, como son las que se refieren a temas de higiene y profilaxis. Se separa muchas veces de aquél, «estilo llano y acomodado a la aprehensión de un labriego», que pedía JOVELLANOS en su *Informe*; es más bien una revista de agricultura que se asemeja a las que se producían más allá de nuestras fronteras y de las que se nutre con frecuencia. Y esto todavía más cuando pasa a depender del Jardín Botánico, pues entonces gana en científico tanto como se separa de su función de ser vehículo de conocimientos útiles para las clases campesinas.

Del conjunto de los trabajos publicados por el *Semanario*, es abrumadoramente superior el porcentaje de los artículos informativos (91,52 por 100) sobre los de opinión (8,42 por 100). Es lógico en una publicación eminentemente didáctica, en la que los comentarios que se alejan del plano meramente técnico se producen frecuentemente no buscados en sí mismos, sino impuestos por la realidad estructural del país. A continuación, el autor espiga ejemplos, que a fuerza de pintorescos son interesantes, del modo que el *Semanario* trata los temas sobre difusión de técnicas y promoción de cultivos, técnicas agrícolas y manufactureras, información sobre medidas profilácticas e higiénicas y enseñanza y educación, propugnando la necesidad de conocer la realidad económica del país, así como de los problemas, tanto de la agricultura como de la industria y el comercio.

En la *Conclusión* de este interesantísimo estudio, que se lee de un tirón, el autor concreta los objetivos de la revista: Información, para poner al alcance del cultivador de la tierra aquellos adelantos que se

habían producido para el desarrollo de la actividad agrícola y mejora en las condiciones de vida del campo. Otro objetivo era la educación, para desterrar las prácticas viciadas o rutinas que anquilosaban la actividad agraria. Tercer objetivo era la comunicación, recogiendo las diversas experiencias agrícolas de los distintos lugares de la geografía española. A los anteriores hay que añadir un cuarto muy peculiar: el *Semanario* busca indirectamente, ya que lo hace por mediación de los párrocos, incidir en el sector de la población campesina más alejado de cualquier circuito cultural que pudiera proporcionarle los conocimientos necesarios para perfeccionar su labor.

FERNANDO DÍEZ RODRÍGUEZ, con este libro muy meritorio, consigue obtener de los casi 600 números de la revista que resume y estudia, un material de primera mano para hacer la historia de los conocimientos agrarios de la época y de los problemas graves que tenía planteados el campo en España a finales del siglo XVIII y principios del siguiente. Con ello se aportan interesantísimos datos para mejor conocer el período que termina con la gran crisis de 1808.

Termina diciendo que no resulta difícil comprender que el *Semanario de Agricultura y Artes* no pudiera tener una repercusión mucho más amplia de la que de hecho tuvo. Según DÍEZ RODRÍGUEZ, estaba condenada al fracaso una publicación que proyectaba su contenido, en general de interés, sobre un campo enquistado en unas estructuras de propiedad, de distribución del excedente, jurídicas y sociales muy poco propicias a planteamientos renovadores, a inversiones productivas, a experimentaciones agrícolas, a la racionalización del espacio agrario en lo que toca a su explotación agrícola-ganadera, con toda la secuela consiguiente de innovaciones. No era—dice—instrucción lo que el campesino necesitaba, sino, como se intentará hacer por primera vez en Cádiz, la supresión de los presupuestos que mantenían una economía agraria de corte feudal.

Amigos lectores: He aquí una época estupendamente retratada. El libro es de lo más ameno e interesante. Lo dicho, se lee de un tirón.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LUMINOSO, ANGELO: *Il mutuo disenso*. Publicación núm. 23 de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cagliari, Ed. Giuffré, Milán, 1980.

Fenómenos o pseudo-fenómenos, no existe una teorización unitaria sobre actos como la revocación, rescisión, resolución y otros que SALVATORE ROMANO caracterizó con el rasgo de «escribir la palabra fin sobre cualquier cosa relevante jurídicamente». Antes bien, se mueven en una zona umbría caracterizada por el desquero lo que anteriormente se había querido, una finalidad esencialmente negativa. En tal marco se sitúa el mutuo disenso, que otros denominan mutuo consenso, consenso contrario, contrato anulatorio, abolutivo o eliminatorio.

Desde el mismo estadio inicial se plantean dos órdenes de problemas: uno de ellos el relativo a la retroactividad, la eficacia *ex tunc* o *ex nunc*

de tal clase de actos o negocios anulatorios; otro, la incidencia de ellos sobre el negocio precedente, el primario, en forma directa, o sólo sobre los efectos del mismo.

El primer problema ha sido analizado por la doctrina italiana, que cuenta en este apartado con nombres tan destacados como los de DEIANA, ROMANO, BIGIAMI, MANCINI, AULETTA o CORRADO, y aunque los criterios no coinciden absolutamente, la tendencia dominante concluye en que ello ocurrirá según el tipo de acto. La dogmática extranjera apenas sí se ha ocupado del tema, aunque los juristas germanos han elaborado figuras como la genérica *Aufhebungsakte* y las específicas *Rücktritt*, *Kündigung* o *Widerruf*; pero al hacerlo ha señalado la no coincidencia y reciprocidad entre el poder de construir y el de destruir o la normal configuración de futuro de los negocios jurídicos, y con ello el carácter excepcional de su influencia en el pasado, la retroacción, que sólo puede reputarse aceptable en los casos de expresa autorización legal.

En cuanto al segundo, se subdivide en un abanico de problemas: si es sólida o simplemente inútil la distinción, aparentemente artificiosa, de un acto y sus efectos y, de ser aceptada, las hipótesis positivas, negativas y mixtas. El camino a recorrer no está precisamente determinado en forma nítida y hasta un concepto tan esencial como el de la naturaleza jurídica se presenta difuso. Nos hallamos ante un tropel de ideas-masa, sin sistema, jerarquía o construcción. LUMINOSO enfoca el tema del mutuo disenso desde los perfiles funcional, operativo y aplicativo.

