

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVII ○ Mayo - Junio 1981 ○ Núm. 544

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 Carifianos.

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Antología de la <i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i> , años 1925-52», por JOSÉ M. ^a MIQUEL GONZÁLEZ	533
«El Cuerpo de Abogados del Estado. Su constitución. Su influencia en el Derecho común», por NARCISO DE FUENTES SANCHIZ	683
«La causa en los contratos de garantía», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	709
«El fenómeno sucesorio», por JUAN VALLET DE GOYTISOLO	757
«La afección registral como cobertura jurídica de la movilización de ac- tivos hipotecarios», por CARLOS MARTÍNEZ CRESPO	785

ESTUDIOS

Antología de la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario»

Por JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ

SUMARIO: *Presentación.*—I. DERECHO EN GENERAL: *La escuela de Tubinga; La plenitud del orden jurídico.*—II. DERECHO CIVIL: 1. *Parte general: El requisito de la viabilidad del nacido en el Código Civil.*—2. *Derechos reales: El ius ad rem en el Derecho civil moderno; La teoría del título y el modo; Justa causa traditionis; Cotitularidad o comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común; El usufructo de acciones del artículo 486 del Código Civil; Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca.*—3. *Obligaciones y contratos: Convenciones de no responsabilidad; El precontrato. Notas para su estudio; La donación mortis causa y el Código Civil.*—4. *Sucesiones: Herederos y legitimarios; Las conferencias del doctor Ferrara. Observaciones; Comentario a la Resolución de 22 de diciembre de 1950; La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?*—III. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL: *El Registro de la Propiedad español; Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario; Naturaleza del procedimiento registral; Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho hipotecario español; En torno al procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles; El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles; La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.*—IV. DERECHO MERCANTIL: *El derecho de voto del accionista; El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil.*

PRESENTACION

Un trabajo de la índole del presente quizá necesite más que ningún otro de una presentación que explique su finalidad, sus límites y los criterios tenidos en cuenta.

La idea básica de la antología es aportar a la celebración de los cincuenta años de la Revista una visión de lo que ha sido a través de sus propias páginas escogidas. De tal forma que aquí, más que hablar de la Revista, se ha pretendido que ella hable por sí misma, o, mejor dicho,

de hacerle hablar por medio de sus páginas, ofreciendo al lector una muestra, siquiera mínima, de la formidable aportación que supone para el Derecho español.

La tarea, en gran medida ardua y comprometida, imponía desde un principio el señalamiento de límites que la hicieran practicable. De dos tipos son estas fronteras, sólo en parte autoimpuestas y como tales arbitrarias. En primer lugar, la antología se limita temporalmente a los primeros XXV años o, mejor dicho, tomos (1925-52, pues en los años 37, 38 y 39 no apareció). Con ello se logran ventajas evidentes como son la obtención de una perspectiva adecuada y la disminución del riesgo, no obstante siempre presente, de preterir importantes contribuciones. En segundo lugar un límite de espacio material, aunque flexible, existente, exigía un volumen relativamente reducido, conforme, por lo demás, con el modesto fin perseguido. De otra parte, una mayor extensión aumentaría paradójicamente las omisiones al relajar los criterios de selección, que, en definitiva, quedarían confundidos. También la inclusión de la antología en el número extraordinario, conmemorativo de los cincuenta años, reclamaba un volumen proporcionado.

Los criterios de selección han sido fundamentalmente dos: la importancia objetiva del trabajo y la de su autor, que han coincidido, naturalmente, en muchas ocasiones. Se han tenido en cuenta de una manera especial: el interés del tema, las repercusiones en la doctrina y legislación y en algún caso la relevancia de polémicas que nacieron y se desarrollaron en las páginas de la Revista. Por esto último es por lo que se han recogido páginas de más de un artículo sobre un mismo punto, pero, a título excepcional, sólo en una ocasión.

Aparecen páginas de veinticinco trabajos, es decir, precisamente uno por año, pero sin que se haya seguido el criterio de que todos los años estén representados. No obstante, dieciocho tomos de los veinticinco tienen su representación, lo que supone, a mi juicio, un reparto suficientemente proporcionado. Sólo de un autor ha sido recogido más de un trabajo. Se trata del fundador de la Revista, don Jerónimo González. Con ello se ha querido rendirle un merecido homenaje y destacar su gran aportación a la Revista.

No se ha pretendido ofrecer una selección exhaustiva por temas, ni mucho menos, de modo que quedaran cubiertas las diferentes ramas del Derecho y dentro de éstas sus distintas partes. Pero se ha procurado que el abanico de temas fuera lo suficientemente amplio y variado, si bien la mayor densidad corresponde, naturalmente, a los Derechos Reales e Inmobiliario Registral.

El seleccionador de textos quisiera haber evitado muchas omisiones.

que deberán imputarse a los límites y criterios ya señalados o a la limitación personal del propio seleccionador. Parece justo y, por tanto, obligado recordar aquí los nombres de algunas personas que colaboraron de manera especial en la Revista y cuyos trabajos, por una u otra razón, no aparecen en la antología. En los comentarios de jurisprudencia hay que destacar la labor de Taulet, Rodríguez-Lueso y Mañueco; en recensiones de libros, la de Ríaza, Bravo López y Falkenstein. Antes de la guerra son de mencionar los nombres de Campuzano, Gil Socii, Lacal, Lezón, Marín Monroy, Royo Martínez, Uriarte Berasátegui y Villares Picó. Después, además de algunos de los anteriores que continuaron publicando en la Revista, recordemos a Azpiazu, Bas y Rivas, Giménez Arnau, Gómez Morán, Hermida Linares, López Torres, Menchén Benítez, Ramos Folques, Ruiz Martínez y Ventura Traveset, y otros cuya mención haría excesivamente larga esta lista. Téngase en cuenta, una vez más, que nos referimos siempre a la labor realizada en la Revista hasta el año 1952.

Como la naturaleza de una antología determina en gran medida que, en definitiva, prevalezcan los juicios del seleccionador, es también justo que éste asuma toda la responsabilidad. Las críticas, seguramente bien fundadas, aunque inevitables, deberán tener en cuenta que el material sobre el que ha recaído la elección sobrepasa con mucho las veinte mil páginas y que su reducción a poco más de cien puede explicar mejor que nada las dificultades con que se ha tropezado.

Por último he de hacer constar, lo que al mismo tiempo que deber de gratitud es una satisfacción, que he contado con la ayuda y consejos de personas que reunían un conocimiento completo de la Revista y del Derecho en general. A ellas mi reconocimiento expreso.

I. DERECHO EN GENERAL

LA ESCUELA DE TUBINGA

1935, págs. 561-575

La «Escuela de Tubinga» es el último de una serie de artículos, que don Jerónimo publicó a lo largo de 1935 en la Revista, todos sobre el método. Ya en 1930 había plasmado su preocupación por los temas metodológicos en un artículo publicado en la Revista, precisamente con este título «Métodos jurídicos». Los del año 1935 son una ampliación en profundidad de aquella preocupación, abarcando desde la escuela exegetica francesa hasta la jurisprudencia de intereses. Las simpatías de don Jerónimo por esta última dirección son evidentes, pero sin dejarse arrastrar —como él mismo dice— hasta el fin. Don Jerónimo fue quien primero se ocupó entre nosotros de esta dirección metodológica, que, como dice Hernández-Gil (Metodología de la ciencia del Derecho, Madrid, 1971, página 297), es probablemente la que ha logrado mayor popularidad en el moderno debate metodológico. Don Jerónimo expone magistralmente en este artículo el significado y alcance de esta dirección, sus relaciones con la escuela del derecho libre y sus ataques a la jurisprudencia de conceptos, concluyendo con una admirable página en la que resume el valor de la jurisprudencia de intereses.

I

La jurisprudencia de intereses debe sus desarrollos a la tenaz labor de dos profesores que, deseosos de liberar al Juez de la tiranía de los conceptos y de empujarle por los espléndidos campos de la vida social, se alistaron en las filas del modernismo judicial paralelamente al llamado movimiento del Derecho libre (*Freirechtsbewegung*); pero temerosos de los abismos que los anárquicos entusiasmos abrían a sus pies, anclaron

su doctrina en la roca de ley y buscaron en su inspiración y finalidad un criterio objetivo. Por ello resultaron sospechosos a uno y otro bando, sufrieron los ataques en ambos frentes y se ven en la constante necesidad de justificar su posición y desvanecer los *malentendus* de los adversarios.

Ya en el prólogo de su obra *La avería gruesa*, que remonta al año 1889, HECK realizaba el carácter metódico de su tarea, que tendía a demostrar la dependencia en que el Derecho se halla respecto de las necesidades humanas, y la significación del factor *finalidad*. También allí aparece la indicación de que el intérprete debe acomodarse a los términos prácticos y finalistas del problema y hasta la recomendación hecha al Juez de que llene las lagunas con su propia creación, decidiendo *de lege ferenda* cuando la investigación *de lege data* no tenga resultado.

Estas ideas cristalizan en un discurso leído en la Universidad de Tübinga el 6 de febrero de 1912, que, tras una breve exposición de la disputa sobre el método jurídico, enfoca el problema de la adquisición o captación del Derecho, la jurisprudencia de conceptos, las nuevas direcciones teleológicas y las trascendentales reformas con que los modernistas tratan de corregir la estéril y perjudicial labor de los Parlamentos en el ordenamiento jurídico privado (rebajar el Código Civil a la categoría de un texto académico, distinguir de tareas políticas y no políticas, con atribución de éstas a organismos censurados por las Cortes; institución de un Justicia mayor (*Reichsjustizamt*) (1).

La interpretación de la Ley en su relación con la jurisprudencia de intereses se desenvuelve con mayor precisión en un extenso trabajo publicado en el *Anuario para la práctica civil* de 1914 (2), donde la tarea del Juez, lejos de limitarse a la subsunción lógica, reviste los caracteres de un proceso de obediencia racional que atiende al contenido, a los motivos y a la causa del mandato, a los precedentes históricos y a los intereses concurrentes, contradictorios y obstaculizantes. HECK confiere a los conceptos solamente una función ordenadora y retrocede a la causa fundamental del precepto, diferencia e integra las relaciones sociales, cualifica los impulsos interesados como más finos y adecuados al estudio de las necesidades y separa los problemas de conocimiento o nomotesia de los problemas de valoración. Demostrada la aplicabilidad y la independencia del nuevo método, desvirtuados los argumentos contrarios, basados en la voluntad del legislador y en la separación liberal de los Poderes, invoca como inspiradora de su sistema la *experientia vitae*, y termina con la afirmación de que la jurisprudencia de intereses facilita y asegura a

(1) *Das problem der Rechtsgewinnung*, 2ª edición, 1932, Mohr, Tübingen.

(2) *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Existe edición separada. Tübingen. Mohr, 1914.

los profesionales la apreciación de lo jurídico concreto, con independencia de los ideales políticos y de la intuición del mundo por cada uno formada, y en vez de ser un reflejo de las corrientes filosóficas de moda, se deriva directamente de la función encomendada al Juez por las Constituciones modernas.

La doctrina aparece en su completa madurez, consciente y acometedora, en la obra de HECK sobre construcción de conceptos publicada en 1932, que estudia en la primera parte los problemas básicos de la discusión sobre el método, por el orden siguiente: 1.º, los fines de la ciencia y la dependencia jurídica de la jurisprudencia de intereses; 2.º, los tres conceptos instrumentales del método (intereses, conceptos y construcción); 3.º, el nacimiento de la norma jurídica; 4.º, el fallo judicial, con referencia a la jurisprudencia constructiva y a la de intereses; y 5.º, la tarea de la ciencia: extensión de los materiales normativos y sistema interno de la adquisición o captación de preceptos, y de su presentación o exposición en el procedimiento deductivo e inductivo; con un apéndice sobre las controversias constructivas y la posibilidad de múltiples conceptos. La segunda parte está dedicada a rebatir las observaciones de OERTMANN sobre la probable infidelidad del sistema a la Ley, el riesgo de que la depreciación del concepto perturbe las exposiciones sintéticas y las dificultades que presenta en la enseñanza, con unas advertencias finales que destacan el carácter funcional y biológico de la jurisprudencia de intereses (1).

Y para presentar dos espléndidas muestras del valor práctico de su método, HECK ha publicado un tratado elemental del Derecho de obligaciones y otro del Derecho de cosas, en los que pone de relieve las diferencias más notables entre ambas jurisprudencias, por lo que se refiere a la estructura y desenvolvimientos doctrinales, al mismo tiempo que da un notable ejemplo a los que quieran seguirle por el camino de la investigación y ponderación de intereses (2).

Con igual tesón combatía su colega MAX RÜMELIN, conocido en nuestra Patria por las citas de su estudio sobre la autocontratación (1888), en los siguientes discursos leídos con motivo de las académicas distribuciones de premios en la Universidad de Tubinga: *Bernardo Windscheid y su influencia en el Derecho privado y en la jurisprudencia* (1907); *El nuevo Código Civil suizo y su significación para nosotros* (1908); *La equidad en el Derecho* (1921); *Rodolfo de Ihering* (1922); *Eugenio Huber* (1923); *Intuición jurídica y conciencia jurídica* (1925); *La igualdad ante la Ley* (1928); *La fuerza vinculadora de la costumbre y su fundamento*

(1) *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tubinga, 1932. Mohr.

(2) *Grundriss des Schuldrechts*, 1929. *Grundriss des Sachenrechts*, 1930.

(1929); *Cambios experimentados en la jurisprudencia y en la doctrina* (1930).

A pesar de todo, el público alemán, los profesionales y aun los especialistas no se hallaban enterados de la significación del movimiento, que confundían con las ramificaciones de la corriente del Derecho libre, y si no se había llegado a una conspiración del silencio, por lo menos faltaban en los expositores las citas precisas y la exacta valoración de las orientaciones, así como sobraban las impugnaciones de ideas que también HECK y RÜMELIN combatían (1).

La escuela tubigense de Derecho privado, o de la jurisprudencia de intereses (*Tübinger Schule der Privatrechtslehre-Tübinger Interessenjurisprudenz*), se afirma y reconoce oficialmente en el volumen publicado, con motivo de cumplir los setenta años MAX RÜMELIN, en su honor y en el de HECK y BENNO SCHMIDT, y en los trabajos que vienen apareciendo en el más que centenario *Archiv für die Civilistische Praxis*, editado en aquella población por MOHR.

II

Por recientes que sean las investigaciones sobre finalidad en el Derecho, y por grande que sea la influencia de la escuela vienesa, que quiere dejar reducida la jurisprudencia a una especie de álgebra de las normas, en los antiguos y modernos expositores de la teoría de interpretación se encuentran términos, como los de voluntad, mente, intención y propósitos de la Ley o del legislador, que hacen una referencia más o menos directa al *fin* perseguido, y aun el gran público, el hombre del medio de la calle o el del rincón del hogar, comprenden sin ningún esfuerzo que el Derecho se establece para algo y perciben inmediatamente el lado práctico de las instituciones.

Pero el método teleológico (de *telos-eos*, fin, y *logos*, discurso) se caracteriza por encauzar la investigación en plano diferente del que corresponde a la interpretación positivista, por denegar al concepto jurídico su fuerza trascendente y su exactitud matemática y por abrir el paso a consideraciones intuitivas o emocionales de innegable subjetividad.

Sólo que la investigación de fines concentra las dificultades. El fin último, Dios, al cual los escolásticos ordenaban toda la existencia (*omnia ordinanda ad Deum*), la finalidad divina sobre cuyo conocimiento asentaba TREDELENBURG el Derecho (*der Anerkennung des Göttlichen Zwecke*) son tareas que sobrepasan los medios de una ciencia práctica

(1) *Die Leugnung der Interessenj. Archiv. f. die Civ. Pr.* 137 Band, 49.

como la jurisprudencia, y la catalogación de fines secundarios nos envuelve en problemas metafísicos y sociales de enorme complejidad y trascendencia.

Por eso, HECK, que reconoce como una especie del método teleológico el de intereses, deslinda su ámbito y fija con gran modestia sus pretensiones. La nueva dirección del pensamiento centra el Derecho sobre las exigencias de la vida, y así se habla de método teleológico y de jurisprudencia realista, sociológica, de valores y también de intereses. Esta dirección se bifurca: algunos de sus representantes atribuyen la potestad de captar o adquirir el derecho al Juez exclusivamente y le liberan de la Ley (*Freirechtslehre*), pero son muchos más los que siguen fieles a la Ley (*gesetzzestreue Teleologie*) y han de luchar al mismo tiempo frente a la jurisprudencia de conceptos, con los partidarios del derecho libre. De suerte que a la negación que formulan de aquella jurisprudencia corresponde la positiva referencia a las necesidades vitales, y a la negación del derecho libre, el postulado de la aplicación leal de la Ley (1). El método de la jurisprudencia de intereses recibe sus bases e inspiración de la experiencia y exigencias del trabajo jurídico, no descansa en una especial intuición del Universo, en un sistema filosófico o en fundamentales aportaciones de otras ciencias. Aunque independiente y extraño a las elucubraciones metafísicas, no desdeña los estudios matemáticos, naturalistas ni de cualquier otra clase; pero ante todo es eminentemente profesional, de juristas, y se halla orientado o polarizado hacia los variadísimos intereses que tutela un ordenamiento jurídico. Sus discusiones no versan sobre la concepción del mundo ni sobre los posibles ideales, sino más bien sobre los medios para alcanzar los fines comunes. Tampoco se deja el método llevar por los postulados materialistas, y enfoca con instrumentos propios la estrella polar de la eterna justicia.

Sobre la teoría *genética* de IHERING y con ciertas aproximaciones al derecho justo de STAMMLER, HECK desenvuelve la teoría *productiva* de los intereses, colmando con sus trabajos las lagunas de la ley. Como instrumentos de trabajo maneja: 1) los *intereses*; 2) los *conceptos*, y 3) la *construcción*, nociones que toma del lenguaje ordinario y afina en su aplicación a la jurisprudencia.

En el lenguaje corriente, la palabra *interés* pone de manifiesto la significación que los bienes de la vida tienen para el hombre y, en su consecuencia, el deseo de tales bienes. Pero no solamente el deseo que se destaca en el campo de la conciencia, sino también el impulso inconsciente. Finalmente, son intereses, en sentido objetivo, las relaciones que provocan el deseo o el impulso. Usualmente se amplía el sentido hasta

(1) *Archiv f. die Civ. Praxis*, 133, 117.

comprender los intereses de un grupo, de la comunidad, del público, de la humanidad, y en el término van involucrados no sólo los intereses patrimoniales, sino los bienes ideales: éticos, religiosos, de la justicia... La política, entendida como lucha por la participación en la formación del Derecho o en la promulgación de la ley, refleja intereses de capas sociales, partidos, etc.

La jurisprudencia de intereses sirve a la vida con toda su complejidad, tiende a satisfacer estos anhelos y se propone la supresión de conflictos privados, del choque de ideales legislativos y de las antinomias de los intereses públicos frente a los privados. Dentro de los intereses que el legislador ha de conservar o tutelar podemos distinguir tres grupos: los intereses vitales que la justicia impone y la ley protege al distribuir y decidir, la necesidad de promulgar mandatos aplicables (practicabilidad) y las ventajas de la comodidad o fácil obediencia de los preceptos. El trabajo científico, con tales conceptos, lleva a la admisión de nociones auxiliares: la norma jurídica de *decidir* conflictos de intereses, la *decisión*, ha de ponderar los contrapuestos y concurrentes, y esto ha de realizarse por medio de una *valoración*. El juicio valorativo vuelve a la representación de un ordenamiento trascendente, y también de un concreto ideal social.

Por eso STOLL avanza la designación de jurisprudencia de valores; los representantes del derecho público, la de jurisprudencia teleológica, y los criminalistas prefieren enfilear la teoría de los bienes jurídicos.

Sin embargo, HECK rechaza los intentos de sustituir a los intereses el fin, los bienes jurídicos o el valor. El precepto legal no recibe grandes luces de los últimos conceptos: es la diagonal del paralelogramo de fuerzas interesadas, cuyo estudio debe preocuparnos tanto como la valoración del interés predominante. Por otra parte, la frase *bienes jurídicos* se refiere a *valores objetivos*, y ambas significan algo que no es completamente sustituible a los estados de ánimo, a la predisposición del interesado. No se niega con tales réplicas la importancia de los conceptos auxiliares, pero para un trabajo de filigrana, como el de *poner en evidencia* los múltiples intereses comprometidos en sociedades, seguros, propiedad intelectual, etc., necesitamos un instrumental fino, así como para decidir los conflictos de la educación religiosa o de la comunidad matrimonial deberíamos emplear verdaderas balanzas de precisión.

IV

Los vocablos latinos *construere*, *constructio* indican en primer término la reunión, disposición y ordenamiento de materiales (edificación); después, los de partes u órganos (construcción de buques y máquinas),

y, en fin, los de signos, palabras o pensamientos (construcción geométrica, gramatical y filosófica) para la conclusión de una obra predeterminada o en proyecto.

Transportada a la jurisprudencia con variado alcance, significa, a veces, el procedimiento de investigación que reduce el objeto investigado a conceptos conocidos; otras, el enlace de un hecho con sus consecuencias jurídicas; según RÜMELIN, el encaje ordenado de una particular apariencia dentro del sistema por medio del análisis y de la síntesis de los conceptos elementales; según STOLL, cualquier desarrollo por el que una manifestación jurídica puede ser esclarecida mediante interpolación en el sistema de derecho con el descubrimiento de sus notas específicas. SAVIGNY hacía uso raramente de la palabra y sólo para expresar el encadenamiento de conceptos por el investigador o la construcción de relaciones jurídicas por el Juez. Después de IHERING, significaba la determinación de conceptos o relaciones jurídicas. Como hemos visto, la jurisprudencia constructiva otorgó al método una fecundidad y valor extraordinarios para colmar las lagunas del derecho, y la escuela de Tubinga, al mismo tiempo que censura esta dirección, utiliza la construcción de un concepto, a base de otros y para su mayor esclarecimiento y determinación.

De todos modos, la construcción es un procedimiento lógico que en la práctica integra la subsunción, en la teoría perfecciona el sistema y, en todo momento, sirve a la precisión y encadenamiento de los conceptos.

Por su autor, las construcciones pueden ser legales y científicas, porque también el legislador construye, distribuyendo las representaciones imperativas en conceptos particulares que, a su vez, se agrupan en otros preceptos. De igual modo, el Juez construye el caso litigioso mediante la legitimación de los conceptos aplicables, como el gramático, el discurso con las partes de la oración.

Pero la determinación de los conceptos científicos comprende dos operaciones mentales que HECK insiste en distinguir, con sumo cuidado, por su finalidad y consecuencias para evitar los antiguos abusos y falacias: la construcción normativa que determina un concepto deontológico por medio de otros conceptos de igual naturaleza, y la construcción sistemática que elabora los conceptos ordenadores o clasificadores. La jurisprudencia técnica no los distinguía, y trataba a estos últimos como causales y creadores de normas. Un concepto legal debe ser interpretado para decidir un conflicto de intereses, pero esta tarea es una cosa particular de interpretación y aplicación del texto, de resultados relativos y aislados para cada precepto. La subsunción lógica, bajo el concepto legal, es la vía normal para la jurisprudencia de intereses que en este momento se

separa de la escuela del derecho libre y se presenta, en cierto modo, como constructiva.

El fin de la determinación sistemática del concepto es la intercalación de los elementos del problema en el sistema científico, y para ello es necesario absorberlos en los conceptos superiores. Pero esta tarea no es de aplicación de la ley, sino solamente un problema de presentación y forma, cuya solución no nos autoriza para llenar las lagunas. Por el contrario, la investigación de intereses es el medio más importante para alcanzar ese objetivo y facilitar el empleo de la analogía. HECK sostiene, contra OERTMANN y STOLL, la posibilidad lógica de construcciones sistemáticas diversas en su presentación, pero equivalentes en el fondo, y repite aquí la clasificación de inclusiones determinativas y típicas, según el investigador ponga de relieve las notas que *siempre* se encuentran en la serie o las que por *regla general* existen, salvando las excepciones.

Después de exponer estas ideas, HECK advierte que la *construcción*, como instrumento de trabajo, es inadecuado y sin importancia, por lo cual la palabra misma desaparecerá del lenguaje jurídico; pero sus partidarios la cubren con frases tan protectoras como las de ser «un medio imprescindible de presentación», «sin el cual difícilmente podríamos dominar la materia» y aún tratan de buscar procedimientos para escoger en cada caso la más exacta o adecuada al estado de nuestros conocimientos, negando la equivalencia de las que parezcan tener iguales títulos. El maestro cede a regañadientes, porque comprende que la tajante arista que separa su método del clásico pierde en rigidez, y concluye por reconocer que a veces el Juez, puesto en presencia de dos construcciones, siente un estridente vibrar de los intereses que le fuerza a adoptar una de ellas, algo así como un aparato de alarma que despierta al propietario en peligro.

Al terminar la lectura del citado artículo de STOLL (1), la cuestión parece reducida a buscar la construcción más justa, o sea la que pone de relieve y alumbraba con plena luz las consecuencias del precepto legal o de la interpretación finalista como lógico desenvolvimiento del sistema científico.

V

La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de extraordinaria solidez: a) *el texto legal* que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría

(1) Archiv f. die Civ. Praxis, 133, 117.

la justicia; *b*) la doctrina del *interés* protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas.

Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha separado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad.

Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible en corto plazo.

Por otra parte, la más ligera reflexión sobre la materia nos hunde en los abismos donde se forja el derecho y donde la función reguladora del interés parece anularse. No se olvide que la teoría del derecho puro prescinde en sus investigaciones de la finalidad, y que no todos los juristas comparten el desdén con que la jurisprudencia de intereses trata a Kelsen.

Así, pues, no nos dejamos arrastrar por el entusiasmo que Heck pone en sus palabras cuando compara el método en cuestión al sistema de Copérnico, aunque reconocemos lo que aquél tiene de práctico para el Juez que vacila en la interpretación de la ley o en la resolución de un caso no previsto por el legislador.

JERÓNIMO GONZÁLEZ

LA PLENITUD DEL ORDEN JURIDICO

1940, págs. 112-129

El comentario al libro de Carlos Cossio, La plenitud del orden jurídico y la interpretación de la ley (Buenos Aires, 1939), da pie a Legaz para este artículo, en el que, junto a una recensión del pensamiento de Cossio, se contienen, en una segunda parte, reflexiones propias de gran interés por precisarse el valor de la lógica para el Derecho, cuestión tan actual, y destacarse la concepción humanista de respeto a la libertad de la persona.

Ahora bien: del hecho de que el orden jurídico sea un todo herméticamente pleno no debe pasarse a lo que llamó BERGBOHM «fuerza de expansión lógica del Derecho» (*logische Expansionskraft des Rechts*), pues si bien es cierto que el contenido de las normas jurídicas encuentra expresión en forma lógica, lo es también que ese contenido no puede ser aumentado lo más mínimo por la Lógica: la Lógica puede poner orden en los contenidos, pero no crear contenidos nuevos. Por la Lógica no puede descubrirse en las normas ningún sentido nuevo que ya de antemano no estuviese contenido en ellos (1). Por importante que el elemento lógico aparezca dentro del orden jurídico, no es más que un elemento secundario; es un medio para un fin práctico, pues el Derecho tiene fines prácticos y no fines lógicos. Por eso, cuando decimos que el orden jurídico constituye un todo herméticamente pleno, lo hacemos pensando en esa norma según la cual está jurídicamente permitido todo cuanto no se halla jurídicamente prohibido, la cual no posee un sentido puramente lógico, sino precisamente ético. Pues el Derecho tiene sus raíces en la vida moral de la persona, y la vida es ética y metafísicamente

(1) Cfr. J. Móor: «Das Logische im Recht», en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 172. Cfr. nuestro estudio: *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la escuela de Viena*, Barcelona, Bosch, 1933, págs. 270 y sigs.

libertad. Y a esa libertad pertenece incluso el aspecto puramente formal de la misma, aspecto o momento que si no puede considerarse como supremo, sí en cambio como fundamental, y en ese momento enraiza esta libertad jurídica de hacer lo que jurídicamente no está vedado hacer. Por eso, el postulado de la plenitud hermética, en cuanto dicha plenitud está determinada en última instancia por la norma de libertad, posee un profundo sentido moral.

Si el Derecho posee plenitud desde el punto de vista lógicoteorético, la función del Juez—aplicar el Derecho—es una función predominantemente lógica: lógica desde el punto de vista formal, creadora en su aspecto material. Formalmente, la función del Juez es formar el silogismo, cuya premisa mayor está en las normas y la *propositio minor* en el caso concreto; siendo su específica misión decidir rectamente en la conclusión. Lo mismo ocurre cuando la norma general le delega para obrar como obraría si actuase como legislador (según la expresión del Código suizo de las obligaciones): la norma ideal formulada entonces por el legislador es el contenido de la norma delegante, y el silogismo es idéntico. Sin embargo, *materialiter*, en la sentencia hay algo nuevo y distinto del simple silogismo: hay la continuación del proceso creador del Derecho. Esto es lo que ha puesto de relieve precisamente la escuela de Kelsen, que, por otra parte, representa un peculiar formalismo, aun cuando no precisamente ese feo formalismo de los juristas que ha contribuido al descrédito y crisis de la ciencia jurídica. Se apoya, pues, en un completo malentendido decir contra Kelsen, por ejemplo, que «si los límites del poder discrecional no son trazados por él mismo, sino por el Derecho, se puede reconocer que el imperio del Derecho está plenamente asegurado. Tal es el *absolutismo jurídico* moderno. Hay algo de común con el absolutismo político del siglo XVIII, en tanto que este último se traducía en términos jurídicos. El dogma de la omnipotencia de la ley ha cedido su plaza al de la omnipotencia del Derecho. La interpretación estaba ya proscrita, pues se creía que la ley podía preverlo todo. En nuestros días, los partidarios del absolutismo jurídico estiman que el Derecho lo prevé todo: la función del Juez se reduce a la construcción de silogismos; la tarea de la administración a lo mismo. Pero tal teoría ensancha la función del Derecho más allá de todo límite. En lugar de ser una fuerza social viva y activa, el Derecho pasaría al estado amorfo de una nebulosa» (1), después de haber dicho que «la construcción jurídica (kelseniana) no tiene nada que ver con la vida jurídica real», lo cual es verdad sólo si se piensa que la vida, jurídica o no, puede subsistir en sí como

(1) ALEXÉEF: «L'Etat, le Droit et le pouvoir discretionnaire des autorités publiques», en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 218.

vida caótica, informe, ajena a toda forma, lo cual es precisamente lo que no tiene nada que ver con la realidad de la vida, la cual es vida en cuanto posee forma y racionalidad inmanentes. También aquí puede mostrarse que el formalismo filosóficojurídico kelseniano no es el formalismo jurídico que le imputan sus adversarios. En virtud de este formalismo, los órganos no legisladores estarían materialmente vinculados a la ley en términos tan absolutos que ninguna libertad de movimientos estaría permitida al Juez ni a la Administración. Lo contrario es la verdad respecto de KELSEN. En otro lugar hemos citado el siguiente caso, que confirma este aserto (1): En el verano de 1930, el Tribunal austríaco de Justicia Constitucional declaró la posibilidad de revisar la validez de los actos de la Administración por los cuales concedía ésta la dispensa del impedimento de vínculo anterior para contraer nuevos matrimonios; ahora bien, tal decisión del Tribunal de J. C. significaba el triunfo de la opinión contraria a la que en el anterior Tribunal había sostenido el propio KELSEN como ponente; pues según esta opinión, la Justicia estaba ligada al acto administrativo. Pero si se tiene en cuenta que por no existir en Austria una ley de matrimonio civil era asunto «discrecional» para la Administración el otorgamiento de semejante dispensa, no extrañará que la crítica adversa a KELSEN se revolviese contra éste alegando que «concedía a la Administración facultades creadoras de Derecho». Dejando, pues, a un lado la cuestión de fondo, resulta que para KELSEN la Administración, ligada sin duda formalmente a la ley, poseía un margen de libertad suficiente para conceder dispensas matrimoniales no previstas en la legislación; mientras que para los magistrados componentes del Tribunal de Justicia Constitucional en el verano de 1930, la Administración no poseía tal margen de libertad. Otra cosa es que en el fondo de toda esta cuestión jurídica hubiese un difícil y complicado problema políticosocial, cual era el de que la opinión sustentada por KELSEN resultase favorable al divorcio, mientras que en virtud de la decisión del Tribunal quedaban invalidados *ipso facto* alrededor de 50.000 matrimonios contraídos al amparo de la dispensa otorgada por la Administración, «en virtud de una delegación puramente formal de las normas generales», según el criterio kelseniano.

Señalemos también a este propósito que el formalismo y el logicismo de KELSEN son de tan peculiar índole que precisamente le impiden reconocer que el orden jurídico, en sí mismo considerado, posea logicidad inmanente. KELSEN afirma lo contrario. Es la ciencia jurídica la que hace

(1) Cfr. nuestro *Kelsen...*, cit., pág. 272.

del Derecho un «orden». «Si se distingue, dice (1), entre Derecho y ciencia jurídica, como se distingue entre naturaleza y ciencia natural, no se puede ver en el Derecho y en la naturaleza, en tanto que se les considere como objetos del conocimiento, más que puros alógicos.» Claro que a esto puede oponerse desde un punto de vista inmanente que el Derecho no es lo mismo que la naturaleza, pues siendo aquél un producto espiritual, ha de conservar necesariamente las trazas lógicas del espíritu que lo crea. Para Kelsen es la ciencia jurídica la que produce las normas, es decir, los «juicios hipotéticos» en que, según él, éstas consisten. Pero ¿por qué no había de poder disponer el legislador de los mismos medios que el jurista y producir por sí mismo los juicios hipotéticos, antes de que la ciencia jurídica se lo atribuyera? Lo que en este punto tiene de verdadero la doctrina de Kelsen es que, como ya se ha indicado, lo lógico no es lo primario en el Derecho, el cual posee fines prácticos y responde a una exigencia moral, como moral es su fundamento en la vida de la persona; mas no por eso carece de logicidad inmanente (2).

Cuando en España los problemas fundamentales de la ciencia jurídica vuelvan de nuevo a ser objeto de meditación—esperamos que ya lo son en la mente de nuestros mejores juristas—habrá que enfrentarse con estas cuestiones y con las infinitas con ellas vinculadas. Nuestra hora es excepcionalmente propicia para una renovación de las concepciones jurídicas vigentes. Y esta hora nos impone, además, el *imperativo de originalidad*, hasta el punto en que en la ciencia es posible dejarse guiar por el afán de originalidad, que en sí mismo no tiene nada que ver con el afán de verdad. Originalidad quiere decir aquí, simplemente, no petrificarse en el pensamiento tradicional y no dejarse arrastrar tampoco por concepciones nuevas vigentes en países europeos de mayor o menor afinidad política al nuestro, sólo por el hecho de su vigencia en esos regímenes afines (pero no idénticos). España tiene que decir al mundo «su»

(1) Kelsen: «Rechtswissenschaft und Recht», en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 162.

(2) Cfr. nuestro *Kelsen ... cit.*, pág. 274. Esta verdad no la destruyen críticas como la de Tezner (*Rechtslogik und Rechtswirklichkeit*, 1925, pág. 15), cuando dice que el Derecho «mag ein Sollensein, so hat es dennoch Seinsqualitäten. Es ist bald plum, bald hypokritisch, bald vollkommen, bald krüppelhaft, bald menschlich, bald barbarisch, bald vernünftig, bald irrsinnig wie das Hexenrecht, bald weise, bald idiotisch wie die formale Beweistheorie und das Zensurrecht des Vormärz, bald alles zugleich ... Wie sollte auch das Recht Logik und nichts als Logik sein, da doch gar nicht geleugnet werden kann, dass eine Rechtsordnung bestimmte Rechtsinstitute logisch besser durchbildet haben könne wie andere .?» Pero afirmar la logicidad inmanente del orden jurídico no es afirmar que éste sea «sólo Lógica», ni la Lógica que le es propia impide que se puedan emitir con plena razón juicios estimativos adversos acerca de las determinaciones jurídicas concretas, y que a esos juicios estimativos se les llame «faltas de lógica».

palabra. Y así como Santa Teresa encontraba a Dios aun en los pucheros, así también en estas áridas cuestiones relativas al orden jurídico, su plenitud hermética o sus lagunas, la posición y función del Juez, etc., debe encontrarse viva, colándose por todos sus intersticios, esa concepción humanista, de respeto a la libertad profunda de la persona que ha de estar en la base del pensamiento español.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA

II. DERECHO CIVIL

I. PARTE GENERAL

EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD DEL NACIDO EN EL CODIGO CIVIL

1927, págs. 824-835; 1928, págs. 1-13, 161-173, 321-333

Sobre el tema de la viabilidad se ocupó Pérez González además en la Revista de Derecho Privado de 1944 (págs. 273 y ss.). En el presente estudio defiende que el requisito de la viabilidad es exigido por el Código Civil, basándose en preceptos del Código que aluden explícitamente a la viabilidad (arts. 960 y 964), en la regulación contenida en otros artículos y en la tradición histórica, que examina con detenimiento. La opinión de Pérez González ha tenido eco en la doctrina y para ser rebatida fue necesario que los maestros De Castro y Castán—sobre todo el primero—se esforzaran en la crítica de los argumentos de indudable peso puestos en juego por el autor.

EL CONCEPTO DE LA VIABILIDAD

Con la palabra viabilidad se define la aptitud de las criaturas recién nacidas para la vida extrauterina.

Que el nacido sea viable, y en tal concepto titular de capacidad jurídica, es tema no exento de contradicción lógica.

Si la capacidad jurídica es el medio de procurar al hombre el goce de los derechos con los cuales satisface necesidades de la vida, cuando precisamente es ésta la que de modo irremisible falta, no tiene razón de

ser la concesión o reconocimiento de personalidad a un ente fugaz que no es más que una apariencia de vida.

Contrariamente, si la capacidad jurídica en la cultura actual es un atributo inherente a la existencia del ser humano, no se puede privar a ninguno de la personalidad, aunque se tratara de una vida vacilante y efímera.

Que el nacido tenga aptitud para vivir, fue el principio dominante en las legislaciones bárbaras y en el Derecho feudal. De esta tradición quedaron gérmenes suficientes en el Derecho francés, y así el Parlamento de Burdeos mantuvo constante su jurisprudencia de exigir al nacido la condición de viabilidad (1).

Extensamente se propagó la doctrina entre los jurisconsultos franceses, y POTHIER exige al niño, para que sea capaz de suceder, que haya nacido en tiempo.

Los conceptos dominantes en los escritores juristas del siglo XVIII y principios del XIX tuvieron su estampación en los cuerpos de leyes, y así los compiladores franceses debatieron en forma prolija el requisito de la viabilidad (2), a propósito del tema de legitimación, concluyendo por exigir al recién nacido el requisito de la viabilidad, si bien entendieron por criatura viable la nacida a término, haciendo de esta suerte equivalente criatura viable y no abortiva.

La doctrina francesa posterior discute sobre si a las criaturas con vicios orgánicos que imposibiliten la vida debe negárseles la personalidad, y los partidarios de la nueva concepción se arraigan y vencen (3).

La obra de los compiladores franceses pasa textualmente al Código Albertino en Italia, y sus intérpretes y comentaristas, con escasas excepciones, aceptan la viabilidad en un concepto amplio (4).

He aquí, por tanto, dos clases o especies de viabilidad: propia e impropia.

Es viabilidad propia la que presenta el recién nacido a término, es decir: el que después de una gestación normal nace, pudiendo, por tal motivo, continuar su vida extrauterina.

(1) FERRARA: *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, Parte general, cap. XI, «La persona fìchiche».

(2) LOCRE: *Legislación civil común y criminal*.

(3) Partidarios de la primera tendencia (viabilidad propia) fueron en Francia: Troplong des donations, núm. 601, Zachariae; *Cours de droit civil*, s. 8 r., CHAVOT; *Comentarios al artículo 726*, FRENIER; *Des Donations*, I, núm. 100, AUBRY ET RAU, ss. Defienden la segunda tendencia (viabilidad impropia) DEMOLOMBE, MARCADÉ, MOUSLON, LAURENT, etc.

(4) El concepto amplio de viabilidad (viabilidad impropia) ha sido aceptado en Italia y continúa aceptándose, con las excepciones de PACIFICI, MAZZONI y SERAFINI.

Es viabilidad impropia la que posee el nacido vivo sin vicio orgánico esencial que le imposibilita continuar su existencia independiente.

Como se ve, el significado de viabilidad impropia es mucho más amplio que el de viabilidad propia, ya que éste queda recogido en el contenido de aquél.

Ahora bien; cuando un sistema positivo exige la condición de viabilidad, ¿qué ha de comprenderse bajo esta exigencia? ¿Solamente la viabilidad propia? ¿También la impropia? Opina WACHTER (1) que debe considerarse como tal viabilidad sólo la propia, porque cuando la gestación es normal, el único obstáculo que se opone al reconocimiento de la personalidad del feto es su unión intrauterina con la madre, enlace que, una vez roto, determina la capacidad y sería violento que si, después de nacido, muere por consecuencia fatal de un defecto orgánico, se le quite retroactivamente la personalidad que se le había concedido desde el momento mismo de su nacimiento, hasta que su muerte venga a poner de manifiesto su falta de viabilidad.

Dice PACIFICI-MAZZONI (2): Abundando en la tesis de WACHTER que si un niño adquiere gestación perfecta, manifiestamente ha alcanzado el desarrollo orgánico, según las leyes fisiológicas, para vivir la vida propia. Podrá ser muy débil el organismo del recién nacido, pero la debilidad no excluye la viabilidad. La viabilidad presupone necesariamente la vida, y la deficiencia orgánica esencial imposibilita aquélla, por la que es inútil tratar de la no viabilidad dependiente de semejantes vicios.

No puede influir la cantidad de tiempo que viva la criatura ni la calidad del motivo ocasionante de la muerte, o si existía o no antes del nacimiento o sobrevino después; basta que el feto haya traspasado el estado embrionario y tenga vida independiente, largo o breve.

Inexactamente, dice este autor, propone SAVIGNY que existe incongruencia en admitir la falta de viabilidad por lo precoz del parto y no admitirla por una imperfección orgánica que haga imposible toda vida ulterior. Se trata, por el contrario, de dos cuestiones distintas: el feto unido al seno de la madre en estado de embrión, no ha adquirido la capacidad de vida independiente. Puede nacer muerto o morir durante el parto, y puede suceder que naciendo vivo, viva algún tiempo después del parto. Pero esta vida no debe ser confundida con la vida independiente del seno materno, necesaria para obtener la capacidad jurídica (3).

(1) *De partu vivo non vitali*.

(2) *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. II, parte general, págs. 32 y siguientes, 5.ª edic., Florencia, 1914, y en el *Trattato delle Successioni*, I, 66.

(3) Notas de VENCI a las *Inst.* de PACIFICI, vol. 36: la VII del vol. II, 2.ª edición cit.

En contraposición a la tesis anterior, defendiendo, por tanto, que debe comprenderse la viabilidad en su sentido impropio, se aducen los siguientes argumentos:

Si el legislador diera personalidad al nacido, pero inhábil para vivir por inmadurez de gestación, por lógica consecuencia debiera también negar personalidad al que naciendo vivo y de gestación normal no puede, sin embargo, continuar la vida por deficiencia orgánica esencial (1).

El derecho como institución social debe regular relaciones duraderas entre los hombres, y su objetivo debe ser lógico y práctico.

No teniendo el recién nacido viabilidad, venga este defecto de donde viniere, no se debe reconocer la capacidad, sin que el legislador pierda tiempo en investigar motivos que la realidad, sin esfuerzo alguno, ya le brinda.

Aceptando la teoría de WACHTER, ¿no aparece más claro, para dejar de reconocer la capacidad, el hecho de que a la criatura le falten órganos esenciales para la vida? ¿Le parece más natural a WACHTER que sea considerado como capaz un feto falto de cabeza y que dé sólo reflejos de vida, que la de un recién nacido, sin otra imperfección que la de ser demasiado endeble por haber nacido prematuramente? El argumento de WACHTER se vuelve contra su propia tesis, pues si la criatura nace viva, aunque producto de una gestación inmadura, ¿por qué se le va a negar retroactivamente la personalidad por el hecho de la muerte posterior? (2).

Ante la viva discusión de los autores, de la que sólo hemos recogido aspectos, se han situado muy diferentemente los Códigos vigentes, pero a nuestro propósito baste decir que la viabilidad, en su concepto impropio, se ha salvado y es exigida por los de Francia e Italia, rechazando la concesión de la personalidad a la criatura abortiva y al feto nacido con defectos orgánicos o funcionales que hagan certeramente imposible la vida, pues sólo significan una quebrada esperanza de vida humana.

II. ¿EXIGE NUESTRO CÓDIGO CIVIL EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD EN EL NACIDO?

1) No puede dudarse que el Código Civil exige dichos requisitos. Pero mientras los Códigos de Italia y Francia (3) exigen expresamente el requisito de la viabilidad, nuestro Código, en cambio, si bien lo menciona varias veces, como término ya concretado y conocido, del cual depende la

(1) DEMOLOMBE y demás defensores ya citados de la viabilidad impropia.

(2) FRANCESCO ISNANDI: *Principio a termine della personalità dell'individuo*, Torino, 1898.

(3) *Cód. Italiano*: Arts. 161, 724, 764, 1.053 y 1.088.
Cód. Francés: Arts. 314-30, 715-20 y 906 al final.

verificación de determinados efectos jurídicos, no llega, sin embargo, a su formulación general y expresa como *conditio iuris* del nacimiento.

Así, al reglamentar las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, nos dice en su artículo 960: «... Para evitar la suposición del parto o que la criatura que nazca pase por *viable* no siéndolo en realidad»; en el artículo 964 de la misma sección dice: «... Habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciere y fuere *viable*», y, por último, en el apartado primero del artículo 745 dice: «Son incapaces de suceder: 1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30».

El artículo 30 aludido dice así: «Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

Muy variadas son las referencias indirectas que en el Código existen al problema de la viabilidad, pero tratándose de prevenciones reguladoras de otras materias como legitimación concepción, etc., hacemos caso omiso de ellas (1).

La simple lectura de los textos citados acreditan que la viabilidad está exigida.

Tal es la opinión de los autores españoles, sin excepción alguna (2). Todos dirigen sus actividades en este punto a estudios críticos del artículo 30 del Código: los unos justificando sus apartados en razones de conveniencia, los otros formulando juicios desfavorables por creerlos en

(1) Sobre presunción y doctrina de legitimidad de los hijos y postumidad en su sentido especial: Arts. 108, 109, 110, 111, 112 y 113.

Sobre precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta: Artículos 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966 y 967.

Sobre influencia legal de la concepción y sus aplicaciones: Arts. 627, 644, 745 y 814.

(2) NAVARRO AMANDI: *Cód Civil reformado*, Madrid, 1889. Dice que el requisito de la viabilidad está exigido en la condición que se previene en el artículo 30, «que viva veinticuatro horas». PEDREGAL, en *Texto y comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1889, págs. 96 y sigs., encuentra exigida la viabilidad en calidad de presunción, *iuris et de iure*, en el requisito de las veinticuatro horas de vida que previene el artículo 30. FALCÓN, en su *Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral*, Barcelona, 1893, págs. 110 y ss., afirma que el requisito de la viabilidad es pedido por el Código bajo la fórmula de «que viva veinticuatro horas». MUCIUS SCAEVOLA, en sus *Comentarios al Código Civil*, opina que la viabilidad está requerida en la condición de «que viva veinticuatro horas», del artículo 30. Igual opinión sustenta MANRESA en sus *Comentarios al Código Civil español*. SÁNCHEZ ROMÁN, en sus *Estudios de Derecho civil español común y foral*, 2.ª edición, Madrid, 1911, tomo II, págs. 174 y 175. VALVERDE, en su *Tratado de Derecho civil español*, tomo I, pág. 131, ed. 1909, Valladolid. DE DIEGO, en su *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, tomo II, pág. 89, y CASTÁN, en su *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1924, tomo I, pág. 47, etc.

contradicción con postulados de la ciencia, pero todos, absolutamente todos, reconocen que el artículo citado exige el requisito de la viabilidad.

La tradición jurídica española constituye también clara justificación de nuestro aserto.

Podemos afirmar, sin ningún género de dudas, que no existe pueblo que en su legislación ni en literatura antigua nos aventaje en reglamentación y estudios sobre viabilidad (1).

El Fuero Juzgo, en sus leyes 18 y 19, tít. II, libro XIV; la ley tercera, tít. VI, libro III del Fuero Real; la ley 16, tít. VI, Partida VI; ley 4.^a, tít. XXIII, Partida IV, y la ley 5.^a, tít. XXIII, Partida IV del *C. del Rey Don Alfonso*; la ley XIII de las de Toro; la ley 2.^a, tít. V, libro X de la Novísima Recopilación.

Los Fueros municipales exigen unánimemente el nacimiento vivo y un tiempo variable de vida bajo la condición del bautismo y plazos que oscilan desde las veinticuatro horas hasta los diez días. El *Proyecto de Código Civil de 1851*, en su artículo 107, y la *Ley del Matrimonio civil de 1870*, en su artículo 60, que con mejor redacción gramatical pasa al artículo 30 de nuestro vigente Código Civil.

Las notas que anteceden significan una constante preocupación del legislador a través de siglos, exigiendo el requisito de la viabilidad bajo diferentes condiciones y pretextos: unas veces pidiendo que, para ser persona, la criatura viva diverso número de días, otras veces horas, o que sea bautizada; como complemento, que no sea monstruo o prodigio, o bajo la fórmula más suave de que tenga figura humana.

Los nombres de ANTONIO GÓMEZ, NOLASCO DE LLANO, ALFONSO DE AGUILA, LLAMAS MOLINA, PACHECO GUTIÉRREZ, etc., significan una continuación estimadísima en la literatura de la viabilidad al comentar este problema en los Cuerpos legales (2).

La conclusión a que nos llevan los antecedentes anotados es la de aceptar como un hecho indudable que nuestro Código Civil exige la viabilidad como requisito esencial para el reconocimiento de la personalidad.

2) Problemas que al exigir la viabilidad plantea nuestro Código Civil:

¿En qué precepto del sistema se formula esencialmente el requisito de la viabilidad?

Recordemos a este efecto los diversos artículos en los que se hace referencia a la viabilidad: El artículo 960, incluido en la sección pri-

(1) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, art. 30.

(2) ANTONIO GÓMEZ: *Comentarios* NOLASCO DE LLANO: *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez*. ALFONSO DE AGUILA: *Adiciones a don Hermenegildo de Rojas*. LLAMAS MOLINA: *Comentario crítico jurídico literal a las 83 leyes de Toro*. PACHECO: *Comentario histórico-crítico y jurídico a las leyes de Toro*. GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, etc.

mera del capítulo V del título III, libro III del Código Civil, bajo la rúbrica «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», se refiere a las peticiones que los interesados pueden hacer al Juez competente, al objeto de evitar la suposición del parto o que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Como se deduce de su simple lectura, el requisito de la viabilidad se exige a los efectos sucesorios, pero no se define ni se expresa cuál sea la circunstancia o circunstancias que delatan su existencia. El término viabilidad está usado como concepción ya conocida sobre la que se siguen elaborando reglas.

Iguales comentarios nos sugiere el texto del artículo 964, incluido en el mismo capítulo y sección.

Relativamente al artículo 745, referido a señalar cuáles son las personas incapaces de suceder, nos muestra como tales las abortivas, y al definirlas en forma negativa, se remite al artículo 30, indicando que aquéllas en quienes concurren las circunstancias prevenidas en el mencionado texto tienen concepción opuesta a las abortivas, o sea, calificación de viables.

Por consecuencia de la revisión a que obliga este artículo, así como con objeto de agotar en la investigación planteada todos y cada uno de los textos en los que nuestro Código Civil se refiere a la viabilidad, es preciso entrar en el estudio del artículo 30.

La lectura de este texto, ya reseñado, descubre su finalidad: Prevenir las circunstancias que han de concurrir en el feto para adquirir la categoría de persona jurídica. El Código Civil, con este pretexto, tiende a resolver el discutido tema del origen de la personalidad.

Con los apartados de este artículo se nos da el conocimiento de las circunstancias que revelan la existencia de la personalidad y, por tanto, elementos de juicio para formular una definición legal: Es persona el feto que, desprendido completamente del seno materno, vive veinticuatro horas y tiene figura humana.

Si a tal fin nos conduce el artículo 30, a diferencia de la de enseñanza que obtuvimos al analizar el resto de los artículos del Código que hacen referencia a la viabilidad, y si, por último, reiteramos la opinión unánime de los autores españoles de encontrar la exigencia de la viabilidad en el artículo 30, creemos queda suficientemente probada la afirmación que encabeza este apartado.

Ahora bien; ¿en qué condición de las varias requeridas por el artículo 30 está exigida la viabilidad?

Los apartados que constituyen este artículo en calidad de exigencia conjunta y esencial para que a los efectos civiles se repunte nacida una

criatura, son: *a)* Separación completa del seno materno; *b)* que nazca viva; *c)* que tenga figura humana, y *d)* que viva veinticuatro horas.

El requisito de la separación completa del seno de la madre indica el efecto natural del parto, pero nada supone en relación con el hecho de la vida. En la separación puede producirse un ser muerto. Si nada supone con relación al hecho de la vida, menos supondrá aún, si cabe, respecto a la «aptitud» para la vida, que es sustancia de la viabilidad.

Exige el artículo 30 el requisito de nacer vivo. Ello constituye un presupuesto esencial para que exista la viabilidad, pero no la viabilidad misma. La vida supone un presente, una situación fisiológica actual. La viabilidad supone una aptitud para continuar esa misma vida, define una situación de futuro.

Dos últimos requisitos exige el artículo 30: que viva veinticuatro horas y que tenga figura humana. La primera supone un plazo que ha de sobrepasar quien nazca vivo, una existencia independiente que sigue desarrollándose. En ella fijan la viabilidad todos nuestros jurisconsultos.

La figura humana implica una identidad o similitud orgánica y morfológica con el patrón humano, pudiendo estar referida a deficiencias orgánicas esenciales.

De lo expuesto se deduce que la viabilidad es exigida por el Código Civil en su artículo 30 y que la exigencia se encuentra establecida en el apartado de las veinticuatro horas o en el de la figura humana o en ambos conjuntamente.

El estudio de estas exigencias, de indudable origen bárbaro y románico, respectivamente, nos incita, como sucede siempre que se trata de instituciones de abolengo, a plantear una investigación histórica. Con ella no sólo aspiramos a concretar definitivamente cuál sea la condición o condiciones que en nuestro artículo 30 exigen la viabilidad, sino, además, como conjunto de conocimientos necesarios para poder desarrollar la segunda parte de este trabajo.

Recordemos a este propósito lo que se indicó en las líneas preliminares de este trabajo, con referencia a los problemas que en punto a viabilidad nos inquietaban: «El uno consiste en delimitar definitivamente el precepto de nuestro Código Civil, en el que se formula el requisito de la viabilidad. El otro, consiste en investigar la construcción útil y adecuada al sistema positivo, para dirigir certeramente la aplicación de aquel principio». Y, en efecto, la evolución histórica de la exigencia de las veinticuatro horas y el requisito de la figura humana nos dará el presupuesto de conocimientos necesarios para emprender la segunda parte de nuestro estudio.

Sólo a título de anticipo expondremos en breves líneas algunas de las consideraciones sobre que va a versar la futura labor:

Aceptada y demostrada la exigencia de la viabilidad en las prevenciones indicadas, ¿consiste la viabilidad del nacido en vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno? ¿Ha de ser tal requisito categóricamente definidor, de tal suerte que el nacido que muera antes de las veinticuatro horas no es viable, cualesquiera que sea su perfecta gestación? Y, del mismo modo, ¿el feto antes de término propiamente abortivo o con deficiencias orgánicas fundamentales es viable, a pesar de todo, por sólo el hecho de haber vivido las veinticuatro horas cumplidas? ¿Significará este plazo un signo de viabilidad, susceptible de prueba en contrario?

En cada uno de los supuestos planteados hemos de barajar los conceptos: de definición, con sus significados de representación formal de un concepto; de presunción *iure et de iure*, como suposición absolutamente cierta de una realidad probable, pero no probada; la presunción *iure tantum*, como supuesto que admite prueba en contrario; las formas positivas y negativas de estas mismas presunciones; la ficción, etc.

Basta lo dicho para comprender la justificación del estudio histórico que emplazamos como complemento necesario de este trabajo y precedente indispensable del que sigue.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ

2. DERECHOS REALES

EL “IUS AD REM” EN EL DERECHO CIVIL MODERNO

1933, págs. 253-262, 330-340, 411-424, 519-528, 584-595,
641-658, 721-733, 801-810, 881-895;
1934, págs. 15-24, 97-107

De entre los numerosos artículos que FONCILLAS publicó en la Revista, todos los cuales han sido reunidos recientemente en un extenso volumen, éste es uno de los más importantes por su amplitud y contenido. Se trata de un interesante y documentado estudio histórico-comparativo de la figura desde sus orígenes hasta las modernas codificaciones. Se estudia la figura medieval y su evolución posterior hasta la codificación prusiana de 1794, examinándose detenidamente la doctrina desarrollada a partir de sus preceptos. A continuación se expone la cancelación de la figura por el Código Civil alemán, el ius ad rem y la noción del derecho anotado, para desembocar en la teoría de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento de una obligación y su aplicación al caso de adquisición de la propiedad. Estas páginas, dedicadas a la responsabilidad del tercero, me parece deben ser recordadas como las primeras en nuestra doctrina sobre el tema. En ellas el autor hace un amplio estudio de las doctrinas alemana, francesa y suiza, que no debería haber sido olvidado, como al parecer ha sucedido. Por ello precisamente es por lo que parece que estas páginas, en las que el autor plantea a la manera moderna el mismo problema que la figura del ius ad rem resolvió, son las que deben figurar en la antología.

NUEVA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA. LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO CÓMPlice EN EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN

La cuestión que nos proponemos examinar es si en el derecho moderno puede volverse a concepciones análogas a la del *ius ad rem* o, cuando menos, a un resultado parecido al obtenido por esta teoría en el siglo XVIII. No se plantea la cuestión de saber si ha de reconocerse la existencia de un derecho intermedio entre el derecho real y el derecho de obligación, sino que se ha formulado el problema de la manera siguiente. El concurso aportado por un tercero a los hechos constitutivos de la in-ejecución de una obligación contractual, ¿hacen al tercero responsable frente al acreedor? (1). En una palabra, es el problema de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento de una obligación.

Esta manera de considerar el problema no tiene nada de sorprendente si se tienen en cuenta las interpretaciones análogas presentadas por LEYSER, HOMMEL, y entre los más recientes, FOERSTER y DERNBURG. Sea que admitan o que rechacen la opinión que considera el acto del tercero como delictuoso, parten todos de este punto de vista para encontrar la solución.

Notemos, sin embargo, que una respuesta afirmativa a esta primera cuestión no hace renacer necesariamente, y por ella sola, la concepción del *ius ad rem*; sin embargo, combinada con el principio de la reparación en *natura*, podría llegarse al mismo resultado.

Las legislaciones callan, generalmente, sobre el problema de la complicidad del tercero en la ruptura de un contrato.

Que nosotros sepamos, sólo el proyecto de Código Civil húngaro de 1900 contenía un artículo aplicable a esta hipótesis, y era el 1.077, que decía: «Aquel que intencionalmente determina a otro a violar su compromiso respecto a una tercera persona responde solidariamente con el deudor del daño resultante de la violación del compromiso».

A) *El problema en derecho francés.*

La hipótesis ya es antigua en su jurisprudencia. Era el caso de venta de un inmueble, consentida por el vendedor a un tercero de mala fe, en perjuicio de un primer adquirente que no ha inscrito su título, y este caso ha sido planteado después de la Ley de 1855 sobre transcripción en materia hipotecaria.

Se advierte inmediatamente que el problema se plantea, ante todo, en materia de obligaciones de hacer.

(1) Comp. BARTIN, AUBRY et RAU, 5.^a ed., VI, § 444, pág. 338.

Es el caso del dueño o patrón a quien un tercero, otro patrón, le arrebató uno de sus obreros.

Hay igual ejemplo en las obligaciones de no hacer: un tercero, con conocimiento de causa, se asocia a una persona que está ligada con otra en virtud de una cláusula de no concurrencia.

Es también otro supuesto la operación hecha por el mandatario con un tercero de mala fe en perjuicio del mandante.

Se encuentran igualmente hechos análogos en las aplicaciones antiguas de teorías clásicas; por ejemplo, la incjecución de una promesa de venta.

Podrían citarse más casos, pero la idea es siempre igual: el tercero que atenta contra el lazo contractual perfeccionado entre dos contratantes comete un acto delictual.

El problema era edificar sobre tales materiales dispersos una teoría general sobre la responsabilidad del tercero.

La doctrina, durante largo tiempo, no se ha dado cuenta de la posibilidad de una acción directa del acreedor contra el tercero.

PLANIOI y BAUDRY-LACANTINERIE no mencionan este problema.

Es PIERRE HUGUENEY quien en 1910, en una tesis notable sobre la «Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle», proclama el primero el derecho del acreedor a esta acción, y esta teoría, en sus grandes líneas, es la del Derecho francés actual.

Varios autores, como DEMOGUE (1), LAMBERT (2), BARTIN (3), RIPERT (4), la han repetido, retocándola con frecuencia en algunos puntos.

Todos están de acuerdo en declarar la responsabilidad del tercero, pero no lo están sobre el carácter de esta responsabilidad, y sus opiniones divergen en cuanto a los casos en que la aplicación de la teoría se impone.

A primera vista se está inclinado a considerar al tercero como responsable en virtud del mismo contrato cuya ejecución ha impedido. Sin embargo, se objeta que, permaneciendo extraño al contrato, no ha podido cometer una falta contractual, y, por consecuencia, si hay que reprocharle una falta, ésta será necesariamente de carácter delictual.

Pero de todos modos se opone un obstáculo a esta manera de ver.

Los autores se preguntan (5) si el artículo 1.165 del Código Civil francés excluye tal interpretación, puesto que declara que las convencio-

(1) *Revue Trimestrielle*, 1921, pág. 727. «Droit des obligations», II, pág. 862; III, pág. 378.

(2) «Nota Dall.», 1922, II, pág. 153.

(3) AUBRY et RAU, 5.ª ed., VI, § 444, pág. 338.

(4) «La règle morale dans les obligations civiles», 1925, págs. 297 y sigs.

(5) BARTIN, AUBRY et RAY, VI, pág. 338; HUGUENEY, pág. 202.

nes no producen efectos más que entre las partes y que no perjudican a los terceros.

Este artículo, consagración del adagio *Res inter alios acta, tertio neque nocere neque prodesse potest*, podría constituir un obstáculo insuperable, según la interpretación que reciba, y, por consecuencia, es indispensable examinar el contenido del mismo.

A priori dos soluciones parecen posibles. O bien se admite que un acto jurídico es legalmente inexistente respecto a los terceros, o se afirma en principio que la situación de derecho creada por un acto tiene una existencia independiente.

La convención despliega inmediatamente efectos respecto a terceros cuando el contrato hace nacer un derecho real, cual es el caso de transferencia de la propiedad mobiliaria. Pero incluso si la convención sólo es creadora de un derecho personal, no debe creerse que ella sea inexistente respecto a los terceros (1).

La cuestión es saber si una parte puede invocar su contrato para obtener en su propio nombre reparación por las consecuencias de un delito. Los autores (2) hacen notar que el Derecho romano respondía ya afirmativamente a esta cuestión. «Si un tercero, dice PAULO (D. IV, 3, 18. 5), destruye la cosa que un deudor había prometido entregar a su acreedor, la opinión general es dar a éste la acción de dolo contra el autor del delito».

La cuestión no existe en Derecho francés, porque el acreedor deviene propietario en virtud de la convención misma: pero la hipótesis surge, sin embargo, por ejemplo, a propósito de una cláusula de indemnización adjunta a un contrato de suministros (3).

La ciudad de París concertó un contrato con la Compañía parisina de alumbrados por gas, en virtud del cual esta Sociedad tomaba a su cargo todos los gastos de las reparaciones del material del alumbrado que de propiedad de la ciudad se encontraba en la vía pública. La Compañía se delegaba para la ejecución de este contrato en un empresario. Sobre vino un accidente, producido al chocar un carruaje con uno de los postes del alumbrado. El empresario, obligado a reparar el daño, ejercitó un recurso contra el tercero, causante de la falta que motivó el accidente. La «Cour» de casación decidió que el demandante tenía incontestablemente interés en que el reverbero de gas no fuese destruido, puesto que el perjuicio debía recaer sobre él; en su cualidad de parte lesionada tenía acción para reclamar y, fundándose en el artículo 1.382 del Código

(1) Ved JUILLE: «Effet des actes jurid. des tiers» (*Thèse*), Lille, 1904.

(2) BARTIN, AUBRY et RAU, VI, pág. 338; HUGUENY, pág. 205.

(3) Cass 4 Mars, 1902; S. 1.902, I, 224, resumida por HUGUENY, pág. 206.

Civil, podía exigir al demandado la reparación del daño que le era imputable.

Por consecuencia, el artículo 1.165 significa que las convenciones no crean derechos más que en provecho o detrimento de las partes contratantes. Pero ello no quiere decir que un contrato no pueda ser opuesto a los terceros o invocado por ellos mismos en su favor.

Ese artículo, por tanto, no se opone a un sistema que declara responsable al tercero, y cuya falta, si la hay, consiste en el hecho de haber impulsado a un contratante a la ruptura de su compromiso; pero éste precisamente es el punto que reclama ahora nuestra atención.

Examinemos si el tercero ha cometido verdaderamente un delito.

Dos sistemas han sido establecidos para demostrar la responsabilidad delictual del tercero.

Se puede poner a su cargo una responsabilidad delictual propia e independiente, o se puede declarar, con HUGUENEY (1), que el tercero no puede incurrir más que en una responsabilidad calcada sobre la del deudor mismo.

Lo primero consiste en decir que un tercero, todas las veces que atente a la relación establecida entre el acreedor y el deudor, comete un delito; es la idea que se desprende de la jurisprudencia francesa; pero se le objeta que hace considerar como delito todo, tanto la violación de un derecho relativo—un derecho de obligación—como la de un derecho absoluto—un derecho real—, y la cuestión se plantea en saber si el derecho de obligación, siendo un lazo entre dos personas, ofrece base a los atentados de los terceros.

Los autores franceses (2) dicen que la obligación se reduce a un derecho del acreedor frente al deudor y que por esta razón es imposible concebir que un tercero pueda lesionarla.

Ello quiere decir que el carácter relativo de la obligación debe ser considerado como un principio fundamental y el tercero no estará, pues, en situación de atentar contra la relación de obligación existente entre un acreedor y un deudor.

Pero admitido esto no se puede llegar a deducir que el tercero sea libre de perjudicar al acreedor, aunque al decirlo así no se trata tampoco de reconocer a la obligación, en lugar de un carácter relativo, un carácter absoluto, idea ante la cual HUGUENEY retrocede con justo título.

Pero hay otros autores que se colocan en otro punto de vista. Así ORTOLAN (3) declara que en todo derecho existe una obligación general de abstención que pesa sobre la masa, sobre el conjunto de todas las

(1) HUGUENEY, *ob. cit.*, pág. 222.

(2) IDEM, *ob. cit.*, pág. 211.

(3) «Generalisation du Droit romain», París, 1855, pág. 75.

personas, y que consiste en la necesidad, para todos sin distinción, de dejar al sujeto activo del derecho el retirar el provecho, la utilidad que su derecho le atribuye y de no plantearle ningún conflicto.

Pero en el derecho real esta obligación general es única y en el derecho de obligación existe, sí, el derecho del acreedor, la facultad de constreñir a una persona individualmente determinada a una acción o una inacción; pero, además, subsiste el derecho dirigido frente a todos.

Parece que la jurisprudencia francesa, protegiendo al acreedor contra el atentado a su derecho por un tercero, ha querido reconocer la existencia de este derecho de protección general, tanto en materia de derechos reales como en los derechos personales, y, por tanto, será preciso asimilar las dos categorías de derecho, al menos en lo que concierne a sus efectos frente a tercero.

Pero la jurisprudencia pone una condición para esa protección, y es que el tercero, para ser responsable, debe tener conocimiento de la relación entre acreedor y deudor y haber facilitado con su actividad la ruptura del lazo contractual; esta condición no existe en los derechos reales.

Los dos grandes grupos de derechos no se parecen en este aspecto y la teoría de ORTOIAN no encuentra aplicación en Derecho francés positivo.

Otra opinión ha sido sostenida por DEMOGUE, que atribuye al acreedor un derecho protector contra los atentados de un tercero (1).

Este derecho DEMOGUE lo asimila a los derechos de la personalidad, tales como son enunciados por el artículo 2.383 del Código Civil portugués (2).

Hay falta cuando se atenta a estos derechos, protegidos por la Ley. El derecho puede ser personal o real. DEMOGUE enumera los derechos siguientes: el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la reputación, derecho de libre circulación, de propiedad y, finalmente, el derecho al respeto de los contratos por los terceros.

Es en este sentido en el que hay que interpretar una nota de BARTIN (3). No se trata, pues, de transformar el derecho de obligación en un derecho

(1) «Traité générale des obligations», III, pág. 368.

(2) Artículo 2.383 del Código Civil portugués: Los daños resultantes de la violación de los derechos originarios pueden ser relativos a la personalidad física o a la personalidad moral; los daños provenientes de la violación de derechos adquiridos no conciernen más que a los intereses materiales.

Este artículo remite al artículo 359 del mismo Código, donde se enumeran los derechos de la personalidad reconocidos.

Artículo 359. Se llaman derechos originarios aquellos que derivan de la naturaleza propia del hombre y que la ley civil reconoce y protege como la fuente y el origen de todos los demás. Estos derechos son: 1.º, el derecho a la existencia; 2.º, el derecho a la libertad; 3.º, el derecho de asociación; 4.º, el derecho de propiedad; 5.º, el derecho de defensa.

Ved artículos 360 a 366 inclusive del mismo Código portugués.

(3) AUBRY et RAU, 5.º ed., VI, pág. 338, nota.

absoluto, sino de reconocer que el lazo contractual entre acreedor y deudor está al abrigo de los atentados de parte de un tercero.

Sólo la existencia de este derecho puede explicarnos la jurisprudencia concerniente a dicho artículo 1.165.

No se trata de un derecho que nace en virtud de la conclusión de una convención, sino de un derecho inherente a la personalidad existente siempre en estado latente. Nos quedará por ver cómo este derecho puede ser lesionado.

Aparte esta crítica de orden teórico, dirigida al sistema de la responsabilidad autónoma, se han formulado objeciones sacadas de la práctica.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS

LA TEORIA DEL TITULO Y EL MODO

1925, págs. 81-92

Este es uno de los primeros trabajos, concretamente el segundo, de entre los numerosos que el fundador de la Revista publicó en ella. Al tema dedicaría además otros artículos («Desde la teoría del “título y modo” al llamado principio del consentimiento» y «Título y modo en el Derecho español»), que vienen a constituir una unidad. En ellos se contiene una revisión crítica fundamental de la teoría en cuestión, llegando a resultados muy discutidos. Es difícil elegir entre las páginas de los tres artículos, pero me parece que aquellas dedicadas a los orígenes de la teoría y a su desenvolvimiento ulterior exponen magistralmente el problema, y han ejercido una influencia decisiva sobre todos los autores que después se han ocupado del tema. Don JERÓNIMO hace gala de una erudición profunda, difundiendo entre nosotros lo más selecto de las obras alemanas sobre la materia. En este trabajo se pone de relieve la gran contribución de don JERÓNIMO a la cultura jurídica española, sobre la que volcó un ingente caudal de ideas de la doctrina europea, no sin hacerlas pasar antes por los filtros de su crítica. Esto es lo que sucede en los trabajos de don JERÓNIMO sobre el título y el modo, que además constituyen páginas inolvidables para quienes oyeron su contenido en la Universidad. Así Díez-PASTOR en su semblanza de don JERÓNIMO (en RDP, 1946, pág. 803) dice: «No recuerdo haber oído nada más bello en la Facultad de Derecho que sus conferencias primeras sobre “Título y modo”, tan distantes de cuanto por entonces se nos descubría».

La teoría del *título* y del *modo* de adquirir tiene, en efecto, sus raíces más hondas en los requisitos de la *traditio* romana, pero han sido necesarias poderosas corrientes filosóficas e influencias características del derecho medieval para que asumiera la forma absorbente y dogmática que presenta a fines del siglo XVIII en la técnica jurídica (1).

(1) Vide HOFMANN: *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi*, Viena, Manz'schen Buchh., 1873, págs. 3-42.

Dos principios fundamentales regulaban la adquisición por acto jurídico de las cosas en el derecho romano clásico: el primero declaraba que el dominio de las mismas no se transfería por el nudo pacto, sino por la tradición y la usucapión.

L. 20 C. de pactis 2,3.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

El segundo exigía para la transferencia del dominio por medio de la tradición, que ésta fuese precedida de una venta o de otra *justa causa*.

L. 31 D. de Adq. rer. dom. 41,1.

Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliquia justa causa proecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Pero este último texto de PAULO, como otros de ULPIANO (1) y GAYO (2), tan sólo enseñaba que la tradición, como cualquier acto jurídico necesitaba, aparte de su forma, una legitimación del consentimiento, un fundamento psicológico, de índole subjetiva (*causa*).

La comparación de este elemento con el correlativo de la prescripción contribuyó a dar un carácter objetivo y autónomo a la causa, asimilándola al título, hasta el punto de que uno de los pasajes del Código Justiniano (3) que principia *Nulla justo titulo procedente* se ha entendido (4) aplicable a ambos modos de adquirir (*traditio* y *usucapio*).

Las llamadas *Petri exceptiones* emplean ya la palabra *título* en vez de *causa* (*Aliquo titulo alii tradat*) (5), y el Braquílogo, después de definir el justo título como aquel en cuya virtud se transfiere el dominio de las cosas, distingue con técnica demasiado moderna los títulos de compra, permuta y donación (6).

De aquí que en las escuelas se usasen indistintamente las expresiones *justa causa* y *justus titulus*, tanto para desenvolver la doctrina de la tradición como para exponer la de la usucapión, que en cierto modo la completaba.

(1) Ulp. fragm. tit. 19, par. 7: *Scilicet si ex justa causa tradita sunt nobis.*

(2) GAYO, II, par. 20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tibi tradidero, sive ex venditionis causa sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, tua fit ea res sine ulla juris solemnitate.*

(3) L. 24. C. de rei vind. 3,32.

(4) Vide KINDEL: *Das Recht an der Sache*, pág. 112. Las Glosas correspondientes hacen tan sólo referencia a la usucapión y a la prescripción.

(5) Liber II, cap. 13, que al referirse a la doble venta indica que *si postea aliquo titulo alii tradat vendendo aut donando, facit eum dominum.*

(6) *Las Petri exceptiones legum Romanorum*, de cuyo autor sólo se sabe el nombre, fueron escritas en Valencia de Francia antes del siglo XII (vid. SAVIGNY: *Hist. du droit Romain du M. A.* Trad. Guenoux, II, 82). *El Braquílogo* (*Brachylogus juris civilis*) es un compendio didáctico, cuya técnica precisa hace muy sospechosa la antigüedad que en un principio se le ha atribuido (SENCKENBERG lo cree del tiempo de JUSTINIANO. SAVIGNY, *op. cit.*, II, pág. 161).

La teoría recibió un nuevo impulso que más tarde había de desnaturalizarla, con el desarrollo de las categorías de posibilidad y efectividad, que los aristotélicos árabes y europeos habían de poner en boga, relacionándolas con la sustancia y la existencia. «En este sentido Alberto el Grande (1193-1280) enseñaba: la forma es el complemento de la posibilidad (*actus et complementum*), por ella lo general se transforma en lo efectivo (el ser concreto). JUAN SCOTO ERIGENA decía: todo lo real, con excepción de Dios, tiene una existencia limitada en el espacio y en el tiempo; y denominaba a esto ser de algún modo, subsistir (*aliquo modo esse subsistere*). Salta a la vista como había de influir este concepto en el *modus acquirendi*. Todavía ha de indicarse que, partiendo de las distinciones aristotélicas, con cualquier ocasión, oportuna o no, se establecían divisiones de las causas (*causae*) y especialmente entre la *causa efficiens proxima* y la *causa efficiens remota*, y tras ello entre la causa de la potencia (*causa potentiae*) y la causa del acto (*causa actus*). Y esto no solamente en los escritos filosóficos, sino en todas las disciplinas que caían dentro de la investigación escolástica. No necesitamos asegurar que los juristas no iban a ser una excepción de esta moda (1).

Así la Glosa después de preguntarse: ¿Luego el dominio se adquiere por diversas causas? Responde: «mira la *causa próxima*, esto es, la tradición o adquisición de la posesión, no la *remota*, o sea la causa por la que lo tradición se hace» (2). Con lo cual el título, causa próxima de la tradición (*causa sc. traditionis seu titulus*), resulta causa remota del dominio, y la misma adquisición de la posesión (*traditio*), causa próxima del dominio, contenida todavía en los límites de la técnica romana, aparece ya en aptitud de ser generalizada como *modo* a casos diversísimos. La Glosa, sin embargo, no pensaba en centrar la *causa remota* sobre una obligación de transmitir, y se contentaba con exigir para la *traditio*, dada su naturaleza de negocio bilateral, un acuerdo de voluntades. Ahora que este acuerdo no se concebía en la forma moderna, contrato real de naturaleza abstracta, sino basado en una causa anterior, ya en el orden del tiempo, ya en el de la razón (*tempore vel ratione precedens*), con arreglo a los cánones aristotélicos.

La cristalización objetiva de la *justa causa precedens* se encuentra con precisión en JASON DE MAYNO, que después de definir el título, causa hábil para transferir el dominio, lo identifica con el contrato indepen-

(1) HOZMANN, *op. cit.*, pág. 37.

(2) LANDSBERG (*Die Glosse des Accursius*, pág. 105) censura a HORMANN por haber atribuido esta Glosa (*Nec enim sicut, ad leg 3, par. 4 D. de adq. vei. am. poss.*, 41.2) al jurisconsulto AZÓN.

diente (causal) y le niega energía suficiente para producir la transmisión si no va acompañado de la entrega (*apprehensio possessionis*) (1).

¿Pero no resulta inexplicable que la obligación de dar, nacida del contrato, que no tiene ningún elemento de naturaleza real, al unirse a la posesión, que carece de sustancia jurídica, engendre el dominio, derecho real perfecto?

El lazo que une a estas dos esferas (real y personal) y que sirve de fundamento a la expansión medieval del dogma estudiado, ha sido puesto de relieve por las investigaciones que desde hace medio siglo se han realizado sobre el *ius ad rem*, tipo jurídico intermedio del *ius in re* y del *ius obligationis*.

III

PERFECCIÓN DEL DOGMA

Antes de la redacción del último texto legal citado, la teoría del título y modo, gracias a las contribuciones jurídicas y filosóficas, se había consumado. JUAN APEL (1486-1536), en su obra *Isagoge per dialogum in IV lib. inst.*, censura a los que incluyen la donación entre los modos de adquirir, porque lógicamente debe figurar al lado de la compra y del mutuo, y exponiendo la doctrina de la tradición, aconseja no se confundan los modos de adquirir con los contratos, delitos, cuasi-contratos y cuasi-delitos. Con mayor energía en la *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam adcommodata*, repite el consejo y agrega: una cosa es el dominio y otra la obligación; el primero es algo perfecto; la segunda, en verdad, cosa imperfecta. Así como también son diferentes la causa del dominio (es decir, el modo de adquirir) y la causa de la obligación (por ejemplo, el contrato). No hay nada de común entre los modos de adquirir y la obligación, a menos que no nos refiramos a que los contratos frecuentemente son causa de la tradición. En su consecuencia, la tradición es un modo de adquirir el dominio de naturaleza más débil (*infirmior*). Todo lo cual si hubiese venido a la mente de BARTOLO, no le habría permitido distinguir entre el título singular y el universal, sino más bien entre contrato y modo de adquirir.

La ocupación, hallazgo, tradición, etc., son causas próximas y generales del dominio, el contrato es causa remota título de dominio (2).

A pesar de que APEL fue considerado como el inventor de la teoría, se ve que la limitaba a ciertos casos de adquisición derivativa, advirtien-

(1) Véanse los textos en HOFMANN (*op. cit.*, pág. 40).

(2) Vide HOFMANN, *op. cit.*, pág. 21

do que fuera de la tradición, aprehensión o retención no había lugar a distinguir los dos elementos. Pero recogidas estas nociones por metafísicos eminentes, cuando la jurisprudencia se hallaba decadente, y en unos tiempos que daban más valor a las distinciones escolásticas que al estudio de las fuentes, sufrieron una verdadera deformación por hipertrofia.

Nuestro DOMINGO DE SOTO, en su tratado de *Justitia et iure* (1), contesta a la pregunta «Quid sit titulus»: Verdaderamente el título es la base del dominio, la raíz de la que brota. Es, pues, título del dominio la naturaleza, la ley, el contrato, la elección... El título del obispo es la elección. El título por el cual alguien posee una casa, es la herencia natural, la compra, la prescripción.

LUIS DE MOLINA amplía la idea: los jurisconsultos llaman título del dominio o del derecho la raíz de donde sale el dominio o un derecho cualquiera público o privado, mientras la tradición es una condición de su existencia regular (2).

Siguiendo en el mismo camino, aunque con mayor precisión, señala LAUTERBACH (3) la diferencia entre causas y modos de transferir el dominio. La causa precede, como eficiente, menos principal e impulsiva, provocando el *ius ad rem*, la acción personal para exigir la tradición. El modo es el acto o instrumento mediante el cual se adquiere el *ius in re*. Otra cosa pasa en los modos originarios, donde no pueden separarse la causa y el modo, que coinciden.

Un momento detenida la evolución del dogma por los primeros juristas de la escuela de Derecho natural y por los grandes comentaristas franceses, que apenas conceden valor a la distinción, surge con tal fuerza en las obras de WOLFF, que THIBAUT lo considera producto (*Philosopheme*) de su escuela.

Efectivamente, en el fondo de su filosofía palpita el pensamiento escolástico de que todo cuanto está libre de contradicción, o es posible, encuentra en la existencia o actualidad su término natural. En cierta manera, confunde la representación de lo no contradictorio con la realidad de su contenido. Así, pues, el modo de adquirir es el hecho por el cual nos hacemos partícipes de un derecho cualquiera. El título, la razón legal por cuya virtud un hecho puede provocar tal derecho. El concepto no sólo se extiende a los modos originarios, por ejemplo, a la ocupación, en donde funciona como título la ley natural (4), y a la prescripción, en donde la nuda posibilidad equivale al título, sino que se refiere a todos los

(1) Libro IV. Quæstio. I.

(2) Vide los textos en HOFMANN (*op. cit.*, pág. 18).

(3) *Ibidem*, pág. 16.

(4) *Quod occupatione rerum nullius adquiratur dominium* Es el punto de vista que más tarde ha de adoptar el Código Civil austríaco, artículos 380-385.

derechos subjetivos y a las situaciones jurídicas en general. Así, WOLFF habla de los modos de adquirir la patria potestad. El modo equivale a un mero acontecimiento jurídicamente cualificado por el título, de suerte que en cualquier modificación del estado de derecho operan ambos elementos como un par de fuerzas. Inútil añadir que en este sistema mediante el *ius ad rem* (título) se adquiere el *ius in re*.

Prestan su decisivo apoyo a la doctrina DARIUS (1714-1791) y HEINECCIO. El primero, a quien STAHL llama el más significado y consecuente discípulo de WOLFF, concreta los principios generales sentados por su maestro, en la especial materia de la adquisición de los derechos reales, y afirma categóricamente que sin título y modo de adquirir nadie puede tener un derecho real. (*Sine titulo absque modo acquirendi nemo ius in re quadam habere potest.*) Quien alegue la adquisición de un derecho real debe probar primero el hecho adquisitivo y después que tal hecho contiene la razón suficiente de aquella adquisición. Esta razón es la *causa remota de la adquisición*. Aquel hecho se llama causa próxima. *Causa remota vocatur titulus, proxima vero modus acquirendi*. Pero el nombre del citado autor, muy poco conocido en nuestra Patria, apenas si puede ponerse al lado del que durante los dos primeros tercios del pasado siglo ha resonado constantemente en nuestras cátedras de Derecho Romano, y a quien se debe la póstuma divulgación de un dogma que ya se descomponía en los sepulcros doctrinales. HEINECCIO, cuyas Instituciones, Relaciones y Elementos tantas ediciones alcanzaron en nuestras imprentas (1), entra en el estudio de la que llama causa del dominio, distinguiendo la remota de la próxima: aquélla se dice título hábil para transferir el dominio (*veluti pro empto, pro legato, pro donato, pro dote, pro suo, pro derelicto, pro permutato, pro transacto, pro adjudicato*) y confiere inmediatamente (2) sólo un *ius ad rem*, no el dominio, mientras la última, modo de adquirir, constituye el *ius in re*. Ambas distan entre sí tanto como el cielo de la tierra (3).

El título no confiere un *ius in re* si no va acompañado de tradición; pero son excepciones de esta regla: 1) El derecho de hipoteca; 2) las servidumbres negativas; 3) las cosas adjudicadas en los tres juicios divisorios, y 4) las adquisiciones por última voluntad.

Al terminar el segundo tercio del siglo XVIII, esta teoría se ha generalizado en los países germánicos, y su influencia en la cátedra es incontro-

(1) «Las recitaciones a los elementos de HEINECCIO son el texto seguido generalmente en las Universidades». (GÓMEZ DE LA SERNA: *Prólogo al curso histórico-exegético del D.º R.º*, VII, tercera edición, Madrid, 1863, Sánchez.)

(2) *Qui omnes auctores ius ad rem tantum, non dominium operantur*. Elementos Jur. Civ., Ed. Nova Hosp. Mat. Boix, 1846, pág. 132.

(3) *Recitaciones del Derecho civil romano*, trad. de Collantes, séptima edición, tomo I, Valencia, Aguilar, 1879, pág. 223.

vertible. Sobre ella se moldea el Derecho Nacional Prusiano (1), como más tarde el Código Civil austríaco. En cambio, la doctrina francesa, siguiendo las huellas de CUYACIO y DONELLO, no se deja influir por la distinción. POTHIER la desconoce y con él los redactores del Código Napoleón.

Todavía no había comenzado el siglo XIX cuando HUGO y THIBAUT, a los cuales siguieron SCHÖMAN, KONOPAK, BUCHER y SEUFFERT, atacaron con tal energía la doctrina, que bien pronto fue reputada falsa e insostenible (2) y relegada a las notas cruditas de los libros doctrinales.

¿Cómo se verificó esta renovación técnica y perdió su cetro una teoría que todavía en nuestra Patria rige los destinos del derecho hipotecario?

En otro artículo intentaremos dar una idea de la reñida y aun no acabada discusión que llevó a nuestra técnica desde el título y el modo al llamado principio del consentimiento.

JERÓNIMO GONZÁLEZ

(1) Preussisches Allgemeines Landrecht de 1794.

(2) El estudiante español que casi considera de derecho divino la teoría del *título y modo*, se desorienta cuando tratando de profundizar la materia, se halla con esas frases de ARNDTS u otras parecidas: «La doctrina es teóricamente insostenible y prácticamente inútil» (STROHAL); atacada esta teoría en el año 1790 por HUGO; después por THIBAUT, SCHÖMAN, y de nuevo por HUGO, quedó reducida a la nada, desapareció por completo de los libros doctrinales y a todo más es citada desde entonces como una curiosidad histórica (KRAINZ-PFAFF-EHRENZWEIG).

JUSTA CAUSA TRADITIONIS

1934, págs. 495-503, 721-737, 801-817, 883-895;
1935, págs. 17-24, 81-86, 161-175, 241-250, 321-334

El tema de la iusta causa traditionis, de gran importancia por sus implicaciones teóricas y prácticas, ha merecido siempre especial atención de la doctrina. En el trabajo de SERRANO hice una gran erudición, un conocimiento muy profundo de la doctrina, especialmente de la alemana del siglo XIX, que ocupándose con ahínco del tema, presidida por la autoridad de SAVIGNY, llegó a soluciones fundamentales, recogidas al fin en el BGB. Al lado de esta erudición, el autor realiza una crítica mesurada de las distintas opiniones sin esquivar la difícil tarea de interpretación de los textos romanos, en especial los de JULIANO y ULPIANO, representativos de una de las más célebres antinomias del Digesto. La reconstrucción del texto de JULIANO, la exposición de la doctrina de las condiciones y de las injustae causae, junto con el estudio de la regla que exige el pago del precio en la compraventa para que se produzca la transmisión de la propiedad, son parte destacada del trabajo. Pero con todo, hemos elegido las páginas finales por recogerse en ellas los resultados de la investigación, que a trueque de su complejidad ofrece un producto claro.

RESUMEN DE TODA LA INVESTIGACIÓN ANTERIOR

El requisito de justa causa, en la transmisión de propiedad, por tradición, es un hecho incontrastable de que nos hablan los textos y de los que es imposible hacer caso omiso (L. 20, C. *De pactis*, 2, 3; L. 24, C. *De reivindicazione*, 3, 33; L. 31, D. *De acquirendo rerum dominio*, 41, 1; Gayo, II, § 20).

Pero la *iusta causa traditionis*, aunque en la inmensa mayoría de los casos sea una obligación, no obstante hay casos de extraordinaria notoriedad que hacen necesario decir que aquélla no es de contenido obligatorio (comp. lo dicho de la *condictio ob turpem causam*).

Puestos dentro de estos dos límites extremos, necesidad de justa causa, y no ser ésta o no tener necesariamente un contenido obligatorio, había que construir un nuevo concepto de justa causa. Es lo que hicieron los autores y lo que hemos hecho nosotros.

Justa causa es el acuerdo de voluntades (L. 36, D., 41, 1) de dar y recibir una cosa o un derecho real, de las que la más importante es la voluntad de dar (*Inst.*, II, 1, 40) y que ordinariamente se incorpora en un contrato u *obligatio* (Gayo. II, 20), sin valor constitutivo de la tradición, y cuya falta es meramente impeditiva (con lo que se la distingue de la causa *usucapionis*, en quien concurren los caracteres opuestos) y que no esté incurso en una prohibición legal.

Hemos dado una reconstrucción más de los famosos textos de ULPIANO y de JULIANO, admitiendo la nueva concepción que parece exacta de FRANCISCO acerca del modo como el *accipiens* se hace propietario de la cosa tradida. Con ella hemos desvanecido la contradicción que parecía existir entre los dos textos y hemos puesto de relieve lo que se debe a la labor de los compiladores bizantinos o justinianeos.

Consecuencia de nuestra definición de justa causa se imponía la consideración cuidadosa de las llamadas *injustae causae traditionis*.

Con más extensión que ninguna otra he tratado de la regla de las XII Tabas, que prohíbe la transmisión de propiedad a falta de pago del precio en la compraventa (§ 41, *Inst.*, *De rerum divisione*) por juzgarla la más importante. Creo haber puesto de relieve que su permanencia en las compilaciones justinianas es un tributo pagado a la idea de una vigencia sempiterna de las XII Tabas, que por nadie fueron derogadas expresamente.

Las demás *injustae causae traditionis*, que he agrupado en un capítulo especial, las he distribuido en tres grupos: *furtum*, tradiciones inválidas por consideración de la causa jurídica propiamente dicha y casos especiales (todos aquellos en que entra la consideración de la medida; *donatio inmodica*, etc.) y dudosos (la tradición hecha *aleae ludendae* causa-juego y apuesta prohibidos).

Podría, pues, ahora decirse que las tradiciones serán inválidas en cuanto haya en ellas una causa injusta, y válidas todas las demás en que aquella circunstancia no se dé.

Finalmente, nos ha confirmado en nuestra tesis la propia teoría de las *conditiones*, principalmente de las *ob turpem* y *ob injustam causam*, que ni son dos facetas de una misma y única acción personal, ni es una clasificación introducida por JUSTINIANO, sino que ya era conocida por los propios juristas clásicos.

La idea tan extendida, y admitida casi como dogma, de la contradicción absoluta de *condictio* y *vindicatio*, ha caído por tierra con un examen más sereno de la cuestión, y concretamente, por lo que a nosotros interesa, resulta que las *condiciones ob injustam causam* (o sea, las que se dan en los casos de *traditiones ob injustam causam*) no excluyen nunca una *vindicatio*, cuando ésta es aún posible.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO

COTITULARIDAD Y COMUNIDAD. GESAMMTE HAND O COMUNIDAD EN MANO COMUN

1946, págs. 145-157, 227-235, 378-397,
508-520, 613-625

Como es sabido, la figura de la Comunidad en mano común o «Gesammte Hand» viene siendo utilizada en nuestro Derecho para explicar la naturaleza de ciertas comunidades, especialmente de la comunidad matrimonial de bienes, de la comunidad hereditaria, etc. Pero hay que reconocer que muchas veces ello se ha hecho sin un conocimiento exacto de lo que dicha figura representa o, en su caso, dándolo por supuesto. Este trabajo de GARCÍA GRANERO representa un esfuerzo considerable en el estudio de este tipo de comunidad, que al mostrar sus características y régimen presta una contribución fundamental para juzgar la corrección de aquellas explicaciones sobre la naturaleza jurídica de comunidades en concreto. Por eso parecen especialmente interesantes las páginas dedicadas por el autor a estudiar la dogmática de este tipo de comunidad, poniendo de relieve sus diferencias con la romana, y concretamente la distinta consideración de la cuota.

I. DOGMÁTICA DE LA «GEMEINSCHAFT ZUR GESAMMTEN HAND»

La estructura técnica de la *Gemeinschaft zur gesammten Hand* o comunidad en mano común exige, para su mejor comprensión, un paralelo constante con el *condominium iuris romani*, para, de este modo, poner de relieve en todo momento sus capitales diferencias.

Sin pretender lograr un concepto técnicamente depurado, puede ser definida la comunidad en mano común como *aquella situación de cotitularidad por virtud de la cual un derecho o, más frecuentemente, un ente patrimonial, pertenece indiviso y conjuntamente a varios sujetos, unidos por un vínculo o relación de carácter personal, y de tal modo que sólo*

colectivamente están autorizados para ejercitar las potestades jurídicas que les son atribuidas.

a) *Titular o sujeto de la cosa o patrimonio común.*—Como toda situación de cotitularidad, la *gesamte Hand* implica una pluralidad de sujetos en la titularidad de las mismas facultades. Al igual de lo que ocurre en el condominio romano, el sujeto es plural; pero mientras en éste el titular está constituido por varias personas aisladamente consideradas, en aquélla, por el contrario, el sujeto es *una reunión o conjunto de individuos colectivamente considerados*. De aquí que todos los comuneros constituyen una colectividad en la que desaparece su individualidad como titulares independientes (1), siendo aquélla la que ostenta la titularidad de los poderes jurídicos. Titulares son todos en su conjunto, en su reunión (2), no de por sí en su autonómica individualidad. El sujeto es una persona colectiva, o, como dice FERRARA (3), *una pluralidad de personas coligadas*.

Lo que la comunidad germánica presenta de característico—hacen notar ROSSEL y MENTHA (4)—es la constitución de un ente, señor de la comunidad, que se compone de varias personas unidas íntimamente entre sí, pero sin formar, no obstante, esta unión una persona moral.

«En la persona jurídica—expresa FERRARA (5)—el sujeto es una unidad ideal distinta de la totalidad concreta de los asociados; en la *gesamte Hand*, el sujeto es una pluralidad obligada de personas; allí hay una titularidad única; aquí, una titularidad plúrima.» El sujeto es, pues, la totalidad de los individuos; ahora bien, totalidad entendida como suma, no como unidad distinta e independiente de los individuos que la componen (6). Estos son titulares en tanto en cuanto son miembros de la corporación.

b) *Régimen de aprovechamiento de la zona común: ausencia de cuotas.*—Estando el derecho vinculado a la colectividad, al grupo o suma de titulares individuales, de ahí que el poder de cada uno de ellos se extiende a la totalidad de la cosa, no a una parte de la misma, siquiera sea

(1) MESSINEO: *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, págs. 42-43; STOBBE: «Miteigenthum und gesamte Hand», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV, 1864, pág. 219; DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. española de Serrano Súñer y Santa-Cruz Tejeiro, vol. I, Madrid, 1929, página 573; JOSSEAND: «Essai sur la propriété collective», en *Livre du centenaire*, I, París, 1904, pág. 368; DONDERIS TATAY: *La copropiedad*, Madrid, 1933, pág. 26; CASTÁN: *Derecho civil*, II, pág. 196; VERGA: *Le comunione tacite familiare*, 1930, páginas 137 y 138.

(2) FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 436.

(3) FERRARA, *idem*, pág. 50.

(4) ROSSEL y MENTHA: *Manual de Droit civil suisse*, segunda edición, II, número 1.210, pág. 308.

(5) FERRARA, *ob. cit.*, pág. 439.

(6) MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 43.

ideal. La comunidad germana asume el esencial carácter de ser un *dominium plurium in solidum* (1), fundamentalmente opuesto, por tanto, al conocido principio romano (2).

Cada comunero aparece, pues, investido de todas las facultades de goce y aprovechamiento sobre la cosa entera, pero sin que esto determine la exclusión de los demás (3), sino más bien un armónico concurso de todos ellos. Todos pueden usar de la cosa por entero, mas sin que ninguno pueda pretender para sí una cuota o porción exclusiva (4), ya que el disfrute de la cosa es colectivo, está destinado no a los fines particulares de los miembros, sino a los fines solidarios del grupo. Por eso el *aprovechamiento se hace en forma indeterminada*, es decir, sin que estén prefijadas las cuotas o porciones que cada condueño tiene derecho a obtener; cada uno de éstos saca aquella utilidad de que tiene necesidad, indiferentemente de si los otros gozan más o menos (5). El provecho que deriva al patrimonio por el trabajo de uno de los comuneros es común a todos, así como el daño causado por uno de los miembros lo sufre el conjunto de ellos.

Y, asimismo, las deudas de la comunidad son también deudas de los comuneros, afectan a éstos de forma indivisa, por lo que viene a surgir entre los mismos una responsabilidad colectiva y solidaria (6).

«La esencia de la relación en mano común—apunta ENNECERUS (7)—consiste en que los derechos competen a varias personas conjuntamente y en que las obligaciones se dirijan conjuntamente contra varios.»

De esta especial forma en que se efectúa el disfrute de la cosa o patrimonio común surge una distinción radical entre la comunidad de tipo romano y la *gesammte Hand*. En aquélla es esencial la idea de cuota; en ésta, por el contrario, la noción de cuota es desconocida. Tanto es así, que son muchos los autores (8) que consideran la ausencia de cuotas como la característica fundamental de la comunidad en mano común. Sin embargo, dicha afirmación debe hacerse con cierta cautela. En rea-

(1) STORBE: *Handbuch des deutschen Privatrecht*, IV, págs. 226-227; MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 43, y FLÓREZ DE QUIÑONES: «Comunidad o servidumbre de pastos», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1933, pág. 178.

(2) «*Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse; nec quemquam partis corporis dominium esse, sed totius corporis pro indiviso, pro parte dominium habere*» (Celso, fr. 5 y 15. Dig. 12, 6).

(3) MESSINEO, *ob. cit.* pág. 43; STORBE: *Miteigentum und gesamte Hand*, citada, págs. 215 y 233.

(4) FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 50.

(5) FERRARA, *idem*, pág. 435; VERGA, *ob. cit.*, pág. 138; MESSINEO, *ob. cit.*, página 43.

(6) FERRARA, *ob. cit.*, pág. 436.

(7) ENNECERUS: *Derecho civil, parte general*, vol. I, págs. 302-303, nota 6.

(8) *Vid.*, por ejemplo, MESSINEO, *ob. cit.*, págs. 44-45; VERGA, *ob. cit.*, pág. 138.

lidad, como aclara COSACK (1), en la *Gemeinschaft zur gesammten Hand* todo comunero tiene también una parte propia en el derecho común (pues de otra forma no sería partícipe—*Teilhaber*—), pero lo que ocurre es que dicho derecho parcial—*Anteilsrechts*—no puede, normalmente, ser actuado de por sí en forma independiente. Y análogamente escribe GIERKE que la *gesammte Hand* no excluye toda cuota-parte, sino solamente aquella que determina la división en porción separada e independiente (2). La cuota-parte—*Quotenteilung*—ha de existir en toda relación de cotitularidad, y la comunidad germana lo es. *La cuota es una exigencia conceptual, más bien institucional*, de toda situación en que varios sujetos concurren con derechos rivales sobre una misma cosa.

Lo que ocurre es que, aun existiendo la cuota, tanto en la copropiedad romana como en la propiedad mancomunada, en cada una de ellas tiene una significación y un alcance jurídico totalmente distinto. La cuota, en el sentido romanístico del término, viene a ser la síntesis de la posición actual del condómino y representa de antemano no sólo la medida del goce que le corresponde, sino también la cuantía y medida del derecho mismo; la cuota romana es una porción fija y determinada del derecho principal, pertenece al comunero con carácter exclusivo, forma parte de su patrimonio privativo y, por ende, es susceptible de enajenación y transmisión. La cuota, en la comunidad germana, significa tan sólo que su titular forma parte de ésta, que es copartícipe; pero sin atribuirle una porción, siquiera sea abstracta, del derecho común, ni ser tampoco un módulo o criterio determinativo de la medida o proporción en que ha de gozar de la cosa común, ya que el aprovechamiento se hace en forma colectiva e indeterminada. La cuota viene a ser, simplemente, a modo de expectativa para el caso de disolución o ruptura del vínculo personal (3), o sea una determinación hipotética establecida eventualmente en previsión de que la comunidad llegue a disolverse.

En este sentido sí cabe hablar de la inexistencia de cuota en la comunidad de derecho germánico y distinguirla por ello de la comunidad romana o por cuotas ideales.

(1) COSACK: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Jena, 1924, vol. II, lib. V, página 2.

(2) «Die gesammte Hand schliesst nicht jede Quotentheilung, sondern nur die durchgreifende Theilung in getrennte Antheile aus» (GIERKE: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlín, 1873, página 947, nota 23). Vid. también GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, 1895, páginas 676 y sigs., y II, págs. 389 y sigs., y HEUSLER: *Institutionen des deutschen Privatrecht*, I, 1895, págs. 238-240. También WIELAND: *Les droits réels dans le Code Civil suisse*, I, págs. 110 y sigs.

(3) STOBBE, *ob. cit.*, págs. 215, 221, 237 y 239; GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, págs. 679-680.

c) *Indisponibilidad e intransmisibilidad de los derechos de los comuneros; indivisibilidad de la comunidad.*—Siendo así que no existen cuotas propiamente dichas, y que no se atribuye a cada titular una fracción de bienes, no existe la posibilidad de disponer o enajenar. La ausencia de cuotas determina en el comunero *la carencia de la potestad dispositiva individual* respecto a una porción específica del derecho o cosa común (1). Claro está que, si bien son inalienables las participaciones que a los comuneros corresponden, sí que cabrá enajenar su contenido económico, su estimación pecuniaria, ya referida al producto líquido periódico, ya al resultado neto de la liquidación, pero bien entendido—como hace notar ROCA SASTRE (2)—«que esto no es una cesión en sentido técnico, pues no puede subrogarse el cesionario en el lugar del partícipe ni asumir el ejercicio de sus derechos en la comunidad, pues la titularidad del comunero es personalísima».

Del mismo modo, al morir el comunero *no transmite a sus herederos derecho alguno*, pues su participación es intransmisibile (3). Al desaparecer un titular, o se produce un fenómeno de *acrecimiento* (4) a favor de los demás miembros, o bien, por el contrario, en el puesto vacante se subrogan otros, pero por reglas independientes de las sucesorias, y no con derechos proporcionales a la posición en la cual subentran, sino con derechos iguales a los de los miembros originarios (5).

Al no haber un derecho concreto, una participación limitada y precisa, no cabe intentar su realización por medio de la división, y por ello, mientras dura la comunidad, es improcedente el ejercicio de la *actio communi dividundo* (6).

d) *Gestión y administración.*—Por estar el derecho vinculado a la comunidad, al grupo colectivo, es éste únicamente el que puede disponer. Al exterior, los comuneros se presentan como un todo (7), de suerte

(1) FERRARA, *ob. cit.*, págs. 51 y 434; CASTÁN: «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1929, pág. 234; DONDERIS, *ob. cit.*, pág. 26; FLÓREZ DE QUIÑONES, *op. y lug. cit.*, págs. 178-179.

(2) ROCA SASTRE: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo 1930, pág. 169.

(3) GIERKE: *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, pág. 950.

(4) GIERKE, *idem.* pág. 950.

(5) STOBBE, *ob. cit.*, págs. 236-239; HEUSLER, *ob. cit.*, II, págs. 407-409; FERRARA, *ob. cit.*, pág. 436; VERGA, *ob. cit.*, pág. 139; FLÓREZ DE QUIÑONES, *op. y lug. cit.*, págs. 178-179.

(6) DE RUGGIERO, *ob. cit.*, pág. 573; FERRARA, *ob. cit.*, págs. 434-435; DONDERIS, *ob. cit.*, pág. 26; ROSEL y MENTHA, *ob. cit.*, II, núm. 1.224, pág. 138.

(7) FERRARA, *ob. cit.*, pág. 435.

que—como dice SOHM (1)—sólo el mancomún, colectivamente, puede disponer y decidir.

Por otro lado, no es extraño el supuesto de que se cree *un órgano de gestión*, que reúna en sí todas las potestades gestionales, representacionales y dispositivas que, en principio, corresponden a la colectividad; sin que pueda esto considerarse como determinativo del nacimiento de un nuevo ente jurídico (2).

e) *Vínculo personal*.—La especial fisonomía de esta forma de comunidad obedece al vínculo personal que liga estrechamente a los interesados en la misma. A diferencia del condominio romano, en el que son irrelevantes las condiciones personales de los copropietarios, siendo éstos o pudiendo ser extraños, en la *gesamnte Hand*, por el contrario, los comuneros se encuentran unidos por *íntimos lazos personales* de sangre, de familia, de cohabitación (3), concediéndose una atención preferente a las condiciones personales de los copartícipes, cuya posición jurídica—indica WIELAND (4)—constituye una titularidad personalísima.

Es más, y sin incurrir en exageración, puede afirmarse que, ante todo, la *gesamnte Hand* es una comunidad personal (*personrechtliche Gemeinschaft*) preexistente a la misma relación de comunidad económica, a la que genera por su propia virtud y eficacia y de modo reflejo o secundario (5).

En cambio, en la comunidad de tipo romano, las relaciones entre los condueños son puramente patrimoniales, ajenas a todo aspecto personal, y las obligaciones que de ellas emanan les afectan objetivamente como obligación real o *propter rem*, surgidas exclusivamente a causa de la re-

(1) SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1936, pág. 411.

(2) ROCA SASTRE, *ob. y lug. cit.*, pág. 169; MESSINEO, *ob. cit.*, págs. 46-47; STOBBE, *ob. cit.*, pág. 246; GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, págs. 682 y sigs.

(3) FERRARA, *ob. cit.*, pág. 435. Se explica fácilmente este peculiar carácter de la *gesamnte Hand* si se piensa que su origen está en el antiguo Derecho de familia germano. Más tarde, con la evolución de la comunidad en mano común, especialmente cuando penetra en la ciudad, este lazo personal se debilita y se hace más amplio, surgiendo así la *gesamnte Hand* entre personas ligadas solamente por relaciones de trabajo; así nacieron las asociaciones familiares de comercio de las grandes ciudades italianas del Medievo. Vid. VIVANTE: *Trattato di diritto commerciale*, Milán, 1923, II, págs. 92-93; GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1936, I, pág. 185. Igualmente las *sociétés taisibles* de las clases rurales en el antiguo Derecho consuetudinario francés. Vid. BASTID: *De la fonction sociales des communautés taisibles de l'ancien droit*, París, 1916.

(4) WIELAND: *Les droits réels dans le Code Civil suisse*, I, pág. 111.

(5) STOBBE, *ob. cit.*, pág. 232; HEUSSLER, *ob. cit.*, I, págs. 236-239; MESSINEO, *obra citada*, pág. 46; ROCA SASTRE: «La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo 1930, pág. 167; ROSSEL y MENTHA, *ob. cit.*, II, núm. 1.210, pág. 308.

lación en que se hallan con la cosa, y exonerables por abandono (1). Este carácter estrictamente patrimonial o pecuniario de la *communio romana* explica suficientemente la determinación y concreción dineraria de la cuota, así como su alienabilidad y transmisibilidad.

En resumen, la *gesamnte Hand* tiene una base eminentemente personal, mientras que la *communio romana* tiene un fundamento puramente real o económico.

JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ

(1) ROCA SASTRE: «La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre 1929, página 652.

EL USUFRUCTO DE ACCIONES DEL ARTICULO 486 DE NUESTRO CODIGO CIVIL

1933, págs. 896-905

Es éste uno de los primeros trabajos de A. DE COSSÍO, en el que precisamente aborda un tema al que se ha prestado muy poca atención y que además, como el mismo COSSÍO indica, carece al parecer de precedentes y concordantes en otras legislaciones. El autor se enfrenta, pues, con un tema prácticamente virgen, dando muestra de su preparación y capacidad. Partiendo del usufructo de derechos, considera a esta figura ceñida a las acciones propiamente reales y plantea el interrogante de si estamos realmente ante un verdadero derecho de usufructo. El problema se resuelve examinando fundamentalmente su contenido, los derechos del usufructuario y del propietario, en el sentido de que el llamado usufructo no es más que un derecho de crédito dirigido a obtener del propietario que el mismo ejercite la acción o que ceda la representación para ello.

A. *Derechos del usufructuario.*—El derecho que el artículo citado concede al usufructuario no es un usufructo del predio, derecho real o cosa mueble, sino un derecho de ejercicio de la acción, y sólo más tarde de usufructo de la cosa o derecho a que ésta se dirige.

De tres maneras diferentes podía la ley haber condicionado este ejercicio: o concediendo al usufructuario facultad para por sí solo y en propio nombre—como hace el Código alemán en el caso de usufructo de créditos que no producen interés (§ 1.074)—ejercitar la acción; o estableciendo, como hace el aludido cuerpo legal con relación al usufructo de créditos que producen interés (§ 1.077), una solidaridad entre usufructuario y propietario, de modo que tanto el uno como el otro, y los dos en propio nombre, puedan ejercitarla (1), o, finalmente, autorizando al

(1) El usufructo de créditos ha sido construido por el Código alemán—según KOHLER—en los sin interés como un usufructo del derecho a la administración

usufructuario para ello; pero sólo como representante del propietario. El Código Civil, que opta por lo primero en el usufructo de créditos del artículo 507, se decide por esto último en el caso que nos ocupa.

Pero, aun dentro de esta solución, cabían dos nuevas posibilidades: o conceder al usufructuario una representación legal, del tipo de la que el artículo 60 confiere al marido, el 155 al padre o el 262 al tutor, o, por el contrario, exigir al propietario que conceda esta representación. De los términos del artículo citado se deduce claramente que el Código ha elegido esta segunda forma, pues, de no ser así, bastaría para obtener la necesaria legitimación la titularidad del usufructo.

El propietario está obligado a prestar la representación y los medios de prueba de que disponga. No hay, pues, *relación directa* entre el sujeto (usufructuario en este caso) y el objeto (la acción) y, por lo tanto, falta el elemento interno del derecho real.

Pero es sabido que, junto a este elemento, la doctrina moderna ha puesto de relieve el externo de su existencia *adversus omnes*. También de éste carece nuestra figura. Distinguiré según se trate de una acción dirigida a un bien inmueble (predio o derecho) o, por el contrario, a un bien mueble.

Según la técnica registral, una acción dirigida a la propiedad de bienes inmuebles o a la constitución, declaración o modificación de derechos reales no puede ser inscrita sino en forma de anotación preventiva (artículo 42, § 1.º, de la Ley Hipotecaria), y esto sólo «cuando se ordene por providencia judicial citada a instancia de parte legítima» (art. 43, § 1.º, de la misma ley), o, lo que es lo mismo, «por el que *demandare* en juicio» (art. 42, § 1.º). Es decir, que antes de la presentación de la demanda la acción carece de existencia registral. Pero como el contenido del derecho concedido por el artículo 486 al usufructuario es sólo la prestación de los elementos necesarios para poder presentar y fundamentar esa demanda, es claro que el tal derecho carece de efectos reales, jugando, con relación a terceros, los artículos del Código Civil referentes al derecho de obligaciones.

En el caso de que el objeto de la acción sea una cosa mueble, el principio famoso «*en fait de meubles possession vaut titre*», consagrado en el artículo 464 de nuestro Código Civil, nos hace llegar a la misma conclusión.

B. *Derechos del propietario*.—Demos la vuelta a la relación jurídica. ¿Podrá el propietario ejercitar la acción sobre la que recae el llamado usufructo, o deberá, por el contrario, quedar sometido al arbitrio del usu-

autónoma, y en los que le producen, como un usufructo de la coadministración (*op. cit.*, pág. 338).

fructuario, y su derecho frente a éste consistirá, a lo sumo, en una acción inversa, como la que nace en favor del deudor en las obligaciones unilaterales? Si el usufructuario (acreedor) gozase de un verdadero *jus exi-gendi*, no habría duda de que sí, ya que éste, en su carácter de absoluto, implica tanto el derecho de exigir como el de no exigir. Pero en nuestro caso el titular del derecho a que la acción se refiere no deja ni un momento de ser señor de la misma, y buena prueba de ello es que el Código Civil se guarda de imponer, ni directa ni indirectamente, una limitación tan esencial a su derecho, y que si concede al usufructuario facultades para su ejercicio es sólo en calidad de representante.

Por otra parte, el hacer del usufructuario un árbitro del derecho del propietario sería convertir a éste, inútilmente, en juguete de aquél; y conceder al segundo una pretensión jurídica para obligar a accionar al primero, una complicación innecesaria que conduciría además a resultados absurdos, por ejemplo, en el caso de que la persona del usufructuario coincidiera con la que había de ser demandada.

Ninguna razón aconseja, pues, dejar en la incertidumbre un derecho con todos los perjuicios que tal estado trae siempre consigo: la intención del legislador no pudo ser otra que la de conceder al usufructuario un medio que le proteja de una posible inacción del propietario.

Resumiendo: que nos encontramos ante una mera relación obligatoria en que el usufructuario (acreedor) puede exigir del propietario (deudor) una prestación consistente o en *el ejercicio de la acción* o en *la concesión de la representación para ejercitarla él mismo*. Un verdadero caso de obligación con facultad alternativa: *uno in obligatione et plures in solutione*.

Pero llegados a este punto, podemos preguntarnos: ¿qué tiene esta figura de común con el usufructo? A primera vista parece atractivo el entender la acción como representación de la cosa (1) y, admitiendo que objeto del usufructo no es ésta, sino su valor, concluir que el ulterior usufructo, causado por el triunfo de la acción, no es sino continuación del existente en la actualidad y en esencia idéntico a él; de este modo, los autores alemanes incluyen entre los modos de nacer el usufructo la

(1) «Is qui actionem habet ad rem recuperandam—decía PAULO—ipsam rem habere videtur» (*D.*, 50, 17, 15). La subrogación supone, según BEYER: 1.º Un objeto que es separado del patrimonio al cual pertenece. 2.º Mediante este objeto que se separa debe ser adquirido otro objeto. 3.º Este segundo objeto (no sólo la pretensión jurídica a él dirigida) debe entrar en el patrimonio del cual el primero ha sido separado. 4.º Esta adhesión patrimonial debe producirse independientemente de la voluntad del adquirente (BEYER: *Die Surrogation bei Vermögen im bürgerlichen Gesetzbuche*, Marburgo, 1905, págs. 12 y 15.) Dudo que el caso ante el que nos encontramos llene estos requisitos.

subrogación. Pero, después de lo dicho, tal construcción me parece imposible con arreglo al contenido de nuestra ley.

En los créditos sin interés—dice CROME—objeto del usufructo lo es el del crédito, que ha de ser obtenido mediante la prestación correspondiente (1); y FISCHER: en el usufructo de créditos y derechos de garantía, cuando aquéllos y ésta son sin interés, no existe sino una expectativa al usufructo del futuro capital (2); lo mismo podríamos decir en Derecho español con relación al usufructo de acciones: que sólo existe un derecho de usufructo sobre la cosa o derecho, condicionado al triunfo de la acción, con efectos, naturalmente, retroactivos, según se desprende del artículo 1.120 de nuestro Código (3), o, dando un paso más, yo me atrevería casi a decir que un derecho de usufructo actual sobre la expectativa del propietario.

ALFONSO DE COSSÍO

(1) CROME, *op. cit.*, pág. 545.

(2) FISCHER, *op. cit.*, pág. 213.

(3) No se puede por eso confundir el derecho del artículo estudiado con el que el artículo 1.111, por ejemplo, concede al acreedor, pues si bien tiene de común con él el fin que persigue—evitar que la inactividad del propietario de la acción perjudique al titular del derecho—y el procedimiento que adopta—ejercicio de aquélla, por parte de este último, en nombre y representación del primero—, de él le separan esenciales diferencias: cae el uno dentro de los derechos de obligación; de los reales, el otro; éste tiende a hacer efectiva la deuda mediante su cumplimiento, y aquél, sólo la prestación secundaria o transformada, que es la responsabilidad patrimonial. (Véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1911, 2 de junio de 1920, 4 de abril de 1921, 25 de junio de 1927 y 4 de junio de 1928.)

NOTAS ACERCA DE LA NATURALEZA Y CONTENIDO DE LA SUBHIPOTECA

1930, págs. 440-457

Cuando Díez PASTOR escribió este trabajo, la doctrina española apenas había dedicado atención a la interesante figura de la subhipoteca. El luminoso trabajo de Díez PASTOR, como lo califica ROCA, vino a llenar, pues, un vacío, y lo hizo de una manera original, clara y práctica. Sus conclusiones han sido después aceptadas por algunos (como DE LA CÁMARA, ADC 1960, p. 449, nota 214) y combatidas por otros (como GULLÓN, El derecho real de subhipoteca, Barcelona 1957), pero siempre tenidas en cuenta. La dificultad del tema es obvia debido a la escasez normativa y a la complejidad de los problemas implicados, entre los que destaca la necesidad de soslayar una doble ejecución, sin olvidar los derivados de la relación entre ambos créditos y que la garantía suponga una auténtica sujeción de la finca al pago del crédito subhipotecario. El autor, después de estudiar las diferentes posibilidades de configuración de la subhipoteca, se decide por considerarla como una prenda del crédito hipotecario, a lo que llega basándose en la unión entre crédito e hipoteca derivada del carácter accesorio de esta última.

II

LA SUBHIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Es difícil determinar la naturaleza jurídica de la subhipoteca, porque son escasos y poco precisos los preceptos que a ella se refieren. Son, fundamentalmente, el artículo 107, número 8.º, de la Ley Hipotecaria, antes transcrito, que permite hipotecar con ciertas restricciones el derecho de hipoteca voluntaria, y el artículo 151, número 4.º, del Reglamento Hipotecario, al cual no ha concedido, a nuestro juicio, suficiente

importancia la doctrina patria. Según este artículo, la subhipoteca sólo es plenamente eficaz cuando se constituye con sujeción a las normas para la cesión de un crédito hipotecario (150, L. H.).

A base del primero de estos artículos, admite la doctrina, sin dificultad, la constitución de una hipoteca sobre otra hipoteca, sin examinar las consecuencias de esta construcción, y sin ocuparse de la suerte del crédito personal asegurado con la hipoteca. GALINDO y ESCOSURA se limitan a reproducir las palabras de la Exposición de Motivos de 1861: «aunque sin una declaración expresa se sobreentendería que el derecho de hipoteca, *como los demás derechos reales enajenables*, es susceptible de ser hipotecado, se consigna en la ley para evitar dudas y para fijar también la extensión de los derechos del acreedor hipotecario». MORELL tampoco encuentra dificultades en esta figura. Un análisis un poco detenido las descubre, por el contrario, innumerables.

El precepto, tan lacónico, del artículo 107 de la Ley Hipotecaria no da por sí solo base suficiente para definir la naturaleza jurídica del derecho de subhipoteca, limitándose como se limita a conferir una facultad al acreedor hipotecario sin regular las consecuencias de su ejercicio. Precisa acudir a las reglas generales emanadas de principios básicos de nuestra legislación para deducir cuál sea el verdadero objeto de la subhipoteca, su alcance y efectos y los preceptos que han de regularlos.

2. Vcamos en primer lugar el objeto sobre que recae la subhipoteca. Puede hipotecarse el derecho de hipoteca voluntaria (107, 8.º). Pero el derecho de hipoteca se constituye siempre para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (1.857, Código Civil), de la que es normalmente accesorio (en mayor o menor grado, no es ésta la ocasión de especificarlo). El derecho de hipoteca está adscrito a la garantía de un crédito determinado, y no puede pasar a garantizar otro distinto sin que ocurra una de estas dos cosas: o que con este fin se la desligue del crédito primitivo y deje de estar afecta a su cumplimiento, pasando a garantizar el segundo crédito exclusivamente; o que a la responsabilidad del segundo crédito se sujete el primero y el derecho real de hipoteca conjuntamente como accesorio de él.

La primera de estas operaciones es posible, conforme al Derecho alemán (Código Civil alemán, § 1.180); pero en el español no es admisible, y aunque lo fuera, no estaríamos ya ante una subhipoteca, sino ante una figura muy distinta: la sustitución del crédito garantizado. No podemos admitir, por consiguiente, sino que a la garantía del crédito subhipotecario quedan afectos el crédito hipotecario y el derecho real de hipoteca, y, según su propia naturaleza, el primero como principal y el segundo como su accesorio. Si se hipotecara el derecho real separadamente del

crédito, el acreedor subhipotecario no adquiriría una verdadera garantía, primero, porque el valor patrimonial de la hipoteca sólo puede hacerse efectivo en función de pago del crédito, y ese valor patrimonial es el que busca el acreedor; y segundo, porque si el crédito quedaba a disposición del acreedor subhipotecante, podía, aceptando el pago del deudor, extinguir la hipoteca, burlando los derechos del subhipotecario (1).

Sí, pues, la subhipoteca recae tanto—y aun más directamente—sobre el crédito garantizado como sobre el derecho real de hipoteca, ¿cuál será su verdadera naturaleza?

La hipoteca sólo puede constituirse sobre bienes inmuebles y derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles, nunca sobre un crédito. La figura propia de derecho de garantía constituido sobre un crédito es la prenda (interpretando ampliamente el artículo 1.864, en relación con el 430, del Código Civil). En este supuesto, la construcción de la subhipoteca habrá de hacerse en uno de estos dos sentidos: o admitiendo que la subhipoteca es una figura compleja y encierra conjuntamente una prenda de crédito y una hipoteca sobre otra hipoteca, o que se trata simplemente de una prenda constituida sobre un crédito del cual la hipoteca es accesorio y sigue su suerte. La primera solución no es aceptable, porque no da base para resolver las complejas relaciones de los dos créditos entre sí y con el derecho real de hipoteca, y porque vuelve a incurrir en el absurdo, ya antes rechazado, de presentarnos un derecho de hipoteca constituido sobre otra hipoteca accesorio de un crédito independientemente de él y sin verdadero contenido económico; ya que, en definitiva, no hace más que yuxtaponer dos derechos distintos: la prenda de crédito y la hipoteca sobre la hipoteca sin verdadera trabazón entre sí.

Por exclusión, no hay más remedio que afirmar: que la denominación de subhipoteca es poco exacta; que se trata realmente de una prenda de crédito garantizado con hipoteca; que la relación principal recae sobre el crédito, y que el derecho real de hipoteca queda sujeto únicamente como accesorio, en virtud de la clásica regla *accessorium sequitur principale*. GALINDO Y ESCOSURA, siguiendo a la Exposición de Motivos de 1861, dicen que es posible hipotecar una hipoteca por su carácter de derecho real enajenable: sin embargo, en ninguna parte dice la Ley Hipotecaria que sea enajenable el derecho real de hipoteca ni regula su enajenación, sino *la del crédito hipotecario* (art. 150), que tácitamente implica la de la hipoteca misma. De donde la consecuencia lógica de su razonamiento nos lleva a afirmar que el gravamen subhipotecario recae inmediatamente sobre el crédito, y sólo por vía de consecuencia queda sujeta a él la hipoteca. Si queremos dar su verdadero nombre a esta figu-

(1) V. COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de D. c.*, t. V, pág. 306.

ra hablaremos no de subhipoteca, sino de prenda constituida sobre un crédito hipotecario.

A primera vista, el artículo 151, número 4.º, Reglamento Hipotecario, da un argumento contra esta tesis cuando exige, para tener por constituida con plenos efectos la subhipoteca, las formalidades propias de la cesión de crédito hipotecario, que, como es sabido, exceden con mucho de las necesarias para pignorar un crédito y se asimilan a las propias de la constitución de hipoteca. Esta consideración no es decisiva. Aunque los efectos de la pignoración del crédito sólo alcancen a la hipoteca en virtud de su condición accesorio, no por eso dejarán de concretarse en su día en los asientos correspondientes del Registro, a través del cual se han de producir y quedán naturalmente sujetos a las exigencias normales del principio de publicidad, no de otro modo que lo está la misma cesión del crédito hipotecario, que, como veíamos antes, sólo por su carácter accesorio transmite la hipoteca (1.528, Código Civil).

Por donde resulta que una consecuente aplicación de los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico nos aproxima a la construcción aceptada en las legislaciones que antes examinábamos: la subhipoteca, en el fondo, no es ni puede ser otra cosa que la pignoración de un crédito al cual va unida como accesorio una hipoteca. En su estudio será esencialísimo determinar las facultades del acreedor subhipotecario sobre el crédito personal pignorado, de que no se ocupa nuestra Ley Hipotecaria.

JOSÉ LUIS DÍEZ PASTOR

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CONVENCIONES DE NO-RESPONSABILIDAD

1928, págs. 401-413, 481-496, 561-576,
641-656, 721-736, 881-896

Los problemas abordados por el amplio estudio de VICENTE GELLA son de gran interés por hallarse en el centro mismo del Derecho de obligaciones. Escalonadamente son examinados temas desde los más generales a los particulares, pudiéndose apreciar la obtención gradual de importantes resultados, que plasmados en las conclusiones al fin del trabajo permiten una visión rápida de buen número de problemas relacionados con la validez, admisibilidad y límites de las convenciones de no-responsabilidad. Los obstáculos a su admisibilidad son analizados detenidamente con gran sentido crítico y las soluciones favorables a las convenciones en cuestión se fundamentan en fines prácticos insoslayables. Los límites vienen bien precisados, para lo que se ha partido previamente de un análisis cuidadoso de las normas permisivas e imperativas.