* * *

Elaboración meramente doctrinal, pues la jurisprudencia no se ha ocupado de la figura, ésta aparece caracterizada por un acentuado conceptualismo, cuyos excesos han producido dos órdenes de defectos: devaluación del momento funcional al prescindirse de las exigencias prácticas, por una parte, y, por otra, no tener en cuenta los datos dimanantes de la legislación, aunque éstos en Italia sean tan escuetos que quedan reducidos al artículo 1.372 del Código Civil, que dispone que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y sólo puede ser disuelto por mutuo consenso o por causa legalmente determinada.

Esta norma, que realmente sólo dice que los contratos son irrevocables por voluntad de una sola parte, consagra de hecho la figura general del mutuo consenso o disenso, pero no la disciplina, no señala su función, efectos o limitaciones. Hay que acudir a la parte general para suplir tan importantes deficiencias, y de ahí las bases marcadamente conceptualistas que la construcción pasa a ofrecer.

La variedad de opiniones sobre la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación del mutuo disenso se debe, en gran parte, a la diferente función o intento negocial que al mismo atribuyen. Dentro del general deseo de «contraoperar», alterar una situación existente restableciendo la primitiva con mayor o menor extensión, se comprenden desde las más simples modificaciones hasta la total eliminación del negocio primario y sus efectos con carácter retroactivo. La gama intermedia es amplísima y el problema, ciertamente, no es monolítico.

LUMINOSO ensaya clasificaciones y subdivisiones para terminar con una *summa subdivisio* extraordinariamente simple: Los *contrarii actus* totalmente eliminatorios, por un lado, y por otro, los restantes que pretenden actuar sin tal integridad sobre los efectos del negocio, pero sin afectar a éste. El primer grupo parece homogéneo. Al segundo le falta una evidente uniformidad. La situación anterior puede reconstruirse por una retrodonación, una nueva venta, un contrato atípico y muchas otras variantes encaminadas a alterar el negocio primario en sus efectos, sean de espacio, tiempo o forma aplicativa.

Por ello hay que concluir que el contrato totalmente eliminatorio, el mutuo disenso en sentido estricto, es muy distinto de la amplia manifestación de contratos o actos bilaterales de «contraoperación».

* * *

El análisis del perfil operativo se inicia con el tema de si las partes pueden dotar de eficacia retroactiva a determinado negocio encaminado a eliminar otro celebrado anteriormente, materia que ha merecido poco pacíficos comentarios doctrinales y alguna incursión jurisprudencial.

Ciertamente, no es posible borrar un acontecimiento histórico, pero no es éste el problema planteado, que se limita a examinar si las partes pueden dotar de efectos retroactivos a determinado negocio. Aparentemente ello constituye una desviación del principio de causalidad jurídica, ya que los efectos son anteriores a la causa. Los contratos normalmente regulan intereses para el futuro; influir sobre el pasado es excepcional. Parece que la retroacción sólo debe considerarse incluida en la esfera de autonomía cuando está autorizada por la ley.

Contra ello se arguye que la ley impone normas a las personas, que adaptan a ella sus conductas, y uno de los principios comúnmente aceptados es el de respeto a los derechos de los terceros. Cuando los particulares actúan sobre sus propios patrimonios o relaciones no debe haber problemas de retroactividad. En cambio, éstos aparecen, y con entidad considerable, cuando pueden lesionar derechos de terceros que son límite para todo tipo de efectos contractuales, sean o no de índole retroactiva.

Algunos autores han hablado de una retroactividad real, oponible a terceros, y otra obligatoria, carente de tal cualidad y la única concebible para el mutuo disenso. Mejor sería, a juicio de LUMINOSO, hablar de retroactividad que restaura, revive o repristina una situación anterior, a través de un efecto jurídico eliminatorio y de un sucedáneo práctico de tal hecho, la constitución de una situación jurídica nueva, similar a la anterior, aunque distinta y diversa de ella. Las indicadas situaciones serían las correspondientes a las pretendidas clases de retroactividad, a las que algunos autores han adicionado la retroactividad real relativa, o de efectos eliminativos limitados.

* * *

En la segunda sección, dedicada al examen del perfil operativo del mutuo disenso, la escena se centra en la determinación de si la actuación eliminatoria afecta al negocio primario o sólo a sus efectos. Soluciones

alternativas que conducen a premisas teóricas generales, ya que enlazan con las mismas raíces del fenómeno jurídico, pues la distinción de negocio y efectos sólo es posible mediante determinada concepción del hecho jurídico.

Desde la perspectiva histórica no es posible provocar la desaparición de un hecho ocurrido. La eliminación sólo puede recaer sobre el aspecto formal del hecho, al que, como fenómeno ideal, se le ha revestido de entidad y dado valor jurídico. La extinción, pues, implica una cesación como ente jurídico.

Son muchos los autores que estiman de escasa utilidad práctica la distinción del acto como valor formal y sus efectos. TALAMANCA, RUBINO, LIPARI, ROMANELLI y otros han realizado sobre ello disquisiciones de extremada delicadeza. Pero nuestro autor considera útil la misma y para demostrar su existencia e importancia acude a los negocios sujetos a condición suspensiva, en los que el *contrarius actus* no puede versar sobre efectos no producidos, sino exclusivamente sobre el negocio. Su rechazo de las tesis opuestas es absoluto: no puede sostenerse que tales negocios condicionales constituyan supuestos de hecho de eficacia impeditiva de los efectos y que el disenso deba recaer sobre estos últimos. La eficacia impeditiva no constituye una categoría autónoma sustancial, sino una pseudo-categoría. CONSO, CORDERO o SACCO confirman la imposibilidad de constituir un *genus* de hechos impeditivos, y FINZI señala que la distinción de hechos en constitutivos, extintivos e impeditivos tiene simple valor procesal.