CONCLUSIONES

Llegados al término de nuestra Memoria, sólo nos resta exponer las conclusiones que de ella se desprenden:

I. La importancia económica y jurídica del tema viene determinada por la extraordinaria expansión de la responsabilidad, que constituye uno de los fenómenos más caracterizados del Derecho moderno.

Este crecimiento de la responsabilidad es debido: en el ámbito contractual, a la multiplicación de los contratos que ha seguido al gran desenvolvimiento económico de nuestra época; y en el campo extracontractual, al gran número de accidentes que ha ocasionado la aplicación prác-

tica de diversas invenciones. El incremento de la responsabilidad tiene, pues, por causa un aumento correlativo de la actividad.

II. La ampliación de la responsabilidad debe ser interpretada no como una investigación más prolija del sujeto responsable con un fin punitivo, sino como una eliminación del sentido moral de la responsabilidad, en el que ésta equivale a pena; acentuando, por contra, su aspecto patrimonial, en cuanto el daño significa un empobrecimiento injusto por parte de la víctima. Esta interpretación de las orientaciones modernas confirma la afirmación de IHERING de que la historia de la pena es su abolición constante.

III. Temiéndose que la extensión de la responsabilidad comprometiese la seguridad de los negocios, surgieron las convenciones de no-responsabilidad, revistiendo dos formas típicas: cláusula de exoneración y seguro de responsabilidad civil.

IV. Para determinar la licitud de estas convenciones es preciso delimitar previamente el campo en que la voluntad privada puede actuar con eficacia, esto es, separar en el organismo jurídico las normas imperativas de las permisivas: tarea nada fácil, según vimos, pero de cuya realización se deriva la consecuencia importantísima de que para decidir la suerte de un convenio es preciso poseer una pluralidad de puntos de vista, ya que los imperativos de la ley son múltiples, y en el caso singular sometido al análisis puede existir lesión de uno cualquiera de ellos.

V. Sentada la división de la responsabilidad en contractual y aquiliana y concretado su dominio respectivo, se debe establecer una primera división en el estudio del tema, según la clase de responsabilidad a que afecte la cláusula.

VI. Las convenciones de no-responsabilidad aquiliana han sido tradicionalmente declaradas nulas, como consecuencia del fundamento atribuido a la responsabilidad: la culpa subjetiva. Renovado hoy este principio, se inicia en el Derecho moderno una corriente favorable a la validez de tales convenciones, siempre que no se incurra en dolo o culpa lata, ni se trate de lesiones que afecten a la vida o a la integridad de las personas.

VII. En el campo contractual, donde han sido primera y casi únicamente aplicadas las cláusulas de no-responsabilidad, provocaron una enconada oposición, nacida del falso carácter atribuido al principio de que nadie puede exonerarse convencionalmente de su culpa.

VIII. Centrada la cuestión sobre este punto, los esfuerzos de la doctrina favorable a la cláusula se encaminan a demostrar el descrédito de este principio por medio de dos argumentos: uno de orden histórico, su-

gerido por el Derecho romano; otro de analogía, fundado en la licitud del seguro de responsabilidad civil.

IX. Estos dos argumentos no tienen la misma virtud persuasiva. El segundo de ellos descuida un punto importante, cual es la diferente situación de la víctima en la cláusula y en el seguro. El primero, en cambio, bien que él haya sido objeto de escasa atención por la doctrina, constituye una prueba evidente de la licitud de la cláusula de exoneración, por revelar su examen cómo los principios del Derecho romano, envueltos en una cuestión de orden más general—*natura contractus*—, han pasado a las codificaciones civiles.

X. La cláusula de no-responsabilidad es, en principio, plenamente válida, porque, de la misma suerte que en el Derecho romano, tienen en el Derecho actual naturaleza permisiva las normas jurídicas que rigen la responsabilidad entre contratantes.

XI. La cláusula de no-responsabilidad tiene el límite del dolo y de la culpa lata, porque un contratante no puede eximir a otro de la observancia de deberes que, cual el de probidad y mínima atención, tienen carácter público.

XII. En las aplicaciones prácticas de la cláusula es preciso introducir importantes restricciones, referentes unas a la forma de emisión de la voluntad y otras al contenido de la voluntad misma. Al primer grupo pertenecen las que reputan insuficiente un acto unilateral del deudor para declinar su responsabilidad. Al segundo, las disposiciones protectoras de la parte económicamente más débil en los contratos de adhesión.

XIII. Las disposiciones singulares de que en diferentes países ha sido objeto la cláusula de no-responsabilidad en el transporte ferroviario son normas imperativas protectoras de la libertad del consentimiento. Es decir, no afectan a la estructura elemental y autónoma de la cláusula, sino a la naturaleza específica del contrato de adhesión, tratando de impedir que por la desigual posición de las partes el contrato se convierta de sinagmático en unilateral.

XIV. En Derecho marítimo ha obedecido la admisión de las cláusulas de exoneración a la necesidad de proteger la marina mercante nacional.

XV. En los contratos relativos a las personas, la cláusula de no-responsabilidad debe ser declarada ineficaz, primero, porque los preceptos que afectan a la seguridad de las personas son de orden público, y segundo, porque dada la situación angustiosa de la posible víctima, jamás expresaría la cláusula de no-responsabilidad insertada en estos contratos la bilateralidad real de un acuerdo.

XVI. Finalmente, una visión de conjunto del Derecho contemporáneo permite resolver en una unidad superior la contradicción aparente de las reglas jurídicas. A la extensión de la responsabilidad llevada a cabo por el Derecho podría reprocharse su oposición con la tendencia protectora de la actividad manifestada en otros sectores jurídicos. Estimular la actividad negocial con unas disposiciones y deprimirla al mismo tiempo con la amenaza de una responsabilidad muy onerosa, ¿no es un contrasentido? Un estudio detenido del espíritu del Derecho actual induce a decir que no. La extensión de la responsabilidad no debilita la acción, porque el Derecho no exige que las resultas de un daño repercutan sobre el propio patrimonio del autor. El autor actúa a modo de intermediario entre la colectividad y la víctima; se le declara responsable no para sancionar su imprudencia, sino porque él es quien, habiendo creado una actividad, puede mejor que nadie prever sus riesgos y, por tanto, asegurarlos.

El Derecho aspira a atenuar la gravedad de los daños repartiendo sus consecuencias patrimoniales entre un gran número de personas. Y por esta razón solidarista se rechaza la cláusula de no-responsabilidad en aquellos casos en que sería inhumano que la víctima de una lesión sufriese las consecuencias ella sola.

Todo permite afirmar que el movimiento de renovación registrado en el Derecho es a la par beneficioso para el responsable y para la víctima.

FAUSTO VICENTE GELLA

EL PRECONTRATO. NOTAS PARA SU ESTUDIO

1934, págs. 1-14, 81-96, 161-180, 245-259, 321-336,
401-411, 481-494, 561-575, 651-660

En el año 1934, cuando MORO publicó su tesis doctoral en la Revista, no había en España otro trabajo sobre el precontrato que el primero de ALGUER (RJC 1931, pp. 113 y ss.), en el que todavía recogía la doctrina dominante. Después, el mismo ALGUER publicaría su más conocido artículo, «Para la crítica del concepto de precontrato» (RDP 1935-36), en el que rectifica sus anteriores conclusiones y somete a revisión la teoría clásica del precontrato. El estudio de MORO, situado cronológicamente entre ambos trabajos, como dice don FEDERICO DE CASTRO («La promesa de contrato», ADC 1950, p. 1168), «advierte del valor de las enseñanzas de la práctica, que no obstante todas las dudas teóricas, ha usado continuamente y sigue utilizando la fórmula de la promesa de contrato». Lo más destacado del trabajo de MORO quizá sea esto, junto con un conocimiento profundo de las diferentes teorías, y su entusiasmo en la defensa del precontrato como contrato que obliga a la celebración de otro posterior. Por ello ha parecido que las páginas más representativas del trabajo son aquellas en las que el autor defiende la posibilidad lógica y jurídica del precontrato.

POSIBILIDAD LÓGICA Y JURÍDICA DEL PRECONTRATO

La crítica ha dirigido con preferencia sus ataques contra el precontrato de los contratos consensuales, cuya posibilidad lógica se ha puesto en duda.

Se ha alegado que concluir un contrato sobre la conclusión de otro futuro es tanto como obligarse a quererse obligar, o vincular la voluntad de tal modo que ésta deba ser más tarde vinculada.

En el año 1878 publicó STORCH (1) una monografía sobre el contrato de préstamo en el Derecho territorial, y en ella expuso «querer algo en lo futuro es necesariamente un mero trato; el llamado precontrato como contrato efectivo implica la expresión de una voluntad presente; es, por tanto, el contrato principal mismo». Se ha suspendido sólo la ejecución, pero no la conclusión del contrato principal.

Más atentamente examinado el pasaje indicado, puede verse que se declara objeto del precontrato un proceso espiritual, abstracto. Es necesario indicar que no puede pensarse seriamente imponer a un hombre aceptar una conducta interna. Pero si nadie puede obligarse a «querer» algo en lo futuro, es posible que uno pueda obligarse a la acción sensible en que ha de traducirse un futuro proceso espiritual, es decir, a emitir una declaración con contenido determinado. La contraposición entre precontrato y contrato principal no está en un querer presente o futuro, podemos decir con NELTE, sino en que el obligado por un precontrato declara que hará más tarde una declaración de voluntad de contenido predeterminado. Existirá una oposición, ciertamente, entre la declaración de voluntad semejante y la declaración presente.

Más que la voluntad, interesa al Derecho la declaración de la voluntad. TUHR (2) ha hecho constar que si el hombre no puede aceptar el compromiso de querer más tarde, ni tampoco puede por la ley imponérsele, es debido a lo que nosotros llamamos la facultad de decisión libre. Puede el hombre obligarse a obrar y esta acción puede ser una declaración de voluntad.

Se ha expuesto desde hace varios siglos que la voluntad declarada de deber y de querer concluir un contrato en lo futuro niega la voluntad contractual presente, y más aún, su declaración. El contrato se estima como la fuente más destacada de las obligaciones; obsérvese, sin embargo, que el contrato puede celebrarse en cumplimiento de determinadas normas que se imponen a la voluntad de las partes. Modernamente se ha desenvuelto el llamado contrato obligatorio o coactivo (3) (*Erzwungene Vertrag*). Y este concepto, que parece contradecir, en parte, la exposición tradicional del consentimiento, que consideraba defectuosa la voluntad, falta de espontaneidad y de libertad, se regula ahora como causa determinante de la celebración de los contratos. Aquí nos basta con afirmar que el precontrato no puede incluirse entre los contratos coactivos, como ya hemos indicado, porque la obligación de celebrar un negocio futuro,

(1) Der heutige insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung des §. 20 D. 12, 5., *ob. cit.*, pág. 14.

(2) *Allgemeinerteil d. deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. II, pág. 5.

(3) Véase el estimable trabajo de STOLFI en *Riv. Dir. Civ.*, ya citada.

idea común a ambos, tiene por fuente la voluntad de las partes en el precontrato, en tanto que, en los contratos coactivos, es ajena a esa voluntad.

En suma, puede sostenerse que la doctrina civil reconoce unánimemente que no existe una imposibilidad lógica para el precontrato. Ahora nos interesa demostrar la posibilidad jurídica de aquél. Escasos preceptos se podrán allegar en las leyes civiles sobre la regulación del precontrato y, sin embargo, no creemos que ello sea bastante para negar la existencia jurídica del mismo, pues conteniendo una finalidad, es muy sensible que no se haya estimado necesario reglamentarlo una vez admitida su existencia (parágrafo 610 del Código Civil alemán, 22 del Código de las Obligaciones suizo).

Por ello los contradictores del precontrato argumentan que pertenece a su contenido el del contrato principal, y si se consiente tal cosa por la necesidad de determinar ese contenido se reduce extraordinariamente el área de aplicación de los precontratos. Siguiendo a KAUBES (1), y especialmente a NELTE (2), podemos destacar el precontrato como un negocio de seguridad frente al contrato principal, por lo que no se requiere que se establezcan en él todos los puntos del contrato principal, sino sólo aquellos que le permitan cumplir su fin, que es garantizar la celebración del contrato futuro. Quizá no sea favorable señalar *a priori* un mínimo. Lo que sí puede reconocerse es que, en todo caso, el máximo de los requisitos de determinación podrá siempre ser inferior al mínimo requerido para el contrato principal.

A las objeciones formuladas por STORCH y GELLER, contestó DEGENKOLB (en sus «Neue Beiträge zur Lehre von Vorvertrag») (3), sin haber obtenido réplica posterior adecuada. Para él existe el precontrato cuando ha sido celebrado con intención de obligarse. Su relación con el llamado contrato principal se agota por la conclusión de este último, que puede representarse como acto de ejecución de la obligación creada por el primero. En realidad, depende la necesidad del precontrato en la vida práctica de cómo reconozca el Derecho la acción emanada del mismo dirigida a un *contrahere* exigiendo la conclusión del contrato o limitándose a una indemnización.

Conviene analizar si el precontrato es una institución impuesta por las necesidades de la vida o integra una de tantas construcciones de valor teórico indudable, destinada sólo a la exposición doctrinal. Evidentemente, no se trata de una figura propia de aquellas épocas de la humanidad que nos revelan como formas usuales del tráfico la permuta o la compra-

(1) Véase *ob. cit.*, pág. 50.

(2) Véase *ob. cit.*, pág. 17.

(3) Véase *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 71, págs. 51 y sigs.

venta en sus aplicaciones más elementales; es más propio de la vida económica moderna, de tiempos en que la economía del crédito ha superado a la economía del dinero; se trata, en fin, de un negocio jurídico que pone de relieve la perspicacia del hombre de negocios de hoy y que revela la pretensión de influir en la incertidumbre del futuro.

La finalidad de las partes que concluyen un contrato de compraventa es adquirir el goce de la cosa y del precio, respectivamente; en tal sentido, la celebración del precontrato se presenta como un rodeo, como un camino más largo para llegar al mismo resultado. ¿Por qué no celebrarán las partes el contrato definitivo desde el primer instante? En la práctica, y quizás a causa del principio que aflora en el Derecho contractual moderno, «libertad de contratación» (1), se advierten, por el contrario, gran número de precontratos. LEDUC (2) intenta determinar los casos en que parece útil la celebración de un precontrato. Así, cuando las partes no puedan, o no quieran, celebrar el contrato principal. Cuando uno de los contratantes, disconforme con asumir de modo definitivo los compromisos inherentes al negocio principal, cree conveniente al mismo tiempo utilizar las condiciones y facilidades que se le brindan para la celebración del contrato para que si sus negocios mejorasen le sea posible realizar una ampliación o una modificación en los mismos. Entonces el precontrato se ofrece como medio excelente para cumplir el deseo de los particulares.

Incluso los menos simpatizantes con la institución estudiada, THUR, entre ellos (3), admiten su existencia en casos como los siguientes: A promete a B celebrar con X un contrato de préstamo o de venta de cosa determinada. Sólo cree posible justificar la promesa de celebrar un contrato en casos concretos, así en los contratos sobre transferencias inmobiliarias, en que han de precisarse las fincas objeto de aquéllos, de manera clara y precisa para que su identidad se pueda establecer de conformidad con las exigencias del Registro, lo cual no se logra cuando se venden por una persona «todos los inmuebles que posee en término de Z» o aquellos que hayan de corresponderle en una herencia que se expresa. Estos contratos no pueden valer más que como promesa de contratar (4),

(1) Con su acostumbrada claridad y precisión, el profesor CASTÁN afirma: «las restricciones que las leyes y teorías modernas introducen o pretenden introducir en la libertad contractual o en la rigidez de la fuerza obligatoria de las convenciones no logran destruir el principio básico de la contratación ni aminoran la importancia económica y social de ésta». Véase *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, página 19.

(2) Véase *ob. cit.*, pág. 6.

(3) Véase *ob. cit.*, pág. 235.

(4) Otro de los casos que para THUR deben ser objeto de una promesa de contratar es la entrega de un reconocimiento de deuda abstracto.

por la que las partes se obligan a cooperar a la conclusión de un contrato susceptible de ser inscrito.

Opuestos a la utilidad de los precontratos se mostraron los redactores del Código Civil alemán (1), porque entendieron que los resultados prácticos que permitía obtener podían alcanzarse por caminos más sencillos y breves. El precontrato hemos visto que asegura a una persona el ejercicio de un derecho sin obligarle a usar de él, y ese mismo resultado puede lograrse con una oferta mantenida durante cierto plazo, bastando que el interesado a quien se dirija preste su aceptación en tiempo hábil, para que tengamos realizado el contrato principal.

Las críticas se enderezaban primeramente contra los contratos unilaterales, pero se extendieron a los bilaterales. Y en este punto creemos ciertas las razones de CARRARA (2), según el cual las partes que se encuentran en la situación ya descrita, que aspiran a celebrar un contrato que no pueden ejecutar en seguida, raramente lo celebran y aplazan su ejecución. Buscan un medio que, obligándoles en cierto sentido, les permita, por otra parte, quedar en libertad hasta que puedan cerrar el contrato. Pretenden madurar las condiciones y circunstancias en que ha de celebrarse el contrato futuro; el precontrato no pone fin al período de formación del contrato, señala tan sólo una etapa del mismo, pero nos interesa destacar que constituye un estadio con valor especialísimo, generador de obligaciones. A las fases normales para la celebración de un negocio jurídico se agrega otra extraordinaria con el precontrato, cuyo interés especial estriba en que señala el límite en el que desaparece la potestad libérrima de los contratantes para volverse atrás en las negociaciones entabladas, porque con el precontrato las partes han quedado ya obligadas; es un medio para la producción del negocio principal a que se aspira.

Responde a un interés común para ambos contratantes conservar la libertad de decidir hasta el momento preciso en que necesitan obligarse de manera definitiva, pudiendo meditar y examinar mejor el contrato futuro. Aquí centra Carrara la función económica del precontrato, una misión de *seguridad* que no cumple ni el negocio a plazo ni otro sustitutivo propuesto, la oferta obligatoria durante cierto tiempo. Sin considerar que el Derecho positivo deba sancionar los caprichos de la voluntad privada, creemos que ha de imponer su imperio frente a la voluntad de las partes, que ha de completar o corregir, según los casos. En este sentido, la ley, por ciertos mecanismos técnicos, como la ficción, podría prescindir de

(1) Véase SCHLOSSMAN: *Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte* en *Ihering Jahrbücher*, tomo XLV, pág. 1.

(2) Véase *ob. cit.* pág. 43

ciertos rodeos de los particulares y convertir el precontrato en contrato principal.

Como síntesis de lo expuesto, cabe afirmar la posibilidad lógica y jurídica del precontrato. Las tendencias que suponemos han de preponderar en Derecho nos indican que la misión de las leyes y de la técnica se encamina a auxiliar a los hombres, y el valor e interés precioso de la Ciencia jurídica lo vemos precisamente en esa misión, por todo lo que cabe reconocer el precontrato útil y necesario.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA

LA DONACION "MORTIS CAUSA" Y EL CODIGO CIVIL

1952, págs. 321-336

En este artículo, VALLET DE GOYTISOLO contesta a las objeciones que a su anterior estudio sobre el mismo tema. publicado en los Anales de la Academia Matritense del Notariado, había opuesto JOSÉ PARRA JIMÉNEZ en las páginas de la propia REVISTA CRÍTICA (1952, pp. 185 y ss.).

El citado estudio de VALLET en los Anales despertó gran interés y opiniones contrarias como las de FUENMAYOR (ADC 1951. p. 1082). En el presente estudio VALLET responde punto por punto a la crítica de PARRA, mostrando bien el elenco de problemas que el artículo 620 del Código Civil plantea y dando una visión sucinta de su original interpretación y de algunas objeciones que se le formularon. El trabajo, de carácter eminentemente polémico, condicionado por los límites de una respuesta, da constancia, sin embargo, del talento y método de VALLET, pues en él afloran su conocimiento de los clásicos, del Derecho vigente y su planteamiento finalista de los problemas jurídicos, sin que falte una gran precisión en el manejo de argumentos gramaticales y lógicos, que, no obstante, quedan subordinados a las consideraciones teleológicas.

4. ELEMENTO SISTEMÁTICO

Aducimos los artículos 177, 618, 641, 827 y 1.331.

Nuestro contradictor objeta:

a) «Por lo que toca al artículo 618, no vemos inconveniente alguno en que la donación a que se refiere el artículo 620, ordenada en testamento, siga siendo un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que le acepta.»

Pero—replicamos—¿dónde y cuándo debe hacerse esa aceptación? El artículo 618, con respecto a las donaciones directas, de primer grado, debe

interpretarse en relación con los artículos 623 y 629 del Código Civil. Por tanto, debe aceptarse en vida del donante. En cambio, el artículo 991 para la sucesión por causa de muerte, dispone que nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar. Además, toda aceptación requiere una oferta recepticia; ¿puede decirse que tenga carácter recepticio la declaración testamentaria antes de fallecer el testador?

b) En cuanto a los demás preceptos citados, alega que, «en general, no parece lícito, para una interpretación sistemática del artículo 620, argüir aquellos preceptos del Código aparentemente inconsecuentes con su enemiga a los pactos sucesorios. Son preceptos excepcionadísimos, con su particular razón de ser cada uno de ellos, que no admiten extensión por analogía a más supuestos que los contemplados concretamente en cada uno».

Aunque así fuese, demostrarían que, por lo menos en dichos supuestos excepcionales, puede seguir viviendo la donación *mortis causa*. Donación que, por otra parte, dada su revocabilidad, no participa de la enemiga a los pactos sucesorios.

c) Finalmente, asegura PARRA que una interpretación sistemática del artículo 620 no puede echar en olvido el artículo 658 del Código Civil, ni mucho menos el artículo 667.

No lo entendemos así. Es más, creemos que nada tienen que ver con esta cuestión, pese al respeto que sentimos por nuestros maestros los anotadores de ENNECERUS (II-2.º, pág. 115).

El artículo 658, en su § 1.º, dice que: «La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley.» Basta su lectura para borrar toda duda de que el precepto transcrito tenga algo que ver con las donaciones *mortis causa*. Estas no suponen *sucesión* en sentido estricto. Aparte de que fuera del artículo 658 existe algún supuesto de sucesión, también admitido en el Código, aunque sea excepcionalmente (v. gr., principalmente en los artículos 177, 1.331).

El artículo 667 contiene aquella definición del testamento tan duramente criticada por la doctrina. Pero, para PARRA, significa algo más: «la gran verdad—asegura—del artículo 667 es que no se puede disponer de los bienes para después de la muerte, sino testando»..., «disponer de todo o parte de los bienes para después de la muerte y testar, es una y la misma cosa en el sistema de nuestro Código Civil (1).

(1) Podríamos objetarle a PARRA que la donación *mortis causa* no es una disposición de bienes para después de la muerte, sino una donación efectiva en el último instante de la vida del donante. Así lo dijo MARCELO (Dig. XI, I, 15): «in

Pero ¿dice eso el artículo 667? A juicio nuestro, dice menos. Sólo esto: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento.»

En primer lugar, el artículo 667 únicamente contiene una definición —por lo demás poco afortunada del testamento—, sin pretender otra cosa. Su *ratio* sólo es ésta. Luego no es lícito entender sus palabras más allá del fin perseguido por ellas. No consta patentemente que quisiera atribuir al testamento la exclusiva de las disposiciones *mortis causa*, como ocurriría en caso de haber comenzado diciendo: «Todo acto...» o «Todos los actos...» Ciertamente que emplea el artículo determinado «el» y no el indeterminado «un». Pero no juzgamos lícito que, por el mero uso de determinado artículo, se deba entender que un precepto que patentemente sólo pretende dar una definición imponga una prohibición y atribuya un monopolio no formulado directa ni expresamente.

En segundo término, si el artículo 667 dijese semejante cosa, sería inexacto y quedaría desmentido sin salir del Código Civil. El propio PARRA reconoce que se aducirán, en contra de su tesis, «los supuestos excepcionales en que nuestro Código permite disponer para después de la muerte mediante formas extratestamentarias». Aun cuando replica que «si bien se examinan todos y cada uno de esos casos, son estipulaciones accesorias a un acto principal, contenido en los capítulos matrimoniales o en la escritura de adopción; son actos de disposición queridos en cuanto se ha querido el acto principal al que están subordinados y a cuyo régimen formal han de someterse necesariamente. Pero disponer de los bienes contemplando la muerte cara a cara y sólo la muerte, no un acto principal como el matrimonio o la adopción, eso sólo puede hacerse mediante el testamento».

Claro que, a fin de que PARRA tuviese razón, habría que exceptuar, por lo menos, además de la adopción y los capítulos matrimoniales, a los contratos celebrados con un tercero, sean onerosos (art. 827) o gratuitos (artículo 641), y, tal vez, en todo caso, la mejora directamente dispuesta por acto *inter vivos*, con o sin entrega de bienes, en los supuestos en que sea revocable (art. 827). Y, además, el artículo 667 debería decir, para no contradecirse con tales excepciones, que: «El acto por el cual una persona *exclusivamente* dispone para después de su muerte, etc...» Definición que también sería inexacta, porque en el testamento también se

extremum tempus... vitae», «*ut moriente eo*» También TRIFONINO: «*in tempus, quo ipse moreretur*», y lo ha rubricado SAVIGNY (*Sistema del Derecho romano actual*, traducción de Mesia y Poley, 2.ª ed., § CLXX, págs. 168 y sigs., nota a), que así explica la validez de la *mortis causa stipulatio* (por la que el donante prometía constituirse deudor *cum moriar*, es decir, en el último instante de su vida) y la eficacia de la donación en caso de conmorcencia de donante y donatario.

disponen otras cosas. Entre ellas, el reconocimiento de hijos naturales, de efectos inmediatos.

Y es que, como dijimos, el artículo 667 no pretendió establecer un monopolio, sino tan sólo dar una definición del testamento.

Por eso no puede sacarse de él más jugo del que tiene. Si quiso únicamente formular una definición no deben buscarse en él unas prohibiciones que de modo patente no resulten del mismo. El *fin* de la norma, su *ratio*, más que su letra, son la clave de su interpretación y señalan los límites dentro de los cuales debe ser aplicada.

5. CUESTIONES TELEOLÓGICAS

a) *¿Son estas donaciones un peligro para la estabilidad jurídica?*

Termina PARRA su trabajo exponiendo la razón que, a su juicio, «fue uno de los motivos de descrédito de la institución ante los legisladores, y no podría resucitarse ahora sin que el propósito de éstos quedara fracasado». Claro que su afirmación no tiene apoyo alguno en que descansar. Ya que tan sólo cita como prueba el juicio de dos autores franceses: COLIN y CAPITANT, posteriores a nuestra codificación y que hablaban de las cosas de su patria, sin ocuparse de las nuestras.

Veamos cuáles son esos pretendidos motivos. Los resume y concreta en «*la posibilidad de que se destruya y cancele una enajenación perfectamente válida, haciendo resurgir el antiguo dominio del transmitente, en virtud de un cambio de voluntad de éste, en perjuicio, incluso, de terceros*».

¿Suponen realmente ese peligro las donaciones mortis causa?

La respuesta requiere una subdistinción entre donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo y donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio.

Estas últimas, según expusimos en nuestro referido trabajo (págs. 746 y sigs.), no están comprendidos en el artículo 620 y, en consecuencia, deban regirse por las normas ordinarias de las donaciones *inter vivos*. Han perdido, por tanto, su antigua característica natural, el *ius proenitendi*. A no ser que el donante haga uso de la facultad que le concede el artículo 639, e incluso el propio artículo 641 (según se admite o no la reversión potestativa por el donante). Lo mismo que en cualquier donación *inter vivos* con cláusula de reversión—propriadamente dicha—referida a causa distinta de la premoriencia del donatario. Todo esto está vivo. Permitido en el propio Código Civil. Basta leer los citados artículos 639 y 641.

Las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo son hoy—a la inversa que en la época inicial de esta institución—las más características donaciones *mortis causa*, casi diríamos, las donaciones *mortis causa* propiamente dichas. A ellas, exclusivamente, alude el discutido artículo 620, al aludir a las «que hayan de producir su efecto por muerte del donante».

Pues bien: ¿cómo referir a ellas las acusaciones que PARRA formula? (Y. caso de merecerlas, ¿no debieren compartirlas todos los legados y demás disposiciones testamentarias?) ¿Dónde percibe el peligro de que, con ellas, se destruya y cancele una enajenación perfectamente válida, en perjuicio incluso de terceros?

Cabe también que a las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo vaya unida una transferencia actual y precaria de la tenencia de la cosa pendiente de donación. Pero, entonces, ¿es que esa posesión precaria del posible titular futuro lleva consigo una incertidumbre mayor que la que pueda suponer la transmisión anticipada de la posesión a los herederos instituidos o entre quienes, por acto *inter vivos*—conforme al artículo 1.056 del Código Civil—, el testador distribuyó previamente su herencia?

Ese tremendo peligro, que PARRA figura, queda, pues, en nada. En un espejismo. En una pesadilla, un mal sueño.

b) ¿Qué utilidad puede rendirnos esta vieja institución que no podamos obtener de las disposiciones testamentarias?

ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado*, vol. I, págs. 575 y sigs.) señala alguna de sus ventajas. Pero, en todo caso, no cabe dudar que, como dice el mismo maestro: «La ley tiene que admitir la mayor variedad de tipos o fórmulas en que manifestarse la voluntad dirigida a conseguir algún efecto jurídico... Es preferible que el legislador adopte francamente la figura de la donación *mortis causa*, corrigiendo su ordenamiento si es preciso, que no con un criterio ciegamente simplista, obligue a los particulares a descubrir nuevas fórmulas jurídicas.»

Nuestro discutido trabajo lo concluíamos proclamando de que las donaciones *mortis causa*, tanto en sus formas directas como en sus figuras superpuestas o en sus variedades indirectas y dando eficacia *mortis causa* a determinadas donaciones *inter vivos* que como tales no valen, pueden seguir prestando relevantes servicios. Prescindiendo, tal vez, de las formas directas cuya utilidad puede cubrir el testamento, en los demás supuestos no podría suplirse su vacío con disposiciones testamentarias. Las reversiones o reservas *mortis causa* a favor de tercera persona contenidas en actos *inter vivos*, las compras con pacto de sobrevivencia

en régimen civil común, los mismos seguros de vida con tercero beneficiario (1), la renta vitalicia con tercer beneficiario *post mortem* del cedente, el depósito para entregar a tercera persona a la muerte del depositante, o el respeto de la voluntad de un causante que había comprado para su mujer a nombre de ella, e incluso, las ventas simuladas que encubren una donación, cuya efectividad no se quiere *inter vivos*, sino *mortis causa*, etc., por sí solos justificarían, en bien de la Justicia y el Derecho, la supervivencia de esta institución, que no puede morir, y que si muriese renacería de sus propias cenizas. Como el Ave Fénix.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

(1) Nuestro buen amigo IGNACIO NART nos decía recientemente: «Sin la donación *mortis causa* no puede explicarse satisfactoriamente el seguro de vida con tercero beneficiario».

Creemos que tiene razón. La estipulación a favor de tercero ni el negocio abstracto, jamás podrán explicar por sí solos la relación de valuta entre estipulante y beneficiario. (Ver las págs 806 a 820 de nuestro trabajo de referencia.) El negocio abstracto no es más que una cortina, que impide toda indagación. Pero nada explica. Además, en nuestro Derecho, no caben los negocios absoluta ni sustancialmente abstractos. El artículo 1.277 no sólo no excusa la causa, sino que llega a presumirla, creando con ello, por natural paradoja, la *abstracción puramente procesal de una causa sustantivamente necesaria*. (Ver SANAHÚJA: «Estudio del reconocimiento de deuda», *La Notaría*, año 1945, págs. 207 y sigs., y ROCA SASTRE, *op. y volumen últ. cit.*, págs. 490 a 494.)

4. SUCESIONES

HEREDEROS Y LEGITIMARIOS

1943, págs. 661-670

Este trabajo de DÁVILA es el punto de partida de una polémica doctrinal, que tuvo su cauce de expresión en la Revista y que desbordó sus páginas en conexión con un renacimiento de los estudios de Derecho sucesorio.

La tesis de DÁVILA se resume en las palabras: «donde hay herencia, no hay legítima», de modo que mantiene la incompatibilidad de las cualidades de heredero y legítimo entre sí. SOLS GARCÍA combatió esta tesis, oponiendo la contraria de la compatibilidad de ambas condiciones («El heredero: ideas para su estudio», en la RCDI, 1944, págs. 568-578). A la discusión se sumaron en la misma «Revista Crítica»: VIRGILI SORRIBES («Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica», 1945, págs. 479-494), que sostuvo una teoría ecléctica; LACAL (1945 y 1948), y CREHUET (1948). Fuera de la Revista son de mencionar, en relación con el tema, los trabajos de ROCA SASTRE (RDP, 1944), PORPETA (1945), GONZÁLEZ PALOMINO (AAMN, 1946), GONZÁLEZ COLLADO (AAMN, 1946) y VALLET (RGLJ, 1946, y RDP, 1948). Ello da cuenta de la indudable repercusión del trabajo de DÁVILA y justifica por sí solo el interés de las páginas que encendieron aquella polémica.

VI. INCOMPATIBILIDAD ENTRE HEREDERO Y LEGÍTIMARIO

Ya hemos visto anteriormente que entre ambos existe incompatibilidad en cuanto que el legítimo tiene que aceptar todos los actos, disposiciones o limitaciones que recaigan sobre su propio patrimonio cuando reúne la cualidad de heredero. Por ello se confirma forzosamente el lema

«donde hay herencia, no hay legítima». Se precisa separar ambas instituciones fijando los caracteres propios de cada una.

1) El legitimario (de igual forma que el heredero del Derecho germánico) sucede por derecho propio y no por la voluntad de su causante. Su sucesión se basa en la Ley que le otorga en razón de ciertos principios, especialmente de parentesco próximo. El heredero, por el contrario, recibe su designación por voluntad del testador o por la Ley, en su defecto. La habíamos dicho que la voluntad del hombre decide sobre ello (arts. 658, 763 y sigs.).

2) La legítima es siempre un activo hereditario. Sea una parte, unos bienes, un crédito, etc. Por eso se llama en algunas legislaciones (Francia, Italia...) reserva. Así, artículo 806: «Legítima es la porción de bienes...». La doctrina y la jurisprudencia han puesto de relieve el problema cuando se ha tratado de ver la responsabilidad del cónyuge viudo por las deudas hereditarias. Pero ha planteado mal el problema, porque no ha visto la distinción que estamos haciendo. El cónyuge viudo no tiene obligación, como ningún legitimario, de pagar las deudas del causante. La legítima no se establece para que el heredero forzoso contribuya al pasivo, sino para que reciba del activo. Ahora bien, si el cónyuge viudo estuviere instituido heredero (cosa no frecuente), entonces, como cualquier otro heredero, tendría que contribuir al pasivo hereditario. Véanse las observaciones de CASTÁN y la poca decisión de la doctrina para acometer el problema. Por ello el Tribunal Supremo, ni como cónyuge supérstite ni como heredero forzoso, ha podido condenarle al pago de las deudas hereditarias, que sólo incumben al heredero voluntario o legal.

El heredero no sucede en un activo o en un pasivo. Es el continuador del causante, y como tal sucede en todo aquello que es transmisible, el activo o el pasivo. Al heredero no le importa, ni es requisito esencial, que el causante tenga o no bienes. No obstante esta afirmación, los mismos textos legales ligán la existencia de bienes a la cualidad de heredero en términos que parece no concebirse en algún caso heredero sin bienes. Así, el artículo 667, y más todavía el 763, que tiene un sabor germánico y nada romano. Nada tiene que ver la existencia de un activo ni la facultad de disponer, ni la capacidad para adquirir bienes para ser nombrado heredero.

3) El legitimario puede percibir anticipadamente algo a cuenta de su legítima. No es obstáculo el artículo 816, ya que no se trata de transigir o renunciar, sino de percibir a cuenta para ser imputado en su día. Así: el artículo 1.035, 654 .. La práctica notarial, especialmente la antigua, habla de recibir a cuenta de la legítima o donaciones como anticipo de legítima, y éstas son fórmulas correctas.

Sobre la herencia nada puede recibirse anticipadamente, ni es objeto de tráfico, cuenta o partición (así, art. 1.271, salvo los pactos sucesorios). Además, no puede decidirse sobre la cualidad de heredero hasta el momento que el instituyente ha fallecido.

4) El legitimario tiene garantizados sus derechos contra la futura sucesión antes y después de la muerte del causante. En los actos *inter vivos*, el legitimario que se ve amenazado de la ruina del patrimonio de su causante puede pedir la declaración de prodigalidad (art. 222), y en los actos *mortis causa*, con las medidas cautelares generales o las específicas de los juicios universales. Si el legitimario es heredero, debería acatar totalmente todas las disposiciones de su causante porque así es el sistema, ya se trate de venta o gravamen. En lugar de consentimiento, lo correcto sería demostrar en forma auténtica que el heredero forzoso había aceptado voluntariamente la herencia de su causante. Si, por el contrario, el legitimario ha renunciado a la herencia y aceptado solamente la legítima, entonces comprendemos la norma del artículo 20 (consentimiento de los herederos forzosos para la enajenación o gravamen).

5) El legitimario puede impugnar todos los actos que haya realizado su causante en contra de su legítima o con fraude (art. 654 del Código Civil). Esto no puede realizarlo el heredero. Situación muy análoga a la del legitimario es la del heredero a beneficio de inventario (artículo 1.023).

6) La herencia y la legítima se distinguen como dos aspectos de la sucesión distintos. En la renuncia de herencia aceptando la mejora (que es una parte de la legítima) (art. 833); el tutor testamentario que se excusa de la tutela y pierde lo que voluntariamente le hubiese dejado el testador, salvo creemos el derecho de legítima (art. 251); el albacea que no acepta el cargo (art. 900).

VII. CONCLUSIONES

Resumimos inmediatamente el estudio realizado en la forma siguiente:

1) Donde hay herencia no hay legítima, y por ello heredero y legitimario no puede darse en una misma persona, de igual manera que nadie puede tener derechos contra sí mismo. El heredero es el continuador del causante, y por ello asume toda su personalidad y patrimonio en lo que tiene de transmisible y representable. El legitimario es un pariente próximo que tiene derechos contra el causante mismo y por ello contra el heredero.

2) El testador puede imponer al llamado legitimario cuando es heredero todas las condiciones, limitaciones y restricciones que tenga por conveniente, ya que tiene que aceptar la herencia en la forma que se le designa o renunciar a ella.

3) La legítima y la herencia son dos aspectos de la sucesión distintos. Puede renunciarse o aceptarse independientemente una de otra.

JULIÁN DÁVILA GARCÍA

LAS CONFERENCIAS DEL DOCTOR FERRARA OBSERVACIONES

1930, págs. 53-69

En el año 1930, FERRARA, en conferencias que fueron recogidas por la Revista con observaciones de don JERÓNIMO, se ocupó del tema de las legítimas, entre otros, iniciando la tesis de que la legítima española se obtiene como la reserve francesa por una delación legal a título hereditario. Esta opinión fue combatida inmediatamente por don JERÓNIMO en sus observaciones, pero influyó posteriormente en otros autores como FUENMAYOR, ORTEGA PARDO, GÓMEZ MORÁN, ESPINAR LAFUENTE y GARCÍA VALDECASAS. (Véase VALLET DE GOYTISOLO: Las Legítimas, Madrid, 1974, págs. 182-185, notas 7 y 8).

En sus observaciones don JERÓNIMO puso el acento en la premisa, de la que partiera FERRARA, del origen germánico de nuestra legítima, para combatirla, destacando las diferencias entre la evolución de nuestro Derecho y los de Francia y Alemania.

De las páginas que vienen a continuación corresponden a FERRARA las inmediatas, y las ulteriores, a partir de «Observaciones», a don JERÓNIMO.

Este análisis histórico nos abre el camino para poder establecer la naturaleza jurídica de la legítima en el derecho moderno. Veamos cuáles son sus caracteres esenciales:

I. El derecho a la legítima es un *derecho hereditario ex lege*. La legítima es *pars hereditatis*, no *pars bonorum*. La ley divide el patrimonio de la persona en dos masas distintas: la parte legitimaria y la parte disponible. La primera se subdivide en dos cuotas, como se verá después, pero por ahora no nos ocupamos de ello. La cuota legítima constituye una parte de la herencia intangible e inalterable, reservada exclusivamente a los herederos necesarios. Sobre esta parte del as hereditario, el *de cuius* no puede disponer, y si dispone, la disposición testamentaria queda anulada y re-

ducida hasta el margen de la legítima. La legítima, pues, es una *cuota hereditaria*, reservada, incondicionalmente, a los legitimarios, sea que falte el testamento o que consista en una simple atribución de legados, sea que haya un testamento que atribuya a los legitimarios una porción de bienes, inferior a aquélla que les corresponde. Así, pues, los herederos forzosos son *herederos por virtud de la ley* y están necesariamente en la sucesión.

Pero los legitimarios, además de tener un *derecho sustancial* a la herencia, conservan todavía la *garantía formal* del derecho romano, esto es, el derecho de ser expresamente instituidos o desheredados, porque en caso de preterición, la institución es nula. Se comprende, sin embargo, que esta garantía no tiene hoy el mismo significado y valor que antiguamente, porque puede existir testamento sin institución de herederos, y por otro lado, la institución puede referirse a una parte mínima del as hereditario. Pero el principio tiene siempre importancia, porque en el caso de institución de un heredero extraño, con preterición del heredero forzoso, se produce la apertura de la sucesión intestada.

De que el derecho a la legítima sea un derecho hereditario, derivan las siguientes consecuencias:

1.^a El derecho a la legítima *nace en el momento de la apertura de la sucesión*. No se tiene derecho a legítima mientras que vive el *de cujus*. *Viventis non datur hereditas*.

2.^a Para tener derecho a legítima es necesario ser heredero. Quien renuncia a la herencia se vuelve extraño a la sucesión y no puede reclamar la legítima, aun cuando pueda conservar el legado o una donación recibida del *de cujus*, hasta el importe de la cantidad disponible (artículo 1.036 del Código Civil).

3.^a Es nula toda renuncia a la legítima y la transacción sobre la misma como pacto sucesorio (arts. 655 y 816 del Código Civil).

II. El llamamiento a la legítima implica una *vocación a título universal*. Porque la legítima es una cuota de herencia, y se halla determinada, según los casos de concurrencia, por una porción alícuota abstracta y constante del patrimonio (dos tercios a los descendientes, mitad a los ascendientes); la devolución de tal cuota constituye *llamamiento a título universal* (art. 660 del Código Civil). El legitimario no es un acreedor de una parte del valor de los bienes, sino que es llamado a una cuota abstracta de la herencia.

Si el heredero forzoso está solo, recibe la porción legítima completa; si son varios, la cuota legítima se atribuye a todos por *vocación colectiva y solidaria*, y por tanto, con derecho de acrecer, en caso de premoriencia,

incapacidad o renuncia de uno de los llamados (a no ser que tenga lugar el derecho de representación).

Puesto que los legitimarios, sean o no llamados por testamento, son herederos, se deduce que están obligados en sus *relaciones internas* a colacionar las liberalidades recibidas, según las reglas de los artículos 1.035 y siguientes, y, por otra parte, en las *relaciones externas* son responsables de las deudas hereditarias, o mejor, se hallan obligados solidariamente (artículo 1.084 del Código Civil). También se hallan obligados al pago de los legados, sólo que éstos no pueden lesionar el derecho a la legítima, pues en este caso pueden hacerlos anular en todo o en parte.

III. El derecho a la legítima es un *derecho real de propiedad* sobre los bienes hereditarios. Los legitimarios son *investidos* directa e inmediatamente por la ley en la copropiedad de los bienes hereditarios, y la legítima es debida en plena propiedad, sin que el testador pueda imponer sobre ella ningún peso ni condición (art. 813 del Código Civil). La legítima, en su virtud, constituye un límite objetivo del derecho a disponer, correspondiente al de *cujus*, a título gratuito (art. 806 del Código Civil). Y por esto, el legitimario puede reclamar *in natura* su porción sobre todos los bienes que compongan el as hereditario, inmuebles, muebles, créditos, de modo que su cuota no sólo sea respetada *en cantidad*, sino que corresponda *cualitativamente* a la composición del as hereditario.

Resulta, por tanto, infundada la pretensión del heredero ex testamento de pagar la cuota del legitimario en dinero o en bienes, a su elección, aun cuando se trate de actos *ad supplem legittimam*. Además, es nula toda cláusula testamentaria que tienda de cualquier manera a impedir que la legítima se transmita franca y libre, bajo la amenaza de caducidad, cláusula penal y otras semejantes.

En fin, la legítima se halla garantizada con la acción de reducción, por efecto de la cual se anulan, en primer lugar, todas las disposiciones testamentarias que resulten lesivas, o se reducen proporcionalmente hasta la altura de la legítima, y cuando la nulidad o reducción de las mismas no basta, se sube hasta las donaciones, suprimiendo o reduciendo las de fecha más reciente, hasta llegar sucesivamente a las más antiguas en sentido retrógrado (arts. 655, 656 y 817 del Código Civil).

La reducción es una *reintegración o reconstitución in natura* de aquella parte del patrimonio familiar reservada por la ley a los herederos forzosos, que tiene carácter *real*, en cuanto puede promoverse por los herederos contra los terceros detentadores de los inmuebles donados o enajenados por los donatarios, porque tales liberalidades se entienden resueltas en el momento de la apertura de la sucesión, hasta el importe de la lesión, y por esto se recuperan los bienes libres de todo gravamen

e hipoteca. Para el ejercicio de la acción de reducción no es necesario que el heredero acepte a beneficio de inventario, como está mandado en otros sistemas positivos (véase, por ejemplo, el art. 972 del Código Civil italiano).

El legitimario, pues, es un *sucesor a título universal* de una cuota intangible del patrimonio hereditario, formado por la masa relicta y los bienes donados, que trae su título inmediato de la ley, aunque estuviera llamado por testamento, sin perjuicio de imputar en su cuota las liberalidades recibidas en vida, a no ser que hayan sido hechas con dispensa de colación.

OBSERVACIONES

En la sexta y última de sus conferencias, el doctor FERRARA, siguiendo un plan que podemos llamar clásico para el desenvolvimiento monográfico de una institución jurídica, estudia los precedentes de la legítima en el Derecho romano, la naturaleza de las reservas germánicas y el influjo recíproco de ambas corrientes, para llegar a una rigurosa sistematización del instituto en el Derecho moderno.

Nada tendríamos que oponer a tal desarrollo si se tratase de exponer la materia en el Derecho francés o alemán; pero en el Derecho español, los pronunciados matices de la legítima y de la reserva que el conferenciante ha puesto de relieve se funden, desde hace muchos siglos, en una concepción de líneas románicas que se imponen a través de las variaciones regionales, y nos impide traducir en nuestras lecciones los antecedentes e informes que los juristas franceses nos dan sobre las diferencias entre los *Pays de droit écrit* y los *Pays de coutûme*, o reproducir las consideraciones que desde ZACHARIAE hasta ENDEMANN, por no citar más que un civilista moderno, hacen los alemanes de la pasada centuria.

En los *países de derecho escrito* se conservaron la técnica y las reglas del Derecho romano, la *querella* para anular el testamento, caso de preterición, y la *condictio ex lege*, para obtener el complemento de legítima, acción real la primera y personal la segunda; mientras en los *países de costumbres*, unida a la idea confusa de la copropiedad familiar, se desenvuelve lentamente la teoría de la reserva, concedida aún a los parientes colaterales, siempre que asumiesen el carácter de heredros, contra las disposiciones testamentarias exclusivamente, y por lo que tocaba a los bienes *propres*, no sobre los adquiridos.

En tales estatutos y legislaciones, así como en los *derechos particulares* de los antiguos Estados alemanes a medida que van recibiendo el Derecho romano, pueden seguirse las reacciones de ambos institutos en

los preceptos que fijan el número de los herederos forzosos, las cuotas legitimarias, la necesidad de asumir el carácter de heredero, las defensas adoptadas contra la libertad de testar y la naturaleza de la legítima como *pars hereditatis*. Todo ello, sin la claridad y la precisión con que el doctor FERRARA, proyectando conceptos modernos sobre situaciones jurídicas arcaicas, nos presentan la materia; porque las intuiciones populares desconocían la diferencia entre las sucesiones a título universal y las que se efectuaban a título singular, daban únicamente valor al enriquecimiento y no veían en la herencia el aspecto unitario del *as romano*.

Por lo que toca a nuestra Patria, la palabra y el concepto de *reserva* se distanciaron en la técnica jurídica de la institución de la legítima, y desde las primeras disposiciones legislativas dictadas para los godos y los hispano-romanos aparece la reacción contra la libertad de testar, fundada más bien en consideraciones sociales y éticas que en la copropiedad germánica. Todo el texto de la ley primera, título V, libro IV, del *liber iudiciorum* es un completo alegato contra los abusos de los padres y ascendientes, en que no hay la menor alusión a las costumbres teutónicas: «Como nos damos cuenta—dice el rey CHINDASVINTO—de los hechos ilícitos que se realizan, creemos oportuno poner un remedio legal para lo futuro. Muchas personas en verdad viven de una manera irregular, y para satisfacer sus apetitos o por otras malas pasiones, transfieren sus bienes a personas extrañas y despojan sin motivo a sus hijos y descendientes, que no han cometido ninguna culpa grave, inutilizándoles para que sean útiles a la colectividad, en vez de hacerles beneficiarios de lo que no es más que el producto de su trabajo personal, unido al de sus padres. Y para que en este caso no padezca, como nunca debe padecer, la pública utilidad, ni quede desatendido el afecto natural que todos los padres deben profesar a sus hijos y descendientes, derogando la disposición legal en cuya virtud el padre, la madre, el abuelo o la abuela pueden transferir sus bienes, si quisiesen, a una persona extraña, y también la mujer casada puede hacer de su dote lo que tuviese por conveniente, prescribimos como prudente medida para que sea por todos observada, que los padres y abuelos, sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio, no puedan separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes, de su misma sucesión».

La discusión entablada acerca de cuál fuera la ley derogada por el rey CHINDASVINTO, pone de relieve la constante y decisiva orientación de nuestra jurisprudencia, pues lo mismo los autores que, siguiendo a CÁRDENAS, estiman que la ley derogada era la del breviario de ALARICO, vigente entonces, que los que, siguiendo a MARTÍNEZ MARINA, MARICHALAR y MANRIQUE. ANTEQUERA y ESCRICHE, entienden que la libertad de dis-

poner de sus bienes en favor de extraño correspondía lo mismo a vencedores y vencidos, apenas hacen alusión al sistema sucesorio de los germanos, ni a la copropiedad familiar, origen de las reservas. Modernamente, ZEUNER, BRUNNER y UREÑA afirman que en el código de EURICO se encontraba ya la disposición relativa a la libertad de testar, que la ley de CHINDASVINTO declara derogada, y esta opinión, que reproduce la de nuestro ESCRICHE, si no queda a cubierto de los ataques de LACOSTE, demuestra el desvanecimiento de la tradición germánica desde el primer siglo de la invasión, sea por el largo contacto del pueblo visigótico con la legislación romana, sea por la influencia de la Iglesia en favor del testamento y de las donaciones *pro anima*, sea por la observancia del breviario de ANIANO, sea por la costumbre de transferir *mortis-causa* por medio de solemnidades judiciales (*Gemächte*)...

Por todo ello, es necesario reconocer que el espíritu del derecho español se halla en estas palabras del señor SÁNCHEZ-ROMÁN: «Las legítimas, en el concepto de institución legal en España, y aun en Roma, no tuvieron un carácter sustantivo y esencial, como entidad jurídica de propia naturaleza, sino más bien *negativo* y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte, y en relación con el primario fundamento de la facultad de testar, a título de necesidad de protección y defensa en favor de descendientes y ascendientes, y aun hermanos, y como medio de satisfacción o compensación a naturales deberes derivados del orden familiar y reclamados fuertemente por la equidad, cual frenos y restricciones a los casos en que aquéllos pudieran ser desconsiderados u olvidados por parte del testador, haciendo uso excesivo de su libertad en la disposición de sus bienes; pero sólo desde este punto de vista de relación, de equidad y de humana asistencia y hasta de buen parecer, en un criterio racional, de aquella libertad en la disposición de sus bienes, consecuencia del reconocimiento de su fundamental derecho de testar».

FERRARA-JERÓNIMO GONZÁLEZ

COMENTARIO A LA RESOLUCION DE 22 DE DICIEMBRE DE 1950

1951, págs. 303-310

A lo largo de muchos años, GINÉS CÁNOVAS ha venido desarrollando una labor ejemplar en la Revista. En la época que nos ocupa ha publicado diversos trabajos, como «El arrendamiento y lo institucional. Precio, prórroga y retracto» (1948, pág. 229), «La accesión y el Registro de la Propiedad» (1952, pág. 903). junto con notables recensiones a conferencias, pero lo más característico de su tarea son sus interesantes comentarios a las resoluciones de la Dirección. Por ello, con las dificultades derivadas de su gran número y calidad, se ha seleccionado uno de entre ellos, que parece de los más representativos.

¿EN LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA O DE DELACIÓN RETARDADA DE LA HERENCIA, REPRODUCIDA O DEFERIDA, CABRÍA ESTIMAR CREADA POR LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL EN LOS SUJETOS UNA SITUACIÓN JURÍDICA DE PENDENCIA, DURANTE LA CUAL SE EVITARÍA LA INDEFENSIÓN Y ABANDONO DE LOS BIENES E INTERESES DE LOS «CONCEPTURUS», MEDIANTE UNA TITULARIDAD INTERNA CONFERIDA AL FIDUCIARIO (O «PSEUDO-USUFRUCTUARIO» DE LA DOCTRINA) QUE SALVARÍA LA ANÓMALA CONCESIÓN DE PLENOS PODERES DISPOSITIVOS AL MISMO Y EL OBSTÁCULO QUE IMPLICA EXTENDER LA REPRESENTACIÓN A PERSONAS INEXISTENTES?

Resolución de 22 de diciembre de 1950 (B. O. de 14 de febrero de 1951).

Don Ramón Orellana Noguera otorgó testamento el 14 de julio de 1930 ante el Notario de Sevilla don Francisco Monedero Ruiz, en el que instituyó heredera universal en usufructo vitalicio a su esposa, doña Trinidad Ruiz García, y dispuso que «al fallecimiento de su citada esposa

pasaran los bienes de su herencia, también en usufructo vitalicio, a su sobrina política doña Trinidad Broquetas Ruiz, de trece años de edad, y al fallecimiento de ésta, pasara el pleno dominio de los bienes objeto del usufructo a los hijos o descendientes legítimos que dejara la usufructuaria, doña Trinidad Broquetas, o en su defecto a los herederos testamentarios o legítimos de la misma, a todos los cuales instituye desde luego nudos propietarios». Don Ramón Orellana Noguera falleció el día 21 de febrero de 1932, y como consecuencia de la partición de sus bienes se adjudicaron, entre otros, a doña Trinidad Ruiz García el usufructo vitalicio de una participación proindivisa de 12.482,50 pesetas en el valor total de 82.140 pesetas dado a la casa número 62 de la Alameda de Hércules, de Sevilla, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Doña Trinidad Ruiz García falleció el 19 de junio de 1937, por lo que el usufructo vitalicio pasó a doña Trinidad Broquetas Ruiz de conformidad con lo establecido en la cláusula anteriormente transcrita del testamento de don Ramón Orellana; y doña Trinidad Broquetas, previa autorización judicial por ser desconocidas las personas llamadas a la nuda propiedad de la participación que usufructuaba en la indicada finca, la vendió a otro partícipe del dominio, que la requirió al efecto para cesar en el condominio, conservándose el precio recibido, 12.482,50 pesetas, en poder del Notario autorizante de la escritura, don Joaquín Muñoz Casillas, para su inversión en valores del Estado con arreglo a lo dispuesto por el Juzgado, depositándose títulos de la Deuda por valor de 14.000 pesetas nominales, que fueron comprados en el Banco de España a favor de doña Trinidad Broquetas Ruiz, como usufructuaria, y de los hijos o descendientes legítimos que dejase dicha señora a su fallecimiento, y en su defecto, de los herederos testamentarios o legítimos de la misma, como nudos propietarios.

Presentada para su inscripción en el Registro primera copia de la escritura de venta se puso a continuación de la misma la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento sólo en cuanto al usufructo de la participación proindiviso de doña Trinidad Broquetas Ruiz al folio 232 vuelto del tomo 665, libro 102 de la segunda Sección, finca número 3.661, inscripción sexta, y no admitida la inscripción de la nuda propiedad por no aparecer inscrita a favor de los transmitentes por ser inciertas las personas a quienes, conforme al testamento de don Ramón Orellana Noguera, pueda corresponder el pleno dominio».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación del auto presidencial, declara no inscribible la misma en cuanto a la nuda propiedad, en méritos de la docta doctrina siguiente:

«Que constituye regla general en el ordenamiento jurídico vigente, aunque carece de la formulación expresa que tiene en otras legislaciones civiles extranjeras, la de que el heredero ha de existir en el momento de la apertura de la sucesión, porque entonces es cuando debe apreciarse su capacidad para suceder al *de cuius*, y este criterio, que goza de unánime aceptación en la dogmática civil, se halla también reconocido por la jurisprudencia patria, viene a ser *conditio iuris* del llamamiento y obliga, en principio, a examinar con máxima cautela los llamamientos hereditarios hechos a favor de los *nasciturus nundum concepti* que no revistan la forma expresamente consignada en el artículo 781 del Código Civil.

Que la necesidad de que al operarse la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios exista una persona que pueda hacerse cargo de ellos, y que la determinación de la capacidad presupone la personalidad y las razones prácticas que aconsejan que los bienes no permanezcan durante largo tiempo en manos ajenas, han motivado la exigencia aludida, cuyo rigor fue atemperado en diversos sistemas legislativos, tanto por la facultad reconocida a los padres para legar o donar a los hijos bienes, con la carga de que los transmitan a los que tengan nacidos o por nacer, solamente en primer grado, como por atribución del carácter de sustitución fideicomisaria a todas las instituciones hechas a favor de los no concebidos al abrirse la sucesión, y lo mismo se prohíba o se admita la atribución fideicomisaria, mediante la facultad de que puedan adquirir por testamento los no concebidos que nacieren de persona que viva al morir el testador.

Que este mismo sentido de flexibilidad puede inferirse en los supuestos de delación retardada de la herencia, reproducida o deferida, cuando se estime la institución de los nacederos hecha bajo condición suspensiva, sistema que por la laguna de nuestro ordenamiento jurídico para la tutela y protección de tales situaciones requeriría de ser admitido decidir afirmativamente la licitud de tal condición, convirtiendo el elemento accidental del negocio jurídico en esencial, para concluir que el sujeto del derecho subjetivo no es un requisito fundamental cuando el derecho sea condicional.

Que planteada la cuestión debatida en tan concretos términos, puesto que la calificación registral se limita a denegar la inscripción de la nuda propiedad, por estimar inciertas las personas a las que haya de corresponder en su día el pleno dominio, es decir, no hallarse inscrito el derecho que se transmite, de conformidad con lo prevenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cabría estimar creada por la indeterminación temporal en los sujetos una situación jurídica de pendencia durante la cual se evitaría la indefensión y abandono de los bienes e intereses de los *concepturus*, mediante una titularidad interina conferida a la usufructuaria, que salvaría la anómala concesión de plenos poderes dispo-

sitivos a la misma y el obstáculo que implica extender la representación a personas inexistentes.

Por último, que aun cuando se prescindiera del valor que es necesario atribuir a la voluntad del testador, ley de la sucesión, y en virtud de una analogía, más o menos forzada, se consintiera que la usufructuaria como administradora de los bienes de la herencia tenía facultades dispositivas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 804 del Código Civil, en relación con el 186, que preceptúa los requisitos de la enajenación por el representante legítimo del ausente, en este expediente concurren las siguientes circunstancias de trascendencia decisiva para su resolución: *a)* que la sobrina y heredera del causante, doña Trinidad Broquetas Ruiz, menor de edad, emancipada, soltera, usufructuaria de una participación de la casa de referencia, acompañada de su madre, como presunta nudo propietaria, acudió al Juzgado y alegó que había sido requerida por los demás copartícipes en la finca para que se aviniera en la división, y a fin de evitar el juicio declarativo correspondiente solicitó autorización para enajenar, que concedió el Juzgado en una resolución que tal y como se transcribe en el testimonio del auto, inserto en la escritura, impide conocer sus fundamentos legales; *b)* que se ratificaron en el expediente tanto la menor como su madre, doña Carmen Ruiz García, quien prestó también el consentimiento y licencia necesaria para poder llevar a cabo la enajenación; *c)* que ocho años después de haberse obtenido la autorización judicial se formalizó la enajenación, hallándose entonces casada la usufructuaria, y en tan largo lapso de tiempo es muy razonable presumir que puedan haberse alterado sustancialmente las circunstancias en que se fundó el Juez, aunque sea de carácter permanente la alegada indivisión de la finca, que por sí sola no puede motivar el derecho de disposición por la mera probabilidad de ejercicio de la *actio comuni dividundo*, y *d)* haberse verificado la venta sin la pública subasta y previo avalúo preceptuados por el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número primero del 2.011 y 2.046, de conveniente aplicación, para operar en tan delicados supuestos con las mayores garantías, alejar toda sospecha de acuerdo fraudulento y evitar perjuicios a los interesados »

Si tuviésemos nosotros un precepto como el artículo 694 del Código italiano de 1942, que dice así:

«La autoridad judicial puede autorizar la enajenación de los bienes objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo la reinversión del precio obtenido.

»También puede, con las necesarias cautelas, autorizar la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes, en garantía de créditos destinados al mejoramiento y transformación de los fondos.»

Con una norma semejante—repetimos, siguiendo a GONZÁLEZ PALOMINO, del que copiamos el precepto italiano citado—, no se plantearían problemas como el de la resolución precedente.

Para algún autor—autor de máxima autoridad: ROCA SASTRE—, la cuestión no es insuperable.

La aplicación de la doctrina de la subrogación real a los bienes sujetos a fideicomiso—dice («La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, núm. 385, abril 1949)—o a una prohibición de enajenar, no puede ser más fundamentada, siempre, claro está, que en cada caso responda a una razón de utilidad (o de necesidad) y que se efectúe con las debidas garantías que impidan lesión a terceros interesados.

Un caso frecuente de utilidad se da cuando se trata de bienes de escasa o nula rentabilidad (solares, por ejemplo), con cuya permuta o con el dinero de su venta puedan adquirirse otros de rentabilidad segura o mayor. Los intereses del fiduciario y fideicomisario quedan favorecidos o mejorados, lo cual estará seguramente acorde con el pensamiento del causante, ya que hay que suponer que éste no quería condenar a sus herederos o legatarios a conservar unos bienes que poco o nada producían y que incluso su tenencia podrá reportarles perjuicios.

Admitida en estos casos la figura de la subrogación real—añade— (¿pero cuál, la que nuestro autor, admirado autor, denomina *institucional*, o sea, la que actúa sin necesidad de precepto especial de la ley ni de convención de los particulares interesados?, pág. 288. Así, en principio, es convincente. Su parte vulnerable es su contraste con el articulado del Código), admitida, repetimos, según ROCA, dicha figura, el medio adecuado sería la intervención judicial en acto de jurisdicción voluntaria, en cuyos expedientes deben, a su juicio, ser citados los fideicomisarios o interesados, y como éstos pueden ser personas desconocidas o inciertas, e incluso muchas veces puede tratarse de *nascituri*, entonces lo procedente es citar a todos mediante los oportunos edictos y que el Ministerio Fiscal intervenga en el procedimiento.

Con anterioridad al estudio de ROCA, otro ilustre Notario, don MANUEL DE LA CÁMARA, en un magnífico trabajo publicado en la citada Re-

vista—números 376-377 (julio-agosto 1948, «Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria»)—, había llegado a idéntica conclusión por lo que respecta a los bienes afectos a dicho supuesto (aunque sin mencionar dicha teoría).

La solución de la partición—*sin amenaza de resolución*—la ve CÁMARA en los artículos 801 al 804 del Código Civil, y especialmente en este último precepto, que regula las funciones del administrador de los bienes de la herencia referida bajo condición suspensiva.

Y a la objeción que pudiera hacérsle de que si bien los fideicomisarios son herederos sujetos a condición suspensiva, *el fiduciario no es un administrador de la herencia*, advierte que no se trata de sostener la identidad entre la posición del fiduciario y la del administrador de la herencia, sino sólo de buscar la coincidencia de la función de ambos, en un determinado momento, que sea suficiente para justificar la aplicación, con relación a dicho momento, al primero, de normas relativas al segundo.

En cuanto a la enajenación, *sin que igualmente queden afectos los bienes del fideicomiso de condición resolutoria*, señala CÁMARA que el control de la finalidad subrogatoria que debe presidir la enajenación, el de la solidez de la inversión proyectada y su efectiva realización, que es lo que elimina el peligro que pueden correr los fideicomisarios, se obtiene sometiendo la enajenación a la exigencia de la autorización judicial. Y de los artículos 186 y 804, aplicados a estas hipótesis, resultará que para que el Juez conceda su autorización será menester que se acredite la necesidad de la enajenación, debiendo, además, al concederse dicha autorización, especificarse el empleo que haya de darse a la cantidad obtenida (párrafo 3.º, art. 186 C. C.).

GONZÁLEZ PALOMINO—tan original como culto—, al que al principio aludimos, en su magistral conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander, en el verano de 1948, tras alardes de ingenio que cautivan, siquiera por lo inesperados, con algunos no se puede estar en un todo conforme (1), llega a la misma conclusión. Pero su investigación

(1) Tal, por ejemplo, cuando afirma, refiriéndose al número 3 del artículo 513 del Código Civil, que el usufructuario adquiere la cosa por abandono del dueño o nudo propietario. Para nosotros, según expusimos en nuestra conferencia sobre «El abandono en la hipoteca», la propiedad principal nunca se integrará por una suerte de derecho de accesión, con lo que sin ella es inconcebible, aunque viéramos una excepción en el original artículo 599, que, como excepción, no se debe generalizar. El mismo GONZÁLEZ PALOMINO nos da la razón, pues dice—pág. 64—que el usufructuario adquiere la cosa por *ocupación*, es decir, no por usufructuario, sino como ocupante. Y si se trata de su *pseudo-usufructo* porque el fiduciario es heredero y cuando consolida los bienes es como tal en los supuestos del artículo 759, en relación con el 784, o sea, cuando el fideicomisario está sujeto a con-

del problema arranca de la realidad histórica del mayorazgo castellano. ¿Si los bienes amayorazgados podían enajenarse con determinados requisitos y determinadas circunstancias, y era lo más, por qué no hacer lo mismo con los seudousufructuados, que es menos? La enajenación o gravamen de los bienes ha de regirse por el artículo 186, lo que evitará la necesidad de la subasta, a más de la autorización judicial. Lo que sí *aconseja* es alguna tasación judicial. El Juez, al autorizar la enajenación o el gravamen, determinará el empleo de la cantidad obtenida (art. 186), y el fiduciario debe dar cuenta al Juzgado de la inversión; igual que se hacía en vida del mayorazgo. Naturalmente que todo esto precedido de un estudio acertadísimo y previo de la Sentencia de 17 de marzo de 1934, con su referencia al artículo 801, exégesis del artículo 804, etc.

* * *

Ciñéndonos a la Resolución que nos ocupa, nosotros—acaso optimistas—creemos ver en ella una franca acogida de la doctrina expuesta. Del último y fundamental Considerando deducimos que de no darse las circunstancias del tiempo transcurrido—ocho años—desde la autorización judicial a la efectividad de la venta, con el peligro clarísimo de que las razones de utilidad y necesidad en que se apoyara dicha autorización hubiesen variado; ser entonces—al pedirse la autorización al Juzgado—soltera la seudousufructuaria (se nos ha «pegado» el lenguaje y la técnica de GONZÁLEZ PALOMINO) y casada en el momento de la venta, y verificarse ésta sin pública subasta, la Dirección hubiera abierto camino a la fuerte—por lo necesaria—corriente doctrinal de la enajenación de bienes de fideicomiso.

Las palabras con que se inicia el mismo Considerando abonan nuestra opinión. Porque «el valor que hay que atribuir a las palabras del testador» no puede ser otro sino que tanto el primero como el segundo llamado a la herencia obtengan utilidad, ventaja y beneficio de sus bienes; ello unido a la alusión clara, directa—cita, mejor—de los artículos 186 y 804 del Código Civil, en los que se apoya la doctrina, nos inducen, afirmamos una vez más, a la esperanza de ver definitivamente despejado el camino.

Por si no bastara, ¿cómo interpretar lo expresado al final del anterior Considerando—penúltimo de la Resolución—, que hemos consignado de encabezamiento?

dición. Recomendamos como uno de los trabajos más sugestivos producidos por este gran jurista que es GONZÁLEZ PALOMINO, al que venimos refiriéndonos, *Enajenación de bienes pseudo-usufructuarios*, Editorial Reus, 1950.

Recordemos lo escrito por CÁMARA. *El fiduciario no es un administrador de la herencia*, pero hay que buscar la coincidencia de la función del mismo con el administrador de ésta, para justificar la aplicación en tal momento al fiduciario de los preceptos por que se rige el que administra.

¿No va más lejos la Dirección? Sus palabras—doctísimas palabras—eliminan uno de los problemas más graves a su vez: el de la representación de los no concebidos sobre que tanto se ha escrito (véase, a más de los citados ROCA, CÁMARA y GONZÁLEZ PALOMINO, a LACAL, esta Revista, 1947, págs. 252 y ss. «El tema de los 'nondum concepti'»).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

LA PARTICION HEREDITARIA, ¿ES ACTO TRASLATIVO O DECLARATIVO DE PROPIEDAD?

1929, págs. 641 y 740-749

En 1929 la doctrina española, salvo alguna excepción, se mostraba partidaria del carácter traslativo de la partición, aunque, a lo que se me alcanza, no se hubiera dedicado al tema ningún trabajo especial. En este artículo, ROCA vino a plantear la cuestión de una manera detenida y en profundidad. Después de examinar el problema en el Derecho Romano, intermedio y en las legislaciones modernas, señala las diferencias entre la comunidad romana y la germánica, inclinándose por la asimilación de la comunidad hereditaria a esta última. Por lo que se refiere al Derecho español se pronuncia de manera decidida por el carácter declarativo de la partición con argumentos importantes, que supusieron un decisivo ataque a la teoría traslativista, que ya no pudo considerarse dominante. La fundada crítica de ROCA a esta teoría abrió el camino a ulteriores estudios, que, como el de MARTÍN LÓPEZ (RDP 1936), partieron de ella, iniciando la tesis, que puede denominarse intermedia, hoy dominante, de la naturaleza determinativa o especificativa de derechos.

Por lo tanto, faltando en esta clase de comunidad la adjudicación de una cuota sobre cada cosa singular de la masa relicta, que es precisamente la base del sistema traslativista, es imposible el cambio, conmutación o traslación recíproca de partes indivisas entre los comuneros, surgiendo entonces lógicamente el fenómeno de eliminación o de retroacción de condiciones de la fórmula declarativa, antes expuesta.

b) La esencia constructiva de la figura *patrimonio*, considerada como relación jurídica abstracta, comprensiva y sintética entre un titular y el conjunto o universalidad de todos sus elementos patrimoniales activos y pasivos e independientes de estos mismos elementos en sí conside-

rados (1), figura adaptable a la herencia, que no es más, cuando concurren varios herederos, que un patrimonio relicto de comunidad, confirma lo antes dicho.

c) En nuestro Código Civil no hay un artículo como el 883 del Código francés, que, de una manera explícita, consagre los efectos declarativos de la partición hereditaria, pero tenemos el artículo 450, que puede equivalerle. Este artículo 450, aunque referido al caso de coposesión, creemos es perfectamente aplicable a la comunidad hereditaria, puesto que, además de que la amplitud de la situación de comunidad a que el mismo se refiere autoriza tal aplicación, entendemos con MANRESA (2) que el tal precepto sirve de complemento a la presunción del artículo 440 y confirma la doctrina del 1.068.

Todos los partícipes—continúa diciendo dicho tratadista—constituyen una sola personalidad que posee. Esa personalidad se descompone en tantos cuantos sean los partícipes al cesar la indivisión, como el objeto se hace también tantas partes cuantos sean esos mismos partícipes. Por una ficción de derecho se supone que cada poseedor ha poseído exclusivamente durante todo el tiempo que duró la indivisión la parte determinada que al dividirse la cosa común le haya correspondido, o, lo que es lo mismo, el momento de la división se retrotrae a la época en que empezó la proindivisión. Si hubo gravamen de parte alícuota de uno de los poseedores, se entiende que lo que se gravó fue la porción determinada adjudicada a ese coposeedor, salvo el derecho reservado a los acreedores en el artículo 403.

Para VALVERDE (3) este artículo resuelve si la división de una cosa común es declarativa o traslativa, pues al considerarse la posesión del comunero después de la división no como una nueva posesión, sino como una continuación de la posesión indivisa, no cabe duda que dicha división no hace más que *declarar* la propiedad, no *trasladarla*.

Como vemos, dicho artículo 450 tiene gran parentesco con el 883 del Código Napoleón, coincidiendo hasta en la necesidad de establecer una ficción o presunción para poder explicar los efectos declarativos de toda división.

d) Viene también a corroborar nuestra tesis el artículo 399 de nuestro Código Civil, que, si bien referido a la comunidad ordinaria, es de más intensa aplicación a la mancomunada, y, por ende, a la hereditaria. Este artículo 399, en su párrafo segundo, constituye otra con-

(1) Ved mi trabajo «El Patrimonio», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 15, marzo de 1926.

(2) *Ob. cit.*, tomo IV, pág. 242.

(3) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 253, nota.

sagración legal de los efectos declarativos de la partición, quedando los actos de disposición verificados por un partícipe durante la indivisión afectos a la retroacción de aquélla. Por esto se califican de condicionales tales actos, porque dependen, en sus efectos, del hecho futuro de la división.

Confirman la doctrina de este artículo el 490 del Código Civil, y más concretamente a la comunidad hereditaria, el número 12 del 164 del Reglamento Hipotecario y la Sentencia de 4 de abril de 1905.

e) Los artículos 440, 657, 661, 784, 881 y 989 del Código Civil, coincidentes todos en referir al momento de la muerte del causante los efectos todos de la adquisición hereditaria, afirman el criterio retroactivo en materia particional.

f) Si la partición fuera acto traslativo de propiedad, en la que se operara el supuesto cambio o cesión recíproca de partes indivisas, estaría equiparada por nuestra legislación a todo acto traslativo, principalmente cuando afectara a bienes inmuebles, y que no es así lo prueban los artículos 59 y 317, 164 y 1.060, interpretados por la jurisprudencia, de modo que ni el padre o madre necesita autorización judicial, ni el emancipado y habilitado de edad el cumplimiento de los artículos 59 y 317 (1).

En cambio, cuando no se trata de actos puramente particionales, sino de adjudicaciones en pago o para pago a extraños, por envolver entonces un acto traslativo o de enajenación, necesitan los padres y los menores emancipados cumplir las formalidades exigidas por dichos preceptos (2).

También el artículo 1.057, con la interpretación que la jurisprudencia ha dado a sus palabras, «... la *simple facultad* de hacer la partición... », conduce a la afirmación de los efectos declarativos de la partición, pues únicamente está facultado para realizar actos meramente particionales y no de traslación, como son las adjudicaciones a extraños en pago o para pago, pues, según la Resolución de 10 de enero de 1919, la adjudicación en pago es una enajenación por causa onerosa y por la que una finca es transferida de un patrimonio hereditario a una persona extraña, y, por lo tanto, no puede el acto reputarse de partición, por no tener por inmediata y directa finalidad *hacer cesar la indivisión* creada por la pluralidad de herederos, ni descansa sobre las *facultades declarativas, de efectos retroactivos*, que al contador competen. De ejecutivas y pericia-

(1) Resoluciones de 4 de noviembre de 1896, 7 de enero de 1907, 30 de enero de 1911, 1 de julio de 1916 y 28 de mayo de 1917.

(2) Sentencias de 1 de abril de 1899, 30 de septiembre de 1905, 31 de mayo de 1909, 22 de enero de 1916 y 1 de octubre de 1921, y Resoluciones de 10 de septiembre de 1881, 9 de febrero de 1887, 26 de diciembre de 1893 y 24 de noviembre de 1898.

les, tanto como *declarativas*, considera la Resolución de 23 de julio de 1925 las funciones del contador (1).

g) La legislación del Impuesto de Derechos Reales, íntimamente ligada con el Derecho privado, teniendo que acomodarse a ella y pudiendo considerarse, en muchos casos, como su interpretación auténtica, viene a corroborar el carácter no traslativo de la partición. Así, la partición de herencia, como tal, no es acto sujeto al impuesto, porque siendo éste un tributo sobre transmisiones de bienes, no ve transmisión alguna en el acto meramente particional y no sólo ni en el artículo 2.º de la Ley de 28 de febrero de 1927, ni en el 5.º de su Reglamento de 26 de marzo de igual año, ni en la tarifa, se comprende el concepto partición, sino que el párrafo 27 del artículo 19 del Reglamento la excluye del impuesto, no como exención, sino como un caso de no sujeción. En cambio, cuando no se trata de un acto verdaderamente particional, lo sujeta al impuesto. Así sucede cuando se adjudica al heredero bienes que exceden del importe de su haber, pues entonces sujeta a tributación el exceso adjudicado (2), excepto en los casos previstos en los artículos 1.056 y 1.062 del Código Civil.

Por supuesto que las adjudicaciones en pago o para pago a extraños están sujetas al impuesto.

h) Que un estudio serio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo conduce a tener por declarativas las particiones hereditarias en nuestro Derecho, pues si bien las Sentencias dichas de 11 de junio de 1897 y 29 de enero de 1916 declaran que es traslativa, dichas decisiones no hacen más que exponer en un Considerando la doctrina repetida de que la partición es traslativa, según la Ley 1.ª, título XV, de la Partida sexta, aplicándola, en la primera, en un caso de prescripción, y rechazando su aplicación en la segunda, sin penetrar en ambas, por razones del planteamiento del recurso, en el fondo de nuestro problema.

En cambio, el Supremo, en Sentencia de 18 de noviembre de 1879, declaró que la facultad de hipotecar no legitima la hipoteca de parte fija y determinada de un inmueble que el condómino designe a su arbitrio, sino la de aquello que le pueda pertenecer luego que se haga la división, acto que es el verdaderamente declarativo de la propiedad en favor de

(1) Respecto a las adjudicaciones en pago del haber hereditario a un coheredero de todos los bienes, con la obligación de satisfacer a los otros su parte en metálico, la Resolución de 10 de enero de 1903 la estima como enajenación. No obstante, la de 23 de julio de 1925, en un caso excepcional, resuelve lo contrario. El artículo 1.056 del Código Civil lo considera este caso como un supuesto de mera partición.

(2) Art. 6.º, pár. XIV; art. 9.º, pár. VIII; art. 24, pár. X, del Reglamento del Impuesto. La Sentencia del Supremo de 13 de diciembre de 1922 confirma esta doctrina

cada partícipe y que el testamento—dice la Sentencia de 31 de enero de 1903—constituye, por sí solo, título traslativo del dominio, sin necesidad de que para esta transmisión se otorgue escritura de partición de bienes, la cual sólo es necesaria para poner término a la comunidad inherente a la indivisión.

También las Sentencias de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 7 de mayo de 1924, etc., al negar a cada coheredero derecho específico, cierto y efectivo sobre bienes singulares de la herencia, ni en cuotas de los mismos, vienen a corroborar nuestra tesis, pues inutilizan la premisa base de la conclusión traslativa del cambio de partes indivisas.

i) Ni del artículo 1.068 puede deducirse que, según el Código, la partición sea traslativa, ni tampoco de la citada Ley de Partidas (1), pues además de que de esta última no se deduce tal solución, el término opuesto a la palabra *exclusiva* de aquél no es necesariamente el concepto de coparticipación, sino que puede también ser la noción de un estado de limitación, restricción o comprensión recíproca que la partición resuelve, y que si bien establece el artículo 1.069 la evicción y saneamiento en la participación, esto no atribuye naturaleza traslativa, pues no tiene otra finalidad que mantener la proporcionalidad de las cuotas, y por esto, al sufrir un lote una evicción, la igualdad o exactitud que debe reinar en la partición está perturbada, dice POTHIER (2), y es preciso restablecerla. Por esto, los autores extranjeros consideran el caso como una *garantía de cuota*. Además, el que las legislaciones de sistema declarativo, y principalmente el Código francés, la admitan (art. 884), prueba que siempre procede en la partición, independientemente de que ésta sea traslativa o declarativa. Así lo estima MANRESA (3), al decir que es indiferente para la procedencia del saneamiento en caso de evicción que la partición se considere traslativa de propiedad o simplemente declarativa.

j) Los partidarios de la teoría traslativa, al conceder exagerada importancia al papel del coheredero durante la indivisión, llegan a atribuirle el doble carácter de causahabiente en la indivisión y de transferente y adquirente en la partición, y aparte que esto es inadmisibile a todas luces, y sería, de suceder así, pródigo en sorpresas e insospechadas consecuencias, es preciso hacer constar que el período de indivisión constituye un estado incidental y transitorio, una situación jurídica excepcional, aniquilable por la retroacción de la partición, de modo que hasta del tracto sucesivo hipotecario se puede prescindir, sin que haya solución

(1) «Partición, es departimiento que fazen los omes entre sí de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra razón . . e tienese cada uno por pagado con su parte . . .», ley 1.ª, tít. XV, part. 6.ª

(2) *Successions*, cap. IV, pár. III del art. 5.º

(3) *Successions*, tomo VII, pág. 712.

de continuidad, y que no sólo el asiento del derecho hereditario, al inscribirse la adjudicación particional, queda al aire y sin virtualidad, sino que cabe, y generalmente así sucede, que el título hereditario y la partición acudan simultáneamente, provocando una inscripción única y directa del causante al coheredero adjudicatario, sin traducirse en los libros hipotecarios aquella situación de indivisión o comunidad hereditaria.

k) Las vacilaciones y contradicciones de algunos autores patrios, que al tratar este punto, después de considerar nuestra partición de efectos traslativos consideran, como MUCIUS SCAEVOLA (1), nuestro artículo 1.068 análogo al 883 del Código francés y al 1.034 italiano; o como MANRESA (2), hallan en el artículo 450, a su modo de ver de efectos declarativos, la confirmación del artículo 1.068, según él de doctrina traslativa; o como Covián (3), añaden que acaso pueda afirmarse que en sustancia, aun dado nuestro sistema, la partición sea declarativa de la propiedad, al menos por lo tocante a los efectos que produce en relación a terceros, llegando a dudar hasta que los romanos siguieran la teoría traslativa; o siguen a SÁNCHEZ ROMÁN (4), para el cual también la partición es un procedimiento jurídico, un medio de delimitación y ejecución del tránsito jurídico de la personalidad patrimonial del difunto a los herederos, constituyendo el conjunto ordenado de operaciones particionales, el acto traslativo y declarativo y justo título de adquisición para todos los efectos de derecho, y como VALVERDE (5), ven en el artículo 450 del Código la solución declarativa en la partición de una cosa común, si bien concretamente no se refiere a la comunidad hereditaria.

Estas dudas, así como la jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo y hasta la opinión ahogada de TREBACIO en el Derecho Romano, son prueba del poco sostén de la teoría traslativa.

* * *

Consideramos suficientemente demostrada la posibilidad de construir en nuestra legislación civil una teoría declarativa de los efectos generales de la partición hereditaria, no concibiéndose cómo a pesar de los artículos 450, 657 y 989 del Código Civil, y con tanto imitar al Código Napoleón y al italiano, no hubieran trasladado, en su articulado (de no tomar otra fórmula más técnica), el artículo 883 del Código francés, sino por una de tantas inconsecuencias en que nuestros codificadores incurrieron.

RAMÓN M. ROCA SASTRE

(1) *Ob. cit.*, tomo XVIII, págs. 51 y 68.

(2) *Ob. cit.*, tomo IV, pág. 242.

(3) *Ob. cit.*, tomo XIV, pág. 374.

(4) *Ob. cit.*, tomo VI, págs. 1922 y 1923.

(5) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 238.

III. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL

1949, págs. 137-171 y 217-257

Este trabajo de NÚÑEZ LAGOS, que fue la Memoria presentada al Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires 1949), ha tenido merecidamente una honda repercusión en muchos puntos. En él se estudian de una manera magistral los diferentes tipos de Registro inmobiliario, así como la evolución de nuestro Derecho y las influencias que éste ha experimentado de otras legislaciones. Donde su trascendencia parece mayor quizá sea en la cuestión de la unidad o dualidad del tercero protegido por la Ley Hipotecaria. Sus conclusiones, en gran medida aceptadas por la mayor parte de la doctrina, han suscitado una importante polémica. Aunque autores anteriores llegaban a resultados parecidos, es mérito de NÚÑEZ LAGOS haber puesto de manifiesto la tesis de la distinción del tercero del artículo 32 y el del artículo 34, de modo que se ha podido decir por LACRUZ («Derecho Inmobiliario», Barcelona 1967, pág. 213) que en un examen genético tal distinción es sencillamente indiscutible. De entre las múltiples páginas que podrían figurar en la antología elegimos precisamente aquellas en que plasma de una manera perfectamente clara la que se ha dado en llamar «tesis dualista».

LOS CONCEPTOS DE PUBLICIDAD Y TERCERO EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

Hemos visto cómo estos registros obedecen a la historia del «prior tempore». . La «publicidad» quiere evitar la clandestinidad, abolir los gravámenes ocultos. El registro es el órgano de notificación por excelencia. La publicidad es una notificación *urbi et orbe, erga omnes*. Pero el

«principio de publicidad» es algo más que un aparato de consulta e información: es una regla jurídica: lo inscrito perjudica a todo el mundo; *nadie puede alegar ignorancia de lo que consta en el Registro* (1). Hay una trasposición de ideas desde el campo de la promulgación y publicación de las leyes.

I. A este sistema respondía en España:

A) El anteproyecto Luzuriaga de 1851:

«Artículo 1.858. Ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto *contra tercero*, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público.»

«Artículo 1.786. La hipoteca... solamente desde la inscripción surte efecto *contra tercero*.»

B) El artículo 24 de la Ley de 1861 (25 de la Ley de 1909), hoy desaparecido:

«Los títulos inscritos surtirán su efecto aun *contra* los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común.» (Estos acreedores tenían prioridad sobre los hipotecarios en la legislación de Castilla: la inscripción no podía dejar de afectarlos, si actuaba *contra* todos.)

(1) Lo encontramos formulado en: Baviera, Ley de 1.º de junio de 1822: «25. Por consecuencia de esta publicidad de los Registros, todo lo que se haga sobre la fe de la inscripción y sin fraude, debe producir en Derecho e hipotecariamente todos los efectos conforme a estas inscripciones. Nadie se puede prevaler de su ignorancia de aquello que está contenido en los Registros. Quien se crea lesionado, no tendrá más que un derecho personal de demanda por daños y perjuicios contra quien en Derecho proceda». En Sajonia, Ley de 6 de noviembre de 1843: «22. Todo acto de buena fe consecuencia de la existencia de las inscripciones produce sus efectos legales. Nadie puede pretextar ignorancia de lo inscrito en el Registro».

Y esto no derivaba de que el Registro por su publicidad formal fuera conocido de hecho. Precisamente en las legislaciones germánicas estaba restringido el acceso del público a los libros. Así, Baviera, Ley citada: «24. Todo propietario de un inmueble, todo acreedor inscrito sobre este inmueble y todo interesado *que justifique sus títulos* pueden pedir manifestación de los Registros en lo que concierne a su interés, y tienen el derecho de obtener copia legalizada». «Ninguna otra persona podrá pedir esta comunicación a no ser que estuviere autorizada por el propietario.» Sajonia, Ley citada: «21. Todo propietario, acreedor inscrito u otro interesado puede tomar comunicación de los Registros, en cuanto a la parte que le concierne, y podrá hacerse expedir certificaciones; toda otra persona debe ser autorizada por el propietario». Y la Ordenanza prusiana de 20 de diciembre de 1783, artículo 72 del título primero, decía: «queda prohibido manifestar estos libros o permitir su inspección a persona que no sea el propietario del fundo, o esté autorizada por éste, o en virtud de orden del Tribunal». «74. Los Tribunales, sin excepción, no permitirán la manifestación de los asientos o la investigación en sus libros. En todo caso, examinarán si el requirente tiene un verdadero derecho o un interés fundado para hacer estas averiguaciones.»

C) El artículo 25 de la Ley de 1861, desaparecido en la de 1909:
«Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto a tercero sino desde la fecha de la inscripción.»

D) El derogado artículo 27 de la Ley de 1909:

«Se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.» Se inscribe el acto o contrato. El tercero no entra en el Registro. El artículo 27 aparecía en la Ley de 1861 entre los 26 y 28 consagrados a la prioridad, y en un borrador de los redactores de la ley forma, con el 24 (25), un mismo artículo.

II. A este sistema todavía obedecen:

A) Los artículos 1.218, 1.219 y 1.227 del Código Civil:

«Artículo 1.218. Los documentos públicos hacen prueba, aun *contra tercero*...»

«Artículo 1.219. Las escrituras públicas hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados sólo producirán efecto *contra tercero*...»

«Artículo 1.227. La fecha de un documento privado no se contará respecto de tercero...»

B) El artículo 26 del Código de Comercio (Registro Mercantil):

«Artículo 26. Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en *perjuicio de tercero*...»

Se origina así, en torno del principio de prioridad, toda una escala de valores entre documentos y un concepto del tercero. Es tercero el que no ha intervenido en un acto o contrato inscrito (*tertius non agens*).

Las partes en toda relación jurídica son dos sujetos, con dos posiciones procesales o civiles contradictorias. Desde una posición se ataca, hay derecho o acción. Desde la otra, hay defensa, oposición, objeción, excepción. La contradicción sitúa a ambos sujetos frente a frente, como dos extremos de una línea recta. A esta recta *inter partes* la llamo relación jurídica determinante, porque determina al tercero, al mismo tiempo que lo excluye.

Al margen de esta relación jurídica determinante quedan los extraños (*Poenitus extraneus*). El extraño puede intervenir *a posteriori* en la relación jurídica determinante, bien al hilo, sumándose a una de las partes (adhesión de contrato; contrato de adhesión; intervención litis consorcial, coadyuvante, etc.), bien de través, cruzando perpendicular u obli-

cuamente la relación determinante. Al sujeto que se conecta colateralmente con la relación jurídica determinante se le llama tercero. La parte está obligada. El extraño, desligado. El tercero, inmediatamente ligado, pero postergado por el *prior creditor*.

El concepto de tercero abarca, pues, tres elementos:

a) Una *relación jurídica determinante*, que por exclusión define al tercero y lo expulsa, pero lo sitúa en la vecindad. El tercero es ajeno, pero es colindante. La exclusión señala un linde diferencial.

b) Una *vinculación colateral* con la relación jurídica determinante. Si, como después veremos, el tercero frente a la *actio in rem* tiene una vinculación *ob rem* con una cosa concreta y determinada—*eadem re*—, el tercero del sistema de la prioridad tiene una conexión genérica al patrimonio del deudor. El tercero es todo acreedor frente a la prenda genérica del patrimonio del deudor. El acreedor por acción real sobre cosa específica entra en el concurso, a veces postergado a hipotecas generales y ocultas, pero preferentes, o a créditos singularmente privilegiados (1). Es más: el mismo propietario tiene en este sistema el nombre y consideración de *acreedor de dominio*.

La relación determinante al ser inscrita toma una preferencia. El sujeto activo de esta preferencia es el *prius*. Es el *prior creditor*, envuelto en un envase *documental* inscrito. El principio de prioridad (en el concurso, primero; en los registros, después) enlaza y trama, ordena y enfila a todos los acreedores, ajenos al documento del *prior creditor* (tercero documental, *tertius non agens*) y ajenos al Registro, pero con acciones vivas contra el patrimonio del deudor. Todos estos terceros son *externos* al Registro, circunyacentes, conectados al patrimonio del deudor, pero situados radialmente en torno del *prior creditor* inscrito, a la espera de un residuo patrimonial, o del triunfo de una tercería. En la fauna de acreedores, el tercero externo es un ejemplar inferior. El Registro existe para desgracia común de los terceros circunyacentes. El tercero, para el Registro, es forastero. El tercero del sistema de la prioridad es un tercero perirregistral.

A este tercero, externo y peritabular, lo he llamado, de pasada, tercero documental. No obstante la inscripción, el *documento* y su fecha auténtica juegan un papel importante.

En primer lugar, como sucede en la legislación argentina (art. 3.137 del Código Civil) y en muchas legislaciones—no en la española—, quien inscribe dentro de plazo retrotrae los efectos a la fecha auténtica del documento.

(1) Los singularmente privilegiados tenían preferencia sobre las hipotecas. Véase MANRIQUE y MARICHALAR (*Recitaciones*, IV, págs. 634 y sigs.).

En segundo lugar, puede ocurrir, y debe ocurrir en muchos casos, que ese tercero externo traspase el umbral del Registro. No por eso se convierte en tercero interno, ni su situación cambia. Porque su situación de tercero se refería al *prior creditor*, a la relación jurídica en que éste era sujeto activo, al documento en que esta situación se contenía. Al inscribir el segundo acreedor, se convertirá en *prior creditor* frente a los no inscritos; pero frente al anterior *prior creditor* tiene la misma situación postergada, porque está tan excluido como al principio del documento anterior inscrito. Mas, por el contrario, si el documento anterior inscrito lo hubiera mencionado, aun sin ser parte y aun sin inscripción, el segundo acreedor tomaba la prioridad desde la inscripción, o desde la fecha del documento precedente (1). Es el mecanismo de las llamadas menciones.

En tercer lugar, el documento auténtico a veces vence a la inscripción. En los Registros de este sistema, en toda su pureza, la compraventa no está sujeta a inscripción. La venta no inscrita transmite la propiedad, que pasa a ser garantía de los acreedores comunes del comprador. Si el vendedor cae en quiebra, aunque sus acreedores inscriban antes que el comprador, serán pospuestos a éste en cuanto llegue el documento auténtico de compraventa, por cuanto los principios de prioridad y publicidad dan preferencia a los actos sujetos a inscripción e inscritos sobre los sujetos a inscripción y no inscritos; pero nunca sobre los actos—como la compraventa—no sujetos a inscripción. El comprador, con la tercería de dominio, vence a los acreedores anteriormente inscritos, pero de fecha posterior al documento gráfico de compraventa (2).

Realmente en este sistema del libro prendario (*Pfandbuchsystem*) no hay verdaderas inscripciones, sino transcripciones. Se transcribían los documentos en su integridad. Modernamente, ni eso: queda depositado uno de los dos ejemplares que se presentan al Registro, al paso que el otro se devuelve al interesado con la nota. Aunque nació el sistema en Alemania, el Código de Napoleón lo generalizó (3).

Este tercero externo, por un sentido traslaticio y vulgar de la palabra publicidad, lleva anexa la idea de *promulgación*. Los derechos nacen interpartes por los contratos. Pero el registro los promulga y los publica

(1) Un eco de ese sistema resonaba en los derogados artículos 7 y 29 de la Ley de 1909.

(2) Esto puede excepcionalmente en España resecpto de los créditos personales, que no están sujetos a inscripción, pero que pueden causar anotación preventiva por medio de un mandamiento de embargo. Quedan vencidos en la tercería frente al título público de dominio no inscrito. (Ver MORELL, respecto artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil)

(3) Sufrió una gran reforma, aunque sin modificar el sistema del tercero externo, por la Ley de 1855.

frente a terceros. Por eso los actos inscritos son oponibles a tercero, perjudican a todos los terceros, y el derecho real se hace verdaderamente *real*, porque, publicado desde el Registro, surte efecto *erga omnes* (1).

La idea de promulgación de las leyes, de «sabad cuantos la presente vieren que...», conectada a un mal interpretado (2) *erga omnes*, ha tenido su paralelo en el concepto del derecho real. Tal vez por esto en Francia ha tenido tanta aceptación la llamada «teoría obligacional del derecho real», la obligación pasiva universal (ROGUIN, MICHAS, PLANIOL, DEMOGUE), el sujeto pasivo colectivo e indeterminado (AZCÁRATE). El derecho real es un agujero rodeado por un deber general de abstención (3) por el deber de los terceros de respetar la situación. Como ha dicho muy bien GONZÁLEZ PALOMINO (pág 35), «no se trata de ningún elemento para caracterizar el derecho subjetivo, sino del concepto de imperatividad de la norma jurídica». Toda ley que reconoce un derecho impone a todos el «non laedere».

Sin embargo, el tercero externo, si bien se examina, no tiene nada que ver con esa obligación pasiva universal, que ante el derecho ajeno, real o personal, no es más que la indiferencia de los espectadores, si están presentes, o la ignorancia de los extraños, si están ausentes. El tercero externo es tercero frente al *prior creditor*. Contra él tendría que entablar la tercería de dominio o de mejor derecho. Pero frente al deudor, frente al propietario responsable *ultra vires*, no es un obligado, sino un exento de esa obligación pasiva universal. La ley le dota de pretensiones contra el deudor siempre, contra el *prior creditor* algunas veces. Esto nos lleva a una tercera nota de todo concepto de tercero.

c) *Relatividad del tercero respecto de la relación jurídica determinante*.—El tercero es un sujeto determinado y definido por la relación jurídica determinante. Esta relación jurídica y el concepto de tercero están en la misma relatividad de sol y sombra. Por eso, el tercero varía de posición al variar la relación jurídica determinante, de igual forma que la sombra cambia de situación topográfica al variar el movimiento aparente del sol. El concepto de tercero es único, pero su posición se define con respecto a una relación jurídica variable. Para saber quién es tercero hay que responder: ¿dónde está la relación jurídica determinan-

(1) Es la concepción francesa. TROPLONG: *De la inscripción*, pág. 312.

Este sistema de Registro no lleva en sí ninguna idea de protección al tercer adquirente de buena fe. Este no tiene frente a los acreedores más defensa que la *purga*, y frente a la acción reivindicatoria ninguna, fuera de la posible usucapión. Para la cual valen los documentos auténticos y no sus transcripciones. Para proteger al tercero de buena fe se ha acudido a la teoría de la apariencia, de escaso éxito jurisprudencial fuera del heredero y del acreedor aparente.

(2) La *actio in re* era ejercitable *erga omnes*, pero era *erga omnes possidentes*.

(3) WINDSCHEID, *Pand I*, núm. 38, nota 3. «El derecho real contiene únicamente prohibiciones.» (*Das dinglich Recht enthält nur Verbote.*)

te? El tercero no puede ser producido en sí mismo, sino desde fuera de sí mismo. El tercero externo, desde la relación jurídica determinante. El tercero interno, desde la *actio in rem*.

En todos los registros del sistema prendario la relación jurídica determinante está dentro del Registro. Los tercero, fuera. La inscripción tiene una eficacia irradiante y centrífuga.

EL TERCERO DEL ARTÍCULO 34

El tercero del artículo 34 es distinto del tercero de los artículos 13 y 32 de la ley. Se pueden diferenciar:

a) Por la relación jurídica determinante.

En los artículos 13 y 32 la relación jurídica determinante es ajena al Registro; en el 13 es además existente de *hecho*, pero sin forma documental; en 32, con forma documental (título). En el artículo 34 la relación jurídica determinante está dentro del Registro, en el asiento precedente al del tercero, tiene forma documental, pero de carácter registral.

b) Por la conexión transversal *ob rem*.

El tercero del artículo 32 está conectado con la cosa *por un título* inscrito, gratuito u oneroso, y es tercero en tanto no sea parte o heredero de parte. No se puede ser tercero a título hereditario. El tercero del artículo 34 está conectado *ob rem* por la *inscripción*, y sólo por la inscripción, y su conexión es únicamente a título oneroso.

c) Por el sujeto determinado.

El tercero del artículo 32 (o del 13) es un tercero civil que inscribe. Como tercero civil es el sujeto pasivo individualmente determinado por su contacto jurídico con la cosa. Sobre dicho sujeto pasivo se hacen efectivas, en ejecución de sentencia, las acciones reales. Las acciones reales perjudican directamente a tercero civil. Salvo que inscriba. Para este tercero el Registro es un burladero. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad. El tercero del artículo 34 es un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su *causante* o *transmitedente*.

El tercero del artículo 32 es el sujeto pasivo, pero directo e inmediato, de una acción confesoria o hipotecaria no inscrita, y su cualidad de tercero es una excepción procesal. El tercero del artículo 34 no es sujeto pasivo de la acción, pues la acción de nulidad o resolución va di-

rigida contra su *causante* y su cualidad de tercero no es propiamente una excepción, sino una objeción. Contra el tercero del artículo 32 hay acción. Es tercero civil, pero no procesal. Procesalmente puede ser parte. Contra el tercero del artículo 34 no hay acción extrarregistral ninguna. La acción tiene que estar basada en causas expresas en el Registro. O, por el contrario, la acción tiene por objeto destruir su cualidad de tercero, discutiendo la naturaleza de su título (oneroso o lucrativo) o su buena fe.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS

DUALIDAD LEGISLATIVA DE NUESTRO REGIMEN INMOBILIARIO

1950, págs. 625-643

Este trabajo fue el tema de una conferencia pronunciada por DE LA RICA en la IV Semana Notarial de Santander y se publicó en la Revista en forma de recensión o síntesis hecha por el mismo autor. Posteriormente fue publicado en los Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo VII, que vio la luz en 1953, y no difiere sustancialmente del publicado en la REVISTA CRÍTICA.

El trabajo reviste una gran importancia por los temas abordados y las conclusiones a que llega el autor. Con su claridad habitual, examina cuestiones tan fundamentales como la génesis y finalidad de nuestra legislación hipotecaria, las relaciones entre la Ley Hipotecaria y el Código Civil, la doctrina del título y el modo y su relación con la propiedad inscrita, así como el carácter del Registro español. DE LA RICA llega a resultados precisos, defendiendo la dualidad de régimen de la propiedad inmobiliaria, según se halle o no inscrita. Se trata fundamentalmente de resolver el problema de la relación entre tradición e inscripción, y DE LA RICA lo hace valientemente y sin rodeos, atacando la cuestión en sus raíces. Por su trascendencia recogemos las páginas que contienen sus conclusiones, siempre presentes en la discusión de estos básicos problemas.

9. *Conclusiones.*—Los resultados que lógicamente se deducen de cuanto queda expuesto revisten indudable importancia y merecen ser compendiados con toda claridad, a fin de que sean fácilmente comprendidos; y quiera Dios, para bien de nuestro sistema—que tanto necesita de la afección y simpatía judicial—, que contribuyan a restablecer, en la doctrina y en la jurisprudencia, los conceptos relativos al tráfico de inmuebles inscritos en sus propios y auténticos términos, esto es, en los que fueron concebidos por aquellos insignes legisladores que a mediados

de la pasada centuria hicieron la más grande revolución legal de nuestro Derecho civil.

Son estos resultados:

1.º Es indudable que existe en nuestra legislación una efectiva dualidad de regulación de la propiedad inmueble, según ésta se halle o no inscrita en el Registro de la Propiedad.

2.º La Ley fundamental que rige la propiedad inmueble inscrita es la Hipotecaria. El Código Civil actúa, en cuanto a ella, sólo como subsidiario para suplir sus deficiencias y para normar las relaciones *inter partes*.

3.º La anticuada teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia normativa por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y derechos reales inscritos, por ser inconciliable e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria.

4.º La legislación hipotecaria está pensada y redactada totalmente de espaldas a la doctrina de la tradición, considerada como elemento indispensable para la constitución eficaz del derecho real *erga omnes*.

5.º El mismo Código Civil, respetuoso con la legislación especial hipotecaria, ratifica el pensamiento central de ésta y prescinde de la tradición cuando ésta se enfrenta con la inscripción en el Registro.

6.º La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito.

7.º La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente, la ignora. Se inscriben los títulos jurídicos (actos causales) configurados con arreglo a la legalidad objetiva, una vez justificada la preexistencia de titularidad en el transferente, sin exigir justificación de la tradición real. Nos basta y sobra con la ficción de la instrumental.

8.º Finalmente, *inter partes*, aun tratándose de bienes inscritos, la tradición ha de estimarse necesaria para que el derecho real ingrese en el patrimonio de la parte adquirente, en el tiempo que media entre el otorgamiento del título transmisivo y su inscripción; pero una vez inscrito, la falta de tradición es irrelevante, según la jurisprudencia, entre las partes, pues el adquirente sucede en la titularidad al transferente y puede reclamar de éste la efectividad de la tradición, lo mismo que puede ejercitar su derecho dominial *erga omnes*.

NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

1949, págs. 575-586

La doctrina al tratar este discutido problema suele pronunciarse en favor del carácter de jurisdicción voluntaria del procedimiento registral. No obstante, las opiniones no son unánimes, y buena muestra de ello es el trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ, decidido partidario del carácter administrativo de la función registral. Esta posición ha obtenido algún eco en la doctrina; así, LÓPEZ MEDEL sigue el criterio de GONZÁLEZ PÉREZ, y hay que reconocer que el procedimiento registral no encaja en la definición legal de la jurisdicción voluntaria, así como que el problema está, naturalmente, en dependencia del concepto que se tenga de la jurisdicción voluntaria.

III

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y LA JURISDICCION VOLUNTARIA

1. Viendo la doctrina que la función calificadora no encajaba dentro de los caracteres típicos de la función jurisdiccional, la consideraron como actividad típica de jurisdicción voluntaria; en consecuencia, el procedimiento registral era un auténtico procedimiento de jurisdicción voluntaria. El argumento fundamental de los partidarios de esta tendencia —que ha llegado a ser actualmente la dominante, y acogida por la Dirección General en sus Resoluciones— es el de que en el «procedimiento hipotecario» no existe controversia entre partes, sino una mera petición, sobre la que recaía el juicio del Registrador en cuanto a su legalidad. Desde el punto de vista de la técnica procesal, la terminología no podía ser en ocasiones más defectuosa, no ya sólo entre los primeros autores que apuntan esta dirección, sino incluso en la moderna doctrina hipote-

caria (1), encontrándose frecuentemente la afirmación de que el Registrador es un auténtico Juez, conservador de la propiedad inmobiliaria (2).

2. Para ver hasta qué punto es admisible esta posición es necesario que nos enfrentemos con el concepto y naturaleza de la jurisdicción voluntaria. Aunque existe diversidad de opiniones, la tendencia dominante actual es considerar que no se trata de una auténtica actividad procesal; esto es, jurisdiccional, sino de una auténtica actividad administrativa (3), siendo la nota específica que diferencia esta actividad de las restantes administrativas el referirse al Derecho privado; de aquí que se haya criticado la denominación en su primer término, así como también en el segundo, en cuanto que no siempre es voluntaria. Pero no todos siguen este criterio amplio de considerar jurisdicción voluntaria toda administración de Derecho privado (4), sino que se ha restringido el concepto no ya en función de un grupo específico de actos, sino en función del órgano que realiza tal actividad, considerando jurisdicción voluntaria la actividad administrativa que se confía a órganos jurisdiccionales (5). Esto supuesto, es indudable que en su primera acepción no habría inconveniente en considerar a la función calificadora como típica de la llamada jurisdicción voluntaria, en cuanto que—como veremos a continuación—se trata de actividad administrativa que se refiere al Derecho privado. Pero si consideramos jurisdicción voluntaria únicamente a la actividad administrativa realizada por órganos jurisdiccionales, es improcedente atribuir tal carácter a la función calificadora, en cuanto que se realiza por órganos administrativos (6).

(1) Así, en la obra de BERAUD y LEZÓN—que indudablemente pueden incluirse en este grupo—se encuentra la afirmación de que estamos ante un *proceso verbal en modo alguno contradictorio*, en *Tratado de Derecho Inmobiliario*, 1927, t. II, páginas 24 y 29, sobre todo.

(2) Como muestra de la talla de los autores que mantienen esta postura, baste citar los nombres de JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Principios hipotecarios*, página 275, y *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. I, 1948, pág. 434; COSSÍO: *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, págs. 44 y sigs., y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1948, t. II, págs. 11 y sigs.

(3) No obstante, ha mantenido recientemente la naturaleza jurisdiccional ALVAREZ CASTELLANOS, en 1945, en la *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3.

(4) En este sentido, KISCH—opinión que recoge CASTÁN en *ob. cit.*—, que considera como objeto de jurisdicción voluntaria «proteger y asegurar los derechos de los particulares, vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma o intervenir en la creación y en el ejercicio o liquidación de derechos y relaciones jurídicas», en *Elementos de Derecho procesal civil* (trad. de Prieto Castro), 1932, págs. 34 y sigs.

(5) GUASP: *Comentarios*, cit., I, pág. 278.

(6) Sobre la razón de que tal grupo de actividad se atribuyese en un principio a órganos jurisdiccionales, véase GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, t. I, 1948, págs. 76 y sigs.

IV

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y LA FUNCION ADMINISTRATIVA

1. La función registral es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública. Esta finalidad pública, que nos diferencia a la función registral de las restantes funciones administrativas, es la publicidad. Y dentro de las funciones registrales, la publicidad inmobiliaria será el objeto que nos diferencia el Registro de la Propiedad (arts. 1.º y 2.º de la L. H.). Ahora bien: no siempre ha sido la publicidad uno de los fines que el Estado había de realizar, sino que fue asumida por el Estado ante la convicción de que era una exigencia comunitaria asegurar el tráfico jurídico de la propiedad inmobiliaria, organizando los medios más idóneos para su realización. Se consideró que la seguridad de tal tráfico jurídico era un fin de interés general, que debía realizarse a través de la correspondiente función administrativa. Es cierto que la función registral exige una petición por parte del particular, no pudiendo realizarse de oficio por el Registrador (principio de rogación); pero esto no permite en modo alguno asimilar tal función a las jurisdiccionales, pues que, como vimos, el concepto de pretensión y el de petición de inscripción son distintos (1). Tal principio de rogación viene impuesto por la consideración de que la protección que el Registro confiere debe dispensarse a aquella persona a quien convenga la misma, si bien el Derecho va haciendo por diversos medios que el particular tenga que acudir al Registro casi siempre que se dé uno de los actos previstos por el Ordenamiento hipotecario, ante los efectos que para él supone el no inscribir, por la extensión que va teniendo la inscripción constitutiva.

2. Los procedimientos administrativos han sido objeto de muchos criterios de clasificación. Uno de los más extendidos es el que lo hace en razón a la finalidad (2): con arreglo a este criterio, el procedimiento

(1) «La calificación en su fondo no representa más que la resolución del Estado contra un particular que pretende, mediante la inscripción, adquirir unos derechos que el Estado le garantiza.» ARAGONÉS y CARSI, en *Compendio de legislación hipotecaria*, 1909, pág. 28, que defiende el carácter administrativo de la función calificadora. También le defendió en las distintas ediciones de sus *Comentarios*. CAMPUZANO: *Elementos de Derecho Hipotecario* (Notarias), 1931, pág. 35, *Nociones de legislación hipotecaria* (Abogados del Estado), 1934, pág. 197; *Principios generales de Derecho Inmobiliario y legislación hipotecaria* (Registros), 1941, página 244.

(2) Una clasificación de los procedimientos administrativos puede verse en ROYO VILLANOVA (A. y S.): *Elementos de Derecho Administrativo*, 21.ª edición, tomo II, págs. 858 y sigs.

registral es un procedimiento administrativo ordinario o de gestión—no de reclamación, sancionador o ejecutivo—, ya que está encaminado a la realización de los actos administrativos en que encarna la normal actividad de la Administración (1). Y dentro de estos procedimientos estará dentro del grupo correspondiente, según el criterio adoptado en la clasificación de la parte especial relativa a la materia administrativa, dominando la dirección, que le incluye dentro de aquellos procedimientos, a través de los cuales se realiza la función administrativa que tiende a asegurar el orden jurídico, garantizando los derechos privados del ciudadano (2).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(1) BALLBE resalta, a los efectos de enfocar acertadamente la naturaleza de la función registral, los actos administrativos de admisión, en *Sistema del Derecho Administrativo*, Barcelona, 1947, pág. 10.

(2) Puede verse PRESUTTI: *Principii fondamentali di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1903, págs. 286 y sigs.; ROYO VILLANOVA (A. y S.): *Elementos*, citado, t. I, págs. 352 y sigs., y BALLBE: *Sistemática*, cit., que considera la función registral dentro del grupo que llama funciones legitimadoras junto de la función autenticadora—dentro de la cual está la función notarial—, en págs. 72 y sigs.

APUNTES SOBRE LA ANOTACION PREVENTIVA EN EL DERECHO HIPOTECARIO ESPAÑOL

1933, págs. 196, 282, 425 y 529

Este trabajo vino a llenar el vacío existente en la doctrina acerca de las anotaciones preventivas en nuestro Derecho. Quizá lo más importante de él sea precisamente haber abierto brecha en el estudio de esta figura, junto con su clasificación de las anotaciones por su función, en anotaciones de publicidad y de constitución, que introducida por este autor se mantiene todavía hoy en la doctrina y es considerada por algunos como la más importante y acertada (CHICO-BONILLA II, pág. 216).

Pero hasta ahora hemos dicho bien poco. Precisa preguntarse: ¿cuáles son estas relaciones y qué configuración revisten? ¿En qué sentido actúan los efectos de la anotación?

Conviene partir del estudio de ciertas relaciones de carácter real. Si un derecho real aparece revestido de todos los supuestos registrales de la inscripción, evidentemente no hay problema. Pero éste surge al faltar alguno, de tal naturaleza que la omisión pueda ser subsanada fácilmente. No siendo posible la entrada actual, su inscripción, la efectividad del derecho peligraría por la actuación de la publicidad material en su forma negativa (lo que no consta en el Registro es como si no existiese en la realidad). La ordenación jurídica—función protectora—no puede cerrar los ojos a tal situación, independiente de la voluntad del titular. La anotación suministra una vía normal que concede los beneficios del Registro, aunque subordinándolos a la perfección de la relación protegida.

Este es el primer grupo que encontramos de anotaciones preventivas. En su base hay un derecho real, posible o seguro—civilmente—, al que falta algún supuesto registral. Y los supuestos que pueden faltarle se refieren ya a un elemento objetivo—civil o registral en sentido estricto—

(número 7.º—en cuanto al legatario de cosa inmueble determinada—y número 9.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria); ya a la existencia misma de la relación pendiente de su reconocimiento judicial (números 1.º y 5.º, art. 42, de la Ley Hipotecaria) (1). Se trata en todas ellas de una mera medida de seguridad, cautelar; tienden a evitar que el juego de los principios registrales perjudique una relación posible. Son puras medidas de carácter preventivo. Aparte de los beneficios que a la relación puede aportar la anticipación y garantía de sus posibles efectos registrales, puede decirse que estas anotaciones no aúnan nada sustantivo, independiente de la relación anotada. En esto se distinguen del grupo que vamos a exponer ahora.

* * *

De la finalidad del Registro, antes expuesta, derivaría como consecuencia primera la de que en principio sólo los derechos de naturaleza real debiesen hallar acogida en él. Y esto no sólo en punto a inscripciones, sino también en materia de anotaciones preventivas. En esta primera e inicial consideración sólo podrían ser anotables aquellas relaciones de carácter real que no pudiesen entrar en el Registro en vía normal, según los criterios antes expuestos. Este concepto es, a todas luces, insuficiente. Procuremos completarlo.

Según él, los derechos de crédito no son susceptibles de entrar en el Registro, en su forma originaria, como obligaciones de dar, hacer o no hacer. Esto es evidente: así formulados, con incumplimiento que se resuelve en una mera obligación de resarcir, no pueden interesar al mecanismo del Registro.

Sin embargo, por razones de tutela preventiva o garantía final, la ley interviene en ciertos casos aunando a la obligación—que como tal queda fuera del Registro—una serie de efectos jurídicos independientes, extraños a la configuración y a la esencia de la relación obligatoria. La ley interviene directamente reforzando un puro derecho de crédito mediante la adición—en ciertas circunstancias—de un efecto sustantivo. Tenemos este caso, por ejemplo, cuando la ley concreta la garantía general que al acreedor ofrecen los bienes todos del deudor (art. 1.911 del Código Civil) en un bien determinado; cuando garantiza el cumplimiento de una obligación de dar ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de la cosa debida; cuando concede al acreedor refaccionario un

(1) La del número 5.º entra también aquí, aunque en ella se trate de una declaración sobre capacidad: el sistema de la Ley Hipotecaria le hace incidir en este sitio.

derecho de garantía especial, derivado de la ley, sustantivo, independiente de la construcción obligatoria del crédito de préstamo refaccionario. En todos estos casos hay, por decirlo así, una especie de novación del derecho de obligación originario, mediante la adición de un efecto real determinado que va desde la concesión de una expectación del inmueble (para los créditos de cosa) hasta un derecho accesorio de garantía (obligaciones de numerario), que, según los casos, se acerca más o menos al derecho de hipoteca, hasta llegar en algún caso a coincidir sustancialmente con él (refacción). Dentro de este grupo caen los números 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º (para el legatario de género) y 8.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

Y nótese bien que, así como en las anotaciones del primer grupo, lo que se anota es directamente la relación básica (derecho real o incapacidad), en las segundas, por tener en su base siempre un derecho de crédito, lo anotado no es la relación básica, sino en puridad la garantía accesorio de carácter real que la ley aúna al derecho. Sólo en razón de este refuerzo legal es posible su entrada en el Registro. Porque directamente sólo gozan de su protección las relaciones jurídicas de carácter real.



Esta es, por tanto, la clasificación fundamental que procede hacer de nuestras anotaciones preventivas. Ambos grupos presentan características de fondo tales que impiden toda confusión. Y no se trata de una mera distinción teórica de escaso interés. Porque la diversa naturaleza de cada uno implica toda una serie de consecuencias prácticas que se ponen de relieve, principalmente, en materia de conversión de las anotaciones en inscripciones definitivas.

Sintetizando, estos grupos se caracterizan del modo siguiente:

Primer grupo: Finalidad limitada a la publicidad registral. Son medios de carácter *puramente* preventivo. Dejan la relación anotada en el mismo estado civil que antes tenían, sin reforzarla en modo alguno, fuera de los beneficios de la publicidad. Son anotaciones que, frente a las del segundo grupo, tienen por función única *publicar sin constituir*. En su base existe siempre, por exigencia lógica, ya un derecho real, ya una limitación a la capacidad dispositiva, pero nunca un mero derecho de obligación.

Segundo grupo: Se caracteriza por la constitución registral, provisional y subordinada, de un derecho accesorio que viene a reforzar la re-

lación básica. A diferencia de las anteriores, éstas *publican constituyendo* y tienen siempre en su base una relación meramente obligatoria.

Los efectos que la anotación produce en cada grupo se deducen de lo expuesto. Se determinan: *internamente*, en relación al derecho mismo, constituyen una provisional anticipación de efectos mediante una pura medida cautelar, y, además, implican la obtención de una garantía accesorio de carácter real. Y *externamente*, en relación a terceros, son los derivados de la publicidad registral y del juego de los principios del sistema.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS

EN TORNO AL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EN CASO DE REMATE DE INMUEBLES

1945, págs. 153-167

GUASP había publicado en los años anteriores (1941 y 1942, RCDI) un extenso e importante estudio sobre «La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria». En el año 1944, BENEDICTO BLÁZQUEZ se ocupó del tema, haciendo una crítica a algunas de las opiniones de GUASP, que a su vez contestó a BLÁZQUEZ en este artículo, centrándose en algunos puntos, de entre los que parece de especial interés el problema de la «subrogación» en la deuda garantizada con hipotecas preferentes. GUASP defiende la postura ya sostenida por don JERÓNIMO en 1929 («La memoria de este año», en la misma REVISTA CRÍTICA), y que hoy acepta la mayor parte de la doctrina.

GUASP centra su argumentación en la consideración de las expresiones subrogación y responsabilidad en sentido no propio, en la necesidad de evitar un enriquecimiento del rematante y en lo innecesario de la declaración del artículo 131, número 8, en otro caso. El importante escollo que para esta interpretación supone el artículo 1.205 del Código Civil lo salva negando la aplicación de las normas civiles a la ejecución procesal.

Pero, dejando a un lado esta interna discrepancia, conviene abordar directamente el fondo del asunto y preguntarse: en el «procedimiento judicial sumario», al adquirir el rematante el inmueble, ¿asume también la deuda del ejecutado? A mi juicio, la tesis afirmativa se impone, no obstante las observaciones de BLÁZQUEZ.

En efecto, la Ley Hipotecaria dice que «el rematante queda subrogado en la responsabilidad». Cualquiera que sea el criterio que haya de mantenerse respecto al concepto técnico de la subrogación, dos observaciones fundamentales en torno a la fórmula legal me parece que

pueden tomarse como punto de partida exento de discusión: primero, que «subrogación» equivale aquí, en una acepción amplia o vulgar del término, a «sustitución», a colocación de algo en el lugar que otra cosa ocupaba primeramente; segundo, que «responsabilidad» no se emplea en sentido estricto como sumisión (*Haftung*) distinta de la deuda (*Schuld*), sino como sinónimo de una situación jurídica pasiva (deuda, carga o responsabilidad). Los términos de la Ley Hipotecaria no están utilizados, pues, en su acepción técnica actual: el propio BLÁZQUEZ reconoce esto respecto de la «subrogación» y no lo niega (nada dice) respecto de la «responsabilidad».

Ahora bien: es evidente que si la ley declara, en todo caso, que algo cambia a consecuencia del remate en la situación jurídica pasiva que antes existía, esto no puede comprenderse sino a condición de entender que cesa la deuda (no sólo la responsabilidad real) del ejecutado y que nace la deuda (además de la responsabilidad real) del adquirente. Pues, en otro caso, no habría sustitución o modificación («subrogación») alguna: la deuda seguiría como antes; la responsabilidad (real), también. El hecho de que el responsable sea no ya el ejecutado, sino el rematante, no altera la responsabilidad (esta responsabilidad), puesto que, antes como ahora, viene determinada por la titularidad de la finca. Cabe preguntar: para establecer que el rematante sustituye al deudor en la responsabilidad real (sólo en dicha responsabilidad), ¿sería necesaria la declaración del artículo 131, regla 8.^a, según la cual ha de expresarse en los anuncios que el adquirente queda subrogado en la responsabilidad de los gravámenes? ¿No sería esto, en tal caso, una superflua aclaración? ¿Qué sentido tendría su inclusión en los anuncios cuando se trata de una consecuencia tan obvia, supuesta la subsistencia de los gravámenes, que nadie podría indudablemente ignorar? Para que haya un cambio en la situación jurídica pasiva es necesario que cambie la deuda y la responsabilidad personal, no simplemente que cambie el gravado por la responsabilidad real lo que es una consecuencia inmediata de la adquisición y no del mandato de la ley. Esto se confirma observando que, en ocasiones, la ley habla no de subrogación en la responsabilidad, sino de subrogación o aceptación de la obligación: así, en el artículo 131, la regla 10.^a dice que el acreedor podrá pedir la adjudicación, aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes .. y subrogándose en la obligación de satisfacerlas, y la regla 13.^a afirma que en el acto de la subasta se hará constar que el rematante acepta las obligaciones consignadas en la regla 8.^a

No resulta discutible que la solución propuesta por BLÁZQUEZ al seguir considerando como deudor y personalmente responsable de las cargas anteriores al ejecutado, lleva en la práctica a soluciones extremada-

mente injustas. La finca era, en el acervo económico del deudor, la parte de patrimonio que compensaba el capital del préstamo recibido. Si dicha finca es expropiada y el capital continúa debiéndose, la situación económica de dicho deudor se altera faltando a toda equidad. Desde luego, será posible concebir, para salvar esta consecuencia inicua, determinados rodeos más o menos eficaces y más o menos viables: el propio BLÁZQUEZ, consciente del enriquecimiento injusto que esto supondría para el rematante, imagina determinadas soluciones, pero declara, más o menos explícitamente, su insuficiencia. Para él, «la verdadera solución estaba antes de la reforma en la consignación del importe». Como la consignación del importe es precisamente el criterio que el nuevo régimen trató fundamentalmente de evitar, se ve claro que negar la «subrogación» en el sistema de extinción de cargas es, si no una *contradictio in re*, por lo menos, una inconsecuencia grave.

Pero al admitir dicha subrogación, ¿no llevará consigo otra inconveniencia mayor al imponer al acreedor el cambio de deudor contra o, por lo menos, sin su consentimiento, vulnerando la prescripción del artículo 1.205 del Código Civil, a tenor del cual la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor? Tal parece ser el argumento de mayor fuerza en contra de la «subrogación»: según dice BLÁZQUEZ, para admitir la «subrogación», «hay el obstáculo de que, según el naturalísimo precepto contenido en el artículo 1.205, sería necesario el consentimiento del acreedor, el cual ni siquiera es citado, sin duda porque su derecho queda asegurado con la subsistencia», y más adelante se añade que «en la obligación no puede ser sustituida la persona del deudor sin consentimiento del acreedor».

Sin embargo, frente a este razonamiento, se pueden oponer importantes contraobjecciones que eliminan el fundamento de la tesis adversaria. En primer lugar, cabría decir que siendo el artículo 1.205 del Código Civil un precepto general y el artículo 131, regla 8.ª, de la Ley Hipotecaria una norma especial (y posterior, aunque esto no sería rigurosamente preciso para su vigencia), no puede esgrimirse contra el mandato de la segunda la prescripción del primero: si la fórmula de la Ley Hipotecaria, «subrogación en la responsabilidad», debe traducirse, como antes se ha defendido, por la de «sustitución en la deuda», nada en contra cabría deducir de disposiciones genéricas del Código Civil que no contemplan particularmente el supuesto actual. Pero sobre todo, es urgente hacer observar la improcedencia de la aplicación de normas del Código Civil a un acto de significación tan genuinamente procesal como lo es la realización forzosa, dominada, como todas las actividades procesales, por principios de Derecho público y no por principios de Derecho privado.