Nos hallamos ante una delicadísima operación de microcirugía jurídica para la que el microscopio es ineludible. Pero LUMINOSO amplía el campo de actuación con otras aportaciones: el Código italiano, al disponer que el tercero que ha concertado un contrato con un representante sin poder, puede antes de la ratificación del mandante y junto con el mandatario disolver el acuerdo, ofrece un claro ejemplo de actuación sobre un negocio que no ha podido producir ningún efecto. Otros ejemplos pueden hallarse con el examen de la adquisición *a non domino*, la donación nula pendiente de ratificación y otras.

Una de ellas le atrae y dedica amplios párrafos: la simulación, que concuerda con el negocio eliminativo a grandes rasgos. Los simulantes se proponen crear un inmediato negocio simulado que ha de ser eliminado en momento posterior para restaurar la realidad. Ello conduce a la distinción entre acuerdo simulatorio y negocio simulado, y la posibilidad de que el *contrarius actus* actúe sobre el acuerdo simulatorio, que es realmente un negocio eliminativo. Pero no hay que olvidar las doctrinas que no acogen la existencia de tal acuerdo simulatorio sosteniendo, en cambio, que en el interior del negocio simulado radican las causas de su inidoneidad efectiva.

* * *

La tercera y última parte de esta sección, dedicada al perfil operativo, se contrae al problema de si los contratos eliminatorios postulan necesariamente retroactividad. Materia poco estudiada, enfocada casi exclusivamente en el campo de la revocación y con tesis bastante confusas. CHITOMENDI, DEIANA, ALESSI y ROMANELLI, entre otros, parecen inclinarse

por tal necesidad, mientras que posiblemente las construyen como negocios *ex nunc* SALVATORE ROMANO, MANCINI y MESSINEO.

LUMINOSO entiende que los dos casos son posibles. Si el negocio primitivo, que va a eliminarse, ha producido efectos, el negocio eliminatorio para ser tal debe ser totalmente retroactivo. Si no ha producido efectos, el *contrarius actus* puede ser o no retroactivo. En el caso de efectos *ex nunc* parece que habría que hablar de una abrogación, y en el de efectos *ex tunc*, de una eliminación.

Jamás hay que aplicar el concepto de negocio eliminatorio a los que sólo intentan destruir parcialmente, no íntegramente, el primitivo. Como resumen parece prudente y clarificador reproducir esquemáticamente el que formula nuestro autor:

Se puede operar respecto a una relación anterior:

a) Incidiendo en una o más situaciones subjetivas, activas o pasivas, como en los casos de remisión o compensación. Esta incidencia no afecta a la íntegra relación negocial, y menos al reglamento que para ella puedan haber establecido las partes, por lo que carece de interés a los fines de la obra.

b) Desde el interior de la relación se puede operar para truncar un ulterior desenvolvimiento: casos de contratos de duración indeterminada, como suministro, laborales, cuenta corriente. La contraoperación tampoco puede ser considerada *contrarius actus*, por no modificar la esencia ni disciplina del primitivo. Más bien es escuetamente integrativa o especificativa.

c) La contraoperación implica reducción del conjunto de intereses programado, sin incidir en el desarrollo anterior: caso de suministros o arriendos cuyo vencimiento se anticipa. Se trata de una alteración parcial, no una extinción negocial desde la raíz.

d) Lo propio ocurre con los contratos destinados a modificar parcialmente el negocio, aboliendo alguna o algunas de sus cláusulas.

e) Puede considerarse un *contrarius actus*, en su más amplia acepción, el destinado a neutralizar económicamente, con independencia del aspecto jurídico, la entera relación anterior, con el fin de construir una nueva distinta, aunque análoga a la primitiva. Pero como se ha expuesto, en este ámbito se comprenden figuras muy variadas no susceptibles de ser reconducidas a un tipo negocial unitario ni constituir, en consecuencia, categoría jurídica.

f) La más intensa expresión del contraoperar, el *contrarius actus* por excelencia, es el negocio eliminatorio, que repristina la entera situación anterior previa al negocio de primer grado, que, con sus efectos, desaparece. Este tipo de contrato, susceptible de abarcar un abanico de figuras negociales expresivas de intentos muy diversos, es el negocio indirecto, atípico, al que se hace referencia en el artículo 1.372 del Código Civil italiano: el mutuo consenso o disenso.

* * *

La última parte del libro está dedicada al perfil aplicativo del mutuo disenso, negocio cuyo análisis no ha sido realizado por la doctrina, salvo indicaciones como las de BETTI y SANTI ROMANO, que lo califican de nego-

cio de segundo grado, coligado con el contrato que va a eliminar o negocio accesorio en la subespecie del resolutorio o revocatorio, según SANTORO PASSARELLI y CARIOTA FERRARA.

De ahí los numerosos problemas que presenta y considerables dudas en su solución. Dada su absoluta atipicidad, la posibilidad de acudir a normas propias de tipos análogos queda reducida a casi cero. Y el concepto general del contrato ha sido elaborado sin tener en cuenta tal negocio bilateral eliminativo, con lo que no sólo el mismo ha perdido un ángulo visual de sumo interés, que tal vez habría influido en su concepto, sino que frecuentemente es poco útil el recurso al mismo en la fase aplicativa. Por ello el panorama, al intentar analizar los problemas específicos de su aplicación en los casos concretos, resulta desolador. Sólo es posible tratar el tema en términos muy generales o apuntar hacia manifestaciones determinadas que resaltan en forma singular.

En cuanto a los sujetos, hay que distinguir entre autores y partes. Aquéllos, los que intervinieron en el contrato primario, pueden no coincidir con las partes que deben intervenir en el eliminatorio, y no sólo en méritos de subrogación sucesoria o de otra naturaleza. Puede haber beneficiarios o destinatarios u otros interesados, que será ineludible sean parte en el contrato extintivo. Las hipótesis y casos son infinitos, lo propio que la capacidad para intervenir. Por lo que a la forma se refiere, mientras unos acentúan la autonomía del *contrarius actus*, con la consiguiente invocación al principio supletorio de libertad, otros entienden que su régimen no debe distanciarse del negocio primario. Simetría formal y libertad de forma se disputan, pues, el sector.