Precisamente cuando expuse en mi ensayo la insuficiencia de las concepciones contractualistas de Derecho privado para explicar la naturaleza jurídica del rematante, estudiaba genéricamente las posibilidades de aplicación de las normas civiles a la ejecución procesal para negarlas de modo expreso. En mi opinión, BLÁZQUEZ ha olvidado esta sencilla verdad: que el Código Civil no es una fuente de Derecho procesal y que sus preceptos, en cuanto preceptos civiles, no se refieren a la actividad procesal ni la vinculan.

Y no cabe decir que el principio de la no subrogación se deriva de tal modo de la equidad o de la naturaleza de las cosas que es innecesaria la invocación del Código Civil. Un Derecho procesal tan adelantado como el alemán regula este punto en el sentido defendido por nosotros, al decir que si subsiste (en el remate) un derecho inmobiliario, porque se incluye en la oferta mínima, sobre el adquirente recae también la responsabilidad personal: § 53 de la *Zwangsversteigerungsgesetz*. Me parece mucho más acertada esta invocación que la que hace BLÁZQUEZ del artículo 508 del nuevo Código procesal civil italiano, por la sencilla razón de que la legislación italiana no sigue en esta materia el principio de la subsistencia, sino el de la liberación de las cargas preferentes (artículos 585 y sigs.): ya se comprende, por tanto, que no hay posibilidades de inspiración en un sistema que parte de premisas absolutamente contrarias a aquellas que imperan en el nuestro.

JAIME GUASP DELGADO

EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EN CASO DE REMATE DE INMUEBLES

1944, págs. 227, 289, 362, 450, 508 y 553

BLÁZQUEZ sostuvo en este interesante artículo una posición muy matizada en el delicado problema de la «subrogación» en la deuda garantizada con hipotecas preferentes. Se trata de una cuestión muy debatida en las páginas de la Revista, como lo prueban los diferentes artículos de GUASP, RUIZ ARTACHO, LÓPEZ TORRES, REZA y, ya en 1929, de don JERÓNIMO.

A juicio de BLÁZQUEZ, el deudor ejecutado no se libera de las obligaciones garantizadas con hipotecas o cargas preferentes. Al acreedor no se le puede imponer el cambio de deudor. Los problemas derivados del pago realizado por el deudor propuso resolverlos mediante la subrogación del mismo en la posición del acreedor en cuanto a la garantía hipotecaria, solución que fue acogida por el Reglamento en su artículo 231. En las páginas que elegimos se muestra bien la preocupación del autor por encontrar soluciones prácticas aceptables para los serios problemas que la subsistencia de las hipotecas preferentes plantea.

8.º Cuando la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria establece (para el procedimiento *sumario*) que el rematante quedará subrogado en la responsabilidad de las cargas y gravámenes preferentes, no se ha adoptado una designación técnica (para ello se necesitaría, entre otras cosas, que el deudor primitivo fuera totalmente sustituido por el nuevo deudor), ni siquiera una designación que coincida con la ya indicada del Código Civil (pues hay el obstáculo de que, según el naturalísimo precepto contenido en el artículo 1.205, sería necesario el consentimiento del acreedor, el cual ni siquiera es citado, sin duda porque su derecho queda asegurado con la «subsistencia», forma ya calificada de «simplista» por don JERÓNIMO GONZÁLEZ). No considero admisible, ni mucho menos, que la «subrogación» a que se refiere la Ley Hipotecaria produzca el efecto de liberar totalmente al primitivo deudor (1). No

(1) En contra, v. Dr. GUASP (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1942). Bien es verdad que no veo determinado claramente si es ésa su opinión concreta

creemos que para llegar a ese efecto liberatorio pueda ser invocado eficazmente el detalle de la regla 8.^a, que, al ser parte de una ley, se entendería que obligaba también al acreedor y que, por tanto, aun a sus espaldas inclusive, produciría efecto contra él. No creemos que el pensamiento de la ley, ni sus palabras, puedan entenderse en ese sentido.

9.º No obstante, se puede hoy decir que al aceptar el rematante (en el procedimiento *sumario*) las dichas responsabilidades, se «subroga» en la obligación de pago de las mismas. Es una subrogación parcial, «en cierto modo», en sentido vulgar, que no por eso se aleja de la significación real de la palabra, con lo cual queda justificado o, por lo menos, explicado el empleo de ésta. Si en el procedimiento sumario el rematante no sólo *acepta* esas responsabilidades de las cargas preferentes, sino que, además, declara que asume la deuda «si la hubiere», es natural que las relaciones entre rematante y deudor se regulen sobre la base de que el deudor primitivo *no debe pagarlas*, sino que debe satisfacerlas al rematante, y a eso llama la Ley Hipotecaria «subrogación de deudor». Insisto en que para el Código no es propiamente «subrogación», porque, según él (y según el sentido natural), no la hay cuando falta el consentimiento de los acreedores: pero hay subrogación parcial, subrogación «en algo».

Apuntando al fondo del asunto, ¿deberá el adquirente responder de la deuda personalmente? Si se ha seguido el procedimiento de apremio, no, a mi juicio. En el procedimiento sumario podría también, en principio, regularse la materia de forma que no responda: la finca, sí, y a través de ello, el adquirente. ... si no la desampara en el momento oportuno, o sea, al reclamársele el pago como tercer poseedor que resulta. Puesto que en la obligación no puede ser sustituida la persona del deudor sin consentimiento del acreedor, y en buena economía jurídica no deben ser hechas otras alteraciones, sino las estrictamente necesarias, y puesto que mediante la venta del inmuebles se toca sólo, en principio, en la relación del dominio de la cosa dada en garantía, es lógico que, también en principio, el rematante al adquirir la finca adquiera sólo las obligaciones que se deriven del título de dominio; esto se llama en nuestro Derecho «quedar en la posición de *tercer poseedor*», con los derechos y obligaciones inherentes a tal calidad: deberá, pues, subsistir la responsabilidad personal real del inmueble, y sólo habrá lugar a la responsabilidad personal del adquirente cuando por no abandonar la finca en cierto momento quiera ya personalmente entrar en la lid, en la contienda a que da lugar la relación real. Ya hemos analizado el caso o su-

respecto a la subrogación expuesta en la regla 8.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, o si se refiere a la subrogación en principio, en términos generales. Da por bueno que la «subrogación» produce ese resultado. Trasplanta el concepto (concepto no bien fijado en la ley, en el Código Civil, y además un poco vago también en las mismas relaciones jurídicas, en el comercio jurídico).

puesto en que el acreedor cobre del deudor primitivo por haber utilizado no la acción real, sino la personal. Aun a riesgo de repetir, es conveniente examinar de nuevo el supuesto, enfocando ya la ventaja de poner remedio mediante la posible subrogación: hemos visto que el riesgo está en que el deudor primitivo pague dos veces. Dentro del vigente sistema de liquidación de cargas (sin cancelación), el daño se podría evitar reconociendo al deudor derecho a subrogarse en la posición del acreedor en cuanto a la garantía hipotecaria, una vez que éste haya dado carta de pago. No está regulado así expresamente en nuestro Derecho; la conveniencia desde el punto de vista del derecho constituyente—máxime si es discutido, como lo será seguramente en nuestro caso—no basta; y en cuanto al derecho positivo, los preceptos «más próximos» en este punto (artículos 1.209 y sigs.) no brindan perspectivas muy halagüeñas; en consecuencia, si el acreedor había cobrado del deudor o no había nada que cobrar y, en consecuencia, cancela la hipoteca, ésta se desvanece, y si la finca ha pasado a poder de un tercero y el rematante ha quedado insolvente, el daño para el ejecutado parece definitivo: ha pagado dos veces (o una, sin deber nada); como paliativo, ya hemos indicado que podría ejercitar las acciones precautorias procedentes, pero esto sólo sería eficaz y sin peligro de costas cuando la insolvencia del adquirente sea manifiesta. La verdadera solución estaba, antes de la reforma, en la consignación del importe. ¿Qué tecla del mecanismo legal se podría mover para conseguir «hoy», después de la reforma, un resultado justo, equivalente, o sea, la indemnidad del deudor ejecutado? Para evitar el enriquecimiento injusto del rematante se vislumbra un derecho en el deudor, una acción con miras a evitar que se esfume aquella garantía real que aseguraba una obligación de él, una obligación que él había de cumplir; pero que, según consta en el Registro, ha sido ya cargada en su cuenta con otro (con el rematante). ¿Podría ser cancelada esa hipoteca a espaldas del deudor? El interés de éste en el asunto es manifiesto, pues si se *cancela* a sus espaldas, puede sufrir perjuicio, no debía cancelarse esa hipoteca sin su consentimiento; esto es así, en teoría, en justicia. Pero de hecho, si el acreedor hipotecario cancela la hipoteca, aunque sea sin la asistencia del deudor primitivo, la cancelación se hace constar en el Registro. Es lo mismo que ocurre—siempre podemos observar este paralelismo—en el caso de *venta extrajudicial*, aun cuando en la escritura de esta venta extrajudicial se diga que el comprador se reserva parte del precio para atender a la responsabilidad hipotecaria; si después cancela el acreedor hipotecario por sí mismo, sin la anuencia del deudor, sin expresar quién es el que ha pagado la obligación, la escritura se inscribe. Esta es la práctica. ¿Es justa? ¿Es legal? Por lo menos, justa no es; pero legal. Nuestro Registro carece con frecuencia de la flexibilidad

necesaria para acoger soluciones simplemente justas; se mueve en forma más rígida, padece ciertos anquilosamientos (no soy partidario, por lo demás, de dar excesiva «holgura» a ese mecanismo); sin embargo, la regulación correcta, expresa, no es difícil.

Para evitar desagradables repercusiones en tales relaciones de Derecho personal resultante es bueno hacer constar en la escritura de cancelación que el importe de la hipoteca ha sido satisfecho por aquel adquirente que se reservó tal cantidad para atender a esta cancelación; es práctica que evita posibles acciones del deudor contra el rematante. No siempre se sigue esa práctica... y no suele pasar nada grave; pero mejor sería que la cosa quedara bien organizada, de modo que por vía de la responsabilidad real misma se resolviera el posible conflicto.

Sin perjuicio, pues, de ulterior análisis, opino que en el procedimiento de apremio el rematante queda sencillamente en la posición de tercer poseedor de la finca hipotecada; el riesgo, que hemos puesto de manifiesto, constituye una laguna del Derecho vigente, tanto para el caso de venta judicial como para el de venta extrajudicial, laguna que sólo tiene solución relativa en el no muy firme campo de las acciones personales. Tratándose de venta extrajudicial, se pueden orientar ya las cosas hacia esos efectos en la escritura misma de compraventa, para lo cual son instrumentos preciosos los artículos 1.124 y 1.506 del Código Civil, convenientemente enlazados con el artículo 37 de la Ley Hipotecaria; casi siempre será posible en estas compraventas extrajudiciales.

Con referencia al procedimiento sumario se ha insinuado ya por algunos que *sería injusto* que a la responsabilidad personal del deudor se agregara la responsabilidad personal del rematante, pues con esto—dicen—el acreedor se ve enriquecido gratuitamente con esa mayor garantía no estipulada. No considero decisiva la argumentación, pues un tal posible enriquecimiento del acreedor viene a resultar siempre en los casos en que el patrimonio del deudor es incrementado; al acreedor sirven no sólo el patrimonio actual del deudor, sino también los aumentos ulteriores; al acreedor aprovechan, en general, todos los derechos que constituyan el patrimonio del deudor hasta que se haga efectivo el crédito. En consecuencia, si por la relación contractual entre el rematante y el deudor puede éste ejercitar acciones contra el primero, es evidente que ello aprovecharía al acreedor, y esto, decimos, no constituye injusticia alguna. Por eso el argumento no es decisivo: parece más rígida aquella otra argumentación basada en la innecesidad jurídica de la subrogación, en la conveniencia de no hacer alteraciones innecesarias.

LA HIPOTECA EN GARANTIA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIODICAS

1946, págs. 217-226

Dentro del mismo tema de la «subrogación» del rematante en las deudas garantizadas con hipotecas preferentes, el trabajo de RUIZ ARTACHO constituye, a mi juicio, una interesante aportación. Con gran claridad y argumentos bien fundados defiende la no «subrogación» del rematante en la obligación personal. Se sitúa, pues, en la línea de BLÁZQUEZ y en contra de la doctrina dominante. Aborda, además, el supuesto en que se adjudiquen al acreedor los bienes gravados con hipoteca en garantía de rentas. En tal caso, se plantea un interesante problema, que parece poner a prueba la tesis de la «subrogación» del rematante en la obligación personal.

Es un hecho claro que las repetidas reglas 8.^a y 13.^a del artículo 131 se refieren sólo a gravámenes de carácter real, pues aunque la 13.^a diga obligaciones, al referirse a las de la 8.^a se sobreentiende que quiso emplear la terminología antigua de obligaciones reales.

Ambas tratan no sólo de las anteriores al crédito del actor, sino también de las preferentes, y este dato puede ser de cierta importancia, pues si en la mayoría de los casos, por tratarse de gravámenes inscritos y poder por ello precisarse fácilmente los que sean preferentes, la exigencia legal quedará reducida a pura fórmula, no sucederá lo propio en otros.

Pueden existir, en efecto, sobre los bienes que se ejecutan, a más de aquéllos, créditos de distinta índole o naturaleza, asegurados por anotación preventiva (débitos de contribución, con o sin hipoteca legal, gastos de cultivo, semillas, etc.), en favor de entidades o personas privilegiadas o no, etc. Sabido es que la preferencia en las anotaciones no la decide la presentación de sus respectivos mandamientos. Todo ello nos indica que esa labor de señalar la preferencia dicha (que por fuerza ha

de realizar el Juez para al final de la ejecución cancelar las de inferior categoría al crédito que se ejecuta) no siempre es empresa fácil y menos para el interesado que carece de los elementos de juicio necesarios.

Por ello pudiera entenderse que lo que el legislador pretendió, como elemental norma de prudencia, fue que se advirtiera al futuro rematante concretamente de cuáles eran las cargas que habrían de quedar subsistentes, y después, quizá por evitar contiendas judiciales posteriores, que no se le admitiera su proposición sin la previa aceptación de las cargas aludidas; verdadera condición del rematante, como la llaman las reglas 10.^a y 11.^a del mismo artículo. Este criterio es el que se impondrá en la práctica de los Juzgados, de prevalecer la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1933, que ordena que para dar a conocer exactamente las cargas preferentes, los anuncios de las subastas tengan la mayor precisión posible.

Pero supongamos que así no sucediera, sino que tal exigencia fuese una advertencia judicial, tan innecesaria, al menos en la teoría del Derecho, como sus similares; una pura fórmula no sólo inútil, sino perjudicial, por ello, en el orden interpretativo, y que esos preceptos, en fin, sean tan carentes de sentido como se les supone: ¿podría, aun así, sostenerse que una disposición de Derecho procesal, adjetiva y de mero trámite, tiene la virtud de dar al traste con normas vigentes de Derecho sustantivo y tan importantes que constituyen verdaderos principios jurídicos?

No estimamos tampoco aceptable la consideración de equidad. En este aspecto no es lícito mirar la cuestión sólo del lado del deudor, ya que existen otros intereses dignos también de respeto.

Así lo son los del propio rematante, a quien la ley ni nadie le advirtió de que habría de asumir la obligación personal asegurada por hipotecas o gravámenes preferentes al crédito por que se siguió la ejecución. Lo único que le constaba era que había quedado subrogado en la responsabilidad real de tales cargas, dentro de ciertos límites prefijados por la misma ley, y que por ello se podrían hacer efectivas en su perjuicio si el deudor personal dejaba incumplidas sus obligaciones.

Cuestión aparte es la que se plantea cuando, en tal supuesto, paga después el repetido deudor personal. Es cierto que si en tal caso éste no puede reclamar del rematante la parte del valor de la finca o bienes que se presume descontó como valor de la carga, sufriría un evidente perjuicio y, en cambio, el rematante habría obtenido un injusto enriquecimiento.

Tampoco puede prescindirse del interés del titular del crédito preferente, a quien en justicia no puede imponérsele un cambio en su deudor personal.

Nuestra opinión es ésta: que el rematante no se subroga en la responsabilidad personal del deudor en cuanto a las hipotecas o gravámenes preferentes al crédito del actor en toda ejecución, ni tampoco en cuanto al mismo crédito por el que se sigue la ejecución cuando se trate de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones. Todo ello por los fundamentos de Derecho siguientes:

1.º El artículo 1.911 del Código Civil, proclamando el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, dispone que del cumplimiento de sus obligaciones responde éste con todos sus bienes presentes y futuros.

Esta responsabilidad no puede limitarse sino por pacto expreso (como en la llamada hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 de la ley).

2.º La Ley Hipotecaria nunca ha contradicho tal disposición. Hoy, como una novedad (arts. 138 de la Ley de Reforma y 105 del Texto Refundido), la proclama al sentar que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor.

3.º La sustitución de un deudor personal por otro no puede hacerse o no surte efecto sin el consentimiento del acreedor (art. 1.205 del Código Civil).

4.º Si en la venta voluntaria de la finca hipotecada, ya descuenta o retenga el comprador parte del precio (y hasta aun cuando asuma la obligación personal del deudor, sin el asentimiento del acreedor), todos reconocen, de acuerdo con el artículo 118 de la repetida ley, que no se produce la debatida subrogación personal ni queda por ello liberado el deudor. ¿por qué sostener lo contrario en la venta forzosa por ejecución?

5.º Si es principio de Derecho admitido por el Código citado que lo accesorio sigue a lo principal, ¿por qué siendo la hipoteca lo accesorio (al menos, jurídicamente) se han de invertir los términos y ha de ser considerada como el elemento principal?

* * *

El otro supuesto antes aludido es el de ejecución de las hipotecas por rentas o prestaciones en la que se adjudiquen los bienes gravados con aquéllas al propio acreedor.

SANZ FERNÁNDEZ (1) lo considera como una excepción al principio de subsistencia de la obligación de pago de las futuras pensiones y de la misma hipoteca con estas palabras: «La subsistencia de la obligación garantizada tendrá una excepción en el caso de que se adjudiquen las fincas al propio acreedor ejecutante. En este supuesto, que, como hemos

(1) *Ob. cit.*, pág. 433.

visto, implica extinción de la hipoteca, existirá también extinción de la obligación garantizada por confusión de los derechos de acreedor y deudor, ya que el primero sucede también en el aspecto pasivo de la obligación personal». Nada hemos de objetar en la extinción de la hipoteca, que, como acertadamente sostiene, es cosa natural de nuestro sistema, que no permite la hipoteca en cosa propia.

La extinción de la obligación personal por confusión, en tal caso, es la consecuencia a que fatalmente tenían que llegar los «subrogacionistas».

En efecto, si ya sostuvieron que la deuda garantizada por una hipoteca de las que quedan subsistentes se transmitía al rematante en la ejecución, ¿cómo iban a afirmar lo contrario cuando el rematante o adjudicatario fuera el propio acreedor ejecutante?

Es de todo punto inadmisibile tal extinción. Para demostrar lo absurdo de la misma, sin repetir lo antes expuesto, nos bastará tan sólo plantear un supuesto.

A. cede a B. una finca, y éste, a cambio, se obliga a pagar a A., mientras éste viva, una pensión anual de x pesetas.

B., para asegurar frente a tercero el cumplimiento de sus obligaciones, constituye sobre la misma finca hipoteca, cuya finca queda gravada en los términos que señala el artículo 157.

Si por falta de pago de alguna anualidad el acreedor entabla ejecución y en ella remata o se le adjudica la finca, consignando en el Juzgado el sobrante de su precio o valor después de reintegrado de la cantidad reclamada, ¿se extinguirá la obligación del deudor por confusión de derechos, quedando éste liberado de tener que pagar las pensiones venideras?

No creo haya quien conteste afirmativamente.

JUAN RUIZ ARTACHO

IV. DERECHO MERCANTIL

EL DERECHO DE VOTO DEL ACCIONISTA

1945, págs. 63-77 y 163-182

Este interesante trabajo de URÍA, que puede considerarse fundamental en este tema, conserva aún vigencia a pesar de haber precedido en ocho años a la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas. Pocas veces sucede esto después de una reforma tan profunda. La influencia del trabajo de URÍA en la ley es patente. En ella se han seguido las opiniones defendidas por el autor en este trabajo a propósito de buen número de cuestiones. Sirvan de ejemplo el ejercicio del derecho de voto por representante, los conflictos de intereses entre la sociedad y el accionista y, de un modo más claro, la prohibición de acciones de voto plural y el ejercicio del derecho de voto en los casos de usufructo y prenda de acciones.

En España, la emisión de acciones de voto plural no alcanzó el volumen ni la importancia que en esos otros países, y por ello el problema de su legitimidad y conveniencia no se ha presentado en términos agudos (1). En rigor, como el Derecho español no formula legalmente ni el postulado de la igualdad de derechos de los accionistas, ni el de la ecuación entre el derecho de voto y la participación en el capital social, no existen textos legales explícitos donde pueda fundarse la prohibición de esas acciones, razón formal en la que se apoyó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de marzo de 1936, para pronunciarse en favor de la validez del voto

(1) Sobre estas acciones en la doctrina española, CALVO SOTELO, *ob. cit.*, páginas 65 a 82; RUIZ SALAS: «Derecho vivo de las sociedades anónimas: Acciones preferentes de voto plural» (en la *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 633 y sigs.); «JUAN HURTADO», *ob. cit.*; GARRIGUES: *Nuevos hechos*, págs. 75 y sigs.

plural (1). Mas si desde un punto de vista estrictamente formalista y positivo no se puede negar la validez de esas acciones, el hecho innegable de los abusos a que dan lugar, unido a la circunstancia de que su creación lesiona gravemente los dos principios básicos de la sociedad anónima moderna y al ejemplo de las modernas legislaciones extranjeras, que rotundamente se pronuncian por la desaparición del voto plural, son motivos suficientes—a nuestro juicio—para desear que no se confirme ese fallo del Tribunal Supremo y que la doctrina se incline resueltamente contra esas acciones, teniendo bien presente que la prohibición de las mismas no significaría negativa a aumentar las facultades de la administración, porque la posición de los administradores de las sociedades anónimas puede ser fortificada por otros procedimientos menos peligrosos y que no dejen a la mayor parte de los accionistas huérfanos de protección y de tutela (2).

6. El derecho de voto no puede confundirse con el derecho de asistencia a las juntas generales. Entre ambos existen diferencias sustanciales. El derecho de asistir a las juntas es una especie de derecho anejo al

(1) El texto de la sentencia, en aquella parte que interesa, es el siguiente: «Considerando que en cuanto a las características de dicha emisión de acciones privilegiadas, consistentes en el percibo de un dividendo del 7 por 100 acumulable, preferencia sobre el activo en liquidación y *mayor participación en el voto*, precisa examinar si su otorgamiento ataca la medula del pacto social o sus bases esenciales, o bien los particularísimos derechos que los accionistas antiguos ostenten como inseparables de su cualidad de socio, sustraídos, por tanto, si no media su aquiescencia, del poder deliberante de las juntas generales y, como consecuencia de su ámbito resolutivo, únicas circunstancias que producirán la nulidad de los acuerdos adoptados sobre el caso, y adentrándose en el estudio del tema se observa, desde luego, que *ni el Código Mercantil ni los estatutos referidos contienen un precepto que prohíba... que del derecho de voto sea obligado participar a todos los accionistas en proporción idéntica*, y si además...» «Considerando, además, que al otorgarles una mayor participación en el voto no se priva por ello del suyo a los antiguos accionistas, ni aun siquiera las acciones preferentes adquieren preponderancia bastante para ejercer, con los que les corresponden, el control social... debe concluirse sentando que con ese acuerdo no se arrebató ningún derecho sustancial, ni de los llamados políticos, a los actores, ni se quebrantaron las bases fundamentales del pacto en lo referente a aquellos otros que encajan de modo perfecto dentro del orden económico, y que, por tanto, en nada alteran su esencia, constituyendo por ello, en definitiva, los tomados por la junta general una modificación estatutaria que cabe dentro de la amplia norma contenida en el citado artículo 168.»

(2) Con evidente acierto, CALVO SOTELO no estima aceptables las acciones de todo plural ni siquiera a título de resorte frente a las asechanzas fraudulentas de una sociedad rival, y afirma que existen otros caminos para garantizar la dirección de las empresas por manos españolas (*ob. y loc. cit.*). GARRIGUES dice que los motivos que determinaron la creación de esas acciones pueden considerarse desaparecidos, y que, en cambio, siguen siendo utilizadas como pretexto de manipulaciones realmente injustificadas y abusivas (*Nuevos hechos...*, pág. 78). «JUAN HURTADO» se muestra partidario de una solución intermedia; propone la conservación de las acciones dentro de un sistema de límites que condicione cuidadosamente su concesión y su ejercicio (*ob. cit.*)

derecho de voto, en el sentido de que la persona facultada para votar se halla implícitamente autorizada también para asistir a la junta general en que ha de emitir el voto. Pero el contenido de ambos derechos es distinto e independiente. Si es cierto que no hay derecho de voto sin el correlativo derecho de asistencia a la junta, en cambio, sí es posible y hasta frecuente que se dé el derecho de asistencia sin que su titular se halle investido de la facultad de votar. Ocurre esto en la práctica de dos maneras: una, porque el derecho de simple asistencia a las juntas generales puede ser conferido por los estatutos a personas que no tengan la condición de socio y que, por tanto, no pueden votar (así, es frecuente que los estatutos sociales faculten a personas que ocupan determinados cargos en la sociedad para asistir con voz a las juntas generales, y algunas legislaciones conceden ese derecho a los obligacionistas). Pero además, puede darse esa situación en el propio accionista, que en ocasiones estará facultado para asistir a la junta, sin poder ejercitar en ella el derecho de voto. Ocurre así cuando el socio no cumple los requisitos o formalidades previos que los estatutos fijen para el ejercicio del derecho de voto. Entonces, el incumplimiento de esos requisitos, cuando no sean también condición previa para ejercitar el derecho de asistencia a la junta, sólo afecta a la facultad de votar, y no puede impedir que el accionista intervenga personalmente en las deliberaciones de la junta (1).

13. Cuando al lado del derecho de propiedad coexisten sobre las acciones derechos reales de tercera persona, no siempre es fácil determinar el sujeto titular del derecho de voto.

El usufructo de acciones originó a este respecto una de las polémicas más movidas y variadas del derecho de sociedades anónimas. Sin el propósito de recoger aquí todas las posiciones y limitándonos a exponer las opiniones más destacadas, diremos que entre los cultivadores del derecho civil estuvo muy extendida la tesis de que el derecho de voto correspondía conjuntamente al usufructuario y al propietario de las acciones (2), y que como variante de esta posición puede señalarse la de aquellos autores que estiman que el usufructuario debe votar en los asuntos de carácter puramente administrativo, correspondiendo el derecho de voto

(1) Sobre la diferencia entre el derecho de voto y el de asistencia a las juntas generales, VICENTE Y GELLA: *Las resoluciones de la asamblea general de una sociedad anónima*, 1932, núm. 36. STAUB-PINNER: *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 12.^a-13.^a edición, 1926, art. 250, 17, y art. 252, 35.

(2) En este sentido, entre otros, GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, II, pág. 694, nota 75; CROME: *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, t. 3 (1905), art. 440, III, 28, pág. 547.

al propietario de las acciones en todos los demás asuntos (1). Se ha sostenido también que el derecho de voto corresponde al propietario cuando las acciones sean nominativas, y al usufructuario cuando se trate de acciones al portador (2). Pero las dos posiciones que han logrado reunir mayor número de adeptos y que, en definitiva, polarizan el debate son la de los que sostienen que el ejercicio del derecho de voto corresponde en todos los casos al usufructuario y la que entiende que ese derecho es siempre del nudo propietario de las acciones.

En favor del derecho de voto del usufructuario se argumenta en esencia que ese derecho tiene un contenido y una finalidad esencialmente administrativa, y que su ejercicio, además de ser una forma de aprovechamiento o disfrute de las acciones, entra en el círculo de las facultades de administración del usufructuario (3). Mas contra esa posición es fácil presentar una objeción insoslayable: la junta general de accionistas no delibera solamente sobre asuntos concernientes a la administración de la sociedad, decide también en asuntos que por su naturaleza y trascendencia no pueden ser reputados puros actos de administración social. El voto de los componentes de la junta puede acordar la enajenación de bienes sociales, la emisión de obligaciones, el aumento o la disminución del capital social, etc., y otras veces los acuerdos afectan sustancialmente a la vida misma de la sociedad (así la transformación, la fusión y, en último extremo, la disolución de ésta).

Por eso estimamos más sólida la posición que atribuye el derecho de voto al nudo propietario de las acciones. Ninguna otra respeta como ésta los principios ordenadores de la sociedad anónima. El derecho de voto es inherente a la cualidad de socio, y como la existencia de un derecho real de usufructo sobre las acciones no priva al nudo propietario de la condición de accionista, es él y no el usufructuario el verdadero titular de ese derecho consustancial a su condición de socio (4).

El supuesto de la prenda de acciones no ha planteado las dificultades y las dudas que el usufructo. En general, la doctrina está de acuerdo en

(1) Así, NAMUR: *Le code de commerce belge*, 2.^a ed., t. II (1882), núm. 1.117; SIVILLE: *Traité des sociétés anonymes belges* (1898), t. I, núm. 1.182.

(2) Puede verse STAUDINGER-KOBE: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, 7.^a-8.^a ed., t. 3 (1912), arts. 1.081 y 1.082, pág. 615.

(3) Entre nosotros sostiene esa posición DALMASES: *El usufructo de derechos*, 1932, núm. 112. Véanse, además, DURINGER-HACHENBURG, *ob. cit.*, art. 252, núm. 8; JACOBI: «Die Wertpapiere», en el *Handbuch des Handelsrechts*, de Ehrenberg, tomo IV-I, pág. 472; THALER: *Droit Commercial*, 8.^a ed., t. I, núm. 686; LYON-CAEN y RENADIO, *ob. cit.*, t. II-2, núm. 845.

(4) Véanse, entre otros muchos, K. LEHMANN: «Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts», en la *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. 51, página 402; STAUB-PINNER, *ob. cit.*, art. 252, núm. 6; WEIDER: *Niessbrauch an Aktien*, 1925, pág. 57; DERNBURG: *Bürgerliches Recht*, 4.^a ed., III, pág. 637.

que el acreedor pignoraticio no queda autorizado para votar en las juntas generales. El derecho de voto continúa perteneciendo al accionista propietario de las acciones. Como el accionista pierde con la prenda la posesión de las acciones, el acreedor pignoraticio tiene el deber de facilitar a aquél el ejercicio del derecho de voto, cumpliendo los preceptos estatutarios que exijan el depósito previo de las acciones como requisito para la asistencia a la junta (1).

RODRIGO URÍA

(1) Así, STAUB-PINNER, *ob. cit.*, art. 252, núm. 5; K. LEHMAN, *ob. cit.*, página 398; DURINGER-HACHENBURG, *ob. cit.*, art. 252, núm. 7. Hay que consignar, sin embargo, que el nuevo Código Civil italiano (art. 2352) declara expresamente que, salvo convención en contrario, el derecho de voto corresponde, en caso de prenda o de usufructo de las acciones, al acreedor pignoraticio o al usufructuario.

EL DEPOSITO IRREGULAR Y SU APLICACION EN EL DERECHO MERCANTIL

1932, págs. 81-96, 161-176, 241-256, 321-336, 401-416,
481-496, 561-576, 641-656 y 721-727

Este extenso trabajo de GARRIGUES constituye una espléndida investigación sobre la figura del depósito irregular, en la que aporta importantes materiales históricos, al mismo tiempo que delimita con claridad el elemento de la custodia como esencial al contrato de depósito. Del trabajo resulta una crítica certera, con razones de indudable peso, a la asimilación del depósito irregular al mutuo.

Junto a páginas de indudable brillantez, destacan aquellas en las que el autor, enfrentado con los textos positivos, desemboca en una precisa crítica del artículo 1.768 del Código Civil y en una interpretación del artículo 309 del Código de Comercio, que, como dice el mismo GARRIGUES, además de estar fundada objetivamente en el texto legal, tiende a salvar la figura del depósito irregular de su identificación con el mutuo. La repercusión del trabajo en la doctrina posterior es indudable, como puede comprobarse leyendo, por ejemplo, el apéndice de CASTÁN VÁZQUEZ a la obra de SIMONE sobre los negocios irregulares (págs. 136-153). Por lo antes dicho elegimos las páginas que el autor dedica al Derecho positivo español.

42. Los redactores del Código Civil español, sin duda influidos directamente por el Código de Napoleón, participan de la repugnancia de este Código hacia el depósito irregular, y superándole en esta tendencia negativa, en lugar de limitarse a una declaración por vía de ejemplo, que confirme la obligación del depositario de sumas en moneda de devolver idénticamente la cosa recibida, incluyeron en el Código la declaración terminante del artículo 1.768. que elude toda posibilidad sobre la existencia del depósito irregular en nuestro Derecho común positivo.

El artículo 1.768 es categórico: Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito. El fundamento de esta disposición, desde el punto de vista de los redactores del Código, debe consistir en que el principio de la libertad de pactos que permite a los contratantes derogar o modificar a su voluntad los preceptos de la ley, tiene como límite el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que da nombre al contrato. Pero precisamente en el depósito irregular queda intacta la esencia del contrato de depósito, en cuanto que subsiste el elemento de la custodia de la cosa depositada, que puede reputarse como el elemento *sine qua non* de dicho contrato. Claro que en este punto no vamos a insistir, porque ha sido tratado reiteradamente en el desarrollo de este estudio. Se trataba sólo de hacer resaltar que debido a la subsistencia de ese elemento de la custodia en el depósito irregular, aun cuando este contrato no estuviera típicamente regulado en la ley, genéricamente está reconocido, en cuanto que en la misma se consagra la libertad de pactos, que sólo tiene como límite, según decíamos, el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que dé nombre al contrato, límite que en ningún caso traspasa, según ha quedado demostrado, el depósito irregular, ya que no altera la esencia del depósito. Por tanto, el artículo 1.768 de nuestro Código Civil tiene un alcance excesivo al afirmar, en el supuesto que establece, que el contrato pierde el concepto de depósito. Y es que el Código considera de esencia en el contrato de depósito el hecho de que al depositario sólo pase la tenencia de la cosa y no el uso de la misma, como ocurre en el comodato, o el uso, y con él la propiedad, como pasa en el préstamo mutuo. Y sobre estos supuestos, la figura legal del contrato se impone a los contratantes en tales términos de necesidad, que todo pacto tendente a desviarse de ese tipo legal produce, *ope legis*, la conversión del negocio.

Claro que la hipótesis del artículo que comentamos es más amplia que la del depósito irregular, puesto que el permiso de uso tanto puede referirse a cosas no fungibles, como a cosas fungibles; en el primer caso tendremos un comodato, y la hipótesis del depósito irregular, que el Código Civil rechaza, sólo podría presentarse en el caso de haberse entregado cosas fungibles. A este supuesto se refiere la conversión en préstamo que el Código Civil señala.

Pero a pesar de la declaración terminante contra el depósito irregular contenida en el artículo 1.768, no faltan apoyos en el mismo Código Civil para poder afirmar la posibilidad legal del depósito irregular. Así, el artículo 1.200 dice que: la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Tampoco podrá oponerse el acreedor por alimentos de-

bidos por título gratuito. Ahora bien, este artículo supone que lo depositado no es una cosa específica, sino una cantidad de dinero o una cosa fungible, porque si fuera lo primero, no habría necesidad de consignar la prohibición, ya que la imposibilidad de la compensación se deducía claramente del número 2.º del artículo 1.196. Es el mismo punto de vista, ya examinado, de COPPA-ZUCCARI al plantearse idéntico problema en la legislación civil italiana.

La razón probable de esta antinomia consiste en que nuestro Código Civil, en el artículo 1.200, se limita a copiar el 1.293 francés y el 1.289 italiano, sin reparar en la contradicción en que incurría con el 1.768. Pero claro que a nosotros no nos es dable formular las mismas conclusiones que a COPPA-ZUCCARI, en el sentido de admitir también en nuestro Código Civil la existencia del depósito irregular, porque en la legislación italiana no existe, como en la nuestra, un artículo que, como el 1.768, excluya taxativa y expresamente dicho contrato.

43. La interpretación del Código de Comercio vigente en materia de depósito irregular conduce a resultados distintos de los impuestos por la declaración del artículo 1.768 del Código Civil. Mientras éste rechaza terminantemente la figura del depósito irregular, los preceptos del Código de Comercio no la rechazan; bien que excluyan la aplicación de las normas propias del depósito. Por otra parte—esto es fundamental—, el Código de Comercio concede amplia libertad en la regulación de los depósitos verificados en Bancos, almacenes generales, sociedades de crédito o cualesquiera compañías, de suerte que aun admitiendo una interpretación de los preceptos del Código desfavorable para la sustantividad del depósito irregular, esta figura podría siempre, como en efecto ocurre, manifestarse en la vía jurídico-mercantil española al amparo de las disposiciones estatutarias que el Código de Comercio invoca como regla primordial en los depósitos mercantiles.

El depósito de cosa fungible por excelencia, el depósito de numerario, viene previsto en el artículo 307. Distingue este artículo el caso de que los depósitos de numerario se constituyan con especificación de las monedas o se entreguen cerrados o sellados (párrafo 1.º), de aquel otro en que los depósitos de numerario se constituyeran sin especificación de monedas o sin cerrar o sellar (párrafo 3.º). En el primer caso, claro es que no puede haber cuestión respecto de la existencia de un depósito regular. En el segundo supuesto, el Código dispone que el depositario responderá de la conservación y riesgos del depósito en los términos establecidos por el párrafo 2.º del artículo 306, el cual pone a cargo del depositario los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia, y también los que provengan de

la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos o remediarlos, dando aviso de ellos, además, al depositante inmediatamente que se manifestaren.

Vemos, pues, que el Código trata al depositario de numerario sin especificación de monedas, o sin cerrar o sellar, como a un deudor de cosa específica, informándose, por consecuencia, en el criterio subjetivo de la culpa para medir la responsabilidad del depositario en punto a su obligación de restituir. Esto nos demuestra claramente que en la hipótesis contemplada se impone implícitamente al depositario la obligación de mantener aparte las monedas depositadas para devolver luego las mismas. De otra suerte, es decir, si el depositario pudiera disponer del numerario depositado y devolver otra cantidad igual, es indudable que soportaría íntegramente el riesgo sin atender al daño de la imputabilidad, como cualquier deudor de cosa genérica (*genu nunquam perit*).

Que el depositario no puede disponer de la suma depositada, salvo pacto expreso, lo confirma, además, el artículo 309, que después vamos a comentar.

Pero conviene recoger, como deducción importante del artículo 307, la de que el mero hecho de depositar dinero sin cerrar ni sellar y sin especificar las monedas, no lleva implícita la concesión al depositario de la facultad de restituir, no las mismas piezas, sino *tantundem*. Como advierte CORRA (1), ya la Ley 24 D., *Depositi*. XVI, 3, declara que no es suficiente el simple hecho del depósito de dinero no individualizado para hacer surgir la figura del depósito irregular. En esa ley, PAPINIANO examina el caso de *pecunia numerata* dada en depósito y formula la doble hipótesis del depósito regular (*ut corpora nummorum eadem redderentur*) y del contrato *qui egreditur depositi notissimos terminos*, esto es, del depósito irregular. Y como observa MANTICA (2), *si ex numeratione dominium pecuniae depositae esset translatum* (como resulta de la Ley 31, *Locati*, XIX, 2), *responsio et distinctio Papiniani esset inepta. Quae tamen supponendo duod dominium non sit translatum, videtur esse rationabilis*.

A esta interpretación del artículo 307, que considera como depósito regular el depósito de dinero simplemente contado, habría que someter el supuesto del número 9 del artículo 175 del Código, que incluye entre las operaciones que corresponden principalmente a la índole de las compañías de crédito la de recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico. Claro está que, como un depósito regular consistente en dinero sería una figura en contradicción con la finalidad económica de

(1) *Ob. cit.*, pág. 11.

(2) *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, 1662, libro X, título III, núm. 28. *Apud* CORRA, *ob. cit.*, pág. 12.

tal depósito, al quedar la compañía de crédito imposibilitada para disponer de las sumas depositadas, las consecuencias jurídicas impuestas por el artículo 307, párrafo 3.º, habrían de ser en todo caso modificadas por los estatutos de la compañía depositaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 310 del Código de Comercio. De este modo, los depósitos bancarios de dinero constituyen, conforme a los reglamentos de los Bancos, verdaderos depósitos irregulares, según hemos de ver después.

El artículo 309 del Código de Comercio prevé especialmente el caso de que el depositante disponga de las cosas objeto del depósito. Siempre que con asentimiento del depositante dispusiera el depositario de las cosas que fueran objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendara, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado.

Confrontando este precepto con el artículo 1.768 del Código Civil, se advierte que las interpretaciones tienen que ser distintas. Nótese que no dice que en tal caso el contrato *sea* o *se convierta* en un préstamo por ministerio de la ley, como hace el Código Civil. El Código de Comercio supone que los interesados celebraron un nuevo contrato, como consecuencia del cual el depositario, con asentimiento del depositante, dispone de las cosas objeto del depósito. En tal caso no hay duda de que el depósito es sustituido por el nuevo contrato: «Siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto del depósito..., cesarán los derechos y deberes propios del depositante y depositario». Esto es categórico. ¿Qué reglas se observarán entonces? Cuando se dio nombre al contrato novatorio serán las del préstamo, comisión o del contrato celebrado en sustitución del depósito. Pero ¿y si no se celebró ninguno, sino simplemente se autorizó al depositario para disponer de las cosas depositadas?

Vamos a ceñirnos al caso que aquí nos interesa: depósito de cosa fungible. Supongamos que el depositante accede a que el depositario disponga «para sí o sus negocios» de la cosa depositada. Indudablemente, aquí hay una novación de contrato, porque se varía el objeto de una de las obligaciones del depositario (art. 1.203, núm. 1.º, Código Civil); en vez de devolver la cosa recibida (art. 306, Código de Comercio), devuelve otra de la misma especie y calidad. Pero ¿implica esta novación de la obligación del depositario la extinción del contrato de depósito y su reemplazamiento por una de préstamo mutuo? No puede dudarse que sí, cuando los interesados manifiestan su voluntad dirigida a la conversión del negocio. Mas si esta voluntad no se expresa, esto es, si los interesados

no celebran un contrato de préstamo en sustitución del de depósito, parece que el artículo 309 habrá de aplicarse, esto no obstante, en su parte propiamente imperativa, a saber: la declaración terminante de que «cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario», porque esto ocurre *siempre* que el depositante disponga de las cosas que fueron objeto del depósito. Y, sin duda, cesan en este caso las obligaciones propias del depósito regular, porque la obligación propia del depósito consiste en devolver la misma cosa recibida, y en nuestro caso esta obligación ya no puede cumplirse. ¿Qué derechos y obligaciones nacen entonces en sustitución de los que «cesan»? A mi juicio, aunque los interesados no lo hayan expresamente querido, se aplicarán también las reglas y disposiciones propias del préstamo mercantil, si no porque los contratantes hayan sustituido este contrato en depósito (en cuyo caso no puede haber duda, según se ha dicho), sí, al menos, porque el mutuo es el contrato más semejante a este otro del depósito cuya cesantía decreta nuestro Código.

Ahora bien, es menester dejar bien afirmado que en tal caso el depósito no se convierte en un préstamo mutuo. Lo que ocurre, sencillamente, es que como el depositario de cosa fungible que dispuso de ella con asentimiento del depositante, soporta el riesgo en concepto de propietario y se aprovecha de los frutos, rigen las mismas normas que para el préstamo, principalmente en lo que concierne a la situación jurídica de carácter real (1).

Y no se diga que es inconcebible la existencia de un contrato desprovisto de las reglas correspondientes a su denominación y sometido en todo a las de un contrato afín, porque a más de que el mismo legislador, utilizando el procedimiento de la mal llamada «analogía invocada por el legislador» o analogía legal (2), somete íntegramente, a veces, ciertas instituciones a la reglamentación dictada para su afines (v. gr., art. 346 del Código de Comercio español; art. 401 del Proyecto de Código de Comercio italiano de 1925), no es tampoco cierto que en nuestro caso se borre por completo la fisonomía del depósito, pues ésta subsiste en la

(1) GIERKE, *ob cit*, t. III, pág. 737.

(2) Es muy dudoso que la llamada analogía, invocada por el legislador, constituya propiamente analogía, toda vez que mediante este recurso que el legislador emplea, no se intenta, como en la analogía, crear una norma para el caso no previsto. Aquí existe la norma y no hay, propiamente hablando, casos imprevistos —supuesto normal de la analogía—, sino casos cuya reglamentación, para evitar la repetición innecesaria de preceptos legales, se envía a otra parte del Código, teniendo presente, claro está, la analogía entre las dos instituciones. Pero esta analogía será la razón que haya impulsado al legislador a identificar la regulación de ambas instituciones (realizando un verdadero *rinvio* dentro del Código) cuando no encuentra previsto en la Ley el caso en cuestión, pero nunca la analogía en su propio sentido de procedimiento técnico de integración de textos.

finalidad del contrato (*initium et causa* consistente en la custodia y deseo de favorecer preferentemente al depositante), sin contar otras diferencias entre mutuo y depósito irregular, referentes a la cuantía del interés, iniciativa del contrato, etc.

Hemos de reconocer, sin embargo, que la precedente interpretación del artículo 309 del Código de Comercio, aunque no deja de estar objetivamente fundada en el texto legal, responde también en gran parte al deseo de salvar la figura del depósito irregular de su identificación legal con el mutuo. Sería, por tanto, altamente recomendable que, con independencia de las posibilidades que permite la fórmula del artículo 310 del Código de Comercio, se diera cabida en el articulado del Código al tipo de contrato que estudiamos.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE

El Cuerpo de Abogados del Estado. Su constitución y su influencia en el Derecho común

Mis primeras palabras son de agradecimiento. Me siento profundamente satisfecho de estar aquí hoy ante vosotros para colaborar en la celebración del Centenario del Cuerpo de Abogados del Estado.

No quiero, sin embargo, que creáis que pretendo halagaros. Acudo, por tanto, a suscribir plenamente las frases que EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA pronunció en su conferencia «Expropiación forzosa y devaluación monetaria», en el Curso de la Dirección General de lo Contencioso sobre «Aspectos jurídicos de la inflación»: «La organización de estas jornadas de reflexión patentiza la extraordinaria sensibilidad jurídica del gran Cuerpo que lo ha patrocinado, honra de nuestra Administración y de nuestro Foro, al cual me siento unido tan fraternalmente.»

Mi tema de hoy quiere navegar entre consideraciones históricas sobre la época de creación del Cuerpo, en el apasionante cuarto final del siglo XIX y algunos de los reflejos de su actuación en el llamado Derecho Común. La singladura ha de ser poco profunda por mis limitaciones personales, ante todo; y porque no quiero abusar de vuestra paciencia. Pretendo sólo despertar inquietudes que alguien, mejor dotado, pueda develar en el futuro.

EL CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO

El Real Decreto de 10 de marzo de 1881, *Gaceta* del 11, reorganizó la Dirección General de lo Contencioso del Estado y creó el Cuerpo fa-

(*) Conferencia pronunciada el 18 de febrero de 1981, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en el ciclo organizado para conmemorar el Primer Centenario de la creación del CUERPO DE ABOGADOS DEL ESTADO.

cultativo de Abogados del Estado. El Decreto, firmado por Alfonso XII, estaba refrendado por el Ministro de Hacienda, Juan Francisco Camacho.

Llevaba una amplia e interesante Exposición de Motivos. En ella se hace referencia a la creación de la Dirección General, en 1849, para dar unidad al sistema, procurar la homogeneidad en las doctrinas y principios que han de sustentarse en nombre de la Hacienda ante los Tribunales, y que deben prevalecer también en las consultas formuladas por los centros de la Administración.

Los avatares políticos llevaron a la supresión de la Dirección General en diciembre de 1854. Se creó entonces la Asesoría General del Ministerio de Hacienda, con la misma organización e idénticas facultades, para hacer frente, entre otras cuestiones—sigue recordando la Exposición de Motivos—, a la desamortización civil y eclesiástica y al cuidado y diligencia de los numerosos pleitos que ponen en controversia los derechos e intereses del Estado, sobre todo a partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Asesoría General, suprimida en 1869, restablecida en 1874, por Real Decreto-ley de 12 de agosto de 1876 es ya Dirección General de lo Contencioso del Estado, tiene personal propio y un Cuerpo de Letrados nombrado previa oposición.

Seguimos con la Exposición de Motivos: eran más de mil las consultas evacuadas anualmente por el Centro Directivo, sin contar con las de las provincias, que califica de innumerables; y también más de mil los pleitos en que era parte el Estado. Era imposible atender a lo corriente y dominar lo atrasado.

El Ministro de Hacienda, ante la situación, estimó imprescindible organizar un Cuerpo facultativo de Abogados del Estado—y leo literalmente—«que precedidos de garantías de suficiencia, y estimulados por las ventajas de la escala cerrada y el riguroso ascenso, y defendidos por una estabilidad reglamentada, logre, bajo una dirección única, entendida, perseverante y enérgica todas las condiciones que reclama el importante servicio a que se destina».

Otro Real Decreto de 16 de marzo de 1886, *Gaceta* del 20, firmado por la Reina Regente María Cristina, y refrendado por el otra vez Ministro de Hacienda Camacho, reorganizó el Servicio.

También, conforme a la costumbre del Ministro, el preámbulo es largo y minucioso. En él se lee que el procedimiento administrativo debe reunir «los indispensables caracteres de claridad en los preceptos, sencillez en las formas y prontitud en las resoluciones»; reconoce que existían «disposiciones y preceptos que se repiten, se rectifican y aun se destruyen en parte y se contradicen»; que era necesaria una especial competencia científica para procurar la conciliación entre los intereses

generales del Estado, que no podían ser desatendidos, y los derechos de los particulares, que debían ser escrupulosamente respetados.

Una relación de cuestiones enumeraba el Decreto: «el derecho preferente de la Hacienda en concurrencia con otros acreedores; la brevedad en la prescripción y caducidad de créditos contra el Estado; la prohibición de renunciar ni transigir intereses del Estado; la necesidad de previa resolución administrativa antes de plantear acciones judiciales contra la Hacienda; el procedimiento, sumario y rápido, utilizando la vía de apremio para el reintegro de los alcances, y otras razones».

El Real Decreto de 1886 aparece dictado, a propuesta del Ministro de Hacienda, «previo acuerdo con el de Gracia y Justicia», y señala la organización y servicios de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado.

Estas dos disposiciones de 1881 y 1886 son básicas para un estudio de la creación del Cuerpo. Ni es el momento ni sería posible seguir ahora la larga y compleja legislación que después se ha dictado. Si hacemos una sola excepción: las dos injustas disposiciones de 1893, una Real Orden y un Real Decreto, que niegan a los Abogados del Estado percepciones por su gestión y por los honorarios devengados en los pleitos. Las dos, suscritas y refrendadas por Germán Gamazo, el «gran cacique de Valladolid».

EL GOBIERNO DE LA REFORMA

El Imparcial, de Madrid, de 8 de febrero de 1881 adelanta los rumores de crisis y la «lista» del nuevo Gobierno, de cuya composición da los siguientes nombres:

Presidencia: Don Práxedes Mateo Sagasta.

Gobernación: Venancio González.

Guerra: Martínez Campos.

Estado: Vega Armijo.

Fomento: Albareda.

Ultramar: Pelayo Cuesta.

Marina: Vicealmirante Francisco de Paula Pavía y Pavía.

Gracia y Justicia: Alonso Martínez; y

Hacienda: Juan Francisco Camacho.

La *Gaceta* del día 10 publica los nombramientos, que coinciden con la «lista», salvo en Ultramar, donde se designa a León y Castillo. También entonces había «caídas».

Este es el Gobierno que aprobó el Real Decreto de 10 de marzo. Camacho había sucedido en Hacienda a Fernando Cos-Gayón. En este

primer Ministerio liberal de 1881 ocupaba el puesto de Subsecretario de la Presidencia un político novel: Canalejas.

TUÑÓN DE LARA, en su *España del siglo XIX*, recuerda el comentario del conde de Romanones, discípulo de Sagasta: «El programa de Gobierno resultó obra maestra de equilibrio y ponderación entre las aspiraciones de las derechas y las exigencias de los liberales. Sin abandonar el espíritu de la Revolución de Septiembre, dejaba para mañana el establecimiento del sufragio universal y cerraba el paso a la reforma de la Constitución.»

El mismo autor traza un juicio de valor sobre la obra de este Gobierno: realizó la conversión de la deuda y repatrió gran parte de la exterior, gracias a las medidas de Camacho; firmó un tratado comercial con Francia muy atacado por los proteccionistas. Y repuso en sus cátedras a Giner de los Ríos, Azcárate y todos los demás profesores expulsados o dimitidos en 1875 por el fanático Orovio, aquella medida que dio lugar a los disturbios universitarios descritos tan brillantemente por PÉREZ GALDÓS, el cual, por cierto, como recuerda el citado autor, se dejó «nombrar» Diputado por Puerto Rico en un encasillado del Gobierno Sagasta de 1886, para lo cual fueron bastantes diecisiete votos.

En 1881 se produce un hecho político importante: el desarrollo del movimiento obrerista da lugar a la ruptura entre anarquistas y socialistas en el Congreso de Barcelona. En 1888 se constituirían el Partido Socialista Español y la Unión General de Trabajadores.

SAGASTA

El Presidente de los dos Gobiernos en que el Ministro Camacho consigue organizar el Cuerpo de Abogados del Estado es don Práxedes Mateo Sagasta.

Nacido en Torrecilla de Cameros en 1827, Ingeniero de Caminos, nos dice MARTÍNEZ CUADRADO que en 1854 se había jugado espectacularmente la vida para arengar a sus correligionarios del progresismo en las barricadas sobre las excelencias de la libertad. Que en 1868, como Ministro de la Gobernación, firmaba numerosos Decretos y Ordenes para acabar con todos los tipos de censura; decretó una amplia amnistía para estos «delitos» y remitió la sanción al Código Penal.

La tradición progresista y los demócratas radicales, ala izquierda de la Unión Liberal, amalgamados bajo las jefaturas de Prim, Sagasta y Ruiz Zorrilla entre 1868 y 1873, que habían votado por el Rey Amadeo y la Constitución democrática de 1869, apoyaron en 1874 el régimen provisional del general Serrano, «el General Bonito».

Poco antes, como cuenta MELCHOR FERNÁNDEZ ALMAGRO, Emilio Castelar, señor de la palabra, al presentar su Gobierno ante las Cortes republicanas en septiembre de 1873, había dicho: «He defendido la República federal; ha rendido siempre mi corazón un culto religioso a todos estos principios, pero lo que ahora necesitamos, porque la política no es nada o es la transacción entre el ideal y la realidad, lo que necesitamos es orden, autoridad y gobierno.»

El Partido Liberal-Fusionista, que alcanza el Poder con Sagasta en 1881, se había fraguado un año antes en una reunión de senadores y diputados, entre otros, Alonso Martínez, Posada Herrera y los generales Martínez Campos y Jovellar.

Según VICENS VIVES, el liberalismo español se dejó captar por Cánovas, el profesor malagueño, curtido en la historia de la decadencia política de España, un pesimista ilustrado, que entre el autoritarismo y la anarquía buscó una fórmula en la que pudiesen convivir todos los españoles: la creación de una «zona de coexistencia» entre las dos grandes corrientes ideológicas y políticas del siglo XIX.

Cánovas había conseguido la constitución de un partido de oposición al Gobierno liberal-conservador. Sagasta, el último jefe de Gobierno de 1874 bajo la República presidencialista, líder del «partido constitucional» y personalidad de primer orden en la política española desde la Revolución de Septiembre, hacía una declaración ante una asamblea de partidarios en diciembre de 1875, en el sentido de considerarse como el partido más liberal dentro de la Monarquía constitucional de Alfonso XII, considerando vigente la Constitución de 1869.

Muy pronto Cánovas recibió la conformidad de Sagasta y también la de Emilio Castelar, representante del posibilismo político. Al margen quedaban los republicanos de Ruiz Zorrilla y los federales de Pi y Margall.

Entre tanto, según VICENS VIVES, la Administración fue dando tumbos a lo largo de una época constelada por frecuentes cambios de equipos ministeriales, cada uno de los cuales traía consigo sus partidarios y los incrustaba en los lugares de responsabilidad burocrática. Ello llevaba a las oficinas estatales una irresponsable improvisación, junto con el inmoderado deseo de saldar rápidamente una época de crisis económica familiar. La inmoralidad, el cohecho y la corrupción fructificaron en este régimen, mientras los servicios públicos eran desatendidos por completo.

Pese a los esfuerzos de Bravo Murillo ya en 1852, no se cumplió el Reglamento de 1866, que establecía el principio de oposición para el ingreso en la Administración Pública. El cesante, sometido al vaivén de la política de los partidos de turno, chacota de los periódicos, ridiculiza-

do en los teatros, se reflejaba en la incompetencia y el desorden moral de la Administración.

Y, sin duda, grupos de funcionarios con buena formación y espíritu de trabajo colaboraron, mediada la centuria, en la preparación de disposiciones orgullo de la época: la Ley Hipotecaria, el Código Civil, culminación de los esfuerzos de 1851; las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, la Ley del Jurado de 1888 y la Ley del Sufragio Universal de 1890, que terminó con el régimen censitario que otorgaba el sufragio únicamente a los que satisfacían una cuota mínima de contribución territorial o de subsidio industrial. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, en su *Manual de Historia del Derecho español*, ha estudiado con acierto esta obra legislativa, producida en circunstancias tan difíciles.

No obstante, quedaba mucho camino por recorrer. La sociedad española merecía el siguiente drástico juicio a RAMOS OLIVEIRA: al finalizar la centuria la fuerza del conglomerado oligárquico no tenía rival. La clase directora, dueña del territorio, soberana en las grandes empresas subvencionadas por el Estado y asesorada y defendida por hombres de un talento político indiscutible, no estorbado por ninguna suerte de pudor, gozaba ya el ansiado sosiego. La Iglesia y el Ejército estaban sometidos, bien que a oneroso coste. La flaca burguesía había claudicado y el proletariado seguía protestando.

EL MINISTRO JUAN FRANCISCO CAMACHO

Camacho nace en Cádiz en 1817 y muere en 1896. En la obra *La Banca española en la Restauración* se incluye un estudio de MATEO DEL PERAL con datos interesantes de la biografía del Ministro.

Fue director, durante muchos años, de la Sociedad Mercantil e Industrial, casi desde los inicios de su actividad, donde ganó fama de experto entre los famosos financieros que formaban parte del Consejo: Mon, Baüer y el representante de los Rostchild.

Perteneció al Consejo de Administración de la Compañía del Ferrocarril de Alar del Rey a Santander. Dirigió la Compañía Arrendataria de Tabacos. Fue Gobernador del Banco de España y Senador del Reino.

Puede ser interesante un resumen de su carrera ministerial:

- Con Sagasta Presidente del Consejo, es Ministro de Hacienda desde el 20 de febrero de 1872 hasta el 26 de mayo del mismo año. Pertenece entonces al Partido Conservador.
- Con el teniente general Juan de Zavala, y miembro del mismo partido, vuelve a ser Ministro de Hacienda desde el 13 de mayo de 1874 hasta el 3 de septiembre del mismo año.

- Otra vez con Sagasta como Presidente, e igualmente del Partido Conservador, es Ministro de Hacienda desde el 3 de septiembre de 1874 hasta el 31 de diciembre del mismo año.
- Ya como conservador-liberal, y bajo la presidencia de Sagasta, es Ministro de Hacienda desde el 10 de febrero de 1881 al 9 de enero de 1883.
- Y con la etiqueta de conservador, nuevamente con Sagasta, es, por última vez, Ministro de Hacienda desde el 27 de noviembre de 1885 hasta el 2 de agosto de 1886, en que le sucede Joaquín López Puigcerver.

Llama la atención que en su tercer período como Ministro de Sagasta, apenas un mes después de haber tomado posesión, saca el Decreto que crea el Cuerpo de Abogados del Estado. No se trata de una improvisación; ni él es un novicio, como vimos, en materias de Hacienda ni en política. Tiene sesenta y cuatro años, es Senador y por cuarta vez Ministro de Hacienda. Cuando se dicta el Decreto de 1886 ha tomado posesión del Ministerio unos meses antes por quinta vez.

En la obra que antes citábamos aparecen otros datos interesantes: en el Departamento de Hacienda hubo veintiocho nombramientos de Ministro durante el sexenio liberal, lo que supone un cambio de Ministro cada dos meses y unos días por término medio. Y hubo cincuenta y cinco a lo largo de la Restauración, con una duración media de algo menos de nueve meses por cada titular.

Camacho fue un Ministro muy discutido. En 1874, para hacer frente a los gastos de la guerra civil, restableció el impuesto de consumos, lo que le hizo altamente impopular. Consciente de ello, publicó una *Memoria sobre la Hacienda Pública de España en 1881 a 1883*, en cuya introducción dice que ha sido objeto de vivísimos ataques que comenzaron de una manera inusitada y extraña.

Manifiesta que aplicaba el espíritu administrativo de la escuela liberal en sus matices diversos para realizar la organización de una Hacienda nacional que reemplazase el desorden, la irresponsabilidad y el empirismo anteriores.

Cuenta cómo se gestó el Real Decreto de 10 de marzo de 1881, que le propuso el que era entonces Director General don José Gallostra, «cuya ilustración y competencia—dice—son de todos conocidas». Vamos a leer sus palabras:

«Para comprender exactamente la trascendencia de esta reforma es preciso atender a la importancia de las funciones de asesoramiento y demás propias de los Abogados en la Administración Pública.

Lo mismo Juan Bravo Murillo que Pedregal, todos reconocieron la necesidad de un Centro cosultivo y directivo en Derecho y la de un Cuerpo compuesto de Letrados conocedores de la Jurisprudencia y experimentados en la Administración que... lograran encarnar en el procedimiento administrativo las doctrinas del Derecho y movieran las oportunas reformas en este interesante orden. Para que la Administración se reformase en vista de los progresos de la ciencia y de los resultados, efectos e influencias de las disposiciones vigentes, estudiadas en la escuela práctica de los hechos y de los negocios.

De aquí—sigue Camacho—la importancia de funcionarios que, con especiales conocimientos, penetrados de la alteza de su misión, responsables y, al mismo tiempo, con la independencia precisa para ejercer con imparcialidad una fiscalización científica, sean celosos y constantes defensores de la Ley, garantía de los intereses sociales y amparo de los derechos de los particulares; eviten que, a título de interpretación, se incurra en arbitrario casuismo o, a pretexto de equidad, se llegue a una desigualdad irritante; procuren que los derechos de la Hacienda no se lesionen por ignorancia de la Ley, ni se desconozcan los de los administrados; e infiltren, en fin, en el organismo de la Hacienda un sentido jurídico y un adecuado espíritu de rectitud y de justicia que le hagan merecer el prestigio, la consideración y el respeto de todos.» Y terminaba: «La Hacienda es el país en sus intereses más permanentes y más generales.»

Pero es Camacho el Ministro que refrenda muy poco antes el Real Decreto de 24 de febrero de 1881 (*Gaceta* del 26) por el que se organiza la Inspección General de la Hacienda Pública. Curiosa disposición, cuyo preámbulo no hemos podido encontrar en repertorios legislativos y diccionarios, so pretexto de su extensión. Y ciertamente es largo, pero además presenta un cuadro penoso, tal vez acongojante, de la situación española, dieciséis después de que Camacho tomara posesión, por cuarta vez, de la cartera de Hacienda.