La transcripción, publicación o registración debe merecer el máximo interés y de la materia se ocuparon ya DEIANA y COVIELLO. No hay previsión legislativa expresa, aunque en casos determinados pueden verse aplicaciones. Parece indispensable la publicidad o registración en aquellos actos extintivos de otros que hubieran sido objeto de ella por imponerlo la ley. LUMINOSO se extiende ampliamente en directrices de simetría y de terminología registral, pudiendo apreciarse las diferencias existentes entre lo hispano y lo italiano.

Haciendo gala de una profundidad de examen y un detallismo increíble y aportando una bibliografía impresionante, LUMINOSO se extiende en otras materias concernientes al mutuo disenso en su fase aplicativa, en las que no es posible seguirle ni casi enunciar. Señalemos los perfiles concernientes al cumplimiento e incumplimiento; anulación, resolución, rescisión y su juego en tales negocios; la posibilidad de inserción de condiciones, términos y otras modalidades accesorias; los efectos de valor final e instrumental; la posibilidad de un mutuo disenso sobre otro mutuo disenso; los problemas dimanantes de revocaciones y retractos y otros cien; los interesantísimos párrafos que dedica a la influencia del mutuo disenso en los contratos de tipo asociativo, sean o no personas jurídicas, los efectos antes o después de la registración, la consideración institucional de los fenómenos societarios en determinadas hipótesis y su exclusión del ámbito contractual.

La disertación acredita no sólo la excepcional cultura del autor, sino su alta calidad como jurista. Partiendo de una materia informe, casi en estado de virginidad, clasifica, descompone, combina, relaciona y organiza, creando conceptos a los que dota de figura y dimensión para cons-

truir el sistema, el armazón sobre el que sentará su tesis, exhibición de lógica y sistema. Y algo más, porque no todo es álgebra o alfabeto, dogma o pragma, sino también sencillez, claridad y transparencia, características determinantes de aquella ley que IHERING juzgaba de las más importantes en la construcción jurídica, la ley de la belleza. Y LUMINOSO de materiales rudimentarios ha obtenido árboles y flores, casi dones divinos.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MONTÉS, Vicente Luis: *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*. Editorial Civitas, Madrid, 1980, 308 págs.

La propiedad—como norma y como derecho, como realidad de una época—constituye un tema central. El historiador ha de ocuparse de ella si quiere entender un período, como también el jurista si quiere encontrar el quicio de sus meditaciones y construcciones sobre las normas jurídicas. En este libro, un jurista, buen conocedor de la historia del Derecho, ha realizado un amplio planteamiento de las cuestiones en torno a la propiedad, para proporcionar un diagnóstico de su actual estado y situación. VICENTE LUIS MONTÉS sabe que el mero comentario de los preceptos dedicados a una materia—sobre todo en una cuestión tan central como es la propiedad—no basta para entenderla y afinar en su sentido. Más todavía, cuando la norma, por el transcurso del tiempo, ha sufrido un proceso de obsolescencia que no permite una interpretación literal de los artículos del viejo *Código Civil* de 1888-1889. Advierte que «la historia más reciente ha situado en posiciones cercanas a la obsolescencia» a los artículos 348 y 349 del *Código Civil*.

En su estudio parte del análisis de los antecedentes y origen de estos artículos, de sus concordancias fuera y dentro de nuestro ordenamiento vigente. A continuación analiza la legislación revolucionaria liberal, en materia de abolición de señoríos y de vinculaciones, desamortización, etc., para situarlos en el ambiente que les dio vida y sentido. Los cambios del siglo XIX, en un terreno jurídico y social, consagraron la *nueva* propiedad—unos esquemas, unas realidades—hasta desembocar en el *Código Civil*. Propiedad como señorío, como libertad, propiedad individual de la persona, son algunas de las claves para entender, en su momento, la definición y alcance del derecho de propiedad. Sus caracteres, sus connotaciones en los años liberales, son asimismo objeto de su análisis: unidad, perpetuidad, exclusividad, etc.... Pero todas estas componentes de la propiedad «liberal» han sido limadas por leyes especiales—por las denominadas limitaciones de la propiedad—de forma que hoy es necesario un nuevo análisis dogmático de esta institución central del ordenamiento jurídico. La propiedad en el tiempo actual requiere una renovada concepción en la dogmática, que se muestra, además, en las realidades del presente.

Desde diversos aspectos, la dogmática ha quebrantado las líneas básicas en que se establecía el derecho de propiedad; la misma noción de derecho subjetivo ha sido revisada, a través de ideas como el abuso del derecho; la función social de la propiedad, los derechos-función, etc., matizan las nuevas consideraciones de los autores acerca de la propiedad. Por su lado, el Derecho positivo español también ha multiplicado sus normas y regulación de la propiedad; respetando el articulado, la definición del Código Civil ha diversificado su tratamiento a través de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (1979, texto refundido), la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (1973), que muestran un cambio conceptual profundo, que toca al concepto mismo de «derecho real». Legislación anterior, como la Ley de Expropiación Forzosa de 1953, en especial sus artículos 71 a 75, por incumplimiento de la función social de la propiedad, o determinados preceptos de la Ley de Minas de 1973, informan claramente de los cambios que se han producido en la materia. Cambios que se conectan, sin duda alguna, con normas constitucionales.

Ya en las Leyes Fundamentales del período anterior aparecen con claridad, y en el artículo 33 de la Constitución de 1978, líneas muy distintas a las establecidas en el Código. En las leyes fundamentales se marcaba el sentido de función social que posee la propiedad, las garantías para la expropiación—completadas por la Ley citada—, pero tal vez pueda afirmarse que no se alcanzaba una visión nueva y unitaria del derecho de propiedad. Existía un pluralismo de propiedades, que dejaba el concepto liberal del Código como tipo residual; una afirmación genérica sobre la dependencia de la propiedad respecto del interés público. Las normas de la nueva Constitución no han significado un cambio profundo en estas líneas anteriores: en la discusión parlamentaria o en el texto definitivamente aprobado—artículo 33—se recogen ideas y normativas ya establecidas en nuestras leyes anteriores, según analiza el autor. Las declaraciones constitucionales configuran una propiedad privada, si bien indeterminada en sus contenidos o facultades... Resulta, por tanto, del mayor interés determinar el contenido esencial de la propiedad para concretar los límites de posible variación por el Estado, aparte la posibilidad que éste posee de intervención a través de la expropiación forzosa.

VICENTE L. MONTÉS realiza en este punto un amplio análisis doctrinal de la función social, como antesala de su examen del contenido esencial. Función social que traslada los imperativos del interés privado a un interés general en materia de propiedad; «la intervención legislativa—escribe, página 204—ha de dirigirse a asegurar la conexión entre el interés público y el interés del propietario, pero no a anular la propiedad privada». Conecta con otros preceptos constitucionales, por ejemplo, la libertad de empresa del artículo 38 o la planificación aludida en el artículo 131, entre otros muchos, para delimitar el sentido de la propiedad. Y a partir de la doctrina y de la legislación construye en sus grandes líneas la propiedad en el momento actual—o el repertorio de sus problemas, incluso las acciones de protección del dominio, la acción reivindicatoria—. No entro en el detalle, por no prolongar esta reseña.

Más bien quisiera terminar con una sucinta valoración del intento que representan y logran estas páginas. Las cuestiones en torno a la propiedad presentan una complejidad extraordinaria, en donde los plantea-

mientos se hacen muy abstractos y los caracteres, a veces, aparecen contrarios, encontrados... El autor, buen jurista, ha logrado presentar una panorámica coherente y meditada de los planteamientos jurídicos sobre el derecho de propiedad; ha recurrido, con acierto, a nuestra historia para resolver cuestiones—mundo liberal *versus* mundo presente—que aclaran los cambios legales que, indudablemente, se han ido produciendo a lo largo de los años. Confiesa en la introducción que los temas de propiedad se encuentran en un estado de confusión dogmática notable. Y con sus páginas analiza, ordena, sintetiza en amplio panorama el estado de la cuestión para construir un modelo coherente de los problemas que afectan a esta institución central del Derecho civil contemporáneo. No puede exigirse más desde una perspectiva estrictamente jurídica, pero me permito preguntar: ¿Cabría completar una visión jurídica con otros componentes que iluminasen las realidades de la propiedad? ¿Sería posible entender mejor sus mecanismos—sus normas y sus realidades o aplicación—a través de otros aspectos? O dicho de otra forma: ¿Es preciso complementar la historia de las leyes sobre la propiedad con las realidades más amplias, económicas y sociales que están por detrás de las leyes? ¿Cabe acudir a otros instrumentos de conocimiento, como es la economía o la sociología, para mejor penetrar la propiedad y sus problemas? Las presentes páginas han cumplido su función de analizar, desde la perspectiva del jurista, los problemas de la propiedad, con buena dosis de historia y buen sentido del conjunto. Quede para otros el intentar seguir profundizando en su análisis desde otras perspectivas, con el fin de que todo ese ámbito de problemas que se denominan *propiedad* alcancen cada vez más una coherencia y un entramado que nos permita conocer e interpretar una parcela tan importante de nuestra realidad.

MARIANO PESET

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo*. Civitas. Madrid, 1981.

Quizá no haya habido otro recensionista más fiel que yo a la obra *Comentarios a la Ley del Suelo*, pues desde su aparición vengo dedicándole unas cuantas líneas. Bien es verdad que también su autor me honra al brindarme siempre alguno de los primeros ejemplares que salen de la editorial con la urgencia de los «compromisos». La cuarta edición de una obra supone una razón de peso para su valoración, pero cuando la misma de un tomo se convierte en dos, hay que pensar que su autor agranda los campos de conocimiento para el lector basándose en una constante reflexión y en una práctica diaria y trabajosa. Esta vez, en la versión que se nos ofrece, colabora con él PEDRO GONZÁLEZ SALINAS, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid e hijo del autor.

Claro está que si el haber ya comentado otras versiones anteriores de la obra me puede «legitimar» para descubrir en esta recensión todas

las mejoras y alteraciones sufridas en la misma, me quita también todos los juicios emitidos anteriormente a la obra en su conjunto. Compensando una cosa con otra vamos a adentrarnos en el contenido. En la materia sigo penetrando «con esa alergia» que desde un comienzo me ha producido el fenómeno del urbanismo, en el que milité un rato, me divertí otro y saqué, por último, la conclusión de que son muchos los «etiquetados» y pocos los «elegidos».

La aplicación del nuevo texto legal, ya comentado por el autor en su anterior edición, en su versión de refundido y aprobado por Real Decreto de 9 de abril de 1976, la aprobación de la Constitución española, la aparición de los Reglamentos de Planeamiento y Disciplina Urbanística (Reales Decretos de 23 de junio de 1978), la creación de las Comunidades Autónomas y ciertas disposiciones especiales para las áreas metropolitanas, entre otras disposiciones, exigían una adaptación de la obra a todo ello. Esta es la primera labor que con extremo cuidado ha hecho el autor al ir revisando todo aquello que podía estar afectado por las disposiciones citadas.