Necesitaba una Inspección, dice, «para examinar ramo por ramo, servicio por servicio, mesa por mesa, el estado de cada uno de los asuntos; encontrar de esta manera el expediente detenido, la solicitud desatendida, las inclusiones solicitadas en la matrícula de subsidio que no se cursan, en perjuicio del Tesoro; las bajas que no se conceden, en perjuicio de los particulares; conocer por qué causa se niega, en ocasiones sin motivo, a los Ayuntamientos la aprobación de los repartos de Territorial y de Consumos; ... qué razón se opone al pago de libramientos legítimos y procedentes; qué circunstancias median para que a determinados Municipios o particulares deudores se les dispensen consideracio-

nes injustificadas, mientras a otros se les apremia inoportunamente y sin razón; por qué, una vez expedidos, se suspenden sin facultades los apremios; si a éstos preceden los apercibimientos debidos; ... oír así inevitablemente confundidos en la oficina y el despacho, ante el público, los Inspectores con los inspeccionados, las quejas y reclamaciones de aquél...; descubrir las ocultaciones que se encuentren y los derechos que no se realizan ...»

Camacho ve así la Administración después de nueve años desde su primer Ministerio de Hacienda. Y el Real Decreto de 10 de marzo de 1881 es la clave del arco para conseguir sus propósitos.

EL ENTORNO SOCIAL

Puede ser interesante ahora echar un vistazo al entorno social en que la reforma se produce.

El Imparcial, *Diario Liberal*, de 10 de marzo de 1881 publica una miscelánea política. Se refiere al periódico *El Fénix*, del cual cuenta que, por falta de espacio, no ha podido insertar la pastoral que, con motivo de la Cuaresma, ha publicado el Cardenal-Arzobispo de Toledo.

«Si en vez de tratarse de una pastoral sobre la Cuaresma se tratara de una nueva protesta contra el Ministro de Fomento tenemos la seguridad de que *El Fénix* hubiera retirado hasta el santo del día para darle cabida en sus columnas. Y es natural. Como los ultramontanos tienen asegurado el cielo, no se preocupan más que de las cosas de la tierra.»

Un juicio de apelación va a verse ante el Tribunal Metropolitano de Tarragona. Trátase de si los funerales de los feligreses han de celebrarse o no en las respectivas parroquias, con exclusión de cualquier otra iglesia. Apoyan la primera pretensión todos los párrocos de Barcelona, y sostienen lo contrario las monjas de Santa Clara de la propia ciudad.

En el Teatro Real, de Madrid, se canta *La favorita*. En el Español se da *Un drama nuevo*, y en el Apolo, *Los diamantes de la corona*. Noticia: en Andorra el pueblo se indigna contra un manifiesto de los copríncipes, que cree que le merman sus derechos y privilegios, y se cubren con tropas los puestos fronterizos.

La suscripción de *El Imparcial* cuesta en Madrid cuatro reales al mes; y el número suelto, cinco céntimos.

Noticia política: el general Martínez Campos está influyendo poderosamente en favor de un asunto que, si se resuelve en justicia, vendrá a sacar a nuestra Hacienda de la ruina en la que la han ido colocando los acontecimientos, de una parte, y de otra, la torpeza, la ignorancia y el empirismo de muchos.

El Imparcial del día siguiente, 11 de marzo, comenta la *Gaceta*. Respecto de Hacienda, da cuenta de un Decreto disponiendo que la Asesoría General del Ministerio, Dirección General de lo Contencioso del Estado, se denomine en lo sucesivo sólo con el último nombre. Nada más. El mismo periódico, el sábado 12 de marzo, dice que la primera disposición organizadora que el Ministro de Hacienda, Camacho, ha sometido a la real aprobación es la que establece el Cuerpo de Abogados del Estado, como consecuencia de la nueva planta.

Y añade: «Larga y erudita historia contiene el preámbulo de este Decreto, en el que se exponen con toda verdad y detalle las diversas etapas y transformaciones por que ha pasado este Centro asesor, cuya necesidad en materias de Hacienda abona lo vario, complejo y enmarañado de las múltiples consultas en que tiene interés el Estado, y cuya defensa no puede echar en olvido todo celoso administrador a quien se encomiende la vigilancia de los bienes y caudales de ese gran menor que se llama el Estado.»

Añade un ataque por no haberse establecido que, inicialmente, el ingreso en el Cuerpo fuera sólo por oposición.

No encontramos más noticias referentes a esta materia en *El Imparcial*, que, según MARTÍNEZ CUADRADO, poseía un nivel semejante a la mejor prensa de la época y pudo compararse positivamente con *The Times* o *Le Temps*.

La vida en la capital, que sestea, no ha sabido captar la novedad.

Tampoco supo apreciar su interés la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ya a la sazón de gran prestigio, que publicaba una «Crítica legislativa», una glosa de la *Gaceta*.

En el número de febrero-marzo de 1881 figuran en el epígrafe de dicha «Crítica»: «Circular sobre los banquetes democráticos.—Palinodia respecto de la Guardia Civil.—Abolición de la censura de teatros. Indulto de la prensa ultramarina y de la peninsular.—Reforma de la Inspección de Hacienda y de la Junta de Pensiones.—Reforma del Enjuiciamiento Civil», y otras. Ni una palabra sobre el Real Decreto de 10 de marzo.

Tampoco en el desarrollo del artículo encontramos nada al respecto. Sin duda, porque se dedica principalmente a comentar la crisis política, con un recuerdo al cesado Ministro de la Gobernación Romero Robledo, que se había despedido de su «terrible cargo»—entre comillas—prohibiendo los banquetes democráticos.

En cuanto a la gestión del Ministro Camacho, sólo se ocupa del Real Decreto que organiza la Inspección, al que llama «verdadera ley de sospechosos, por la vergonzosa lista de abusos que enumera». Sí hay una referencia en la revista a la *Gaceta del Ministerio Fiscal*, la cual, con

motivo de la clasificación de los funcionarios para ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado, se lamenta que se haya prescindido en ella de los cesantes del Cuerpo de Fiscales.

LOS ABOGADOS

VICENS VIVES, en su *Historia social y económica de España y América*, dice que los Abogados llevaron la batuta política en la España del siglo XIX, y les califica de grupo profesional extraordinariamente ambicioso, salido de la misma burguesía y de los terratenientes y pequeños propietarios provincianos. Y añade: «En una centuria de transformaciones jurídicas, de codificaciones y de exuberante legislación, muchos profesionales de este tipo vivieron de sus despachos. Ellos, con los Notarios, constituyeron una recia estructura que guió el país por los senderos del respeto a la Ley y la tolerancia ciudadana. La obra de la Restauración descansó sobre sus cabezas.»

Entre los Abogados se formó la clase parlamentaria más distinguida. Gracias a la brillante oratoria de algunos, y a la profundidad de pensamiento de otros, dominaron la tribuna pública y escalaron con facilidad el Poder. El sistema constitucional les confirió una fuerza relevante, aunque algunos eran excesivamente retóricos.

MARTÍNEZ CUADRADO afirma: «Los partidos practicaron un método de promoción permanente a través de la carrera parlamentaria para los miembros más dotados de las clases burguesas con cualidades específicas: buena retórica de orador, dotes de mando y capacidad administrativa. Los partidos políticos liberal y conservador nunca fueron partidos de masas, sino partidos de cuadros o de notables. Sus listas de adheridos y militantes solamente incluyen nombres de talla nacional o que se presumía que iban a llegar a serlo.»

JOAQUÍN COSTA

En el fondo de la época que nos interesa late ya el «regeneracionismo», y con él el lema «Escuela y Despensa» y la lucha contra la oligarquía y el caciquismo. Su paradigma: Joaquín Costa.

Sigamos a TUÑÓN DE LARA. El aragonés Joaquín Costa, nacido en un medio popular, atravesó una infancia y una juventud de gran dureza. Trabajó primero como criado y luego como albañil. Sólo pudo empezar a cursar el Bachillerato a los diecinueve años, estudiando por la noche cuando su trabajo le dejaba libre. En 1865 comienza a escribir en el periódico *El Alto Aragón*, de Huesca. En 1868 acude como obrero pen-

sionado a la Exposición de París. En 1870 se traslada a Madrid para realizar estudios universitarios, en medio de angustiosas privaciones económicas: lo expulsan de la pensión por falta de pago; no puede ni alumbrarse en sus veladas de estudio. En 1876 hace oposiciones a la cátedra de Derecho Político de Valladolid. Pero... el joven Costa es conocido por sus ideas avanzadas. Son los peores tiempos de la Restauración, con Orovio en Fomento. Costa pierde la oposición. Se funda entonces la Institución Libre de Enseñanza, donde es nombrado profesor de Derecho Político y de Historia de España. Gana en 1888 oposiciones a Notarías, y en 1895 es Notario de Madrid. En 1905 regresa a su pueblo, Graus, donde moría a los sesenta y cinco años.

Los rugidos del «León de Graus» eran música de fondo de la reforma administrativa de su época.

EL DERECHO COMUN

El preámbulo del Real Decreto de 1881, que recordábamos, hace referencia a la necesidad de aplicar frecuentemente al despacho de los asuntos encomendados al Ministerio de Hacienda los preceptos del «Derecho Común». Y es significativo el que a los miembros del nuevo Cuerpo al que se incorporan los antiguos Letrados de Hacienda se les llame Abogados del Estado.

El denominar Derecho Común al general o de Castilla para oponerle al Derecho Foral no estaba entonces en el ánimo del legislador; es evidente. Pensaba en la aplicación del Derecho Privado, frente al que, por simplificar, llamáramos ahora Derecho Fiscal.

Lo que LLAMAS LABELLA denomina «orgía terminológica» ha cubierto el amplio campo ocupado por lo fiscal, tributario y financiero, sobre todo en la Jurisprudencia, hasta el intento, más científico que práctico, de la Ley General Tributaria, tan agujereada a los pocos años de su vigencia. Derecho común es el conjunto de disciplinas jurídicas generales, en cuyo ámbito habían de desarrollar su función los Abogados del Estado, según los Reales Decretos de 1881 y 1886. Sin perjuicio de su especialización en el Administrativo y en el Fiscal. El Derecho Privado ha de aplicarse siempre por la generalidad de los preceptos del Título Preliminar del Código Civil, y porque el artículo 3.º, apartado 3—antes artículo 16—, establece que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

Hubiera sido interesante indicar, siquiera fuera someramente, y dentro del Derecho Privado, algunas instituciones en las que se ha advertido la influencia de dictámenes, estudios y trabajos de miembros del

Cuerpo, de las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central y de las Circulares de la Dirección General de lo Contencioso. Un estudio sistematizado y profundo está, creo, por hacer, y prestaría un gran servicio a la técnica del Derecho. Nos limitaremos a algunas pinceladas elementales.

GENY indica cuánto se ha enriquecido el Derecho Privado con las construcciones fiscales. GIANNINI tiene el convencimiento de que la atormentada distinción entre Derecho Público y Derecho Privado es más de medios que de fines. formal e instrumental, no sustancial.

Sería útil pretender profundizar en tema tan polémico. Sólo nos vamos a referir a la Ley General Tributaria. Esta, en su artículo 9.º, 2, establece que tendrán carácter supletorio—de las normas tributarias—«las disposiciones generales del Derecho Administrativo y los preceptos del Derecho Común».

LA MUTUA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUN Y DEL FISCAL

En sus *Lecciones de Derecho Financiero*, SAINZ DE BUJANDA lo estudia como rama del Derecho Público interno, que organiza los recursos constitutivos de la Hacienda del Estado y de las restantes entidades públicas y regula los procedimientos de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y pagos. Son ramas del Derecho Financiero, el Tributario y el Presupuestario.

Esta puede estimarse hoy una postura cuasi-pacífica, aunque CÉSAR ALBIÑANA entiende que la secesión del Derecho Financiero del Administrativo es meramente didáctica y la del Derecho Tributario es dogmática, pues en éste—y no en el Financiero—se dan los elementos constitutivos de la autonomía conceptual.

Y añade que la mayor elaboración del Derecho Privado, su misma decantación doctrinal, aseguran tal grado de perfección técnico-jurídica, que debe seguirse para poner límites a las desbordantes construcciones que suelen dar a luz las disciplinas jurídicas jóvenes. En el ámbito tributario concretamente, y durante muchos años—dice ALBIÑANA—, no existió más Derecho Tributario. . que la legislación tributaria.

La mayor agilidad corresponde al Derecho Fiscal respecto del Derecho Común, por estar más alerta a la efectividad viva o más preocupado por la realidad de sus objetivos, lo que le concede alguna primacía en el tiempo, en la definición o descripción de las situaciones jurídicas que no ha amparado aún el Derecho Privado Civil o Mercantil, los cuales suelen tipificar las instituciones, tomándolas de la vida cuando ya están maduras.

Lo que no impide que puedan anticiparse y ofrecer estructuras jurídicas llamémoslas previas.

Un ejemplo de seguimiento de la realidad es la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, nacida de la práctica notarial, registral y mercantil. Otro, la Ley de Propiedad Horizontal, que recoge la pragmática división de casas por pisos, frecuente en muchas regiones, y sigue la construcción genial de don JERÓNIMO GONZÁLEZ: los estatutos de comunidad son la *lex rei*, la ley del inmueble. Y un ejemplo de anticipación legislativa es la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, hoy en trance de modificación, a la que seguramente se incorporarán los trazos más importantes en su regulación por la Comunidad Económica Europea.

CÉSAR ALBIÑANA dice que el Derecho Tributario tiene «función bautismal» en los negocios atípicos y en los innominados. Y cita el ejemplo del Reglamento de Tráfico de Empresas de 1971, que encuadra en el arrendamiento de bienes el contrato de explotación de buques y aeronaves denominado *time charter* y al contrato denominado «arrendamiento-venta», «locación venta», *leasing* o similares. Instituciones éstas que han sido recogidas por el Derecho especial antes que por el Derecho Privado, pero que, fundamentalmente el *leasing*, encontramos ya frecuentemente en la contratación. De interés, el Real Decreto de 31 de julio del 80. Cuando, lentamente, el Derecho Privado procede a la recepción de estas figuras, difícilmente podrá obviarse la vestidura de origen fiscal con que nacieron.

Y no parece aventurado estimar, dado el origen de las disposiciones, que en la configuración fiscal haya colaborado, de forma más o menos inmediata, un Cuerpo de especialistas altamente cualificado.

CÉSAR ALBIÑANA, en su prólogo a la obra de LLAMAS, realizó un notable estudio sobre «El Derecho Privado en el Ordenamiento tributario español». En él afirma: «Tengo por cierto que recientes posiciones doctrinales y jurisprudenciales hacen presentir un rebrote de la preeminencia privatista en la aplicación del Derecho Tributario. El Derecho Privado ha sido el milenario protagonista de la esencia y de la construcción del Derecho, y siempre está dispuesto a afirmar su supremacía sobre las demás disciplinas jurídicas. De otro lado, el crecimiento del sector público español, con la obligada factura del aumento de la presión tributaria, está promoviendo renovadas corrientes en favor de la aplicación de las normas, métodos y criterios de Derecho Privado en la exacción de los tributos, por cuanto frenan o eluden su peso en las economías individuales.»

Llama la atención en el citado profesor su preocupación de que el Derecho Tributario no debe subordinarse plenamente a las construc-

nes del Derecho Privado, «sino que deben introducirse aquellos factores o elementos correctores que sean adecuados al principio de la capacidad económica o contributiva». Porque—continúa—«la Justicia exige que las leyes impositivas no ofrezcan fisuras en el sometimiento o gravamen de las respectivas capacidades económicas, en la medida que son utilizadas en su provecho por quienes disfrutan de altos niveles patrimoniales o rentísticos y, por ello, disponen de los asesoramientos y facilidades documentales que son inalcanzables para los restantes ciudadanos».

Es cierto, como afirma SAINZ DE BUJANDA, que dentro del Derecho Tributario existen amplias zonas que no ofrecen conexión alguna con las instituciones jurídicas modeladas por otras disciplinas, y en ellas no tiene sentido hablar de la supremacía del Código Civil ni de ningún otro Cuerpo legal sobre los preceptos fiscales.

Pero no parece justificable que al socaire de que la capacidad contributiva debe primar en la aplicación del Derecho Fiscal—y perdonadme que no pueda sustraerme a la «orgía terminológica»—se rechace la calificación y el tratamiento jurídico privado en impuestos como los de Transmisiones Patrimoniales, Sucesiones y Actos Jurídicos Documentados y se critique en tal sentido el preámbulo del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, al mismo tiempo que se condena el que sus normas y su jurisprudencia se refieran a la «naturaleza jurídica» de estos actos y contratos.

El artículo 25 de la Ley General Tributaria determina que «el Impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible». Y en su apartado 2, que «cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico se calificará conforme a su verdadera naturaleza jurídica».

En la pugna entre que el tributo se base en la naturaleza jurídica del acto o contrato, o más bien en la capacidad económica, no puede olvidarse el artículo 31 de la Constitución: «1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio.»

Ahí se conjuga la capacidad económica con el fundamento jurídico «sistema tributario justo». Si se despoja al sistema tributario del sustrato jurídico retrocederemos siglos en la concepción política de la sociedad.

No olvidemos que el arma tributaria es tan fuerte que, como hemos visto en el Watergate de Nixon y en las dictaduras centro y sudamericanas, se acudía a la presión fiscal, más que a la propia policía, frente a los enemigos políticos.

Resulta penoso que, tal vez por influencias indirectas del *Informe Carter*, una construcción tan notable como la legislación del viejo Impuesto de Derechos Reales se abandone por el pragmatismo de la simplificación recaudatoria. Y una jurisprudencia y una doctrina depuradas por la experiencia y por los años se aparque para dar lugar a una nueva situación que puede ser preocupante cuando se llega a los términos de la Ley 34, de 21 de junio de 1980, llamada de Reforma del Procedimiento Tributario.

LA INTERPRETACION DE LA LEY FISCAL

Primero en el prólogo a la obra de FEDERICO BAS, en 1948; luego, en su *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*, LARRAZ ha sido un maestro en la exposición de la doctrina de la interpretación de la ley fiscal y, por ende, de la interpretación en general. Y no entramos en las diferencias entre «interpretación» y «aplicación», porque, pese a la sutileza, a alguien puede parecerle un juego de palabras.

LARRAZ explica que primero como servidor del Fisco, luego en su bufete de Abogado, completó su experiencia. Añadiremos que su extraordinaria figura de jurista prestó grandes servicios a España. Todavía la Ley de 26 de diciembre de 1940, que salvó una etapa difícilísima, puede ser un ejemplo. También el rechazo de cargos por respeto a su propia conciencia. Y antes la gestión mediadora, junto con su compañero BUJEDA, entre GIL-ROBLES Y PRIETO, en los días trágicos preliminares de la guerra civil.

«Las principales cuestiones que se presentan en la interpretación de la Ley Civil—dice—pueden comprenderse bajo las siguientes rúbricas: a) imprecisiones, confusiones y contradicciones del articulado; b) discrepancias del espíritu y del articulado; c) concreción de las cláusulas de analogía, y d) relleno de lagunas.»

«Frente a estas cuestiones—prosigue—caben dos posiciones metodológicas puras y límites: la automática y la crítica. El método automático preconiza un literalismo estricto: donde la Ley no distingue no debemos distinguir. El método crítico piensa, con la Epístola de San Pablo a los Corintios, que la letra mata y el espíritu vivifica. Ante el tenor literal claro, el método crítico admite la posible colisión de la letra con la *mens legis* y la *mens legislatoris*.

La evolución más ostensible radica en Derecho Penal, donde nació la regla *in dubio pro reo*. De ahí algunos predicán: «*In dubio contra Fisco*.»

Para LARRAZ la práctica española de la aplicación de la Ley Tributaria no se caracteriza por una adhesión completa y fiel al automatismo

literal. Pero tampoco ha llegado a abandonar éste totalmente. Es una contradicción formal patente entre el automatismo literalista y el criticismo que se sobrepone a la letra del precepto.

Cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1914, clásica, relativa a las leyes fiscales: éstas, «por su naturaleza y carácter, no pueden tener interpretación extensiva en perjuicio del contribuyente, sino que habrán de aplicarse sujetándose con estricto rigor a su letra».

Aún más: una Real Orden Circular de la Dictadura de 27 de enero de 1924, que califica de «paternal e ingenua», decía: «En la recaudación de los tributos se hará aplicación estricta de las leyes, pero en los términos más benignos que ellas permitan y teniendo muy en cuenta que la misión fiscal no puede ser destructora de riqueza ni estimulada por el lucro de los premios de cobranza, y que siempre tiene la Administración medios de hacer efectivos los impuestos con espíritu generoso; en la inteligencia de que cuando no exista mala fe en el contribuyente es preferible la pérdida de una cuota a dejar desamparada de medios a una familia.»

LARRAZ hace un estudio pormenorizado de la Jurisprudencia por los criterios aplicados: insuficiencia literal en Derecho Común y en Derecho excepcional; suficiencia literal en ambos Derechos. Y cuenta lo ocurrido en su despacho cuando dos clientes le presentaban asuntos en que la Inspección aplicaba en un caso el espíritu de la norma contra la letra y en otro al revés; uno de ellos le comentó: «Mientras las gentes de toga no se pongan de acuerdo sobre el tema esto de la aplicación de las leyes tributarias es un tanto azaroso.» A lo que LARRAZ reflexiona: ¿quién no ha padecido vaivenes y contradicciones en punto a metodología?

LARRAZ acepta respecto de la aplicación del Derecho Civil el método crítico. Pero no en el Derecho Tributario, porque en éste se encuentran frente a frente un sujeto que en sí mismo considerado es ajeno a la gestación de la norma imperfecta e irresponsable de ella, llamado contribuyente: y un sujeto llamado Estado que es autor y responsable de la norma imperfecta. Y esto aunque se objete que el Fisco forma parte del poder ejecutivo, y que emanando la Ley del legislativo la Hacienda es tan ajena a la norma como el contribuyente.

LARRAZ rechaza el argumento: porque todos sabemos la grandísima influencia de la Hacienda en la redacción de los textos tributarios—aunque muchas veces no se haga caso a los técnicos por motivos políticos—, y bien se ve en el *Boletín Oficial*.

El citado autor, que invoca a CASTÁN, «que no es un literalista dogmático», en su *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, argumenta con el texto del artículo 1.090 del Código Civil, demasiadas veces olvidado: «Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo

son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro.»

Este precepto, añade, por su propia virtud o a través del artículo 16 —hoy, 3.º, 3—del Código Civil, trasciende al Derecho Tributario: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.»

Los criterios de LARRAZ fueron ampliamente aceptados por la doctrina. CÉSAR ALBIÑANA los llama «sagaces apreciaciones», y acepta su fundamento, pero rechaza su descripción, alegando que la Hacienda Pública, ahora, es tan ajena a la formación de la norma tributaria como el contribuyente o sus grupos de presión. Lo que el profesor tendrá que permitir que pongamos en cuarentena.

SAINZ DE BUJANDA, en su obra *Hacienda y Derecho*, recuerda que la doctrina francesa subordina el Derecho Fiscal al Derecho Civil, y cita la opinión de GENY: conviene que el Derecho Fiscal se limite a gravar «los fenómenos jurídicos tal como son».

El profesor afirma que la teoría del sometimiento no es válida, ya que el Derecho Tributario tiene zonas que no ofrecen conexión alguna con instituciones jurídico-privadas: por ejemplo, los impuestos indirectos de consumo. Pero propugna la elaboración de una doctrina científica que aleje los problemas fiscales de criterios burocráticos y se logre «que la prolija e inextricable legislación de Hacienda no sea más que un soporte del verdadero Derecho Financiero».

Mucho puede hacer el Cuerpo que ahora celebra su Centenario para que sea posible el objetivo que propugna el autor: «Nunca como ahora la obra de los juristas podrá contribuir tanto a edificar sobre bases éticas las relaciones entre el Estado y el súbdito, o dicho con nuestro lenguaje, entre el Fisco y el contribuyente. Cuando se perfile un nuevo conjunto de instituciones, articuladas en los ordenamientos positivos, el caos actual se convertirá en sistema.»

La obra del profesor se publicaba en 1955. La Ley General Tributaria supuso un gran esfuerzo de clarificación. Pero nos tememos que, a pesar de las reformas, o tal vez por ellas, el deseo no se ha cumplido; la necesidad de conseguirlo es urgente, y el caos, otra vez actual.

LA INTERPRETACION, AHORA

La modificación del Título Preliminar del Código Civil en su artículo 3.º es fundamental. El apartado 1 establece que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el con-

texto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Y en el apartado 2 ordena que las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Las normas de interpretación de la Ley General Tributaria, artículos 23 a 25 y concordantes, habrán de ajustarse a las del Código Civil.

Es más: el artículo 9.º, apartado 1, de la Constitución establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Y el 3, que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Tanto la reforma del Título Preliminar del Código Civil como estos preceptos constitucionales han merecido interesantes comentarios, en cuyo detalle no es posible ni oportuno entrar.

Vamos a comprobar si en el Derecho Fiscal, Financiero o Tributario se reflejan con exactitud las nuevas tendencias interpretativas. Será una garantía de legalidad—que impone la Constitución—el que en la labor prelegislativa, tantas veces decisiva y siempre importante, se dé entrada al Cuerpo de especialistas que es el de Abogados del Estado. Sin mengua de la actuación de otros tan preparados como respetables.

UNA LEY PREOCUPANTE

Antes nos referíamos a ella: la Ley 34, llamada de Reforma del Procedimiento Tributario, y que constituye un ensamblaje de disposiciones heterogéneas. En su artículo 4.º introduce una serie de presunciones que chocan con los preceptos del Derecho Común. Rozan lo dispuesto en los artículos 114 y siguientes de la Ley General Tributaria, 1.214 y siguientes del Código Civil y 578 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aunque «*lex posterior...*»

El haber decapitado de las leyes su Exposición de Motivos, algunas veces poco útil, pero otras significativa, nos impide conocer la filosofía de la disposición; pero basta con la letra. Creemos que la literatura jurídica especializada se ocupará de esta ley con la extensión que merece.

De momento creemos o, como se dice ahora, pensamos, que habrá que andarse con tiento en su aplicación; y que los Tribunales en quienes

confiamos, tendrán motivo para sentar precisiones y matizaciones en una materia que pudiera desconocer normas de superior jerarquía y, por supuesto, los Principios Generales del Derecho. Será de desear que, en este caso, el Derecho Fiscal o Tributario no influya en el Derecho Común. El Derecho Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil no ganarían nada con tan novedosa reforma.

INFLUENCIA DEL DERECHO PUBLICO EN INSTITUCIONES DE DERECHO COMUN. LA EMPRESA PUBLICA

Dice SAINZ DE BUJANDA en sus *Lecciones* que la aparición del Estado como empresario desborda el marco de los servicios públicos clásicos, porque es consustancial la presencia de poderes exorbitantes de Derecho Público para dar entrada a prestaciones económicas dominadas por las ideas de precio y de contrato. De ahí que se aluda a las empresas que actúan en régimen de Derecho Privado. El fenómeno lo ha estudiado ROMANÍ.

Se afirma que el Estado o los entes interpuestos pueden asumir con plenitud la figura jurídica del empresario privado; y que los rendimientos merecen la misma conceptualización que los beneficios contemplados en el Código de Comercio y las leyes mercantiles.

Añade el profesor a quien ahora seguimos que la llamada actividad empresarial de las entidades públicas utiliza para su despliegue contratos de sociedad, arrendamiento y compraventa, acuñados por el Derecho Privado y regidos en lo sustancial por sus textos.

Pero al ser asumidas por las normas del Derecho Público, y específicamente del Financiero, el fenómeno queda asociado a la aparición de un bloque normativo extenso y compacto, por cuya virtud las aludidas figuras—sobre todo las de tipo societario, que atañen a la organización del sujeto agente—experimentan sustanciales mutaciones y se ven a su vez acompañadas de técnicas y principios que las alejan de su originaria significación. Así, determinadas entidades—públicas por su origen y por su organización—, a las que se encomienda cierto tipo de actividades empresariales, con arreglo al «régimen de Derecho Privado», son por naturaleza incompatibles con el estatuto propio del comerciante o empresario privados.

Cuando se acude por el Estado a la ficción de crear sociedades para este tipo de actuaciones, creyendo de este modo aproximarlas más al Derecho Civil o Mercantil, los entes así creados ofrecen, por imperativo de sus propias normas rectoras, una configuración y un régimen que difieren en aspectos sustanciales del que es propio de las sociedades en el tráfico mercantil.

Todo cuanto atañe a la capacidad, al domicilio, a la representación, a la contabilidad, a la responsabilidad y a los estados de insolvencia del empresario privado o resulta inaplicable o queda sometido a los condicionamientos y peculiaridades del ente público.

El artículo 6.º de la Ley General Presupuestaria (Ley 11 de 4 de enero de 1977) establece que «las sociedades estatales se registrarán por las normas del Derecho Mercantil, Civil o Laboral, salvo en las materias en las que sea de aplicación» dicha Ley. Y las materias las separan en su creación y funcionamiento de las sociedades privadas. Su gestión está coordinada con la Administración de la Hacienda Pública.

El artículo 44 de la mencionada Ley prohíbe a los Tribunales y Autoridades administrativas el embargo de los bienes, derechos, rentas o frutos de la Hacienda Pública. Pero, con cierta anfibiaología, el artículo 4.º se refiere a organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o «análogos». ¿Hasta dónde llega la analogía? Pues bien: la proliferación de estos entes, que aparecen en España en septiembre de 1923, se desarrollan hasta diciembre de 1930 y adquieren gran pujanza desde 1939, coincidiendo con determinada filosofía política, produce un fuerte impacto en el Derecho Común.

Los Letrados especialistas, los Notarios y los Registradores Mercantiles saben de los intentos—y a veces logros—de adoptar para el Derecho Mercantil fórmulas nacidas al amparo del Derecho Público, que en algunas ocasiones suponen felices hallazgos de una mentalidad más moderna y receptiva que la que rige nuestras viejas disposiciones iusprivatistas. Aunque hay que reconocer que otras veces no son tan felices.

En la reforma, en marcha, de las Leyes de Sociedades Anónimas y Limitadas es posible que se encuentren atisbos de esa tendencia que tiene aspectos aprovechables, y en cuanto lo sean.

LA CONDICION RESOLUTORIA

Dice ROCA SASTRE que en nuestro sistema hipotecario, anterior y actual, las acciones rescisorias y resolutorias no son inscribibles como tales en el Registro, pero pueden reflejarse en él a través de una garantía de tipo meramente registral, formal o de libro, ya sea mediante una anotación preventiva de mera publicidad o de una causa o motivo de rescisión o resolución autenticada en los libros hipotecarios.

La situación jurídica más corriente se concreta en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual la sola expresión registral del aplazamiento de pago del precio no afectará a terceros, salvo que se garantice su efectividad con hipoteca o se dé a la falta de pago carácter de condición resolutoria expresa.

Y esta era la doctrina pacífica del juego normal de las condiciones resolutorias, en base a los artículos 9.º, 2; 11, 23 y 107, 10, de la Ley Hipotecaria; 51, 6, y 56 de su Reglamento y concordantes.

Pero la necesidad de garantizar, con efectos reales y eficacia directa, el cumplimiento de condiciones en situaciones muy especiales aguzó el ingenio de quienes tenían que velar por la seguridad de las actuaciones públicas.

Las enajenaciones de bienes inmuebles, consecuencia de la gestión urbanística, no podían quedar desamparadas de aquellas garantías, y era difícil, en el entramado del Derecho Común, encontrar alguna fórmula que, sin perjuicio de los principios, ofreciera toda clase de garantías. Comenzaron entonces a otorgarse las escrituras de compraventa de los entes públicos, pactando la condición resolutoria en caso de incumplimiento de las condiciones especiales, por ejemplo: plazo de edificación, destino, calidad de la obra y otras semejantes. Previamente la Asesoría Jurídica había indicado la solución.

No ocultamos que la fórmula encontró resistencias. E incluso en algún momento hubo que dar marcha atrás. Pero la tenacidad y el fuerte argumento de la libertad de pactos establecida en el artículo 1.255 del Código Civil, siempre que no se opongan a las leyes, a la moral y al orden público, acabó imponiéndose.

Las compraventas se inscribieron con la condición resolutoria, y ésta se canceló cuando se acreditaba, mediante el documento administrativo, el cumplimiento de las condiciones establecidas.

Esta iniciativa del sector público ha trascendido a la contratación entre particulares. Y hoy es corriente hallar en las escrituras y en las inscripciones pactos semejantes.

LOS ESTATUTOS DE LIMITACIONES

El artículo 51 del Reglamento Hipotecario establece en su regla 6.ª que para dar a conocer el derecho que se inscribe, se hará expresión circunstanciada de todo lo que según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente. Pero no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real.

Al comenzar el fenómeno de las llamadas «urbanizaciones», se encontraba la dificultad de asegurar frente a todos la ubicación de los edificios, su altura, tipo de construcción, destino, normas de conservación de espacios libres y otras semejantes.

En la comunicación presentada por ROCA SASTRE con ocasión del

Centenario de la Ley Hipotecaria en 1961, se aceptaba el hecho, pero se pretendía su inscripción mediante la normativa de las servidumbres. En general, la doctrina invocaba el artículo 541 del Código Civil, la servidumbre del padre de familia y las servidumbres recíprocas.

Pero no es bueno en Derecho retorcer argumentos. Sobre todo cuando puede acudir a soluciones, en este caso de Derecho público, adecuadas.

Estaba la legislación urbanística, entonces la Ley del Suelo de 1956, y en ella posibilidad de establecer lo que se llamó Estatutos de Limitaciones, que afectarían con carácter real a las fincas. Así se hizo. El criterio plasmó en el Reglamento de Reparcelaciones de 1966. Y otra vez el Derecho privado se nutrió de esencias del Derecho público.

Muchas urbanizaciones se construyeron y se mantienen con ese sustrato jurídico, que esperamos no se olvide en la esperada y necesaria Ley de Urbanizaciones Privadas.

FRAUDE A LA LEY

El artículo 24.2 de la Ley General Tributaria establece que «para evitar el fraude a la ley, se entenderá, a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el Impuesto, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible». «Para declarar que existe fraude de ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado.» Todo ello consecuencia de que el artículo 24.1 no admite la analogía.

Se ha dictado el Real Decreto de 29 de junio de 1979, por el que se regula el procedimiento especial de declaración de fraude de ley en materia tributaria.

La competencia para declarar se reserva al Subsecretario o Directores Generales «para que puedan ponderarse en toda su trascendencia los hechos producidos y los actos de gestión tributaria que sobre ellos puedan realizarse». El expediente deberá contener: la expresión de las circunstancias y hechos en los que se fundamenta la convicción de que el sujeto pasivo, al realizar el acto o negocio causa del expediente, ha tenido el propósito de eludir un tributo con fraude a la ley; concreción de la norma eludida y de la norma de cobertura en que intentó ampararse el sujeto pasivo. El expediente se ha de poner de manifiesto a los interesados para que aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. El posible acuerdo de declaración de fraude

produce efectos exclusivamente en el ámbito tributario y no acarreará la aplicación de sanciones, con el objeto, según la Exposición de Motivos, de «garantizar la estricta observancia del principio de autonomía de la voluntad en el Derecho privado y el derecho de los administrados a la seguridad jurídica».

Será curioso observar el resultado de aplicación del Decreto, al hilo del recurso en interés de la ley o a «efectos meramente doctrinales».

NEGOCIOS INDIRECTOS

FEDERICO DE CASTRO, en su *Negocio jurídico*, señala que la nota distintiva del negocio indirecto es la consideración otorgada a la finalidad práctica o empírica que se busca con un negocio, y que se distingue de la práctica o empírica que se busca con el utilizado tan sólo como medio para lograr aquella finalidad.

Si, lo que ponemos en duda, ha de privar la capacidad económica para la imposición del tributo sobre la realidad del acto o contrato en su propia naturaleza jurídica, el Derecho común podrá ver subvertidas algunas instituciones, porque cabrá estimar «indirecto» el negocio jurídico en muchos casos.

Aunque como se ve corrientemente, algunos contratos se otorgan con la vista puesta en la fiscalidad. Y éste es un fenómeno no deseable.

Cierto que suele imponerse el buen sentido. Por ejemplo, la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 19 de junio de 1975, en un interesante caso de bien privativo del marido vendido con precio aplazado y resuelta la venta por impago mediante sentencia, afirma que hay que aplicar el Derecho Civil de acuerdo con el sentido que inspira la legislación fiscal y con lo dispuesto en la Ley General Tributaria.

EL PATRIMONIO DEL ESTADO

La propiedad territorial del Estado, según SAINZ DE BUJANDA, es fuente de crítica desde los economistas clásicos de la escuela liberal de Adam Smith. Y en ello no siempre es clara su condición jurídica, porque existen regímenes atípicos, como el Patrimonio Forestal.

La legislación desamortizadora, tan puesta en entredicho, fue tal vez necesaria consecuencia de excesiva acumulación de bienes excluidos del comercio. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE ha estudiado su gestación y aplicación. Por cierto, como antes indicábamos, uno de los motivos de creación del Cuerpo de Abogados del Estado se halla en los numerosos pleitos que produjo durante muchos años la desamortización. Creemos

que está todavía sin desvelar lo mucho interesante que ha de haber en la documentación de esos pleitos.

La doctrina moderna, en general—y a salvo de doctrinas políticas cuyo interesante examen no es del caso—, suele ser contraria a la existencia de una extensa propiedad estatal, y así se pronuncia EINAUDI. El Estado es un mal patrono.

Los bienes y derechos del Estado se rigen por su legislación especial, y subsidiariamente por las normas del Derecho privado, civil y mercantil. La legislación del Patrimonio y de Contratos del Estado está, en general, bien construida jurídicamente y sus cuidantes se preocupan de mantenerla al día e incorporar la experiencia que la práctica aconseja.

LA PROHIBICION DE ENAJENAR

Un aspecto curioso. El artículo 27 de la Ley Hipotecaria preceptúa que las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso no tienen acceso al Registro. Y, sin embargo, la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 7 de noviembre de 1947, artículo 2.º, apartado V, declara sujetas al Impuesto las anotaciones de prohibición de enajenar que hayan de practicarse en el Registro por consecuencia de pactos o contratos.

ROCA SASTRE y LA RICA critican la excesiva dureza de la Ley Hipotecaria al cerrar el paso a las prohibiciones de disponer contractuales. La Ley del Impuesto fue más progresiva y abierta en este caso.

MISCELANEA

Otras muchas situaciones jurídicas pudieran contemplarse. Por ejemplo, la «unidad familiar» del Impuesto sobre la Renta; la «transparencia fiscal» de las sociedades; la doctrina, que chirría, en las colisiones de embargos judiciales y administrativos, entre sí y con las suspensiones de pagos; la prelación de créditos, en general, y especialmente en Derecho mercantil marítimo, con su conexión con los tratados internacionales que han pasado a formar parte del Ordenamiento español, conforme al artículo 1.º-5 del Código Civil, y tantas más.

LOS CUERPOS PROCERES

En la lucha contra los defectos de la organización social hay que encuadrar la creación de los cuerpos próceres, entre los que se encuentra el de Abogados del Estado, que este año celebra su centenario. A ellos se les exigía y se les exige preparación especializada y profunda, forma-

ción humanística, conocimientos amplísimos. La labor callada ha quedado en los archivos, sólo parcialmente publicada en anales y anuarios.

Permitidme que manifieste mi íntima satisfacción ante dos citas halladas en la preparación de esta conferencia. En una obra reciente de JOSÉ VARELA ORTEGA, doctor por Madrid y Oxford, profesor de St. Antony's College, que se titula *Los amigos políticos*, y es uno de los estudios más interesantes sobre el cuarto final del pasado siglo, se lee: «Los informes de los Registradores de la Propiedad constituyen la mejor y más amplia información de orden económico y social que conozco. ; espero que pronto alguien aproveche este material más intensamente de lo que yo he hecho». Y están olvidados en la Biblioteca del Ministerio de Justicia.

En la *Historia de España* de MARTÍNEZ CUADRADO, se afirma que el Registro de la Propiedad expropiable, elaborado por el Instituto de Reforma Agraria, compuesto por 254 volúmenes, ha sido utilizado como fuente principal por los mejores investigadores sobre la materia: PASCUAL CARRIÓN, MALEFAKIS, GARCÍA BADELL, GARCÍA ORMAECHEA. Pues bien, el jefe del servicio que tuvo a su cargo la formación del inventario fue el Registrador de la Propiedad y ex Ministro JUAN JOSÉ BENAYAS, que contó para ello con la colaboración del Cuerpo de Registradores.

Las situaciones, complejas y a veces desordenadas, que hemos indicado pueden contemplarse a la luz del célebre ciclo que formuló PAUL VALÉRY:

Orden.

Desorden.

Ansia de orden.

Establecimiento de un orden sobre bases nuevas.

Repudiación de las nuevas bases.

Orden otra vez.

Se cuenta que un sultán de Oriente pidió a uno de sus sabios consejeros alguna idea que fortaleciera su espíritu en los momentos de desánimo y lo templara en los de exaltación. Y el anciano repuso: Piensa: TAMBIEN ESTO PASARA. TAMBIEN ESTO PASARA.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ
Registrador de la Propiedad
Licenciado en Ciencias Políticas

NOTA—El 10 de marzo de 1981 el Excmo. Sr. D. JOSÉ-LUIS GÓMEZ-DÉGANO Y CEBALLOS-ZÚÑIGA, Director General de lo Contencioso del Estado, pronunció un «Recuerdo a don Juan Francisco Camacho», con muy interesantes precisiones sobre tan desconocido personaje.

La causa en los contratos de garantía

SUMARIO: 1. *La causa*: 1. La causa del contrato: *a)* Moralidad; *b)* Función o tipo; *c)* Intercambio o liberalidad; *d)* Base del negocio; *e)* Veracidad; *f)* Causa y contenido.—2. La causa en los contratos onerosos y en los gratuitos.—3. La causa de la obligación.—4. La causa de la atribución.—5. Recapitulación.—II. *Los contratos de garantía*: 1. En general: *a)* Fianza; *b)* Garantía real.—2. La garantía prestada por tercero.—III. *Causa del contrato y causa de la obligación en la prestación de garantía*: 1. Identificación de la causa en los contratos de garantía: *a)* La causa como denominador común del tipo; *b)* La causa como regulación de la licitud y la persistencia del contrato.—2. Causa de la obligación o de la atribución en garantía: *a)* Prestación de garantía por el propio deudor; *b)* Aseguramiento real o personal constituido por persona distinta del deudor: *a')* Garantía justificada por la relación entre garante y deudor; *a'')* Relación deudor-garante; *b')* Relación garante-acreedor; *c')* La relación acreedor-deudor; *b')* Garantía justificada por la relación entre garante y acreedor.—IV. *Abstracción de causa y contrato de garantía*: 1. Doctrina y jurisprudencia.—2. Abstracción y externidad de la causa.—V. *Onerosidad y gratuidad en la constitución de garantía*: 1. Doctrina y jurisprudencia.—2. Constitución de garantía por el propio deudor.—3. Constitución de la garantía por tercero: *a)* Garantía contemporánea; *b)* Garantía ulterior.—4. La cancelación de garantías.—5. Matización deducida del artículo 1.843 del Código Civil: *a)* Explicación del precepto; *b)* Aplicación de los principios que inspiran el artículo 1.843 al tema de la onerosidad o gratuidad de la constitución en garantía.

I. LA CAUSA

El Código Civil se refiere en diversos lugares a tres distintos conceptos de la causa: *a)* causa del contrato; *b)* causa de la obligación, y *c)* causa de la atribución.

1. LA CAUSA DEL CONTRATO

El epígrafe de la sección tercera del título II, libro IV, del C. C. reza «de la causa de los contratos». Según esto, cada contrato tendría una

causa. Así también el artículo 1.262, al exigir que el consentimiento de ambos contratantes, es decir, «el concurso de la oferta y de la aceptación», recaiga, además de sobre el objeto, sobre la «causa que ha de constituir el contrato». Esta causa es—explica el art. 1.274—«en los contratos onerosos.. para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.. y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

Ahora bien: si examinamos las reglas generales del contrato—y, en su caso, las del negocio jurídico—en el C. C. alemán o en el suizo, observaremos que ni entre los requisitos del contrato ni entre sus elementos se menciona éste de la causa. ¿Es que hay dos distintos conceptos del contrato, uno para los Derechos alemán y suizo, como acuerdo de consentimientos sobre un objeto, y otro en los ordenamientos latinos, incluyendo esa exigencia adicional de la causa?

a) *Moralidad*.—La idea de que el contrato debe tener una *causa* procede, en la doctrina del Derecho común medieval, de los canonistas, quienes, al salir del sistema romano de *numerus clausus* de contratos y reconocer la eficacia vinculante de los *nuda pacta*, introducen a la vez la idea de que cualquier negocio de obligación, para su efectividad, requiere algo más que el simple intercambio de consentimientos. El contrato no vincula sino cuando reúne condiciones de veracidad y moralidad, es decir, si recae sobre una operación jurídica verdadera y viene impulsado por motivos honestos: si la operación es simulada, las partes no han querido contratar; si la finalidad del contrato es inconfesable, las partes no hubieran debido contratar.

Estas condiciones de veracidad y moralidad no suponen un elemento del contrato distinto del consentimiento o el objeto, sino, respectivamente, la realidad de aquél—sobre la que vuelvo *infra*, apartado e)—, o la licitud del contenido, como en cualquier negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*.

En particular, el concepto de *causa ilícita* se relaciona, no con un nuevo requisito autónomo del contrato, sino con los motivos individuales de los contratantes. Esto es evidente en las donaciones, en las cuales la ilicitud o la inmoralidad no podrían alcanzar sino a los móviles del donante, y no a la intención liberal considerada abstractamente, pero también vale para los negocios onerosos, pues el intercambio de prestaciones entre sí, o la función económica del contrato, teniendo un objeto permitido sólo pueden ser ilícitos a causa de la torcida intención de los contratantes, que viciará el contrato íntegro cuando sea común o compartida.

En tal plano se sitúa el artículo 1.275 al decir que *los contratos.. con causa ilícita no producen efecto alguno*: al menos la causa ilícita su-

pone un análisis de la intención personal del acreedor y el obligado. Lo que viene a decir el artículo es que el propósito con que las partes concluyen el acuerdo y contraen obligaciones no puede ser opuesto a las leyes o la moral.

Por su parte la jurisprudencia habla de *ilicitud de la causa* refiriéndose a aquellas connotaciones de la voluntad cuya presencia califica el querer de las partes en relación a un negocio concreto. Estas contratan para alcanzar ciertos objetivos, movidas por la representación de un específico resultado, y esa motivación cae bajo la censura del ordenamiento, que reclama la honestidad, no ya sólo del tipo o del objeto, sino de las circunstancias cuya concurrencia contemplan las partes como un presupuesto de la manifestación de su voluntad.

O sea: cuando pretende emitir juicio sobre la validez moral del negocio, la jurisprudencia conceptúa a tales circunstancias como *causa*, y siendo el juicio negativo, las califica de *causa ilícita*, aun no siendo sino simples motivos, ajenos a las definiciones del artículo 1.274.

La causa no es aquí, como se ve, propiamente un requisito: motivación, la tiene todo acto humano, y lo que exige es la *licitud* de ésta, en una cierta medida y hasta unos ciertos límites. A aquella parte de los motivos en cuyo análisis entre el juez para determinar la licitud o ilicitud del contrato les llama también el C. C. *causa* (o al motivo subjetivo de la disposición a causa de muerte: art. 767), aunque evidentemente no por ello pierden su carácter de motivos ni se crea un nuevo requisito del contrato, el negocio, la atribución o la declaración de voluntad.

La doctrina se preocupa, en relación al motivo ilícito, de dos órdenes de problemas: de una parte, cuál sea el nivel de importancia y de principalidad requerido para que el motivo deba ser apreciado a los efectos de determinar la licitud del contrato, esto es, para que asuma la veste de *causa*: de otra, cuál sea el grado de conocimiento o cooperación de la contraparte preciso para que el motivo se eleve a causa. Problemas cuya solución es innecesaria a los efectos del presente trabajo.

b) *Función o tipo*.—Parte de la doctrina moderna relaciona la *causa* asimismo con el contenido del contrato, pero desde otro punto de vista muy distinto del de su moralidad, y esta vez objetivo: el de la función o finalidad práctica del tipo contractual, que valdría—y cuya suficiencia sería indispensable—para justificar la protección que le concede el ordenamiento. Un acuerdo de voluntades—explican algunos autores—sólo vale como contrato cuando la función práctica es tal que justifica la tutela del Derecho. El Derecho no concede su protección a caprichos, o a fines de reducida proyección social, sino sólo a funciones que la merecen

por su trascendencia. Así como el ordenamiento no transforma en derecho subjetivo todos los intereses, así tampoco transforma en negocio jurídico todos los acuerdos, aunque persigan un fin no reprobado por la ley o la moral. Pero los contratantes pueden querer cualquier combinación no prohibida, y en un sistema de libertad de contratar cualquier acuerdo seriamente querido vincula a las partes si versa sobre prestaciones posibles y lícitas; sin que la trascendencia o el grado de seriedad de *lo querido*, no de la voluntad de las partes, actúe como límite de la eficacia jurídica vinculante del convenio.

c) *Intercambio o liberalidad*.—También señalaron los canonistas otro aspecto en el contrato que la doctrina moderna relaciona con el requisito de la causa, a saber, la presencia de una finalidad que en los contratos bilaterales se ha de alcanzar por ambas partes: por cada una a consecuencia de la prestación de la otra. No prestando una, la finalidad del contrato no se alcanza por la otra. O sea: no se exige que el contrato tenga una finalidad, pues en cuanto acto humano no podría dejar de tenerla, sino que aquélla se realice.

La exigencia de *causa* representa entonces el imperativo legal de que cada parte, en el contrato sinalagmático, no quede decepcionada por la promesa de la otra que carece de contenido o no se puede cumplir; los canonistas, así, estructuraron el requisito en cuestión extendiendo su influencia a la fase de cumplimiento del contrato: ninguna de las partes viene obligada a ejecutar lo convenido si la otra rehúsa pagar su deuda. Punto de vista que se prolonga hasta los artículos 1.100 *in fine* y 1.124 de nuestro C. C. Pero entonces la «finalidad objetiva» del contrato (cuya representación subjetiva impulsó a los contratantes a adoptar aquella figura y vincularse en el *do ut des* correspondiente) no es sino el plan de intercambio: la regulación de intereses que el consentimiento va a poner en vigor. Es el contrato mismo, e identificar tal finalidad con la causa exigida por el artículo 1.261, 3.º, equivale a decir que «no hay contrato sino cuando concurre como requisito... el contrato». Es por esto —repito—por lo que no se nota la falta del requisito de la *causa* en los Derechos alemán o suizo.

En otras palabras: el papel atribuido en este planteamiento a la causa, de custodio de la íntegra realización de las prestaciones pactadas.

a') Desborda las posibilidades de este elemento, establecido por el Código Covil como presupuesto de la existencia del contrato creador de obligaciones, y por tanto del nacimiento de éstas. Una vez nacida la obligación, los presupuestos de su nacimiento dejan de existir como tales: ya no hace falta que los contratantes sigan siendo capaces o que persista su voluntad. El aniquilamiento del objeto de la prestación debida

podrá, en ciertos casos, extinguir la deuda, pero no evitará que haya nacido y existido; la ulterior extinción de la deuda obedece a una circunstancia de hecho que determina aquel resultado en virtud no de una norma relativa a los contratos, sino de las reglas generales de la imposibilidad de prestar en cualquier género de obligaciones.

b') El mutuo condicionamiento de las prestaciones es algo que forma ya parte del contenido del contrato por voluntad de las partes y de la ley, sin necesidad de recurrir a un nuevo requisito (que entonces lo sería sólo del contrato sinalagmático). Para que, faltando la prestación de la contraparté, mi obligación quede inexigible o pueda yo repetir el pago ya realizado, no necesito razonamiento distinto de la referencia a lo convenido: mi deuda la he contraído precisamente *a cambio* de la correspectiva y no en otro caso, quedando descargado de ella en virtud del principio *pacta sunt servanda* si no cobro mi crédito.

d) *Base del negocio*.—En las concepciones subjetivas de la causa se suele considerar a ésta como un motivo, pero—paradójicamente—cualificado por cierta objetividad. En el complejo de representaciones que impulsaban a celebrar un negocio hay—se dice—un motivo técnico, propio del acto, amén de otros atípicos o personales del otorgante. Desde el momento en que la función del negocio determina al individuo a elegirlo para llegar al fin deseado, la representación de aquélla en la mente del sujeto constituye un *motivo*, aunque ciertamente el último: motivo típico, despojado de cualesquiera particularidades o contingencias individuales, común a los que celebran el negocio. En tal sentido lo califica la jurisprudencia de «razón esencial del contrato», frente a las «razones particulares de un contratante que no afectan al otro».

Claro que, como he observado antes, no cabría exigir al contrato el requisito de una *razón esencial*, que tiene por definición, ni tampoco es un elemento independiente del consentimiento la coincidencia de la voluntad de las partes en esa razón, es decir, en el contenido típico del contrato.

En cambio, en algunos contratos singulares constituyen un elemento peculiar ciertas razones personales—distintas para cada contrato, y por tanto diversas de la «razón esencial» del tipo contractual—, que no se limitan a uno de los contratantes. Así, en la doctrina y la jurisprudencia la presencia de un motivo subjetivo determinante compartido por ambas partes se califica a veces como *causa* a efectos de hacer depender de su realización o su realidad (según se proyecte para el futuro o se presuponga para el pasado) la eficacia o la validez del contrato. El requisito tampoco es, entonces, el motivo, sino su efectividad. Cuando ésta falla nos hallamos—se dice—ante un contrato *sin causa*, en el sentido del

artículo 1.275, es decir, uno en el que no se realizan las previsiones y finalidades subjetivas que las partes han entendido concordemente constituir en presupuesto de su existencia. Ejemplo de esto pueden ser los llamados «casos de la coronación» (alquiler de piso o balcón para ver pasar el cortejo de la coronación, que luego va por otra calle o en día distinto del señalado en el alquiler). O bien, los contratantes tienen por cierto que en determinado lugar y época va a tener lugar una feria, y en atención a ese hecho pactan el arriendo de un local, pero al final la feria no se celebra.

Desde luego, cuando las partes presuponen esencialmente para el negocio de común acuerdo cierto hecho o circunstancia, tal base común será, como la condición, determinante para aquel negocio. Ahora bien: la no realización de los presupuestos comunes difícilmente podría configurarse como «falta de causa» si se tiene en cuenta que, a tenor del artículo 1.275, el contrato sin causa «no produce efecto alguno». No es un contrato simplemente defectuoso, pero en el que concurren «los requisitos que expresa el artículo 1.261», de modo que sea impugnabile con arreglo al artículo 1.300, sino uno de aquellos en los cuales, según el artículo 1.261 del Código Civil, «no hay contrato». De ahí que sea preferible contemplar la no realidad actual o realización futura de los presupuestos comunes de las partes, como en el Derecho alemán, bien desde la perspectiva del error en los motivos, bien en relación con el régimen de las condiciones suspensivas o resolutorias. Serían más bien, en nuestro ordenamiento, contratos con *causa falsa*, tal como debe comprenderse esta expresión en el artículo 1.726, y por tanto contratos simplemente impugnables, según acredita el artículo 1.301 al señalar plazo cuatrienal de prescripción a los supuestos de «falsedad de la causa», el cual se cuenta «desde la consumación del contrato». Mas, sea la nulidad o la anulabilidad el resultado de su ausencia o no realización, no nos hallamos aquí ante un requisito habitual de los contratos, sino ante el específico planteamiento que algunas veces las partes dan a un contrato y al cual hay que atender entonces en homenaje a la voluntad de aquéllas: cuestión de consentimiento, pues, que se presta con error sobre la existencia o realización de alguno de los elementos y presupuestos que las partes consideran esenciales al negocio. Por ejemplo: yo he prometido pagar cierta suma porque creía estar moralmente obligado a satisfacerla; mi compromiso será nulo por falta de causa si esta obligación no existía. O bien, como en el caso de la Sentencia de 11 de abril de 1912, el comprador adquiere la finca porque le hacen creer que en ella existen grandes manantiales de agua mineral, contra la realidad.

c) *Veracidad*.—El concepto de *sin causa* se aplica, entonces, a la falta de veracidad del tipo contractual aparente: al contrato simulado.

Contrato *sin causa* en el artículo 1.275 o en el 1.261 no es el celebrado sin ninguna finalidad; ni tampoco—por ser materia del artículo 1.276: causa falsa—aquel en el cual falla la creencia subjetiva de las partes en la presencia de ciertos presupuestos; ni, finalmente, aquel en el cual no se cumple la promesa hecha, pues entonces el contrato habría empezado a existir y surtir efectos. «Sin causa», en sentido amplio, se consideran aquellos contratos en los cuales faltan el consentimiento o el objeto precisamente por obra de la voluntad de las partes que pretenden crear una apariencia de negocio (simulación): al defecto de verdadero contrato se le llama, innecesariamente (pues faltan los otros requisitos del art. 1.261) *falta de causa*. Por ejemplo, cuando en una venta no hay precio real, es claro que falta la venta misma, por defecto de voluntad y de objeto: no se trata, pues, de la ausencia de un requisito nuevo e independiente de ellos.

f) *Causa y contenido*.—Conclusivamente podemos decir que el contrato no tiene una *causa* sino un *contenido* lícito de presupuestos, condiciones, derechos y deberes válidos (con «causa»), sobre el cual recae la voluntad de las partes. Es a este contenido al que se refiere el artículo 1.275 del Código Civil al requerir la licitud de la *causa* (comprendiendo aquí en esta palabra las estipulaciones y motivaciones relevantes); y asimismo el artículo 1.262 cuando exige «el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la *causa* que han de constituir el contrato»: las partes han de estar de acuerdo, tanto sobre las cosas o servicios que van a constituir el objeto de la prestación (su clase, calidad y cantidad, tiempo y lugar, etc.), como sobre el género de transacción que pretenden concluir: transmisión de la propiedad o del uso o prestación de servicios, percibiendo o no un corresponsivo, siempre o en tal o cual evento, con esta o la otra función, etc. Acuerdo, pues, sobre el contenido y función del contrato que se celebra, optando por un tipo conocido, modificado o no, regulando uno nuevo.

2. LA CAUSA EN LOS CONTRATOS ONEROSOS Y EN LOS GRATUITOS

Según el artículo 1.274, *en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*.

Como se ve, mientras en los contratos onerosos la obligación de cada parte tiene por causa la de la otra, o, en general, la ventaja que espera obtener del contrato; en los a título gratuito ha sido preciso buscar la causa en otro ámbito: DOMAT ya había señalado que podía estar en «cual-

quier motivo razonable y justo, como un servicio prestado o cualquier otro mérito del donatario», pero como había añadido que ese motivo podía ser «el solo placer de hacer el bien», la doctrina concluyó que la causa del contrato a título gratuito es la intención liberal, y así lo admite luego el proyecto isabelino.

Es visible en el artículo 1.274 la disparidad entre las dos causas, onerosa y gratuita: la una, propia sobre todo del contrato sinalagmático, consiste en un elemento objetivo, como es el intercambio de prestaciones; en tanto que la causa de la donación es puramente subjetiva. Además, la causa atribuida por el artículo 1.274 a los contratos onerosos no parece abarcar aquellos en los cuales la obligación incumbe sólo a una de las partes, como, por ejemplo, el préstamo a interés (en él, sólo el prestatario queda obligado, al pago del principal e intereses): mientras ofrece dificultades la aplicación del concepto legal de causa de la liberalidad a los contratos gratuitos distintos de la donación: en un depósito, por ejemplo, la mera generosidad del depositario explica la gratuidad del contrato, pero no la obligación de aquél de restituir la cosa depositada o la de abonar el deponente los gastos causados por ella.

a) Comencemos por estos segundos. En ellos vemos cómo han de separarse, de un lado la gratuidad, y de otro, el contenido. El contenido del contrato de depósito no consiste en ser gratuita la prestación, sino en la naturaleza de ésta: la custodia. Dígase lo mismo de un mandato o préstamo: no cabe negar que la realización de los servicios o prestaciones se halla, en ellos, dentro de la finalidad objetiva del contrato, y sin embargo está fuera de lo que el artículo 1.274 define como causa del contrato gratuito. Igualmente en el mutuo, la restitución de la cantidad, como la de la cosa arrendada o comodada, carece de significado en orden a la onerosidad o gratuidad del contrato, yendo implícita en lo que es contenido del mismo, esto es, el uso de la cosa. La restitución no es, exactamente, una prestación *a cambio* de otra de la contraparte, ni menos un regalo, sino un límite puesto a la gratificación del prestamista. De donde se deduce que la *causa* del artículo 1.274 no es una representación esquemática de la esencia de cada contrato, ni se relaciona directamente con su función o estructura, sino que clasifica los contratos apreciando de modo exclusivo si se da o no la relación de intercambio de prestaciones. La presencia de éste, sin más, distingue a los contratos onerosos, y faltando, el contrato es gratuito.

Pasando ahora al problema del mutuo a interés, un análisis más profundo revela la presencia, en él, de un intercambio de prestaciones y, por tanto de una *causa* para cada parte contratante consistente en lo dado o lo prometido por la otra. No importa que tal mutuo se haya iniciado con la entrega de la cantidad prestada y, por tanto aparentemente las

obligaciones no nazcan sino para una de las partes. Aparte de que ello no es totalmente exacto, pues el prestamista siempre sigue obligado a responder del buen cumplimiento (imaginemos que entregó un billete falso o la cantidad pudo ser reivindicada por su verdadero propietario), para la onerosidad basta que haya cambio del uso (consumo, con ulterior restitución) de la cosa, por un precio. Este ejemplo pone asimismo de manifiesto cómo la onerosidad no depende estrictamente de la adecuación del precio a la cotización del mercado, pues tal contrato oneroso es un préstamo al tres como al doce por ciento.

b) Frente a los contratos onerosos se halla la donación, cuya causa, según el artículo 1.274, es la *mera liberalidad*. Pero la donación sólo es uno de los contratos de mera liberalidad, es decir, el de atribución de cosas sin correspectivo, quedando fuera de ella la prestación gratuita de servicios y la de uso de las cosas, objeto de los que la doctrina francesa llama «contratos de beneficencia».

Lo característico de la donación es ser un acto de disminución, en sentido estricto, del propio patrimonio, aumentando el del donatario. El acto disminuye la fortuna del donante, y por tanto sus medios de vida para el futuro, así como las expectativas de cobrar de sus acreedores y las de heredar de sus legitimarios. Para tales consecuencias el Derecho predispone una serie de limitaciones y recursos, como la declaración de prodigalidad, la colación, la acción pauliana o la de reducción de donaciones. En cambio los contratos de beneficencia, como no producen alteración en el patrimonio del gratificante (no sale de él ningún valor de los que ya lo componían), no se hallan sometidos a las indicadas reglas limitativas.