Una segunda labor, hecha con la precisión que le caracteriza, era la de incorporar a sus comentarios todas aquellas sentencias que han ido apareciendo entre la publicación del texto anterior y esta versión que ahora sale a la luz. Cito, por ejemplo, la que incluye en las primeras páginas de 21 de diciembre de 1979, donde se dice que «El Derecho urbanístico español, tras de ciertos movimientos precursores, al plasmar-se en un texto orgánico y coherente, como fue la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, adquiere, entre otros caracteres, el de la estatalidad, esto es, un predominio directriz por parte de la Administración del Estado, sin perjuicio de las competencias propias de la autonomía municipal». Las citas se podrían multiplicar, pero no es el caso de hacer aquí un índice de ellas, ni de destacar las más significativas, pues todo dependerá del tema o la materia que pretenda buscarse. Yo, por ejemplo, recojo la de 7 de diciembre de 1978, en donde se dice que «El Ayuntamiento debe declarar incumplida la obligación de edificar para que se constituya la finca en situación de venta forzosa con acceso al Registro de la Propiedad».

La tercera labor era la de incorporar a los comentarios esas direcciones doctrinales que los autores han ido expresando en las diversas publicaciones jurídicas y en monografías y Tratados Quizá por haberle perdido el respeto a lo que el urbanismo significa o quizá por el dominio cada vez mayor de los resortes legales, lo cierto es que esta zona diferenciada del Derecho es atendida con una asiduidad enorme por los autores. Varias son las revistas especializadas que le dedican artículos y trabajos, pero aun las no especializadas incluyen en sus páginas temas urbanísticos o con ellos relacionados. Yo me atemorizo al ver la pila de libros y el montón de autores que se hace preciso manejar para poder ofrecer al lector una síntesis panorámica de la opinión doctrinal. Quizá esta labor se facilite con ese metódico fichaje mensual, pero mi anarquía me hace ver el panorama y valorar este trabajo que facilita pistas, resume criterios y abre campos de investigación.

La obra contiene una guía de abreviaturas empleadas, un índice sumarial y otro alfabético de materias y además unas tablas de equivalencia

de preceptos entre los de la primitiva Ley, la Ley Reformadora de 1975 y la nueva versión del texto refundido. Las diferencias de esta nueva versión a la anterior son muchas, aunque sólo nos fijásemos en la cuantía de páginas que ésta tiene, pues de mil y pico ha pasado a dos mil y pico, pero el autor ha sabido conservar toda la gran sistemática, claridad y precisión que lucía en las anteriores. Es difícil en este libro de consulta no encontrar el problema que uno tiene por resolver, ya que o se lo da resuelto o, por lo menos, se encuentra la pista principal que le ha de llevar a uno a la solución. A mí, particularmente, la obra me ha venido como anillo al dedo, pues estoy ultimando la redacción de la segunda parte de mi obra sobre Derecho hipotecario y se me habían cruzado en el camino algunos temas como el del urbanismo y el Registro que ahora voy a resolver con suma facilidad y la mitad de esfuerzo. Gracias.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SUSTAETA ELUSTIZA, A.: *Propiedad y Urbanismo*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1978.

La temática del urbanismo está tan estrechamente ligada al Registro de la Propiedad, que es por ello por lo que traigo este libro a recensión, aun considerando que publicado hace dos años no recoge algunas manifestaciones del fenómeno. Me refiero a la aprobación de la Constitución y a esos Reglamentos de Planeamiento y Disciplina Urbanística. De todas formas—aunque un Decreto puede hacer vieja una biblioteca—lo que sí es cierto es que en esta publicación las líneas básicas sobre que está construida son invariables y los temas pueden considerarse eternos. Lleva por subtítulo el de «lo urbanístico como límite del derecho de propiedad» y de ahí se comprende que los dos grandes núcleos que se abordan en la publicación son los que responden al título de la obra: *La propiedad y el urbanismo*.

El Catedrático de Derecho civil GITRAMA GONZÁLEZ, director de la tesis doctoral que es el cañamazo de la publicación, se pregunta en el prólogo de la obra si esas limitaciones urbanísticas de la propiedad privada son «meros límites» o permiten configurar un nuevo tipo de propiedad en el que, si todavía no se llega a la absoluta negación de la libre iniciativa, al menos queda un tanto desnaturalizada por la inmensa merma de su contenido. Su tesis es que puede llegarse a un renacimiento de «la propiedad vinculada», en un insólito retorno al feudalismo en cuanto vuelven a difuminarse las fronteras entre *imperium* y *dominium* (entre Derecho público y Derecho privado), hasta el punto que los propietarios, más que tales, en ocasiones parecen concesionarios de la Administración. Este es el tema y esta es la obra cuya finalidad es situar el concepto de propiedad a través de los profundos cambios sufridos y el de responder a la tremenda pregunta de ¿dónde empieza y dónde

acaba el interés social para que sirva de base a las limitaciones que se fijan sobre la misma?

Situada en forma general la esencia de la obra a través del prólogo y de la previa explicación que el autor nos da, sólo cabe ya enfrentarse con su contenido aceptando los capítulos en que se divide la misma, que van precedidos de un índice sumarial y seguidos de unas tablas y gráficos estadísticos y de un índice bibliográfico de autores y obras utilizadas para la confección de la tesis.

Capítulo I.—Dentro del epígrafe general que el autor titula de la necesidad de fijar conceptos, este capítulo se destina a fijar el del «urbanismo» desde el punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial. En el primer aspecto el autor nos guía para descubrirnos cómo del concepto de «urbanística de la ciudad» se ha pasado a la «urbanística del territorio». El aspecto legal lo divide el autor en la época anterior a la Ley del Suelo de 1956 y en la posterior, señalando, por último, el criterio jurisprudencial que tiende al logro del ponderado equilibrio entre la Administración y los administrados.

Capítulo II.—Está destinado este capítulo al examen histórico y actual de la propiedad o, más bien, del concepto y configuración que la propiedad ha sufrido a lo largo de su historia y a través de las diferentes tendencias que procuran matizar su concepto. Después de estudiar las tres fundamentales tendencias—liberal, social y estatal—se fija el autor en la estructura de la propiedad en el actual estado de cosas dentro de lo jurídico, recorriendo las tesis del derecho subjetivo, del interés legítimo, titularidad, pertenencia, obligación y creación de la Ley, negando en este último caso que la Ley suponga creación de la propiedad y sí, más bien, delimitación, regulación e integración.

Capítulo III.—El autor plantea en este capítulo el gran tema de la constante histórica de forcejeo entre el Derecho público y el Derecho privado y la puesta en relación de los conceptos «urbanístico» y «jurídico», señalando y estudiando los criterios seguidos en este punto: el histórico o francés, el comunitario de función social y el ecléctico de límites y limitaciones. Se examinan los sistemas italiano, francés, alemán e inglés.

Capítulo IV.—Dos temas fundamentales se tratan en el capítulo IV y son el suelo como objeto del derecho de propiedad y las razones demográficas y técnicas que influyen para dictar normas en orden a la movilización del mismo. El suelo, como objeto de derecho, tiene una naturaleza especial y sobre él influyen las razones demográficas del crecimiento de la población humana y las técnicas en orden a su utilización en proyección vertical, por planos superpuestos, hasta el punto de conseguirse resultados tenidos por quiméricos e irrealizables hace veinticinco años.

Capítulo V.—La verticalidad de la proyección del suelo es el tema que acapara todo este capítulo en donde se examinan los conceptos de vuelo y suelo, subsuelo, soluciones jurídicas a través de diversas instituciones, temporalidad de las mismas y la propiedad urbanística como «volumétrica». Dada la necesidad de la admisión de esta última consideración, dice su autor, se impone habilitar al efecto una estructura *ad hoc*, con

la consecuente agilización del principio de especialidad registral que, teniendo por base la parcela terrestre y en debida proyección de la misma, señalizase los distintos volúmenes o huecos espaciales susceptibles de goce y disposición sobre y bajo aquélla.

Capítulo VI.—No podía faltar un capítulo al examen y estudio de la figura central del urbanismo cual es el «plan de ordenación», principio base del urbanismo. El autor, con cierta habilidad, al afrontar la naturaleza jurídica no se atreve a una precisión jurídica—dentro del entramado jurídico normativo—y piensa que se trata de un acto complejo, administrativo y parcialmente normativo, que se manifiesta en un documento técnico, de previsión económico-financiera y de carácter jurídico o normativo. Dicho esto, examina las incidencias y efectos del Plan (vinculación, ejecutoriedad, igualdad, clasificación del suelo, legitimación urbanística, permanencia y retroactividad), los sistemas de actuación y las consecuencias de la ejecución del Plan.

Capítulo VII.—En el capítulo que examinamos comienza la vertiente de lo que podría llamarse segunda parte de la obra, en la que se afronta el concepto de límites y limitación y la función social como carga del derecho de propiedad. El autor llega a una diferenciación entre límites y limitaciones: el límite es connatural al derecho de propiedad y la limitación es excepcional. Pasa luego a diferenciár las limitaciones de los conceptos de «servidumbres», deberes, obligaciones y cargas. Quizá entre limitaciones y servidumbres pueda haber diferenciaciones de cuantía, duración y origen, pero en el fondo son limitaciones, cosa que no puede predicarse de los deberes (obligaciones que la Ley y los planes de ordenación imponen a los propietarios del suelo a fin de que cooperen a la función urbanística), ni de las obligaciones (pues mientras la limitación afecta al derecho, la obligación afecta a la persona), ni de las cargas (como conductas necesarias) lo cual provoca el tremendo problema de la afección a terceros. La función social no puede pasar de ser una causa justificante de la imposición de esas limitaciones, deberes, obligaciones y cargas, pero la problemática sigue en pie en cuanto a su repercusión.

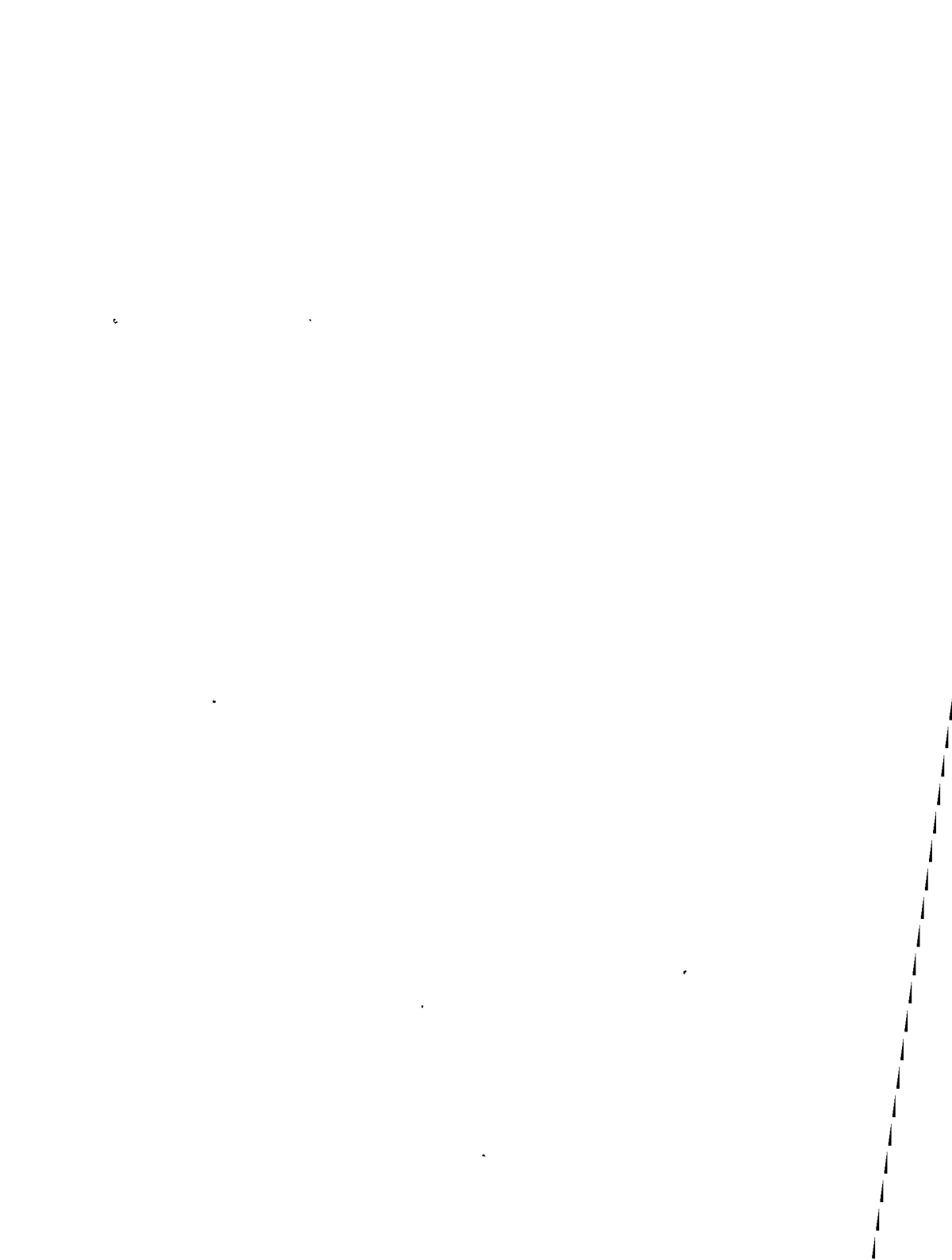
Capítulo VIII.—Está dedicado el presente capítulo al examen y enumeración de los límites y limitaciones urbanísticas, partiendo de una clasificación simple: positivas y negativas. Dentro de las positivas se enumeran la cesión de terrenos, el costeo de la urbanización, edificación de solares, deber de construcción, urbanización de solares, participación en asociaciones de propietarios, ceder volúmenes edificables, conservación de edificios y solares, costear instalaciones sociales. Entre las negativas: no edificar en terrenos sin urbanizar, prohibición de parcelar, cambiar el destino de los predios, prohibición de construcciones en edificios fuera de ordenación, no transformar fincas rústicas en urbanas, prohibición de construcción junto a carreteras, no rebasar los volúmenes edificables, respetar el paisaje, prohibición de obras que atenten a lugares artísticos o monumentales y tolerar parcelaciones y reparcelaciones.