Al lado de la donación otros negocios producen un enriquecimiento definitivo del favorecido: así, en primer lugar, la renuncia de un derecho real sobre cosa de otro (usufructo, servidumbre) o de uno de crédito; pero también el contrato a favor de tercero o el negocio mixto con donación. Estos actos no constituyen propia donación: la renuncia es un negocio unilateral; puede dar lugar al enriquecimiento del otro sólo mediatamente, porque su efecto principal lo produce en el patrimonio del renunciante y no tiene carácter oneroso o gratuito; el contrato a favor de tercero no se celebra entre la persona que realiza el sacrificio y la que experimenta el enriquecimiento; y el negocio mixto con donación nunca podrá considerarse enteramente gratuito.

Ciertamente estos negocios pueden producir los efectos prácticos de una donación (donaciones indirectas), pero la aplicación a ellos de las normas limitativas de la donación se hará precepto por precepto y caso por caso, y en atención a la forma en que se ha producido el enriqueci-

miento, es decir, no sólo a su efecto práctico, sino todavía, a la cobertura formal del mismo y la realidad de ésta.

Los otros negocios lucrativos proporcionan también al favorecido una ventaja sin tener que dar o prometer nada a cambio, pero quien realiza la prestación gratuita no sufre verdadera disminución en su patrimonio, ni quien la recibe experimenta en el suyo un aumento definitivo.

c) Algunos autores han reparado en la dificultad de decidir sobre la gratuidad u onerosidad de aquellos negocios que afectan, simultáneamente, a la esfera de varias personas, cuestión importante en nuestro caso.

CARIOTA-FERRARA, en una posición acaso simplista entiende que el equivalente de la prestación, aun cuando dirigida ésta al beneficio de un tercero, proporciona igualmente carácter oneroso al negocio. Así, en particular, cuando en el contrato en favor de tercero el estipulante hace una prestación al promitente: la onerosidad es innegable porque—dice—el estipulante encuentra «el equivalente de la prestación que él mismo hace en la prestación que el promitente debe al tercero».

«Todo esto elimina un peligro, es decir, el de que el mismo contrato se defina respecto de una parte como gratuito y respecto de la otra como oneroso, solución ésta contraria a la unidad del negocio, y por tanto, inadmisibles.»

«Queda imprejuzgada, en cambio, la cuestión de la calificación del negocio mismo respecto al tercero. Indudablemente, por cuanto el tercero se halla fuera del negocio, no se debe ni se puede adoptar en relación a él la misma solución que entre las partes. Entonces es necesario indagar qué relación existe o se debe constituir entre cada una de las partes y el tercero, y según la naturaleza de esta relación afirmar o negar la gratuidad del negocio en relación a ella.»

CARIOTA afirma la indivisibilidad del negocio en orden a la onerosidad o gratuidad, contemplando, como patrón, el contrato en favor de tercero, al cual descompone en un doble negocio, *inter partes* y con el tercero. Pero la solución puede no ser la misma tratándose de un contrato inicialmente trilateral.

3. LA CAUSA DE LA OBLIGACIÓN

Frente a la exigencia de una causa «del contrato», otros preceptos consideran ésta como un requisito de la *obligación* contractual. El artículo 1.261, así, no requiere, para que haya contrato, la presencia de una causa suya propia, sino de una «causa de la obligación que se establezca»: por tanto, si las obligaciones son varias, cada una tendrá su propia causa. Y ya hemos visto cómo el artículo 1.274 entiende por causa

en los contratos onerosos, «para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»: una causa distinta para cada parte, pues, y por tanto no una causa única para el contrato en sí. Además, cuando las prestaciones de cada parte sean diversas, cada causa tendrá, en un mismo contrato, un contenido diferente, lo que vuelve a hacer inviable la existencia de una causa del contrato. Entonces sustituyendo en el artículo 1.261, 3.º, la expresión «causa de la obligación» por la definición de aquélla en el artículo 1.274, viene a decir dicho apartado 3.º que «no hay contrato oneroso sino cuando concurre... para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra».

Esto, referido a cualquier contrato sinalagmático, no añade apenas nada a los dos primeros apartados del artículo 1.261. La cosa o el servicio a prestar por cada una de las partes constituyen el objeto de la prestación, y en cuanto objeto han de tener la existencia y posibilidad, actuales o futuras, requeridas por la ley. Y la contemplación de la cosa o servicio por la parte que los recibe a cambio de su prestación es un hecho psíquico integrado en la formación del consentimiento. Así, lo que el artículo 1.274 denomina *causa* resulta ser algo que naturalmente comporta cualquier contrato sinalagmático creador de obligaciones.

A mi entender, se ha magnificado el papel de la causa de la obligación, tema que, a vuelta de las más apasionadas discusiones teóricas, apenas presenta problemas prácticos, como testimonia la jurisprudencia. Por de pronto, la causa de la obligación, requisito de la formación del contrato, tiene una duración limitada. En los contratos sinalagmáticos, mientras las prestaciones correspectivas no se han cumplido, es causa de la obligación de cada parte contratante «la promesa de una cosa o servicio por la otra parte». Realizada una de las prestaciones, la obligación de prestar el contratante tiene como causa «la prestación de una cosa o servicio por la otra parte». Y habiendo cumplido ambas partes, ya no hay *obligación* que pueda reclamar una causa.

Ciertamente la prestación realizada en virtud del contrato, en cumplimiento de la obligación, exige asimismo una causa justificativa del enriquecimiento del *accipiens* y el correlativo empobrecimiento del *tradens*; pero ésta no podría ser, para el *accipiens*, en los contratos onerosos, la de su propia obligación, es decir, «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte», sino, sencillamente el contrato mismo. Una vez cumplido el contrato ya no opera la causa de la obligación, sino el título de la atribución.

Hacemos entonces tránsito a otro más amplio punto de vista sobre la causa.

4. LA CAUSA DE LA ATRIBUCIÓN

Los juristas romanos, en lugar de juzgar cada obligación sinalagmática dentro del *contractus* (que no conocen como categoría general) en su interrelación con la de la otra parte, pusieron el acento en la atribución que cada obligación o prestación representan. No se preguntan por la función que cada obligación desempeña en el contrato que la crea, o la correspondencia que busca el obligado en el cocontratante, cuestión que pertenece en su caso al contenido de cada contrato singular; sino que aíslan el fenómeno del empobrecimiento que experimenta quien se obliga (quien inscribe una deuda en su pasivo) o transfiere sus bienes; lo ponen en relación con el correlativo enriquecimiento del acreedor o *accipiens*, y reclaman, para que este desplazamiento se produzca efectivamente, o al menos irrevocablemente, una *causa* o justificación, que, contemplada desde el punto de vista del deudor o el *tradens*, puede consistir, sea en el pago de una deuda antecedente, o en el ánimo liberal actual, o en la intención de devenir acreedor: *causa solvendi, donandi, credendi*, principalmente. Se promete o se transfiere, en suma, u obligado, o para obligar, o gratis.

En este planteamiento una promesa o transferencia pueden ser causales o abstractas, según que los vicios o el defecto de la causa (justificación) influyan o no sobre la validez o efectividad de aquéllas. En el primer caso—negocio causal—la obligación asumida o la transferencia realizada se contemplan en el marco de la relación de intercambio o de la intención de gratificar, en virtud de la cual se promete dar o hacer o se atribuye la cosa o realiza el servicio; es decir, dependiendo la promesa o la prestación, sea—en los contratos onerosos—de una contraprestación prometida o entregada, sea—en las liberalidades—del ánimo generoso del deudor o el *tradens*. En el segundo caso la tradición o la promesa consiguen inmediatamente el efecto transmisivo del derecho real o creador de la deuda, con independencia de su fundamento o *causa*: aunque la promesa de pago o la transmisión a Ticio obedezcan a un motivo torpe, como, por ejemplo, conseguir su cooperación para un delito, o a uno inexistente, como si la atribución se realiza en cumplimiento de una disposición de última voluntad y luego aparece un testamento ulterior revocándola, el negocio vale y produce el efecto atributivo perseguido por él.

Como es sabido, nuestro Código Civil, de acuerdo con la tradición y singularmente con las Partidas, requiere, para que la entrega de una cosa con ánimo de transferir su propiedad llegue a conseguir tal efecto transmisivo, la presencia de una *justa causa*: generalmente, un contrato

anterior válido de compra, donación, permuta, etc., o cualquier otra obligación de entrega. Si el contrato fuera nulo la causa—en nuestro sistema—no sería justa, y la transmisión no tendría lugar.

Tal es el significado del artículo 609 del Código Civil al establecer que la propiedad se transfiere mediante la tradición «por consecuencia de ciertos contratos». En realidad, cualquier entrega con ánimo, respectivamente en el *tradens* y el *accipiens*, de transferir y adquirir la propiedad, no constituye pago indebido y puede alcanzar su propósito si se demuestra que se hizo «a título de liberalidad o por otra causa justa» (artículo 1.901), aunque en el caso no existiera deuda antecedente que pagar, como en la donación manual o el cumplimiento de la obligación natural.

A la exigencia de una causa de la atribución para la efectiva transferencia del dominio corresponde, para la usucapión ordinaria, la de los artículos 1.952 y 1.953 del Código Civil de un título «verdadero y válido», «que legalmente baste para transferir el dominio». Lo dicho del dominio se extiende a cualquier cambio real por negocio jurídico: constitución de derechos sobre cosa ajena, transferencia de éstos, etc.

Tampoco es viable en nuestro Derecho eliminar la influencia de la causa—contrato antecedente u otra razón de deber—sobre el reconocimiento de deuda o promesa de pago que no la manifiestan, como se deduce de los artículos 1.261, 1.262 y, sobre todo, del 1.275 del Código Civil, que declara ineficaces los contratos sin causa.

A la causa de la atribución, en el caso del reconocimiento o la promesa, se refiere el artículo 1.277: «Aunque la causa—dice—no se expresa en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. Lo que se presume, entonces, es el título antecedente de la obligación prometida o reconocida sin manifestarlo.

Ahora bien: si nos fijamos en la condición de *atribución patrimonial* que tiene cualquier *obligación negocial* (al ser una pretensión nacida en favor de un titular que la inscribe en su activo y se enriquece con ella), concluiremos que no hay gran diferencia, en cuanto a la necesidad de una suerte de «garantía de origen» o justificación del nacimiento (*justa causa*), entre el cambio real y la deuda procedentes de negocio jurídico: entre el surgir del derecho absoluto y el de crédito en un determinado titular. En ambos supuestos se requiere—por definición—un contrato antecedente que justifique el enriquecimiento experimentado por el *accipiens* o el acreedor y que dé cuenta de si la atribución, en sí, es gratuita u onerosa, es decir, si corresponde a otra atribución antecedente o futura o bien carece de contrapartida. Bien entendido que las deudas nacidas de los contratos de beneficencia no siempre obedecerán a una causa de liberalidad, como ocurre con la obligación de restituir asumida por el pres-

tatario o el comodatario, respondiendo a una entrega antecedente que constituye su *causa*. Y que la división de las causas de la atribución en *credendi*, *solvendi* y *donandi*, es ajena a la onerosidad o gratuidad: así, el que cumple la promesa de donar, hace una entrega *solvendi causa*; y la *hacc causa credendi* quien presta gratuitamente.

Desde otra perspectiva podemos explicar esto mismo diciendo que los contratos de beneficencia, siendo gratuitos, comportan para el gratificado ciertas obligaciones que he calificado antes como límites de la liberalidad: el resarcimiento de los gastos hechos para conservar la cosa depositada o comodada o en cumplimiento del mandato; asimismo, la devolución de la cosa o la cantidad prestada; y, en otro aspecto, las obligaciones del deudor frente al fiador o el dueño de la cosa pignorada o hipotecada, etc. Pues bien: las obligaciones en cuestión no son gratuitas: no obedecen a un impulso de liberalidad del deudor, y tampoco las prestaciones que se realizan para satisfacerlas. Al contrario, tratan de reponer un desequilibrio patrimonial, evitando un empobrecimiento del gratificante y un enriquecimiento del gratificado que, ambos serían *sin causa*. Con independencia de que el contrato sea gratuito, estas obligaciones y prestaciones tienen causa onerosa, y reciben el tratamiento correspondiente a ella.

5. RECAPITULACIÓN

Con el nombre de *causa* se exigen en el contrato o la atribución (incluida la obligación) una serie de condiciones que los Derechos alemán y suizo, o no requieren, o lo hacen bajo otro nombre.

a) *Veracidad*.—Se exige que el contrato sea tal, y no mera simulación.

b) *Licitud*.—Los motivos a los cuales puede extenderse el examen del ordenamiento—cuyo alcance es distinto según el contrato sea gratuito u oneroso—han de ser honestos.

c) *Correspondencia con los presupuestos básicos*.—En cada contrato singular las partes pueden haber aceptado implícitamente unos presupuestos que constituyen su base y sin cuya realidad o realización tal contrato no es eficaz.

d) *Sinalagma*.—Si una de las prestaciones no se realiza culpablemente, el acreedor decepcionado no tiene obligación de cumplir su deuda, y puede resolver el contrato y eventualmente reclamar lo entregado por él.

e) *Iusta causa*.—La atribución del derecho real, o el nacimiento del crédito, y la correlativa deuda, presuponen, un contrato antecedente válido y eficaz: por tanto, veraz, lícito y correspondiendo con los presupuestos básicos de las partes.

f) *Onerosidad o gratuidad*.—Los contratos son onerosos o gratuitos según haya o no intercambio de prestaciones correspectivas. Pero cada deuda y correlativo crédito, o cada transferencia o constitución de derecho real, reciben el tratamiento de acto oneroso o gratuito según ellos mismos, y no el contrato que les da origen, representen o no un intercambio, correspondencia, restitución o resarcimiento.

Son éstas las cuestiones que vamos a examinar en relación a los contratos de garantía.

II. LOS CONTRATOS DE GARANTIA

1. EN GENERAL

Según el artículo 1.911 del Código Civil, «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

Una serie de negocios jurídicos se hallan dirigidos a crear una garantía adicional del cumplimiento de la obligación, en favor del acreedor, y por encima de la responsabilidad patrimonial del deudor.

El Derecho ha creado varios remedios para reforzar la tutela intrínseca a cada tipo de derecho subjetivo. Algunos de éstos se dedican a remover los obstáculos que pueden surgir contra la realización del derecho, o a facilitarla; realización que, con todo, se obtendrá sólo con medios intrínsecos al mismo derecho tutelado: por ejemplo, cuando un acreedor ejercita la revocatoria o pauliana, se limita a reconstituir el patrimonio de su deudor, restituyéndolo al estado en que se encontraba antes del fraude, pero todavía no ha realizado su derecho de crédito, y lo ejercerá sólo cuando haga valer los medios de actuación propios del crédito mismo. En otro aspecto, la pena convencional defiende al acreedor únicamente en el sentido de que ejerce presión sobre la voluntad del deudor, pero no permite la satisfacción de aquél sin una prestación de dicho deudor: es preciso que el deudor esté en condiciones de pagar (el deudor tiene que ser solvente) En cambio otros remedios son idóneos para alcanzar por sí mismos la satisfacción del crédito, independientemente de los medios intrínsecos al derecho inicial del acreedor; por ejemplo, la hipoteca, y en particular cuando la finca hipotecada haya pasado a la propiedad de un tercero.

Son estos contratos de garantía adicional los que contempla el presente trabajo: dejaremos aparte, por consiguiente, aquellas estipulaciones que proporcionan una garantía superior a la normal, como el pacto de solidaridad, pero que no suponen un contrato típico de garantía. Asimismo, las convenciones que tienden a reconducir una garantía restringida

convencionalmente, a los límites legales, como sería la renuncia del deudor a una limitación de responsabilidad convenida en su favor.

Como digo, la garantía supone la adición a la responsabilidad del deudor establecida por el artículo 1.911, de un *plus*. Representa una ampliación del poder de agresión del acreedor, merced a la cual puede éste obtener, prescindiendo de las condiciones de solvencia o insolvencia del deudor principal, la plena y exacta satisfacción de su derecho de crédito.

En los contratos de garantía es esencial el crédito garantizado; los respectivos derechos creados por el contrato tienen carácter accesorio, al depender en su nacimiento y existencia del crédito principal.

Ese *plus* que supone la garantía, sobre la ordinaria responsabilidad patrimonial universal, viene representado:

a) Por la adscripción de otro patrimonio o parte de él (fianza limitada a ciertos bienes del fiador) al cumplimiento de la obligación de un deudor.

Por las deudas pasa a responder entonces una nueva masa de bienes. El tipo de garantía personal más antiguo y usual es la fianza. Mas hoy, en el ámbito mercantil, tiene también un marcado aspecto de contrato de garantía el seguro de crédito, contrato en el cual uno garantiza a quien es acreedor en virtud de otro contrato, a cambio del pago de una prima, y para el caso de que su deudor no cumpla al vencimiento, el pago de una indemnización.

A diferencia de la fianza el seguro de crédito es un contrato principal. Las partes se refieren en él a un contrato de cuyos riesgos quiere cubrirse el acreedor, pero este último contrato sólo se contempla en relación al riesgo: es la eventualidad de ese riesgo de impago lo que asume el asegurador a cambio de la prima. El asegurador, aquí, no es un fiador (mediante precio): no promete responder por el cumplimiento de la deuda, sino reparar el perjuicio que puede derivar de la insolvencia del deudor.

b) Ese *plus* de garantía puede venir, asimismo, representado porque a la responsabilidad patrimonial universal del deudor se le añade la sumisión *erga omnes* y a través de un procedimiento específico de una cosa concreta. La cosa puede ser un objeto del propio patrimonio del deudor (que ya estaba sometido a responsabilidad por imperativo del art. 1.911), derogándose entonces el principio de la igual satisfacción de los acreedores (*par condicio*) a costa del patrimonio del deudor en caso de insolvencia. O bien puede tratarse de un objeto ajeno.

Los contratos típicos de garantía real son, fundamentalmente, la prenda y la hipoteca (la anticresis, menos frecuente). Si se conceden por el

mismo deudor estas garantías, dan lugar, sobre la cosa gravada, a una responsabilidad cualitativamente diversa de la ordinaria y adicional a ella, objetivada en la cosa como si ésta se independizase del acervo de bienes de su dueño y constituyera un patrimonio autónomo responsable de una sola deuda; y si se conceden por tercero sujetan a responsabilidad nuevamente, en esa misma forma, una cosa que hasta entonces estaba libre de tal responsabilidad. En todo caso, surge de ellas un verdadero y propio derecho real sobre la cosa gravada. Además, la prenda y la hipoteca no sólo comportan reipersecutoriedad, sino que son también causa de prelación, como recuerda el Código Civil en los artículos 1.922 y siguientes.

Obsérvese que mientras la garantía personal únicamente puede existir respecto de una deuda ajena, ya que el deudor responde con todo su patrimonio por sus deudas, en cambio la garantía real puede establecerse tanto por la deuda ajena como por la propia.

Elemento natural de algunos contratos de garantía es la obligación de mantener la integridad de ésta (por ejemplo, arts. 1.829 del Código Civil; 117 de la Ley Hipotecaria); en las garantías reales, además, la subrogación de la indemnización en el caso de destrucción de la cosa dada en garantía (arts. 1.877 del Código Civil y 110 de la Ley Hipotecaria).

«La constitución de garantía—dice VON TUHR—puede considerarse como una atribución patrimonial en favor del acreedor, ya que éste adquiere un derecho que antes no le correspondía y que para él representa un beneficio patrimonial. Mas su activo patrimonial no se aumenta, pues según su finalidad, el derecho de garantía coincide con el crédito garantizado y junto con éste forma una única partida en el balance patrimonial del acreedor; el beneficio del acreedor consiste en que evita una posible pérdida en caso de insolvencia del deudor.»

Plantea aquí VON TUHR la cuestión de la *consistencia* de la garantía, la cual, en efecto, no representa un desplazamiento patrimonial en el sentido de transferir inmediatamente bienes de un patrimonio a otro, pero mejora la calidad del crédito; y no supone una pérdida inmediata para el garante, privación que posiblemente no llegará: no hay, entonces, por tanto, desplazamiento de bienes a consecuencia de la celebración del contrato: el desplazamiento no es elemento actual en los de garantía. Pero estos contratos preparan la eventualidad de un desplazamiento en cumplimiento suyo, eventualidad que dependerá de un *alea*, es decir, de que pague o no el obligado principal, y de que la acción se dirija luego contra él o contra el garante. Ulteriormente, el desplazamiento de bienes del garante, si se produce, puede venir compensado por un resarcimiento a costa del deudor principal o no, según éste se halle o no en condiciones de pagar, pero en todo caso crea en el patrimonio del garante

un crédito, que aun omitiendo el acreedor su cobro, no deja de existir realmente.

En un terreno puramente formal, en el que tantas veces se coloca el jurista, cabría afirmar que en ningún caso hay desplazamiento patrimonial en favor del deudor garantizado (pues éste continúa debiendo lo mismo que debía, si bien a un acreedor distinto); y que el desplazamiento de bienes del garante que se produce en su caso hacia el patrimonio del acreedor, viene siempre compensado por el desplazamiento del crédito, que deja de ser del acreedor para pasar a pertenecer al garante.

En un planteamiento más realista la garantía constituye siempre *un valor*. Tan es así, que la prestación de garantía se ha profesionalizado hoy por los bancos, siendo de notar únicamente a este respecto que mientras en el contrato de venta o en el de seguro de incendios se tiene en cuenta, para fijar el precio, el valor de la cosa, y en cualquier contrato aleatorio el mayor o menor riesgo de pérdida o la probabilidad más o menos próxima de ganancia (junto con el eventual volumen máximo de la pérdida o ganancia), los bancos suelen percibir una comisión idéntica en cualquier operación de garantía prestada por ellos, sin atender al nivel de solvencia del deudor que avalan: bien es verdad que, en principio, sólo avalan a deudores absolutamente solventes, hasta el punto de que, a veces, más que el riesgo corrido, que en realidad no existe, perciben la retribución—entonces, excesiva—por su cooperación en llenar un trámite que alguien requiere al solicitante del aval.

2. LA GARANTÍA PRESTADA POR TERCERO

En los contratos de garantía personal el garante es necesariamente un tercero distinto del deudor. Es decir, la relación se establece, no entre dos personas, acreedor y deudor, sino entre tres: acreedor, deudor y garante. La garantía prestada por el propio deudor, según he dicho, sólo es posible cuando se trata de garantías reales: hipoteca, prenda y anticresis.

La garantía real prestada por tercero no supone una nueva relación de deuda, sino la constitución de un derecho real, por el tercero, en favor del acreedor: derecho que somete a la eventual realización de valor por el acreedor la cosa pignorada o hipotecada, pero que, a su vez, no convierte en deudor al garante. No hay un nuevo vínculo de deuda, que sustituya al antiguo cuando queda éste insatisfecho; hay una relación entre el acreedor y la cosa: el derecho de ejecución de aquél, a fin de obtener, a costa del valor de ésta, la satisfacción de la obligación. Nace el derecho de actuar de la antigua obligación sobre un nuevo objeto en

el caso de que la deuda no se pague voluntariamente, pudiéndose intentar (mas no es indispensable) la ejecución coactiva satisfactoria sobre el patrimonio del obligado personalmente.

En cambio, cuando la garantía adicional es personal, por consecuencia de la fianza se crea, en opinión de la doctrina dominante, una nueva relación de deuda: la esfera jurídica del acreedor se enriquece con un derecho de crédito nuevo, que tiene por contenido una prestación idéntica a la debida por el deudor principal (o una parte de ella, si la fianza es parcial), condicionada al incumplimiento por dicho deudor principal.

Que existe una nueva relación de deuda parece desprenderse de la inoponibilidad de ciertas excepciones (las personales) por el fiador (artículos 1.824, 1.845 y 1.853 del Código Civil); así como del hecho de que la transacción concluida por el fiador no vincula al deudor principal (art. 1.835).

Con ello la efectividad de la fianza parece exceder a la función propia de un contrato de garantía, que en ningún caso debería ser la de crear un nuevo crédito y adicionarlo al antiguo, de modo que ese nuevo crédito sirva como aseguramiento alternativo en caso de impago del inicial; sino la de aumentar la realizabilidad de un crédito ajeno, añadiendo una nueva responsabilidad a la originaria.

La misma fianza no es ajena a ese planteamiento: con ella, el acreedor no ve acrecido su patrimonio: si en éste había mil en forma de crédito, los mismos mil sigue teniendo en su activo el acreedor una vez prestada la garantía personal, si bien el cobro del crédito se le ha hecho más fácil y seguro. «Si nos fijamos—dice RAVAZZONI—en cuál sea la efectiva función esencial del negocio de fianza en la vida social, debemos necesariamente concluir que esta función no es tanto la de asegurar al acreedor un nuevo obligado, cuanto la de garantizar la satisfacción de un derecho de crédito. Lo que concuerda con la naturaleza accesorio de la fianza.»

El propio autor hace notar que con tal planteamiento se viene a reproducir, siquiera transfiriéndola a otro ámbito (el de la función del negocio), la que fue opinión compartida por muchos sobre la naturaleza misma de la obligación fideiusoria: esto es, ser una forma de responsabilidad sin deuda, o, en todo caso, sin una deuda autónoma. «De hecho, para cumplir la función de ampliar el poder de agresión del acreedor, parece desproporcionado que otro sujeto se obligue directa y personalmente: cuando a lo más, en vía abstracta e hipotética, habría bastado el poder de actuar sobre algunos bienes ulteriores determinados por la pertenencia a cierto patrimonio, independientemente de la posición de obligado de su titular (precisamente, el esquema de la responsabilidad sin deuda).»

Ciertamente, no ha sido éste el planteamiento de la ley. La sujeción de bienes concretos al poder de agresión del acreedor, prescindiendo del titular de los mismos (pero añadiendo la reipersecutoriedad), es propia de las garantías reales: si se quiere vincular el entero patrimonio de una determinada persona en cuanto tal patrimonio, sin adscripción de bienes concretos, es necesario que dicha persona se obligue directamente. Al menos, ésa es la consecuencia del contrato típico de fianza, aun cuando cabría pensar (no es éste el lugar para discurrir sobre ello) en un contrato atípico en el cual estuviera excluida la vinculación del garante (a modo de fiador) que sujeta a responsabilidad algunos bienes suyos concretos sin conceder a esa sujeción eficacia *erga omnes*. En realidad, un efecto parecido a éste se produce, una vez celebrado el contrato de constitución de hipoteca por el concedente no deudor (hipoteca en garantía de deuda ajena), mientras ésta no se inscribe en el Registro. Ciertamente la hipoteca, en virtud de los artículos 146 y 159 de la Ley Hipotecaria, no deviene derecho real hasta el momento de ser inscrita, pero existe desde antes; por eso el artículo 1.875 del Código Civil habla del «documento en que se *constituya* la hipoteca»: la formalización del título inscribible no se limita a dar vida a una obligación de constituir, semejante a la obligación de entregar en la compraventa, sino que faculta a cada uno de los contratantes a perfeccionar la constitución; el contrato de hipoteca es ya desde entonces un ser autónomo, al cual no afectará la incapacidad sobrevenida de uno de los otorgantes y que podrá ser inscrito en el Registro por cualquiera de las personas designadas en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria aun contra la voluntad de las restantes. Correlativamente, la hipoteca no inscrita produce efectos obligacionales, que no se advierten cuando el hipotecante es a la vez el deudor, por el principio de responsabilidad patrimonial universal, pero quedan al descubierto cuando es persona distinta, en cuyo supuesto se produce una especie de «fianza real», es decir, limitada a los bienes objeto de la hipoteca.

La garantía prestada por tercero entraña unas relaciones, al menos, con tres términos. Es decir: el tercero dador de la garantía se relaciona, de una parte con el acreedor, y de otra con el deudor, lo cual complica sobremanera cuestiones como la de la influencia de los móviles determinantes de la dación de garantía o la del fallo de los presupuestos o prestaciones en que las partes basaban la constitución de la garantía, cuando el garante contrató con solo el acreedor o el deudor.

La cuestión puede enmarañarse más si se introduce un cuarto elemento subjetivo, a saber, el contratante de la garantía que presta el tercero. Por ejemplo: supongamos que el acreedor Gonzalo no quiere conceder una moratoria a su deudor Enrique, a menos que éste le presente un buen fiador. Enrique recurre a su amigo Juan, el cual no quiere aparecer

como fiador, pero le busca uno mediante precio que paga él, contratando con Pedro, el cual afianza a Enrique ante su acreedor Gonzalo. Entonces el número de relaciones posibles progresa en relación geométrica: tendríamos, de una parte, la del contratante que obtiene del tercero la prestación de garantía con este tercero prestador de ella, con el acreedor y con el deudor; y de otra, la relación del tercero prestador de la garantía con los otros tres intervinientes, etc.

III. CAUSA DEL CONTRATO Y CAUSA DE LA OBLIGACION EN LA PRESTACION DE GARANTIA

I. IDENTIFICACIÓN DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS DE GARANTÍA

En términos muy generales apunta VON TUHR que «la garantía es una causa jurídica (de la atribución patrimonial) semejante a la *causa solvendi*». Ahora bien: esto, a lo más, podrá valer (y tal es la mente del autor) para aquellos negocios cuyo *tipo* corresponde ordinariamente a la prestación de garantía: no para aquellos otros que, aun cuando empleados a veces en función de garantía, revisten una estructura y producen unos derechos y obligaciones diferentes. CHIRONI, a este propósito, recurre a la distinción entre causa y motivos: en el negocio de garantía la obligación garantizada y el aseguramiento han de constituir elementos esenciales, y de lo contrario, el negocio no es de garantía. Por tanto, no es típico negocio de garantía la venta con pacto de retro, en la cual el aseguramiento puede dar *motivo* al acto, pero la figura sigue siendo la de una compraventa. Son patentes «las diferencias que separan este negocio de la relación especial de garantía, respecto al derecho del acreedor a pedir el cumplimiento de la obligación asegurada, y al caso fortuito que haya hecho perecer o deteriorado la cosa pignorada: en la venta con pacto de retro nada revela que el fin de garantía proporcione la sustancia de la relación, porque aun constituyendo tal fin el motivo queda absorbido por la entidad jurídica que distingue el negocio».

En la misma línea RUBINO, después de decir categóricamente que «causa del negocio de hipoteca es la garantía», pone de relieve que la garantía «lo diferencia de aquellos contratos que típicamente tienen función directa distinta, si bien en el caso concreto vienen planteados por las partes con el propósito de conseguir indirectamente un resultado análogo (venta con pacto de retro, reporte, etc.). En cambio, los varios negocios de garantía en sentido propio presentan, desde el punto de vista causal, un esquema fundamentalmente común, y entre ellos se distinguen

sólo por los específicos medios con los cuales tal función viene actuada en cada uno».

CAPITANT, por su parte, señala cómo en los contratos de préstamo y prenda «cada parte contrae una obligación: ya la de entregar una cosa; ya la de conservarla y restituirla en el plazo convenido, respectivamente». «En la prenda, el deudor se obliga a entregar una cosa al acreedor, porque quiere obtener con ello un crédito.» Mientras que en la fianza los fines perseguidos por el fiador—dice—pueden ser muy varios: prestar un servicio, recibir una remuneración, etc.

Entre los civilistas franceses del siglo XIX era corriente la opinión de que la obligación del fiador tiene por causa la deuda principal. BUFNOIR combatió esta tesis, alegando que sin duda esta deuda sirve de base a la obligación del fiador, y si aquélla adolece de nulidad o no existe, la obligación no puede producir ningún efecto, porque la fianza, como la hipoteca, es contrato accesorio. Sin embargo, no hay que confundir la base de la obligación nacida de la fianza con la causa que la determina. «El fiador se obliga, no porque exista una obligación principal, lo cual sería insuficiente, sino por garantizar esta obligación principal y aumentar el crédito del deudor. En realidad, la razón jurídica que explica la obligación del fiador, es una intención liberal.»

Con mayor precisión hace notar a este respecto DELGADO ECHEVERRÍA que «ni la mera relación de accesoriadad o dependencia puede ser justificación suficiente de la obligación del fiador (de la que será tan sólo *conditio sine qua non*) ni, por otra parte, podría pretenderse que la obligación accesoría participa de la causa de la principal».

Por su parte RAVAZZONI critica la creación de una categoría de los contratos de garantía: «es cierto—dice—que se puede abstraer en estos negocios un carácter común; pero haciendo consistir este carácter, como por lo general se hace, en la causa de garantía, se corre el riesgo de hacer una afirmación no del todo correcta. Sería más exacto decir que en el elemento causal de todos estos negocios aparece la noción de garantía. Pero siempre quedaría por ver, después, en qué lugar se exterioriza, qué valor, fundamento o amplitud pueda tener la garantía en las singulares figuras contractuales».

Las distintas opiniones proceden de un diferente sentido en el que cada autor habla de la *causa*, y también de la distinta situación de las partes según la prestación de garantía se haga por el propio deudor o por un tercero.

a) *La causa, como denominador común del tipo*.—Los que hablan de *causa de garantía*, se refieren al contenido genérico del contrato: a un factor común a la serie de tipos negociales destinados a proporcionar una seguridad adicional al acreedor. Con esta calificación se pretende des-

cribir la función económico-social del negocio y ajustar a ella la regulación de éste: acaso, en medida muy limitada, cabe la extensión analógica de algún precepto relativo a un contrato de garantía, hasta otro u otros. En la práctica, esta acepción de la causa tendrá alguna posible apreciación en los contratos fiduciarios con finalidad de aseguramiento, pero entonces contemplada como base del negocio o finalidad común de los contratantes. En cambio, en cuanto función económico-social justificante de la protección del ordenamiento al tipo contractual escogido, el concepto se halla expuesto a las críticas explicadas *supra*, 1, 1, b), y además no sólo carece de utilidad en el plano de la aplicación práctica, sino que no tiene relación con el concepto de la *causa* en los artículos 1.274 a 1.277, y ni aun el más próximo del artículo 1.262, en el cual se pide sencillamente que el consentimiento de cada una de las partes recaiga sobre el mismo contenido, y en particular sobre el mismo tipo contractual.

b) *La causa, como regulación de la licitud y de la persistencia del contrato.* En este plano, valen como *causa* los motivos determinantes del contrato de garantía apreciables por el juzgador, motivos que pueden ser los mismos que los del contrato creador de la deuda u otros distintos. Por ejemplo: puedo pedir un préstamo para dedicar su importe, de acuerdo con el prestamista, a un negocio de contrabando y venta de estupefacientes, dándole a éste en prenda de la restitución de la cantidad recibida unos valores, y entonces tanto el contrato principal de préstamo como el accesorio de prenda tienen la misma «causa» ilícita. Pero puede suceder que el prestamista ignore en absoluto el destino de la cantidad que entrega, y que un amigo mío, conocedor del destino de este importe, dé en prenda al prestamista, de acuerdo conmigo, valores de su propiedad: la ilicitud de nuestros motivos no invalidan las relaciones mías o de mi amigo con el prestamista (contratos de préstamo o prenda), pero sí influirán sobre la relación entre el que aporta sus valores en garantía y yo.

De igual modo habrá que juzgar la presencia de una presuposición común a los contratantes, y haciendo la misma distinción, cuando los intervinientes sean tres, según que el negocio tenga una base común a los tres y aceptada por todos, o bien tal base sólo sea determinante del consentimiento de dos de ellos.

En cualquier caso, y dada la accesoriedad del contrato de garantía, la ilicitud o la desaparición de la base del negocio principal arrastra al accesorio, salvo en cuanto a las consecuencias que pudieran afectar desfavorablemente al dador de la garantía ajeno a la motivación o a los presupuestos de las partes en el contrato principal.

2. CAUSA DE LA OBLIGACIÓN O DE LA ATRIBUCIÓN EN GARANTÍA

Como dice VON TUHR, «en materia de atribuciones patrimoniales con fin de garantía puede hablarse de *causa* también en otro sentido; como causa (secundaria) de ellas puede imaginarse la causa que induce al fiador a asumir la fianza, o al deudor o a un tercero a conceder la prenda o la hipoteca. Por lo general, esta causa se hallará en la relación que medie entre deudor y acreedor; es el deudor quien ofrece la garantía, ya sea inmediatamente, concediendo él el derecho de garantía real, ya mediatamente, cuando el deudor induce a un tercero a salir fiador u otorgar la prenda o la hipoteca; también existe atribución mediata de garantía cuando el tercero actúa como *negotiorum gestor* del deudor y éste aprueba la gestión. Sólo raramente sucede que el tercero ofrezca las garantías en consideración al acreedor; en este caso, la causa debe buscarse en la relación entre el tercero y el acreedor».

Nos hallamos, pues, ante la exigencia de causa del artículo 1.261-3.º en relación con el 1.274: «causa de la obligación que se establezca».

A veces, la prestación de garantía vendrá determinada por una obligación legal, y entonces sí puede decirse que por parte del (actual o eventual) deudor, se realiza *solvendi causa*: es el supuesto de la garantía prestada por el tutor. Con mayor frecuencia, de una prestación de garantía del titular depende el ejercicio de una facultad: fianza del usufructuario, anotación preventiva de demanda, ejecución provisional de una sentencia de Audiencia en lo civil, recurrida en casación.

a) *Prestación de garantía por el propio deudor.*—Como ya he dicho, el deudor sólo puede prestar garantía real: asegurar mediante hipoteca o prenda el cumplimiento de su obligación. La garantía personal habrá de ser de tercero, pues la propia no es accesorio a la deuda, sino principal.

La doctrina más realista, cuando se interroga sobre cuál sea la causa de la hipoteca o la prenda constituida en favor de un acreedor del propio hipotecante o pignorante, abandona la referencia a la «causa de garantía», y distingue además entre la constitución simultánea al nacimiento de la obligación garantizada y la ulterior. En el primer caso la prestación de garantía real por el propio deudor tendrá muchas veces como motivo la exigencia del acreedor, que sólo mediando un satisfactorio aseguramiento se halla dispuesto a conceder el crédito, del cual son contrapartida, pues, todas las obligaciones y prestaciones del deudor, y en particular la constitución de prenda o hipoteca. Mas si la creación de la garantía sobreviene en relación a un crédito ya existente, y no se había convenido la constitución de hipoteca o prenda o la dación de fianza

como una de las condiciones de la concesión del crédito, la causa se habrá de buscar, sea en una facilidad o rebaja, en el principal o en el interés, concedida por el acreedor, o bien en una remuneración, o, en último término, en la simple voluntad del deudor. Lo que se denomina «causa» por esta parte de la doctrina es, entonces, como se ve, la presencia o ausencia de un intercambio: la contraprestación o correspectivo de la constitución de la garantía, o bien la ausencia de ella; todo como en el artículo 1.274 del Código Civil.

La relación de garantía, sin perjuicio de depender de la deuda principal en virtud de su accesoriedad, tiene también vida, y viene condicionada autónomamente por esto que—dentro de una concepción muy amplia—se llama su *causa*: en particular, sería aplicable el artículo 1.124 en el caso de no existir o no cumplirse el correspectivo prometido a cambio de la constitución de la garantía.

b) *Aseguramiento real o personal constituido por persona distinta del deudor.*—Mas no cabe hablar de *causa* en un mismo sentido para la relación de garantía establecida entre el garante y el acreedor, y para la relación de deuda garantizada por tercero que media entre acreedor y deudor principal; ni tampoco se suele distinguir debidamente entre la constitución coetánea o ulterior a la relación de deuda, ni se precisan los efectos que la falta de causa tiene sobre las dos relaciones descritas, todo lo cual debe ser objeto aquí de alguna consideración.

Cuando interviene un tercero como garante, el problema de determinar la causa de la prestación de garantía es más complejo: son tres las relaciones que se establecen (acreedor con deudor y garante, y éstos entre sí), pudiendo quedar justificada una de ellas por cualquiera de las otras dos (*justa causa*, en el sentido del art. 609), o por ambas, o por ella misma, es decir, quedando la relación autónomamente justificada sin necesidad de relacionarla con las otras (causa del art. 1.274: liberalidad o contraprestación).

El problema se relaciona con el de la causa de los diversos tipos de delegación, aun cuando ni la fianza ni la prestación de garantía real por tercero suponen, necesariamente, un caso de delegación.

a') *Garantía justificada por la relación entre garante y deudor.* En relación a la fianza (pero lo mismo podría decirse de la garantía real prestada por tercero) dice CAPITANT que «siempre que el fiador se obliga a petición del deudor, que es el caso habitual, la causa de su obligación hay que buscarla en la relación jurídica que le une al deudor, es decir, en el deseo de prestar un servicio, en la promesa de una remuneración»; «otras veces porque tiene un interés personal en el negocio, con ocasión del cual interviene», etc. El acreedor ignora casi siempre la causa que determina al fiador a obligarse con él.

PUFFENDORF, en su *Tratado de Derecho natural y de gentes*, aparecido en 1672, subrayaba este carácter particular de la obligación del fiador. «En la fianza—dice (2, 5; 2, 10)—hay, a decir verdad, dos contratos distintos que aparentan ser uno solo. Porque el fiador tiene relación al mismo tiempo, con el acreedor y el deudor. Entre el fiador y el acreedor existe una simple promesa que, hablando con propiedad, obliga al fiador para con el acreedor, sin ser, sin embargo, la causa por la que se obliga el fiador.»

Ahora bien: aun la garantía prestada por tercero supone, en opinión de la doctrina dominante, una relación entre acreedor y deudor: puesto que la garantía fue solicitada o aprobada por el deudor, entraña una atribución patrimonial mediata del deudor en favor del acreedor que, de igual modo que toda atribución mediata, tiene una doble fundamentación: de una parte, frente al acreedor, la fianza o la garantía real deben juzgarse como atribuciones patrimoniales del deudor, ya que ha sido con éste con quien, al contratar el crédito primitivo o después, ha convenido el acreedor la prestación de la garantía por el tercero (el acreedor pide la garantía al deudor y no al tercero); y en la relación entre el deudor y tercero garante, la *causa* será alguna de las indicadas anteriormente u otra semejante.

«Cuando el tercero actuó como gestor del deudor—explica Von TUHR—sin que éste aprobara su gestión, no nos hallamos en presencia de una atribución patrimonial mediata del deudor: en este caso, no es el deudor quien concede la garantía, sino el tercero para el deudor. Pero como se proponía administrar un negocio del deudor, también esta atribución patrimonial del tercero tiene su causa, por una parte, en la relación jurídica que media entre deudor y acreedor, y, por otra, en la relación que existe entre garante y deudor.»

a'') *Relación deudor-garante*. Suponemos un deudor que presenta al prestador de la garantía, con quien ha celebrado una convención previa, en la cual precisa las condiciones en que la garantía será prestada; la compensación que recibirá el garante o la ausencia de ella, etc. Esta convención previa vincula al futuro garante a actuar en consecuencia, y al deudor que va a ser garantizado, en su caso, a cumplir lo prometido al garante, pero frente al acreedor en cuyo favor se va a constituir el aseguramiento es *res inter alios acta*, a menos que se incorpore al correspondiente contrato constitutivo de los indicados derechos.

A su vez, a esta convención previa no le afecta el hecho de que la garantía se preste en el momento de crearse la obligación o se añada, para reforzarla, a una deuda ya existente.

b'') *Relación garante-acreedor*. Sigamos el análisis paso a paso. En virtud de esta convención el garante contrata con el acreedor, efec-

tuando en favor de éste una atribución patrimonial por cuenta del deudor. Al acreedor, como he dicho, no le afecta la relación deudor-garante: si es onerosa o puramente gratuita; si se pactó entre ellos sobre la base de un presupuesto inexistente (base del negocio); si no se prestó la retribución convenida o no se cumplieron las condiciones; si la fianza o la garantía real se prestan en obediencia a un testamento en favor del deudor que luego resulta revocado por otro posterior, etc.

En otras palabras: el carácter de acto de cumplimiento que reviste en este caso la prestación de garantía al acreedor por tercero, no introduce necesariamente como elemento regulador de su validez y eficacia la relación antecedente entre deudor y garante, ajena a la que media entre garante y acreedor. La relación entre deudor y garante es, como ya he dicho, *res inter alios acta*, y el hecho de que el garante contrate por cuenta del deudor, no hace que la relación entre ellos forme parte del contrato de hipoteca, prenda o fianza. De tal modo que la causa ilícita determinante del pacto entre el deudor y garante, no anula la constitución de la garantía si el acreedor es ajeno a aquélla, al menos si tal constitución no es gratuita en relación al acreedor.

Aquí lo importante para el acreedor es el pacto que él mismo celebra con el garante, y no las motivaciones personales de éste, aun fundadas en un anterior contrato con el deudor.

¿*Quid* si en la constitución de la garantía proporcionada por el deudor y prestada por su cuenta media un motivo ilícito común a acreedor y constituyente? Cabría alegar, en favor de la inocuidad de tales motivos, que la convención de garantía es meramente formal, puro instrumento de realización y consumación de relaciones y deberes anteriormente constituidos, de una parte entre acreedor y deudor, y de otra entre deudor y garante; que se trata de la manifestación de unos consentimientos previamente convenidos, esto es, mero acto debido, por lo cual sólo deberían influir sobre él las motivaciones comunes a quienes lo mandaron celebrar, y no a quienes lo celebran. Sin embargo, en tanto en cuanto los motivos sean realmente tales, es decir, hayan determinado a las partes a contratar, su ilicitud debe apreciarse como en cualquier contrato, si bien entonces quedaría exento el deudor de las consecuencias desfavorables de la prestación de la garantía prometida por él. Esta es la solución más razonable teniendo en cuenta que la declaración del acreedor no es acto debido por él, y que el garante actúa por cuenta del deudor.

c'') *La relación acreedor-deudor.*—Mas si en el marco de la relación «acreedor-garante proporcionado por el deudor» no entra la *causa* de la obligación asumida por el garante frente al deudor de afianzar con su patrimonio o hipotecar o pignorar sus bienes, sí es determinante la *causa* de la garantía misma que aquél presta al acreedor por cuenta del deudor:

causa del contrato intervenido entre garante y acreedor que se encontrará, entonces, en la relación entre acreedor y deudor, y para cuya apreciación nuevamente habrá de tenerse en cuenta si la garantía se constituye en correspondencia a la creación de la obligación, o bien si es ulterior a ella e independiente; en este segundo caso, además, si el acreedor concede algún beneficio al deudor en correspondencia a la constitución de la garantía o el deudor la presta a través del garante en un impulso puramente espontáneo y sin recibir de su acreedor nada a cambio. Lo cual es decisivo, según veremos, a efectos de la calificación del contrato de garantía como gratuito u oneroso en la relación garante-acreedor, sin perjuicio de recibir una calificación diferente en la relación deudor-garante, cosa perfectamente posible.

Resulta, entonces, que la constitución del derecho de garantía viene afectada, a la vez, por causas de resolución, invalidez o ineficacia procedentes de la relación entre acreedor y deudor, y por otras que pueden aquejar a la relación entre garante y acreedor. Mas no se trata de los mismos defectos, ni puede decirse que el contrato de constitución de garantía tenga dos *causas*, sino de la existencia de dos aspectos dotados de cierta autonomía en un mismo contrato, a saber, el de aportación de la garantía por el deudor frente al acreedor, y el de constitución de aquélla por el tercero. La influencia de estos aspectos en la validez y eficacia del negocio, entonces, se reparte. La simulación convenida entre acreedor y deudor y la ilicitud de sus motivos anulan la constitución válidamente celebrada entre acreedor y tercero (garante por cuenta del deudor) de la hipoteca, fianza o prenda; y si la constitución fue ulterior a la deuda y no correspondida por una rebaja de ésta o de sus intereses, o ampliación de plazo, o cualquier otra ventaja concedida por el acreedor al deudor, caerá en su caso bajo la presunción de fraude del artículo 1.297-1.º del Código Civil, como acto gratuito, aunque el garante hubiese recibido una retribución del deudor por prestar la garantía, pues la aportación de ésta por el deudor al acreedor es lucrativa, aunque previamente el deudor haya tenido que «comprarla». En cambio, en la relación del garante con el acreedor influirán, ya los presupuestos comunes a ambos, ya la falta de coincidencia del consentimiento de ambos sobre el tipo (causa) del contrato, etc.

b') *Garantía justificado por la relación entre garante y acreedor.* Cuando el tercero no se halla en relación contractual o de gestión de negocios con el deudor, la causa de su atribución patrimonial únicamente puede estar en su relación con el acreedor: en una promesa del tercero garante en favor de dicho acreedor. «También puede ser fin de la obligación del fiador—dice CAPITANT—el interés mismo del acreedor, ya para prestar a éste un servicio, ya porque éste ha obtenido la garantía

del cumplimiento del contrato mediante una retribución», como acaece en el seguro de crédito (contratado por el acreedor). Cabe imaginar muchas otras «justas causas»: cumplir una disposición testamentaria o un contrato en favor de tercero (el acreedor, en este caso), etc.

Aquí la distinción entre la constitución coetánea o anterior a la creación de la deuda apenas tiene sentido, porque al no representar la garantía una atribución indirecta del deudor, tampoco puede constituir, en relación a ése, un presupuesto de la concesión del crédito o una condición para su ulterior prórroga. con donación parcial, rebaja de intereses, etc. Más bien sería llevado el intérprete, entonces, a apreciar una suerte de atribución indirecta del acreedor al deudor, al conceder el crédito, o en su caso la rebaja, en atención a una garantía que se proporciona el propio acreedor en su beneficio, pero favoreciendo al deudor. Más aún cuando en el plano económico pueda ser éste el planteamiento real, jurídicamente el hecho de que la obtención de la garantía dé lugar a la concesión del crédito no tiene consecuencias frente al deudor: no hay una relación seria entre el deudor con el acreedor o con el garante de tal modo que la prestación de la garantía comprometa o produzca efectos inmediatos en relación a él si la garantía se prestó sin su concurso.

Por eso la desaparición de la garantía, el fallo de los presupuestos comunes a garante y acreedor, la ilicitud de los motivos del contrato celebrado entre ellos o la falta de prestación del correspondiente prometido al garante inciden directamente sobre el contrato de hipoteca, prenda o fianza, determinando su invalidez, ineficacia o resolución, pero no afectan a la relación principal entre acreedor y deudor.

Si concurre el deudor a la prestación de la garantía por tercero proporcionado por el acreedor, será cuestión de interpretación de la voluntad de los tres contratantes, y en particular la del deudor en cuestión, discernir sus obligaciones en orden a la conservación de la integridad de los bienes pignoralados o la solvencia del garante.

El Código Civil y la Ley Hipotecaria previenen, por lo demás, el supuesto de hacerse efectivo el crédito sobre los bienes dados en garantía o el patrimonio del fiador, y la responsabilidad del deudor frente al garante, que también se produce cuando la garantía fue contratada por el acreedor, aunque entonces en condiciones que pueden ser distintas.

IV. ABSTRACCION DE CAUSA Y CONTRATO DE GARANTIA

1. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La fianza, la prenda y la hipoteca tienen carácter accesorio, es decir, los respectivos derechos garantizan el cumplimiento de un crédito prin-

cial del cual dependen y con el cual se transfieren; si se considera como *causa* el fin de garantía, estos derechos constituyen atribuciones patrimoniales causales en favor del acreedor. En realidad, una atribución abstracta sólo cabrá, en los ordenamientos que la admitan, cuando el efecto de garantizar el crédito se logre mediante la atribución de derechos que por sí no tienen finalidad de garantía, como sería la propiedad: nos hallaríamos entonces, por lo demás, en el terreno de las atribuciones fiduciarias.

NÚÑEZ LAGOS entiende que en las figuras de la hipoteca, la fianza o la prenda, «la relación de garantía es siempre causal y accesoria: tiene su causa en la obligación principal garantida. La nulidad, la inexistencia o subsistencia de ésta, repercute directa e inmediatamente sobre la relación de garantía. Una cosa es la abstracción, y otra cierta limitación en la inoponibilidad de excepciones, sobre todo en los afianzamientos personales o reales de crédito ajeno».

Pero pocas páginas más allá de la misma obra afirma que «el carácter abstracto de la fianza ha sido reconocido incluso para el Derecho francés por CAPITANT... Respecto del Derecho español, no cabe un reconocimiento más franco y terminante que el de la Resolución de 31 de julio de 1928. El asunto principal era precisamente un acto de afianzamiento». «*Considerando* que los actos de afianzamiento, por lo que se refiere a las relaciones entre acreedor y fiador, son abstractos y formales en cuanto no se percibe a primera vista ni es posible decidir *a priori* por qué razón el fiador garantiza al deudor; de suerte que la obligación accesoria contraída por aquél a favor del acreedor es válida, aunque careciera de causa jurídica, sin que éste se vea precisado a investigar si el fiador estaba o no constreñido por una relación jurídica preexistente o por motivos poderosos a prestar su garantía, o lo hacía espontánea y libremente.»

Además de esta resolución cita NÚÑEZ LAGOS, en favor de la abstracción de causa de la garantía, la Sentencia de 27 de junio de 1941, dictada en el caso de un aval cambiario prestado por menor emancipado en favor de su padre, que le autoriza para ello: la sentencia afirma, en efecto, que «el afianzamiento constituye a la vez un negocio de carácter abstracto y un negocio accesorio», pero lo hace de modo incidental y sin sacar de ello como consecuencia la validez del aval, ya que a través de la idea de accesoriedad llega a aplicar al negocio de fianza las reglas (en concreto, la prohibición del artículo 317 del Código Civil) propias del negocio principal, en este caso un préstamo mutuo.

De igual modo es inoperante la afirmación de la Sentencia de 14 de enero de 1935 de ser abstracto el negocio de constitución de hipoteca, pues a través de otras vías se llega a su nulidad. En el caso, don Rafael, en apurada situación económica, tenía avaladas por sus hermanos don

Alberto y don José numerosas cambiales representativas de operaciones de crédito que había contratado con diversos bancos donde había descontado las cambiales en cuestión, si bien según la sentencia no había recibido de sus hermanos cantidad alguna en efectivo. En estas circunstancias, el 3 de octubre don Rafael confesó en escritura pública deber a sus hermanos 790.000 pesetas y constituyó garantía hipotecaria en su favor por el pago de dicha cantidad sobre casi todas sus fincas. El día 10 de octubre comenzaron a promover juicios ejecutivos frente a don Rafael sus numerosos acreedores, y el 30 del mismo mes se declaraba éste en concurso. Solicitada por los acreedores la nulidad de la hipoteca por falta de causa, causa ilícita y fraude pauliano, la sentencia no da lugar a la nulidad por las causas primeramente alegadas (sí por la última, según veremos en el epígrafe V), afirmando que el tema fundamental de la litis «es la constitución de hipoteca convencional sobre una universalidad de fincas sujetas al cumplimiento de las obligaciones especificadas y, por lo tanto, la confesión de la deuda que en dicho documento se hace equivalente al soporte e infraestructura sobre que descansa la construcción jurídica del negocio principal y dominante, que es el hipotecario, de naturaleza real y tipo abstracto, en contemplación al cual ha de examinarse estrictamente la función de la causa, distinta, en verdad, de la correspondiente a los préstamos reconocidos, cuyo nacimiento, y vigencia anteriores tienen una vida autónoma y son especies contractuales regidas por causas diferentes de la que ahora es objeto de discusión»; que «la causa de las obligaciones, entendida *«in genere»* como elemento intrínseco del hecho contractual originario, al que la ley atribuye efectos positivos, no es la fuerza psicológica de los imponderables, determinantes de un querer individual orientado a la consecución de cierto fin, sino el esquema de la relación establecida entre las partes, revestido por la ley con sanciones jurídicas características de la tipicidad consagrada, o sea la causa jurídica *propio sensu*, independiente de las subjetivas motivaciones de la voluntad; es decir, que la causa contractual reside, para algún autorizado sector de la técnica moderna, en el contenido económico-jurídico del negocio realizado, que en los de naturaleza abstracta, cual el de hipoteca, actúa como una simplificación práctica de todos los elementos complejos creadores, para facilitar su inclusión bajo la forma concreta con que la norma legal los define, tomando así el puesto preeminente de causa única, que por el mero hecho de ser conforme a la previsión legal encierra la sustancia de «causa justa formal», sin que quepan contra ella—a salvo el carácter subsidiario de ciertos remedios—otras impugnativas directas que las dirigidas a combatir los vicios de consentimiento: en síntesis, que la estructura formal del negocio parece ser la causa de los abstractos»; y que «solemnizada la escritura de hipoteca bajo la forma legalmente presta-

blecida, preséntase la relación causal subyacente separada de la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico abstracto, el cual queda, en ocasiones como la presente, fuera del dominio de la causa imputable a los préstamos confesados, anteriores al otorgamiento de aquélla, y, en consecuencia, es inopcrante la impugnación por la vía que utiliza el recurrente al atacar el negocio hipotecario, no por su causa abstracta de índole formal, sino por la material de los préstamos garantizados *a posteriori*, valiéndose de razonamientos que excedan de este ámbito».

Niega expresamente la condición de negocio abstracto del de fianza, pero planteando la cuestión en el terreno de la relación de accesoriedad y con la consecuencia de transferir a la relación accesoria de fianza la causa onerosa de la obligación principal, la Sentencia de 11 de abril de 1972. El tribunal trataba de fundamentar la onerosidad de aquella fianza para incluirla dentro de los actos válidos del administrador de la sociedad de gananciales, a cuyo fin dice incidentalmente de una fianza solidaria que «por su propia esencia es un contrato de garantía y accesorio respecto de una obligación principal, cuya suerte sigue, por carecer en nuestro Derecho de valor abstracto e independiente de aquélla, que en este caso es, como se ha referido, un contrato de préstamo y crédito carente de toda idea de gratuidad».

2. ABSTRACCIÓN Y EXTERNIDAD DE LA CAUSA

En realidad, la divergencia de opiniones en cuanto a la causalidad o abstracción de los contratos de garantía obedece en algunas decisiones a mimetismo con doctrinas extranjeras, pero también, otras veces, a que el juzgador o el autor contemplen, alternativamente, dos distintos aspectos de la causa: como tipo negocial en un caso (arts. 1.272 y 1.276), y como intercambio o liberalidad (art. 1.274) en otro: en este segundo caso, además, en relación a la garantía prestada por tercero.

Como tipos negociales los contratos de garantía revelan paladinamente su función económico-social, y en ese sentido las obligaciones o atribuciones que producen habrían de calificarse de causales: es más, la presencia de una obligación principal (con su propia causa) de la cual es accesorio el contrato de creación de la garantía, acentúa el aspecto causal de este último.

Mas por el hecho de que el contrato de creación de garantía tenga un *nomen*, no quedarían causalizadas las atribuciones que comporta. Al contrario, de igual modo que se concibe un contrato abstracto de transmisión de la propiedad (cosa distinta es si vale o no en Derecho español), cabe también imaginar una constitución abstracta de hipoteca o prenda,

es decir, una constitución que no revele si media en ella contraprestación o liberalidad. Dígase lo mismo de la fianza.

Mas en España no está admitido el negocio real abstracto, y probablemente tampoco el obligacional.

Por eso, *inter partes*, es decir, cuando el deudor da bienes suyos en prenda o hipoteca, la relación ha de entenderse causal, aun cuando no se exprese el porqué de la constitución: salvo prueba en contrario, la constitucion coetánea con el nacimiento del crédito se entenderá correspondiente a la concesión de éste, y a la ulterior habrá que buscarle otros motivos que equivalgan a una contraprestación, o de lo contrario, se reputará gratuita.

La abstracción de la que nos hablan la Resolución de 31 de julio de 1928 y las Sentencias de 14 de enero de 1935 y 27 de junio de 1941 es explicación de un fenómeno determinado por la disociación entre, de una parte, la figura del deudor, y, de otra, la del constituyente de la garantía: es decir, por la presencia de tres sujetos en la relación.

No se trata, entonces, propiamente, de abstracción de causa en el sentido de que ésta no se declare o manifieste. La declaración es habitual, pero no necesaria: es más: por ejemplo, cuando alguien presta un aval bancario, el acreedor sabe perfectamente que el contrato celebrado entre el banco y el afianzado es oneroso, es decir, que el banco percibe una comisión por el aval prestado. Tampoco hay abstracción de causa en el sentido de una convención de las partes dirigida a privar a la causa o negocio obligacional de influencia directa sobre el negocio de disposición.

Es el propio legislador quien, tradicionalmente, en los negocios de garantía prestada por tercero, ha venido a privar de influencia sobre la garantía prestada y, en general, sobre la relación garante-acreedor, a la relación que sirve de base a la garantía cuando, como sucede corrientemente, tal relación es externa al acreedor e interviene entre garante y deudor.

Lo que se abstrae aquí es la *justa causa* en su conjunto: el negocio intervenido aisladamente con el deudor y al que es ajeno el acreedor. Por ejemplo, si el garante prestó la fianza, o depositó unos valores, o hipotecó la finca ante la promesa de una retribución que luego no le pagan, o porque se disponía así en un testamento que luego se declara nulo o estaba revocado, mientras tales motivos no se hallen incluidos como parte del negocio de garantía concluido con el acreedor, serán ajenos a él, y el acreedor no sufrirá las consecuencias de su desaparición. Como dice THALLER, «las tradiciones jurídicas exigen que la obligación de un fiador se despoje de toda causa .. no debiendo inquirir el acreedor si el fiador estaba o no obligado por una deuda preexistente y regular en favor del

deudor de quien sale garante. En toda hipótesis el fiador se obliga por el peso mismo de la intercesión».

Lo contrario ocurriría si la relación causal mediase entre garante y acreedor, pues entonces, no pagado el precio de la prestación de la garantía (si ésta es retribuida), la garantía se resuelve: sencillamente, porque la causa ya no es *externa*. No es, pues, la circunstancia de la prestación de garantía por tercero la que determina la falta de influencia de la causa sobre aquélla, sino la *externidad* de la relación causal. Adicionalmente, la garantía proporcionada por el deudor tiene una causa propia y distinta en la relación deudor-acreedor: habitualmente será la simple exigencia del acreedor que condiciona la concesión del crédito a la presencia de la garantía (entonces la causa carece de relieve, enmascarada por el crédito mismo); pero si la causa fuera una promesa adicional del acreedor (de conceder unas condiciones más favorables, o un plazo, o una rebaja), la no verificación de esta promesa tendría asimismo influencia sobre la garantía. Como, igualmente, cualquier otra relación entre el acreedor y el deudor.

La *externidad* no existe, para la jurisprudencia francesa, cuando la ilicitud de la causa es conocida por el acreedor. Valga como ejemplo la Sentencia de 12 de noviembre de 1904, del Tribunal de Apelación de Nancy, que anula una fianza por tener causa contraria a las buenas costumbres. En el caso el fiador había garantizado la deuda de una mujer galante sólo para obtener la continuación de sus favores y proseguir las relaciones adúlteras que existían entre ambos, y el acreedor, habituado a semejantes operaciones, estaba al corriente de esta situación.

V. ONEROSIDAD Y GRATUIDAD EN LA CONSTITUCION DE GARANTIA

1. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La cuestión de la onerosidad o gratuidad de la obligación o de la atribución de garantía sólo puede plantearse en relación a la causa de que trata el artículo 1.274.

Diversos autores entienden que este aspecto del negocio de garantía no debe juzgarse autónomamente, sino dependiendo del negocio fundamental del cual es accesorio. En particular, para la hipoteca dice BAUDRY-LACANTINERIE que, pactada en el mismo contrato de deuda, será negocio gratuito si el contrato principal es de donación, y oneroso si media correspondiente. Consecuencia que hace depender de la accesoriedad de la hipoteca, la cual no puede sino seguir la suerte del negocio principal.