Capítulo IX.—El contenido del capítulo anterior no agota el tema de las limitaciones, de ahí que en el presente se ofrezcan al lector las limitaciones de carácter objetivo que afectan tanto al objeto en su sentido vertical y horizontal, como al contenido del derecho de goce y disposición, al tiempo o duración, al destino del suelo, al elemento

valorativo del suelo, saneamiento, estética, esparcimiento, paisaje, cesión forzosa, etc.

Capítulo X.—Había que quemar etapas de recensión esquemática para llegar al gran tema que aborda el presente capítulo: la seguridad jurídica y el urbanismo. El autor, moviéndose en ese campo indeciso de lo ecléctico, trata de soslayar toda la carga explosiva que la legislación urbanística contiene con olvido total del ordenamiento jurídico. Examina la seguridad jurídica y la normativa, que es preciso reconocer en la Ley del Suelo como inexistente. Se refiere luego a la seguridad jurídica de titularidades y concluye con la afirmación de su ausencia ante las figuras de la reversión y recuperación del artículo 69. La última seguridad es la del tráfico que, a pesar de los esfuerzos del autor, queda patente que no puede existir mientras se trate de enfrentar dos mundos, el urbanístico y el registral, desconociendo el primero que el segundo no le hace más que brindar posibilidades ignoradas por los urbanistas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ



REVISTAS

REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA

Febrero de 1981

El debate de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, por Andrés Ollero, páginas 133 a 178.

Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico-jurídicas, por Antonio Beristain, páginas 179 a 194.

Marzo de 1981

Incumplimiento de las obligaciones, por Tomás Ogáyar y Ayllón, páginas 259 a 280.

Reglas de Hamburgo: principios fundamentales, por Rafael Motilla Alegre, págs. 281 a 292.

REVISTA DE DERECHO
MERCANTIL

Abril-junio de 1980

Consideraciones sobre la Ley Inglesa de Sociedades Mercantiles de 1980, por Clive M. Schmitthoff, páginas 191 a 218.

REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA

Abril-junio de 1981

El usufructo viudal abintestato en Cataluña (3.ª parte), por José Manuel García García, págs. 279 a 326.

Las garantías hipotecarias del legado, por María del Carmen Gete-Alonso y Calera, págs. 327 a 361.
La vecindad civil en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, por Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano, págs. 363 a 376.

REVISTA DE DERECHO
NOTARIAL

Núms. 109-110. Julio-diciembre 1980

Aumentos y reducciones de capital en sociedades españolas con capital extranjero, por Francisco Lucas Fernández, págs. 7 a 28.

La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico, por Francisco Manrique Romero y José Manuel Rodríguez-Poyo Guerrero, págs. 29 a 155.

La junta de compensación. Su naturaleza jurídica. Negocio jurídico de constitución, por Cayetano Utrera Ravassa, págs. 157 a 209.

El Notario y la contratación en la sociedad de masas, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 211 a 228.

REVISTA DE DERECHO
PRIVADO

Marzo de 1981

Algunas consideraciones sobre la propiedad urbana como derecho a un aprovechamiento medio, por José Antonio Álvarez Caperochipi, págs. 214 a 235.

La objeción de conciencia. Su problemática jurídica, por Emilio Tucci, págs. 236 a 242.

La marca de servicio. Su problemática aplicativa, por Arturo Cauqui, págs. 243 a 245.

Etelvina Valladares Rascón, páginas 307 a 332.

Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor, por Emilio Pérez Cuesta, págs. 333 a 344.

Abril de 1981

Evolución del Derecho privado alemán durante los años 1977 y 1978,

El principio de igualdad ante la ley v el sistema matrimonial, por

por Hans Stoll y Michael Kuhnlein, págs. 345 a 369.