El argumento no es convincente: el carácter accesorio o auxiliar de la garantía hace depender a ésta del crédito en cuanto a su existencia, pero distinta cosa es si el negocio constitutivo de hipoteca debe asumir la misma naturaleza gratuita u onerosa que el constitutivo de la obligación; lo esencial en este caso es ver si a cambio de la garantía en cuanto tal, se prestó algo.

Sin duda, normalmente, la tesis de BAUDRY-LACANTINERIE es exacta, pero no necesariamente. El propio autor, para la constitución de hipoteca ulterior al nacimiento del crédito, varía de opinión, y afirma que la constitución es gratuita si la deuda no era exigible y no hay entrega de equivalente o corresponsivo; estimando que la constitución es onerosa si se realiza para la seguridad de un crédito exigible, y en tal caso sólo será revocable por fraude de acreedores cuando el acreedor hipotecario haya participado en él. Alegando una sentencia de la Corte de Casación según la cual el deudor de una suma exigible que constituye hipoteca en favor del acreedor otorga lo que éste hubiera podido reclamarle judicialmente.

SACERDOTI, en posición aislada, afirma que la cuestión de la gratuidad u onerosidad no puede plantearse en tema de negocios de garantía por cuanto éstos no pueden ser nunca gratuitos, ya que no representan un enriquecimiento para el acreedor garantizado, el cual no podía sacar de la garantía más de cuanto ya le es debido. Opinión que confunde los negocios gratuitos (género) con la donación (especie). Esta produce propio enriquecimiento de una persona a costa del correlativo empobrecimiento de otra, mientras los primeros dan lugar a una simple ventaja no compensada por un corresponsivo; no se puede negar que el acreedor obtiene una ventaja de la garantía, por lo cual la onerosidad o gratuidad dependerá de que, a cambio de aquélla, proporcione algo que constituya un corresponsivo.

Hoy se acepta comúnmente la idea de que los negocios de garantía, por su esencia y por su función, se presentan como indiferentes respecto a la gratuidad o la onerosidad. Pero ello no significa que se resistan a adoptar el carácter oneroso o gratuito, sino que se adaptan por igual a uno u otro, y que para calificarlos no podemos limitarnos a examinar el tipo contractual, determinado por su función misma, sino que hemos de indagar, caso por caso, la razón que justifica la intercesión. Como dice PUGLIATTI, «todos los negocios jurídicos de garantía se prestan a ser considerados como de naturaleza neutra en sí mismos, esto es, pueden adquirir el carácter de onerosos o gratuitos sin mudar de naturaleza». «En definitiva—continúa—, el negocio de garantía sólo puede ser oneroso o gratuito según los casos concretos, como por lo demás puede acaecer en otros tipos contractuales (préstamo mutuo, mandato, depósito, etc.). En su esquema puro, y abstractamente considerado, no revela todavía su na-

turalidad al respecto, la cual sólo puede establecerse plenamente examinando sus vínculos con lo que se puede llamar *relación subyacente*.»

Por lo demás, observa este autor, el concepto de onerosidad es amplísimo, comprendiéndose en él cualquier relación entre ventaja y sacrificio, o más bien cualquier condición de la cual pueda entenderse dependiente la prestación de la garantía.

Como en otros aspectos del llamado requisito de la *causa* de los contratos de garantía, también aquí es preciso distinguir, de una parte entre la prestación de garantía contemporánea al nacimiento del crédito y la ulterior a él; y, de otra, entre la constitución de garantía por el propio deudor y la realizada por un tercero ajeno a la relación de deuda.

2. CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA POR EL PROPIO DEUDOR

Siendo constituyente de la garantía el deudor, el negocio es a título oneroso cuando, a cambio de la prestación de aquélla, el deudor estipuló alguna ventaja en favor suyo.

Cuando la garantía se presta contemporáneamente con la concesión de crédito, se ha de presumir que éste se concede a causa de aquélla, y por consiguiente el establecimiento de la garantía se entiende siempre oneroso. Tomemos como ejemplo—dice CARIOTA-FERRARA—un préstamo hipotecario: sin duda, el prestamista en tanto proporciona la cantidad prestada en cuanto el prestatario asume la obligación de restituir el *tantundem eiusdem generis* y concede hipoteca sobre finca suya en garantía del cumplimiento de tal obligación. De modo que, contemplando la relación del lado del acreedor, para éste el equivalente viene representado por la obligación de restituir y la hipoteca; mirándola desde la parte del deudor, la deuda que éste asume y la hipoteca que concede tienen como correspectivo la cantidad prestada. La hipoteca, pues, no se constituye gratuitamente, esto es, sin equivalente, sino a título oneroso, porque representa uno de los dos sacrificios necesarios (ambos necesarios) para obtener el crédito, es decir, la cantidad solicitada en préstamo.

Dejemos el mutuo y supongamos, en cambio, que frente a una parte constituye una obligación la otra (es decir, se obliga a darle algo, o hacer algo en su servicio) garantizada con hipoteca o prenda, sin dar el *accipiens* nada a cambio de la obligación ni de la garantía: evidentemente, ambas son gratuitas.

Será a título oneroso la garantía que se presta después de la concesión del crédito y correspondiente nacimiento de la obligación, cuando en consideración a ella el acreedor concede un plazo o remite una sanción o una facultad de denuncia, o concede una reducción en el tipo de interés, etc.

A tales convenios—dice VON TUHR—se les aplican los principios de los contratos bilaterales: siempre que no esté obligado a prestar la garantía previamente, el deudor puede demorarla hasta tanto el acreedor efectúe la contraprestación; en caso de mora del acreedor, el deudor puede resolver el contrato y exigir la devolución de la garantía.

NICOLÓ y CARIOTA-FERRARA entienden que dada la accesoriedad de la función de garantía, incluso la naturaleza onerosa o gratuita del negocio no pueda establecerse previamente sino remitiéndose a sus relaciones con el crédito garantizado. Con esto llegan a la misma conclusión antes apuntada, es decir, que la prestación de la garantía es onerosa cuando constituye un medio para obtener la concesión del crédito: entonces ambos negocios, aun cuando estructuralmente distintos, se realizan en una relación de interdependencia, sobre la base de un acuerdo sustancialmente unitario. La onerosidad se produce en tal caso tanto si el crédito es a título oneroso como a título gratuito (por ejemplo, préstamo sin interés), e incluso con mayor razón en este segundo caso, en el cual, a diferencia del primero, la prestación de la garantía es el único sacrificio para obtener el crédito. Esto demuestra que el negocio de garantía no siempre y necesariamente es oneroso o gratuito, según lo sea el crédito dependiente de él.

Sólo cuando no existe ninguna suerte de contraprestación, constituye la garantía, en opinión de la doctrina, una atribución patrimonial gratuita; por tanto, cuando ésta es prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella, o la garantía se prestase después de la concesión y sin acuerdo previo, sin que el deudor obtenga ninguna ventaja por la prestación de dicha garantía.

Aunque sea gratuita, en ningún caso la garantía por deuda propia constituye donación, en cuanto que no acrece el activo patrimonial del acreedor. En efecto, ni el deudor viene a sufrir un empobrecimiento, ni el acreedor obtiene un propio enriquecimiento, en cuanto que ni a través de la garantía el uno da mayor suma de la que debe, ni el otro recibe más de lo que le corresponde. La garantía constituye simplemente un contrato de beneficencia: un negocio a título gratuito, en cuanto que el acreedor no da nada y recibe una ventaja, es decir, mejora su condición de acreedor aumentando la probabilidad de ver satisfechas sus pretensiones.

La cuestión de la onerosidad de la garantía prestada tiene especial importancia en tema de acción revocatoria, porque en el segundo caso basta demostrar la condición gratuita para que se presuma el *consilium fraudis* (art. 1.297-1.º del Código Civil), mientras que si el negocio es oneroso hay que probarlo en relación al prestador de la garantía y al acreedor garantizado.

En el Derecho español plantea y resuelve esta cuestión la ya citada Sentencia de 14 de enero de 1935. Recuérdese que el hermano Rafael, en-

deudado con los bancos mediante numerosas letras avaladas por sus hermanos, constituyó hipoteca sobre casi todas sus fincas en favor de éstos, días antes de caer en concurso, para que éstos cobrasen al menos en parte, las cantidades que sin duda habían de reclamarle los bancos prestamistas; pero esta constitución de hipoteca dejaba insolvente al hermano Rafael y por tanto daba mucho que pensar a sus burlados acreedores, que eran numerosos y por cantidades importantes. Estos otros acreedores denunciaban el fraude en su recurso de casación, alegando en primer lugar que «cuando una persona está a punto de suspender pagos, constituye una inmoralidad alterar la situación de sus acreedores favoreciendo a unos y perjudicando a otros. Y por ello, la Sala infringe, por aplicación indebida, el artículo 1.276 del Código Civil, que sólo consiente aceptar una causa sigilada cuando se prueba que es verdadera y lícita; y el 1.275, por inaplicación, ya que éste considera ilícitas las causas que se oponen a las leyes y a la moral». Argumentaban asimismo que en el momento de confesar el deudor serlo de sus hermanos Alberto y José por la suma de 790.000 pesetas, no había recibido de ellos esa cantidad ni otra alguna, y sí sólo le habían avalado las letras. Pero además, en definitiva, hacían valer la presunción de fraude de los actos gratuitos por cuanto «la constitución de hipoteca ha sido mirada siempre como un acto de enajenación, y por eso el artículo 2.030 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que para hipotecar bienes inmuebles de menores se han de observar las mismas formalidades establecidas para la venta», y que «los hipotecantes no dieron nada a cambio de garantizar sus créditos con hipoteca». La verdad es que el Tribunal Supremo admite la connivencia en el fraude de los tres hermanos, al declarar unas deudas que todavía no habían nacido, y por tanto el argumento de la gratuidad no era indispensable para el fallo, pero lo acepta también, sin duda a mayor abundamiento. «Reconocida—dice—la autenticidad de la escritura hipotecaria impugnada, es evidente que dicho negocio jurídico, estudiado en su génesis y consumación, no constituye una garantía inmediata y verdadera de las supuestas obligaciones que pretende asegurar, cuya confesión se hizo sin duda para cohonestar así el establecimiento de la carga real inmobiliaria sobre el patrimonio del deudor, amenazado por un inminente juicio concursal que sobrevino poco tiempo después y por ejecuciones despachadas a los pocos días del otorgamiento, sustrayendo los bienes, mediante este artificio, a las responsabilidades de créditos legítimos, sino el fraude pauliano imputable a dicho deudor, demostrado palpablemente y que trasciende a los terceros intervinientes; porque si aquél operó a sabiendas de que la hipoteca convencional imposibilitaba la efectividad del pago debido a sus otros acreedores comunes, los terceros favorecidos con la garantía hipotecaria, concedida graciosamente, actuaron *de lucro captando*, ya que sus pretendidos créditos

ganaron jerarquía al transformarse de ordinarios en privilegiados, sin contraprestación que beneficiase al deudor, salvo la ventaja a todas luces tendenciosa de permitirle la continuación en el tranquilo disfrute posesorio de los bienes afectados por el gravamen, a virtud de la cual maniobra permanecerían indemnes frente a las resultancias naturales de los juicios ejecutivos y del concurso de acreedores; y en tal sentido procede que, declarando el referido contrato de hipoteca como originado y extendido *ex lucrativa causa*, sea rescindido por haberse otorgado en fraude; todo ello a tenor de la presunción *iuris tantum* del artículo 1.297, párrafo primero, del Código Civil, y en gracia a este precepto acoger el segundo motivo de casación.»

Aunque se llega al mismo resultado, no se aduce aquí, como razón de la gratuidad de la constitución de hipoteca, el haber sido hecha posteriormente al supuesto nacimiento de la deuda, y por tanto, no considerándose contraprestación de ella.

3. CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA POR TERCERO

La constitución se entiende onerosa y hay que demostrar la connivencia en el fraude del acreedor para impugnar la garantía: *a)* cuando ésta se haya constituido a la vez que la obligación a título oneroso, y *b)* en relación a aquellas garantías concedidas luego, si lo han sido a cambio de un equivalente: contraprestación realizada por el acreedor al tercero, concesión del acreedor al deudor, aplazamiento de pago, quita, rebaja del tipo de interés, etc. En cambio, no sería suficiente, a falta de cada uno de estos elementos o circunstancias, el hecho de que el deudor o cualquiera otra persona hubiera retribuido al prestador de la garantía, pues de la gratuidad u onerosidad de ésta debe juzgarse en relación al concedente y al acreedor, sujeto del negocio de garantía, pero en los términos que vamos a ver inmediatamente.

De acuerdo con la línea seguida en anteriores análisis confrontaremos sucesivamente con el problema a la garantía constituida a la vez que la deuda y la creada después.

a) Garantía contemporánea.—La posición de acreedor garantizado la adquiere el acreedor mediante la prestación del aseguramiento por el deudor o el tercero garante.

a') Si este tercero recibe algo por prestar la garantía, debemos distinguir si se lo da el deudor o el acreedor. En el primer caso, no sólo la relación del tercero con el deudor (obligación de garantizar y, en su caso, de mantener la integridad del objeto dado en garantía o la propia solven-

cia) es onerosa, sino también, en virtud de cuanto digo a continuación, la relación con el acreedor. En el segundo caso, celebrando el tercero el contrato de garantía con el acreedor, tal contrato (oneroso en la relación garante-creedor) puede suponer una liberalidad del acreedor: no del garante. Dígase lo mismo si es una cuarta persona extraña la que retribuye al fiador o pignorante.

b') Si el garante nada recibe por prestar la garantía, ni del deudor ni del acreedor, en opinión de REDENTI realiza un acto gratuito. Pero cuando el acreedor sólo lo es en virtud de una atribución suya al deudor —por ejemplo, le ha prestado una suma de dinero—, es mucho más probable la opinión contraria, de la onerosidad del acto en relación con el acreedor, el cual concede el crédito—presumiblemente—en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero. Lo pone de relieve una sentencia italiana en el supuesto del aval cambiario prestado sin retribución: aun entonces la concesión del crédito por parte del banco viene subordinada no sólo al pago de los intereses y de la provisión, sino también, y esencialmente, a la presencia en la cambial de diversas firmas que garantizan la recuperación de la suma anticipada. De donde aquel que pone su propia firma como avalista, a fin de que el título pueda ser útilmente presentado al descuento, entra en el ámbito de la relación como elemento esencial de la misma; por tanto, debe sufrir su disciplina, la cual es unitaria, en virtud de la solidaridad cambiaria. Por tanto, los acreedores del garante que ejerzan la acción revocatoria deberán demostrar la complicidad del acreedor en el fraude cometido por aquél.

b) *Garantía ulterior.* Volveremos a distinguir si el acreedor, a cambio de la garantía, ha concedido alguna ventaja al deudor: moratoria, reducción de la cantidad debida o el tipo de interés, etc., o no. En el primer caso resulta clara la naturaleza onerosa de la garantía: al sacrificio del garante corresponde un sacrificio del acreedor. Que tal sacrificio sea en ventaja de un tercero (deudor, extraño al contrato de garantía), en opinión de CARIOTA-FERRARA, no significa nada: ciertamente el acreedor da un equivalente por el beneficio que recibe, y por tanto, el negocio en relación a él no puede considerarse gratuito, lo cual «implica que tampoco pueda calificarse como tal en relación al otro sujeto, dada la unidad del negocio». En cambio, BONELLI y PUGLIATTI piensan que como la garantía implica una relación con dos personas, esta relación puede ser de mera liberalidad frente a una de ellas y correspectiva e interesada en cuanto a la otra. Y, en efecto, cuando, a instancia y a riesgo de un fiador, el acreedor concede facilidades a su deudor a cambio del aseguramiento de la deuda, más parece que se ha de apreciar aquí una liberalidad del fiador frente al deudor, quien consigue las facilidades sin dar nada propio a cam-

bio ni prestar servicio alguno. No es de aceptar, pues, la opinión de NICOLÓ, según la cual cuando la garantía es posterior al crédito debe contemplarse exclusivamente la posición del concedente, y por consiguiente el negocio ha de tratarse como gratuito cuando para dicho concedente no se deduzca del negocio ninguna ventaja, siendo irrelevante que, en cambio, le sobrevengan tales ventajas al deudor garantizado. Cuando el garante proporciona al deudor tales rebajas o moratorias concedidas a su instancia por el acreedor, contrata con este último a título oneroso.

Cuando el acreedor recibe la garantía de tercero, recibe una ventaja a costa de éste, cualquiera que sea la relación que medie entre dicho tercero y el deudor: si nada ha concedido al deudor el acreedor, el acto es gratuito, salvo que el garante reciba una retribución o compensación del acreedor. Contratada por el deudor la garantía, se entiende que hay una liberalidad indirecta en favor del acreedor, y si es el acreedor el que paga al garante, celebra una suerte de seguro de su crédito. La gratuidad, pues, en tales casos, se reduce a la relación entre acreedor y deudor. Tal parece ser el sentido de la Sentencia de 3 de junio de 1946, al decir que en la aceptación de una letra de complacencia la causa para el aceptante es «la liberalidad de proporcionar tal beneficio de garantía, sin que ello por sí solo implique la renuncia a resarcirse del desembolso que haya de realizar, pues tal liberalidad es sólo para un negocio y momento determinado y no envuelve de ninguna manera una donación».

La garantía se presume fraudulenta a efectos del ejercicio de la acción revocatoria por los acreedores del garante exclusivamente cuando es gratuita en relación con el garante mismo y frente al acreedor, es decir, si aquél no ha percibido contraprestación y además el acreedor no la ha dado al deudor. Pues en cuanto el acreedor haya dado facilidades al deudor a cambio de la garantía del tercero, éste, en relación al acreedor, no realiza una liberalidad.

c) En cualquier caso, como la garantía gratuita no constituye propia donación al acreedor garantizado, directa ni indirecta (puesto que éste no recibe enriquecimiento alguno, sino aquello que ya le era debido), no tiene tal acreedor ninguna obligación de colacionar en caso de suceder al que ha proporcionado la garantía.

Se argumenta asimismo que teniendo el garante la acción de regreso contra el deudor, ningún enriquecimiento verdadero deriva para aquél.

Sólo—dice CARIOTA-FERRARA—cuando el garante renuncie a tal acción puede la garantía salir del campo de los simples negocios a título gratuito y entrar en el de la donación. Pero también entonces los extremos de la donación no se pueden entender realizados por el hecho de que se

ha prestado la garantía acompañándola con la renuncia a la acción de regreso: esto ocurrirá, en cambio, cuando el garante haya pagado realmente la deuda al acreedor.

4. LA CANCELACIÓN DE GARANTÍAS

En opinión de VON TUHR, «la cancelación del derecho de garantía (remisión de la fianza, renuncia a la garantía real) es una atribución patrimonial del acreedor en favor de la persona contra quien se dirige su derecho, esto es, del fiador o del propietario de la cosa que es objeto del derecho de garantía. Esta atribución patrimonial es abstracta. Puede efectuarse *solvendi causa* o sin que le preceda una obligación; puede haber o no contraprestación: en este último caso se trata de un acto dispositivo a título gratuito, pero no de una donación. Por el mismo motivo, no constituye donación la concesión de un rango registral preferente cuando se efectúa sin correspondiente».

Por supuesto, el autor no se refiere a la cancelación del asiento registral estableciendo un gravamen hipotecario, sino a la extinción del derecho material de garantía. Tal extinción puede tener lugar por convenio o por renuncia unilateral del acreedor; mediante una contraprestación o sin ella; relativamente a la garantía prestada por el propio deudor o por un tercero. A ella son aplicables los criterios antes expuestos. Así, la extinción de la hipoteca o prenda, convenida entre el deudor que la constituyó y su acreedor, es un acto gratuito cuando no se hace con correspondiente, y oneroso si obedece a una elevación del tipo de interés, al aumento de la cantidad a pagar o a una reducción del plazo. En cuanto a la garantía prestada por tercero, la extinción pactada por el garante con el acreedor a cambio de una compensación que recibe éste del deudor o de otra persona es un negocio oneroso frente a dicho garante y no podría ser revocado, bajo la presunción de fraude de los actos a título gratuito, por los acreedores del acreedor, sin perjuicio de representar una liberalidad en la relación entre la persona extraña que paga al acreedor para que consienta en liberar al garante y éste mismo. Si esa persona es el deudor, la cuestión presenta otros aspectos, pues el deudor tenía el deber de dejar indemne al garante y, por tanto es más discutible que realice una liberalidad; pienso, con todo, que tal deber no consistía en abonar una cantidad o realizar otra prestación a cambio de la desvinculación del garante.

5. MATIZACIÓN DEDUCIDA DEL ARTÍCULO 1.843 DEL CÓDIGO CIVIL

a) *Explicación del precepto*

El artículo 1.843 del Código Civil tiene origen romano y raigambre en todos los Derechos europeos. Al Código Civil llega a través de la doble vía de las Partidas y del Código de Napoleón.

A tenor de tal precepto, en su inicio, «el fiador aun antes de haber pagado puede proceder contra el deudor principal: 1.º Cuando se ve demandado judicialmente para el pago». Las Partidas, de acuerdo con el Derecho romano, exigían para que el fiador pudiera pedir al deudor principal «que lo quite de la fiadura», que éste fuera condenado a pagar la deuda; pero en el antiguo Derecho francés, la práctica se contentaba con que se hubiera iniciado la persecución del fiador: «según nuestra práctica francesa—leemos en POTHIER—, el fiador no está obligado a esperar a ser condenado. En cuanto es perseguido por el acreedor puede citar al deudor principal como garante suyo, e incluso debe hacerlo, pues a falta de ello el deudor no está obligado a pagar al fiador los gastos hechos antes de su propia citación a la causa, sino los de la presentación de la demanda originaria y los hechos después de haber sido llamado».

Pero DOMAT y BOURJON iban más lejos y permitían al fiador accionar antes que fuera perseguido, y sólo porque la deuda había llegado a su vencimiento. «Si el principal obligado—decía DOMAT—se halla en mora para pagar al acreedor la deuda vencida, el fiador puede perseguirle y obligarle a la relevación aunque el acreedor no reclame nada». Y según BOURJON, «una vez vencida la obligación, el fiador tiene acción contra el deudor principal para obligarle a liberarle de la fianza».

Esta fórmula pasa a los Códigos francés e italiano, de los cuales es traducción casi literal el apartado 4.º de nuestro artículo 1.843: «cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haberse cumplido el plazo en que debe satisfacerse». «El fiador—comenta BORSARI con referencia al Código Civil italiano—tiene entonces pleno derecho a pagar y accionar en reembolso contra el deudor. Pero antes de que pague se le concede acción, no para reembolsarse, sino para la relevación.» Obsérvese que este apartado 4.º de los Códigos latinos hace innecesario el primero y tradicional: la demanda contra el fiador sólo puede plantearse con éxito si la deuda es exigible, y siéndolo, ya no es necesario que sea demandado para que él pueda pedir la relevación o garantía.

Según el apartado 2.º del citado artículo 1.843, la relevación procede igualmente «en caso de quiebra, concurso o insolvencia». El proyecto isabelino era más expresivo: «cuando el deudor se declara en quiebra,

o hay temores fundados de que se declare, o comienza a disipar su fortuna». Las Partidas, siguiendo al Derecho romano, autorizaban al fiador a pedir la relevación «si aquel a quien fió comienza a desgastar sus bienes» (5, 12, 14), y lo mismo el Fuero real: «si aquel por quien fió comenzare de malmeter o de enajenar lo suyo» (3, 18, 8).

GARCÍA GOYENA, relativamente al proyecto de 1851, distingue de una parte el caso de quiebra y de otra el de disipación: «puede el deudor hallarse en quiebra o a punto de ella sin disipación, y haber ésta sin temor próximo de aquélla: en cualquiera de estos casos debe permitirse al fiador que tome sus medidas de precaución o de seguridad contra el deudor; si éste es disipador hay, desde luego, peligro y, por otra parte, no merece consideración alguna». El Código Civil francés, en un país donde no se conoce el concurso de acreedores, habla de «quiebra o insolvencia» (*deconfiture*), advirtiendo GUILLOUARD, en cuanto a esta última expresión, que «tratándose de un texto excepcional que deroga la regla general según la cual el fiador sólo puede accionar contra el deudor cuando pagó, y siendo de interpretación restrictiva, es preciso que la insolvencia sea completa, de modo que las inquietudes del fiador sobre la fortuna del deudor, por serias que sean, no le facultan para pedir la relevación». Pero esta inteligencia del precepto se rechaza por la mayor parte de la doctrina y por el Derecho comparado. En el Código Civil suizo, por ejemplo, la acción de garantía procede cuando el deudor pierde parte importante de su fortuna, de modo que el fiador corre riesgos sensiblemente más considerables que en el momento en que se había comprometido; y lo mismo, esencialmente, en el Código Civil alemán. En efecto, como dice BORSARI, llegado el deudor a total insolvencia, «el remedio llega tarde: toda la deuda la tendrá que pagar el fiador. El concepto de la ley no puede ser el que expresan las palabras: se debe referir a aquellos remedios de los cuales yo me puedo valer útilmente. Lo que considera la ley es una situación tendente a la inopia, estimándose que la acción del fiador podrá salvar alguna cosa en su propio provecho. Las ventas de bienes del deudor para consumir el precio, su vida desordenada y las crecientes deudas que contrae son signos de próxima ruina: el fiador podrá actuar enérgicamente; pedir el secuestro judicial de los bienes que quedan, obtener la venta de estos bienes y con el precio pagar cuanto se pueda de la deuda».

Con arreglo al apartado 3.º, la liberación del fiador procede *inter partes* «cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido». El Derecho romano exigía para que el fiador pudiera pedir su descargo después de cierto plazo que se hubiera estipulado esto inicialmente, mientras el antiguo Derecho francés no distinguió entre el compromiso contraído a raíz del contrato y el

intervenido posteriormente: una vez llegado el plazo, el fiador podía pedir su relevo.

Finalmente, el apartado 5.º previene la relevación «al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años». Algún texto romano habla de un tiempo *considerable*, y las Partidas de que el fiador «oviese estado gran tiempo en la fianza». La escuela de BARTOLO concretó ese tiempo en el bienio, y otros autores en los diez años (en ambos casos sobre la base de muy discutibles analogías con otros textos romanos), mientras según las Partidas «este tiempo debe ser determinado según alvedrío del juzgador»; antes había propuesto la misma solución algún texto romano (D. 17, 1, 38). Supuesto de hecho de la norma es la garantía de una obligación principal de vencimiento indefinido pero que se supone afianzada durante un tiempo razonable y no más de él. No se trata, pues, de obligaciones que por su propia naturaleza carecen de vencimiento o lo tienen en fecha muy lejana, como la responsabilidad del tutor derivada de la rendición final de cuentas; la del usufructuario; la del marido en relación a la dote o la del deudor de una renta vitalicia, sino de deudas afianzadas cuyo cumplimiento se retrasa por más tiempo del que pudo pensar el fiador. POTHIER pone como ejemplo las rentas temporales (sucedáneo, en su tiempo, del contrato de préstamo a interés), cuyo rescate era frecuente en plazo no muy largo. En ellas «el fiador ha contado con que el deudor reembolsaría la renta y que su fianza no sería eterna; es por eso por lo que cuando dura demasiado debe ser admitida su demanda de que el deudor le descargue, reembolsando la renta».

La razón de esta excepción, según la doctrina dominante en Francia, reside en el carácter de beneficencia del contrato de fianza. Aunque la obligación principal no tenga término fijo, no se debe suponer que el fiador haya entendido quedar obligado por muy largo tiempo y es equitativo limitar la duración de su compromiso.

Termina diciendo el artículo 1.843 que «en todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor». La acción de relevación, pues, no confiere al fiador, ni el derecho a embargar bienes del deudor, porque todavía no es acreedor ni tiene título ejecutivo, ni el de tomar otras medidas semejantes: sólo puede accionar a fin de que, si es posible, el deudor se ponga de acuerdo con el acreedor de modo que éste releve de la fianza al que la prestó, y no accediendo el acreedor en términos razonables, proporcione el deudor a dicho prestador una garantía suficiente de que la fianza no le producirá pérdida o daño alguno.

El artículo 1.843 no se aplica cuando la garantía se ha constituido exclusivamente por obra del acreedor y sin intervención del deudor. El fiador, ciertamente, no puede actuar entonces contra el deudor al amparo del artículo 1.843: no hay entre uno y otro vínculo inicial alguno, y las obligaciones de éste frente a aquél no nacerán sino cuando el fiador haya pagado.

Ocurre lo mismo si el fiador se ha comprometido en interés del deudor pero a pesar suyo; contra su voluntad: la realización de un acto que el deudor no quería no puede autorizar al fiador para ejercitar unas acciones que supondrían un empeoramiento de la situación del deudor sin consentimiento de éste.

b) *Aplicación de los principios que inspiran el artículo 1.843 del Código Civil al tema de la onerosidad o gratuidad de la constitución de garantía*

Volvamos al caso de la Sentencia de 14 de enero de 1935. El hermano Rafael constituyó hipoteca en favor de sus hermanos, avalistas de los créditos que él había tomado. Tal constitución de hipoteca es declarada por el Tribunal Supremo negocio gratuito, y envuelta, por tanto, en la presunción de fraude del artículo 1.297-1.º del Código Civil.

Mas la aplicación del artículo 1.843 podría hacer dudar de la validez de esta solución. Pues si el fiador (acaso, en términos más generales, el garante) puede proceder contra el deudor principal para obtener «una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor», la prestación de esa garantía por el afianzado es un acto debido: algo que podía exigir el fiador y por tanto no es un acto gratuito. Como si la ley hubiera interpretado que en la liberalidad del garante no entran los riesgos extraordinarios: la garantía se presta para asegurar un pago cuya realización se supone segura, mientras persista esa certeza, y no más allá. O sea: se considera que el fiador ha prestado su concurso en la idea de que, salvo un cambio radical de las circunstancias, no habrá de pagar la deuda ajena, actuando él de asegurador contra ese cambio de las circunstancias, pero sobre la base de que tal cambio es de producción tan anormal como el incendio de la cosa asegurada, y de que, en caso de producirse, primero ha de soportar sus consecuencias el deudor principal, quien inmediatamente queda obligado a relevarle de la fianza o de garantizarle frente al riesgo de haber de pagar la deuda. Obligación de relevar o garantizar que es, entonces, una limitación de la liberalidad del fiador o garante, y que determina la no gratuidad del cumplimiento de aquélla: el deudor que releva o garantiza al fiador nada le regala y se limita a cumplir una obligación que le impuso antecedentemente la ley. De igual modo

que no hace una donación quien devuelve la cantidad que recibió en préstamo gratuito.

A estos argumentos cabría oponer que la prestación de fianza es un instrumento de ampliación de la responsabilidad cuyas consecuencias no tienen por qué sufrir los restantes acreedores del afianzado, y que la relevación o garantía del fiador a costa del deudor no puede perjudicar la *par condicio* de los otros acreedores. Pero si el acreedor estaba en situación de embargar al deudor principal y éste podía pagar la deuda onerosa (por ejemplo, el precio de una venta o la restitución de la cantidad prestada) realizando un pago que no sería revocable para el no comerciante y sólo en los términos de la retroacción de la quiebra para el comerciante, la misma razón parece haber para que la garantía debida al fiador en caso de «insolvencia» del deudor afianzado esté sometida a idéntico régimen de relativa irrevocabilidad. Véanse *supra* las explicaciones de BAUDRY-LACANTINERIE en el epígrafe V, 1.

El problema se centra, por tanto, en determinar cuándo se produce alguno de los supuestos del artículo 1.843, que obliga a constituir garantía en favor del fiador y permite calificar la constitución de acto oneroso.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

El fenómeno sucesorio*

Quisiera que esta conferencia más que una exposición, que al oyente poco le dirá de nuevo, sea una comunicación, en torno a la cual los que aquí nos reunimos meditemos replanteando algo que jurídicamente conocemos todos, pero nos puede ser útil repensar en sus líneas generales para centrar su contexto, profundizar en sus fundamentos, observar sus variantes y las razones que las justifican. Por tanto, me limitaré a expresar en voz alta mis reflexiones al respecto y quedaré muy bien pagado si en lugar de aburrir a tan culto auditorio, consigo contagiarle mi preocupación y suscitar en todos reflexiones mejores que las mías.

1. ¿Qué expresan en castellano las palabras *sucesión* y *suceder*, significativas del fenómeno del cual vamos a ocuparnos?

En el Diccionario de la Real Academia Española hallamos varios significados del verbo *suceder* y del sustantivo *sucesión*, y su examen creemos que podrá ayudarnos en nuestras reflexiones.

Suceder (del latín *succedere*) tiene indicados los siguientes significados:

- «entrar una persona o cosa en lugar de otra o seguirse a ella»;
- «entrar como heredero o legatario en la posesión de los bienes del difunto»;
- «descender, proceder, provenir»;
- «efectuarse un hecho, acontecer, ocurrir».

Sucesión (del latín *successionis*) tiene señalados éstos:

- «entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra»;
- «entrada como heredero o legatario en la posesión de los bienes de un difunto»;

(*) Conferencia pronunciada el 9 de julio de 1975, en las «Jornadas Jurídicas de Galicia», celebradas en el salón de actos del Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, organizadas por ese Colegio y por la Academia Gallega de Jurisprudencia, que amablemente han concedido expresa autorización al autor para su publicación (*específicamente en este número conmemorativo*).

- «descendencia o procedencia de un progenitor»;
- «conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero y legatario»;
- «prole, descendencia directa».

De estos significados hallamos unos más genéricos y otros más específicos. Observamos que unos expresan un fenómeno histórico y otros se refieren a las personas o a las cosas en las cuales ese fenómeno se produce, y, en fin, algunos se concretan a expresar más específicamente las personas que suceden a otra o sucesores de ésta, bien sean genéticamente mediata o inmediatamente, es decir, a su descendencia, o bien hereditariamente, es decir, a los sucesores en los bienes de una persona por causa de su muerte, sea a título de heredero o al de legatario.

2. Comenzamos por contemplar el fenómeno histórico al que se refiere el verbo *suceder* y su resultado, *la sucesión*. En ese sentido, *suceder* es sinónimo de *acaecer*, *acontecer* y *ocurrir*, y significa *efectuarse un hecho*.

Se expresa así algo dinámico, es decir, algo que ocupa un lugar no sólo en el *espacio*, sino también en el *tiempo*. En un espacio y un tiempo contemplados ocurre algo. sucede algo; puede decirse, por lo menos, que algo pasa, o bien que algo cambia, o más concretamente que una persona ocupa el lugar de otra, o una cosa sustituye a otra, o que una u otra o ambas se modifican.

Esta sucesión la vemos genéricamente en la historia, tanto en la historia natural como en la historia propiamente dicha o historia de los hechos del hombre.

La *historia natural* nos muestra la sucesión de períodos geológicos, de ciclos climáticos, de las estaciones del año. Estas, reflejadas en un espacio de la tierra firme de nuestro planeta, puede mostrarnos un paisaje nevado, seguido de otro de colores pardos, árboles secos e hierba quemada, después de otro esplendorosamente verde, al que sucede otro otoñal con los más variados colores de las hojas secas, para volver al blanco nevado, y así sucesivamente.

La *historia de los hombres* nos muestra la sucesión de las edades, de las civilizaciones, de los regímenes, de las dinastías, de los Estados, de las ciudades.

Donde el poeta dijo: «Estos, Fabio, que ves ahora, campo de soledad, mustio collado, fueron un tiempo Itálica famosa»..., pudo decirse tal vez, cuando aún era Itálica: «Esta, Fabio, ¡ay!, que ves ahora ciudad alborotada y ruidosa, fue en otro tiempo vergel risueño, idílico collado».

En tal lugar—entre tantos posibles—de la campiña, si lo hubiéramos sobrevolado en el tiempo—ya sea haciéndolo correr velozmente o bien convirtiendo en mucho más lento el ritmo de nuestra vida y dilatándola en siglos—podríamos haber visto sucederse el *fundus instructus* de una familia romana, que lo abandona después; una villa fortificada de un alto funcionario imperial, rodeada de un latifundio; sus destrucciones consiguientes a las invasiones de los bárbaros y los musulmanes; luego un monasterio que llenaba el ambiente de salmos y melodías, con su hospedería albergando peregrinos a Santiago; la desamortización, el abandono y, tal vez hoy, un parador para el turismo.

En el *fundus* y en la villa podríamos ver la sucesión de *dominus*; en el monasterio, la de sus abades; en el parador, la de los gerentes. Sobre ellos vislumbraríamos diversos poderes políticos sucediéndose de distintas maneras, y en cada uno de ellos, la sustitución de unos titulares por otros. En el poder soberano observamos a veces cambios violentos, y en las más ocasiones sucesiones estimadas normales, ya sea por sustituciones en nuevas elecciones en la más alta magistratura electiva, o por sucesión genética en la monarquía hereditaria del rey muerto por el rey puesto.

3. El Derecho público y el Derecho privado entran acá y allá en juego para regular, respectivamente, éste, la sucesión en el poder político, y aquél, la sucesión en el dominio del fundo (Derecho civil), en la dirección de la comunidad monacal (Derecho canónico) o en la gerencia mercantil del parador (Derecho mercantil).

Y en estos aspectos, *cada sucesión es un hecho, que constituye un eslabón en el acontecer histórico.*

Es un *hecho* en el acontecer, del cual observamos la contraposición entre la *situación* inicial y la subsiguiente al consumarse aquél.

Hablamos usando la terminología de CARNELUTTI (1), según la cual:

- *Situación* es una manifestación estática de la realidad, que es contemplada como en una fotografía en un solo momento, en un punto del tiempo, es decir, es una forma puramente espacial, itemporal, de la realidad.
- *Hecho* constituye una manifestación dinámica de la realidad contemplada en una forma de su acontecer, como en un *film*, cinematográficamente, a través del tiempo, marcando el tránsito de una situación inicial a otra situación final, es decir, es una forma a la vez espacial y temporal de la realidad.

(1) FRANCESCO CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, trad. al castellano de Carlos G. Posada, Madrid, 1941, §§ 22 y 29, págs 28 y sigs. y 205 y sig.

En este aspecto, la *sucesión* es el *hecho* a través del cual se realiza el cambio de una situación a otra, y ese hecho será jurídico en cuanto se refiera al tránsito de una situación jurídica a otra situación, es decir, produce un efecto jurídico.

Nos aproximamos al meollo de la cuestión cuando el hecho consiste en la sucesión de la persona titular en una situación jurídica dada. El *film* que lo expresa se inicia apareciendo ese titular y concluye mostrándonos otro distinto, que lo sustituye en el tránsito operado.

Ambas situaciones, inicial y final, se refieren a un mismo objeto (con pequeñas salvedades), que al producirse el hecho por el que se pasa de una a otra cambia de sujeto.

Ese objeto puede consistir:

- en una relación personal, que puede comportar un poder, una facultad, un crédito, o bien una subordinación, una sujeción, una deuda;
- en un poder de dirección familiar económica o política;
- en la titularidad real de un bien, en la de un derecho real, en la de todo un patrimonio, en la personal de un cargo, etc.

El tránsito que implica la sucesión puede deberse a diversas causas:

- el abandono y subsiguiente ocupación;
- el despojo violento;
- la transmisión voluntaria (gratuita u onerosa);
- la deposición o ejecución por vía jurisdiccional;
- la muerte de un titular, que es sustituido por otro de conformidad con las normas jurídicas que regulan ese tránsito.

Generalmente, y de modo específico, la palabra *sucesión* se aplica a este último hecho, es decir, al ocurrido por causa de muerte.

4. El hecho natural de la muerte de una persona *hace inevitable su sucesión* en las relaciones jurídicas, públicas y privadas de las que era sujeto activo o pasivo. Esas relaciones pueden ser de muy diversa naturaleza; así puede tratarse de:

- *Poder político*: muere el rey, o el presidente de la República, o un ministro, o un alcalde.
- *Potestades familiares*: pensemos en la muerte del padre que deja hijos menores de edad; en la de la madre viuda, también con hijos menores; en la del tutor.

- *Cargos de administración*: públicos o privados, inclusive el que implica la gerencia de una empresa.
- *Relaciones personales*: de crédito o de deuda, recíprocas o de comunidad o sociedad.
- *Relaciones contractuales*: tanto las referentes a cosas, a obras o empresas, como las que implica una cualquiera de las múltiples relaciones arrendaticias.
- *Titularidades dominicales* de cosas o *reales* de derechos sobre cosas, o sea, de los que calificamos como derechos reales.

Las sucesiones que panorámicamente contemplamos, unas son reguladas por el Derecho público (político, administrativo, sindical) y otras por el Derecho privado (civil, mercantil). Sin embargo, no faltan zonas polémicas entre una y otra de las dos ramas generales del Derecho que provocan tensiones, hoy desgarradoras, debido a las orientaciones propugnadas por el comunismo, los socialismos de todo tipo y las tesis autogestionarias.

Los criterios para determinar el sucesor del finado, que panorámicamente observamos, pueden simplificarse en los siguientes:

- la designación por el antecesor;
- un orden estatutariamente preestablecido;
- la elección por los ciudadanos, por los accionistas o empleados o por representantes de unos u otros;
- la cooptación entre un grupo determinado;
- la designación por el superior jerárquico a quien corresponda;
- el sorteo para determinar personas que reúnan las características requeridas.

Cabe, naturalmente, la combinación de varios de estos sistemas.

De éstos, unos son más característicos del Derecho público, y otros, más comunes en el Derecho privado. La historia nos los ha presentado encuadrados a veces en uno, y otras veces en otro ámbito, marcando en ocasiones el tránsito de una institución a otra rama jurídica.

Pero aparte de la contemplación del fenómeno sucesorio enfocándolo en una determinada relación de poder, de potestad, de derecho o de sujeción, de obligación o de deber, de una u otra clase, también podemos examinarlo más panorámicamente haciéndole abarcar todas las relaciones jurídicas que en el momento de su fallecimiento correspondían a un finado.

Entramos así en el examen de la herencia, que aquí requiere nuestra especial atención.

5. *¿Qué es la herencia?* Nuestro Código Civil nos dice que *la herencia comprende todos los derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por la muerte.*

Sin embargo, en el ámbito de la historia del Derecho, su concepto no se nos muestra con una fisonomía uniforme. Así observamos:

- La idea de la *successio in ius*, en la que predomina la imagen de la sustitución del causante por su heredero en la jefatura doméstica, que como consecuencia lleva aparejada la subrogación de aquél por éste en todos los derechos y obligaciones inherentes de ese *status*: ésta fue la concepción romana originaria, en la cual predominó el enfoque de la sucesión en la posición personal y familiar.
- La concepción de la *universitas* y de la *successio in universum ius*, en la cual la herencia aparece considerada como una unidad ideal, que se transmite en un solo acto al heredero, quien así, «de un solo golpe», adquiere su patrimonio como una unidad integradora de todos los derechos y obligaciones del causante. Esta es la visión que corresponde al Derecho justinianeo.
- En fin, otra perspectiva más simple, que considera la herencia como una *mera suma de bienes* que el sucesor adquiere afectos a las deudas de aquél, sin alcanzar la idea más espiritual y afinada de la *successio in ius*, ni el concepto más desarrollado de la *adquisitio per universitatem*. Esa percepción es la que tuvo el Derecho germánico y la más corriente en las legislaciones modernas, en las cuales predomina netamente el aspecto patrimonial y económico de la herencia.

Ahora bien, observamos sin dificultad que no todas las relaciones jurídicas del causante integran su herencia.

Es evidente que las sucesiones hereditarias no abarcan todas las relaciones jurídicas del finado.

Este podrá:

- Estar casado, y su relación conyugal cesa con su muerte.
- Ejercer la patria potestad de sus hijos menores, relación en la cual le sucederá su viuda, madre de sus hijos, o que, en defecto de ésta, será sustituida por la constitución de los hijos en tutela.
- Desempeñar una función profesional, un cargo público, tener un puesto en determinado escalafón. .. situaciones que con-

cluirán. Por lo cual: sus relaciones profesionales deberán ser liquidadas con los clientes, y éstos elegirán normalmente al profesional que supla al fallecido; el cargo público será cubierto, según su naturaleza, por designación o por elección de uno u otro tipo, y si es un puesto de un escalafón, se cubrirá en el concurso correspondiente.

- Pudo gozar de honores, que con él se llevará a la tumba, u ostentar títulos nobiliarios, que pasarán a los sucesores a quienes corresponda de conformidad con el estatuto que los regule.
- Tener relaciones contractuales de carácter personalísimo que se extinguirán con la muerte, pero cuyas resultas tendrán que ser objeto de liquidación, que recaerá en el activo o en el pasivo de la herencia (realización de obras encomendadas *intuitus personae*, cualidad de socio en sociedades personalistas, en las cuales la muerte de un socio puede dar lugar a su extinción o facultar a los supérstites para que liquiden la parte de aquél).
- Tener concertados seguros de vida a favor de terceros que se registrarán por la póliza correspondiente de conformidad al Derecho mercantil.
- Ser titular arrendatario de alguna cosa o empresa, y en esos casos podrá ocurrir que su derecho: caduque con su muerte, o que se transmita conforme lo establecido en el contrato que regule la relación, o por lo dispuesto en las leyes generales o en las especiales de arrendamientos rústicos o urbanos.
- Ser titular de algún bien que tenga su sucesión específicamente regulada por una ley especial—casa barata, patrimonio familiar indivisible—que determina el sucesor atendiendo a sus específicas circunstancias.
- Gozar de derechos que se extinguen con la muerte de su titular (usufructo, uso, habitación), o que tengan predeterminado su ulterior destino por el título de su atribución (bienes fideicomitidos o sometidos a reversión) o por precepto legal (bienes reservables o sujetos a reversión legal).

Aparte de esos bienes y relaciones jurídicas, activas o pasivas, que se extinguen con el fallecimiento o que tienen un específico destino predeterminado, los demás integran la herencia del finado, es decir, del causante o *de cuius*.

Llegamos a nuestro específico tema y encontramos en él que casi todo lo que actualmente está en vigor ha sido puesto en cuestión e incluso sometido a apasionadas polémicas teológicas, políticas, sociológicas, económico-políticas y jurídicas.

6. No podemos soslayar, en este punto, que el tema de la sucesión hereditaria se halla íntimamente relacionado con el de la propiedad privada.

Donde no es admitida la propiedad personal de los medios de producción tampoco es posible que su propiedad—puesto que no es reconocida—sea objeto de sucesión *mortis causa*. El derecho público absorbe estos bienes que así pertenecen al Estado; y la sucesión en su gerencia es determinada fuera del ámbito del derecho de sucesiones dentro del campo de la Administración pública.

Sin embargo, la propiedad personal y la sucesión hereditaria de los medios de producción no son algo establecido caprichosamente. no obedecen únicamente a los intereses particulares de la clase dominante. aunque puedan coincidir con ellos.

Las razones justificativas son clásicas, y creemos que no han perdido nada de su vigencia racional, como puede comprobarse siempre que la cuestión sea examinada desapasionadamente, a fondo y con una visión de amplia perspectiva, espacial y temporal.

Los argumentos, expuestos por Santo Tomás en su *Suma Teológica*, II.^a, II.^o, *quaest.* 66, *art.* 3, *sol.* 1, mantienen su vigor y el tercero incluso acrecentado. Conviene repasarlas.

Primero, de *tipo económico*: «porque cada uno es más solícito en la gestión de aquello que con exclusividad le pertenece que en lo que es común a todos o a muchos, pues cada cual, huyendo de su trabajo, deja a otro el cuidado de lo que conviene al bien común, como sucede cuando hay muchedumbre de servidores».

La propiedad aparece así como un *premio de la propia actividad*, pero que redundan en el *bien común* en cuanto estimula el *incremento de los bienes de producción y consumo* disponibles, y así también el de los *puestos de trabajo*.

Al lado de esta razón, Santo Tomás, en I.^a, II.^o, *quaest.* 105, *art.* 2, resp., señala otra—también económica—de *dinámica social*, fundada en que la propiedad privada facilita los intercambios entre los hombres por contratos de compraventa y otros semejantes. Parece, ahí, que el Aquinense vislumbrase una de las mayores dificultades que se presentan para orientar la producción en los países comunistas, y que ha sido subrayada por los economistas de la Primavera de Praga: la imposibilidad de determinar las necesidades y regular las calidades cuando no existe

un mercado en el que se muestren y se juzguen los productos ofrecidos en competencia.

Segundo, de *tipo sociológico*, por la mejor organización social que requiere como base la *responsabilidad* efectiva de cada uno: «porque se administran más ordenadamente las cosas humanas cuando a cada uno incumbe el cuidado de sus propios intereses». La mala gestión se paga con la pérdida del bien, la quiebra e incluso la total ruina; y con la responsabilidad del cuidado de lo propio se evita «la confusión que reinaría si cada cual se cuidara de todo indistintamente».

Tercero, de *tipo político*, que enlaza con el anterior, porque «vemos que surgen más frecuentemente contiendas entre quienes en común e indivisas poseen alguna cosa». Hoy esta razón política ha variado de sentido, pero ha adquirido mayor importancia, pues «poseer todos en común» es algo puramente teórico, que en la práctica se subsume en el total dominio del Estado que lo ejerce por medio de quienes detentan las riendas de su poder soberano. La fuerza del Estado se ha acrecentado al extender su actuación a todas las esferas, incluida la económica, e incrementar su fuerza con los nuevos adelantos técnicos.

PROUDHON (2), el mismo que en 1840 había afirmado que «la propiedad es un robo», en 1862, en una obra póstuma, señaló la necesidad de que el Estado tuviese un *contrapeso* que le impidiera hacerse enemigo de la libertad. Contrapeso que juzgó tanto más necesario para el Estado moderno porque se funda en la voluntad general, y ésta le dota de una potencia enorme, capaz de aplastarlo todo a su alrededor. A su juicio, no hay otro posible contrapeso sino la propiedad independiente, de tal modo que tomando la suma de las fuerzas propietarias se tenga un poder igual al del Estado.

Estamos ante la necesidad de separar el *poder político* y el *poder económico*, a fin de no caer en la tiranía colocando la actividad económica en la ordenación del derecho privado, y la política, en la del derecho público. Es el tema en el cual tanto viene insistiendo el economista LOUIS SALLERON (3). La metafísica democrática lleva—a su juicio—por el camino del igualitarismo hacia el comunismo, y con éste al totalitarismo universal más absoluto, al faltar el contrapeso de la propiedad privada, tal como hemos visto que había atisbado ya PROUDHON.

Como recordó Juan XXIII, en *Mater et Magistra*, existe una prioridad ontológica y teológica de los individuos sobre la sociedad, y, siendo así, la propiedad tiene un valor permanente como derecho natural

(2) P. J. PROUDHON: *Teoría de la propiedad*, cap. VI. § 1, y cap. VIII: confróntese trad. al castellano, Madrid, 1879, págs. 147 y sigs. y 211 y sigs.

(3) LUIS SALLERON: «Poder y propiedad en la empresa», en *Verbo*, números 28-29, págs. 437 y sigs.

fundado en dicha prioridad. Hay aquí, pues, un dato ontológico que explica el desequilibrio político que produce la abolición de la propiedad personal.

HAYECK, en *Camino de servidumbre* (4), lamenta que nuestra generación «ha olvidado que el sistema de la propiedad privada es la más importante garantía de libertad no sólo para quienes poseen propiedad, sino también, y apenas en menor grado, para quienes no la tienen. No hay quien tenga poder completo sobre nosotros»... «gracias tan sólo a que el dominio de los medios de producción está dividido entre muchas personas que actúan independientemente. Si todos los medios de producción estuvieran en una sola mano, fuese nominalmente la de la sociedad o la de un dictador, quien ejerciese este dominio tendría un poder completo sobre nosotros».

«Hoy—dice el P. CALVEZ, S. I. (5)—la sociedad, el Estado, en virtud del progreso técnico y de la complejidad creciente de la vida social, tienen cada vez más de empresa y más poder sobre el individuo. Si bien este poder es abundantemente benéfico, también puede convertirse en tiránico y agresivo: cuando esto se produce, la tiranía es tanto más grave cuanto mayores son los beneficios que puede aportar una sociedad más moderna. Es, pues, dañoso que el hombre dependa íntegramente de la sociedad; es conveniente que conserve recursos independientes de lo que recibe de la sociedad. La propiedad privada es así necesaria para garantizar a las personas su prioridad respecto de la sociedad que no tiene otro fin que su desarrollo ...»

7. Si la propiedad personal es admitida: hay que prevenir su sucesión. A no ser que la cuestión se resuelva con la absorción por el Estado de todos los bienes del difunto, o al menos de los de producción.

Aquí observamos cómo las raíces de la sucesión confluyen y refuerzan las de la propiedad. Como expresa la conocida frase escrita por LOUIS ADOLPHE THIERS (6): «instituyendo la propiedad personal dio la sociedad al hombre el único estímulo que puede excitarle a trabajar. Faltábale una cosa: hacer infinito el estímulo, y éste fue el objeto al instituir la propiedad hereditaria».

Las razones justificativas de la propiedad confluyen en la justificación de la sucesión personal. Inclusive la razón política, pues, con la absorción de los bienes relictos, el Estado acabaría por acapararlos todos en

(4) FRIEDRICK A. HAYECK: *Camino de servidumbre*, trad. española de la 2ª edición inglesa, Madrid, 1950, cap. VII, págs. 107 y sigs.

(5) J. IVEZ CALVEZ, S.I.: *Eglise et société économique. L'enseignement social de Jean XXIII*, París, 1963, cap. VII, n. III, págs. 38 y sigs.

(6) LOUIS ADOLPHE THIERS: *La propiedad*, cap. VII, cfr. vers. en castellano, Madrid, 1880, pág. 81.

sus manos si no volviera a transferirlos y reponerlos en régimen de propiedad privada.

Actualmente, sin embargo, se observa una tendencia ideológica que propugna la separación, en las empresas, de su propiedad—hoy en manos de accionistas que muchas veces sólo se preocupan de la rentabilidad y cotización de sus acciones—y de su gestión. Se ha planteado con ello el problema de la sucesión en el poder de dirección de las empresas, y se discute y niega que su determinación corresponda al capital. Siendo así, la potestad de mando de las empresas parece que escaparía del derecho de sucesiones; ¿dejaría, pues, de integrar la herencia del empresario?

Se hace notar que el poder de mando en las empresas no sólo recae sobre bienes que constituyen medios de producción, sino que también se ejerce en la relación laboral, con los trabajadores en sus diversos grados, funciones y categorías. Hoy, en nuestro mundo llamado occidental o libre, la propiedad sigue siendo la institución jurídica que fundamenta el *poder en la empresa*. Pero se afirma que no es la *propiedad*, sino la *competencia*, lo que debe constituir su fundamento. Esto plantea el tema de si en ese ámbito es preciso suprimir la herencia.

LOUIS SALLERON (7) ha expuesto lúcidamente esta cuestión.

En la creación de una *empresa* la autoridad personal del fundador asegura su poder sobre ésta, que es objeto de su propiedad porque es creación suya.

«Pero, como es mortal y su obra es de naturaleza social, es decir, se refiere a una colectividad, es preciso que esta obra continúe. La sucesión de su poder debe estar asegurada.» ¿Cómo?

SALLERON muestra la cuestión, situándola sucesivamente en los dos casos extremos más simples y típicos, pero que tienen relación con todos los demás que pueden darse.

1.º El fundador de una empresa, propietario de la misma, muere y su hijo le hereda. El poder del padre no era discutido, pues procedía de su actividad creativa. Jurídicamente la propiedad no hacía sino consagrar la autoridad de su competencia personal. ¿Es igualmente legítimo el poder del hijo?

«Cualquier sucesión en el poder en cualquier institución efectuada conforme a la ley—responde SALLERON—dota de legitimidad al nuevo poder. Sin esto no sería posible la vida social.» Pero esa cuestión de la legitimidad del poder heredado vuelve a plantearse, pues «para saber si es buena o mala la ley de sucesión». En otras palabras: ¿es conveniente la sucesión hereditaria del poder de dirección de la empresa?

(7) LOUIS SALLERON: «El poder en la empresa», en *Verbo*, núms 128-129, septiembre-octubre-noviembre 1974, págs. 1135 y sigs.

Si la herencia fuese suprimida habría que buscar otra solución para determinar el nuevo jefe de la empresa a la muerte de su propietario. El riesgo de que la propiedad pierda su contenido principal, con la exclusión de la sucesión hereditaria de la empresa, es grave si, como antes hemos visto, el fundamento de la propiedad personal sigue en pie y todos sus argumentos se mantienen válidos.

SALLERON sitúa el problema en sus términos reales más normales: «Un jefe de empresa que dirige bien su negocio tiene generalmente dos preocupaciones conjuntas: lograr que su empresa continúe y transmitir el patrimonio a su hijo (supongamos que sea hijo único). En vida tratará de asociarlo a su negocio y le entrenará para sucederle. Si le juzga incapaz pondrá alguien para ayudarlo...»

Imaginemos, no obstante, que un hijo incapaz sucede a su padre por herencia: «La competencia lo eliminará rápidamente. Acabará mendigando.» El fracaso es posible, incluso en la vida del fundador. Hay que admitirlo.

«Pero todos los sistemas tienen inconvenientes. No se puede hacer otra cosa sino buscar el que tenga menos y evitar, si se puede, los inconvenientes con las disposiciones legales precisas.» Por eso, aun «basándose en los inconvenientes del sistema de propiedad personal como fundamento jurídico del poder en la empresa, no es admisible que se le reemplace por otro fundamento jurídico sino en el caso de que se encuentre algún otro que tenga menos inconvenientes...»

2.º El supuesto más controvertido de sucesión en el poder de dirección en la empresa es el dinamismo de la propiedad capitalista. He ahí el ejemplo que pone SALLERON: una empresa, que comprende 5.000 personas, es propiedad de una sociedad anónima y la mayoría de su capital es controlado por un individuo o un grupo cualquiera, que detentan su poder soberano, que pueden incluso ceder su capital a otro individuo o grupo que, ajeno la víspera a la empresa, se convertirá de golpe en su dueño.

En apariencia, parece que en este caso falta todo nexo entre la autoridad creadora y la propiedad actual. No obstante, lo hay, y «tal nexo es la justificación profunda del poder del propietario».

La apariencia, a veces, conlleva el riesgo de enmascarar la realidad.

Si el individuo o grupo mayoritario creador fracasa, o por la causa que sea no puede continuar su empresa, e igualmente si aquél fallece: una autoridad nueva debe sustituir a la fracasada o extinguida. Y «si bien es cierto que esta autoridad nueva no es la misma que fue fundadora de la empresa, es al menos el *fundamento de su continuidad*, que es título necesario y suficiente para asegurar su legitimidad», pues para

asegurar la continuidad es preciso no ahuyentar el capital necesario para su desenvolvimiento futuro.

8. Hemos visto que la sucesión hereditaria puede ser contemplada como *successio in ius* del *de cuius* por el heredero; como *successio in universum ius* y como *adquisitio per universitatem*.

Esa diversa concepción predetermina en cierto modo—ya sea de un modo actual o ya sea por razón de su antigua vigencia como residuo persistente—unos determinados criterios, entre los cuales señalaremos:

- a) La responsabilidad *ultra vires* o la *intra vires, pro viribus* o *cum viribus* del heredero.
- b) El criterio de *continuación* o el de *liquidación*. Como ha destacado PUIG BRUTAU, fundamentalmente el criterio del *civil law*, es decir, el nuestro, ha sido el de *continuación*; y el criterio de *common law*, el inglés, ha sido el de *liquidación*. Así, en el derecho anglosajón aparece la figura del fiduciario, que liquida la herencia y entrega los bienes, ya liquidados libres de cargas, a los herederos.

El sistema de continuación parece el más adecuado para los patrimonios dinámicos con heredero único (aunque en Inglaterra ha predominado la coexistencia de los sistemas de heredero único y de liquidación); mientras que el criterio de liquidación es más apto para patrimonios de ahorro o rentistas de distribución entre varios herederos, ya se haga esta liquidación por un fiduciario, un comisario o un contador-partidor, o bien simplemente la realicen los herederos de común acuerdo entre sí.

A veces el sistema de liquidación, en la forma legalmente predeterminada, es consecuencia de un modo especial de aceptación: así, la aceptación a *beneficio de inventario*, requiere éste para garantizar a los acreedores de la herencia la no distracción, en su perjuicio, de bienes relictos, así como su justa evaluación y adecuada enajenación para que no les sea escamoteado el pago de sus créditos que tenían contra el causante.

Por otra parte, a veces el causante deja predeterminado el destino de algunos de los bienes del patrimonio relicto que constituye la herencia, atribuyéndolos a título singular a personas distintas de los herederos; o bien señala una trayectoria ulterior a ciertos bienes, respecto de los cuales limita la libre disposición del heredero e impone que a la muerte de éste, o al cumplirse la condición puesta, pase a otras personas. Ahí tenemos, respectivamente, las figuras de los *legados* y de las *sustituciones fideicomisarias*.

9. El *fenómeno sucesorio* presupone un *título*, es decir, la designación o nombramiento de un heredero; sea por la ley, por un estatuto preestablecido, o por el propio causante: por testamento o por contrato sucesorio.

Su realización:

- puede tener lugar en el decurso de un solo hecho, que en Francia se denomina *devolution successorale*, que incluso envuelve la transmisión posesoria por la *saissine*;
- o bien se descompone en dos hechos como ocurre en nuestro sistema sucesorio: un mero hecho, la *delación*, y un acto jurídico ulterior del heredero, la *aceptación*, que consuma la *adquisición* de la herencia.

La *delación* o *llamamiento* significa para el heredero la posibilidad en acto de adquirir la herencia mediante su *aceptación*. Normalmente la *delación* coincide con la muerte del causante. Pero caben:

- *delaciones retardadas*, en caso de institución aplazada o suspensivamente condicionada;
- y *delaciones reproducidas*, en caso de repudiación del primeramente llamado, que se resuelven mediante la *sustitución vulgar*, el *derecho de representación*, la *successio graduum et ordinum* o el *derecho de acrecer*.

Estas *delaciones retardadas* o *reproducidas* se producen sin embargo con efecto retroactivo referido a la fecha de la muerte del causante.

También hablan algunos autores de *delaciones sucesivas*, refiriéndolas a los casos de *sustitución fideicomisaria*. Nosotros no lo entendemos así, pues sólo el primer instituido es sucesor universal del causante—con las limitaciones impuestas por éste—en el sentido de continuador subrogado en sus relaciones jurídicas, cualidad que no concurre en el segundo—si bien tal vez se le podría llamar heredero conforme al criterio de los sistemas sucesorios de liquidación—, pues los ulteriormente llamados por orden sucesivo, si bien son causahabientes del testador, reciben—aunque sea a título universal—un patrimonio o parte de él ya liquidado por el heredero. Por lo cual, entre el sustituto fideicomisario y el heredero, se originarán directamente las consiguientes relaciones de liquidación por razón de las deudas, gastos e impensas de la herencia fideicomitida satisfechas por el heredero y por las pérdidas y deterioros de que éste fuere culpable.

Mientras, como ya hemos dicho, en el sistema germánico, al que corresponde el francés de *devolution successorale*, la herencia se adquiere

ipso iure, automáticamente, por la sola delación sin más; en cambio, en nuestro sistema, de acuerdo con el Derecho romano, se requiere además la aceptación del llamado para que se produzca la *adquisición* de la herencia. Claro está que la diferencia entre ambos sistemas resulta prácticamente atenuada:

- por la retroacción: de la repudiación, en el sistema de adquisición automática, y de la aceptación, en el otro sistema;
- y por el derecho de transmisión del *ius adeundi*, o derecho de aceptación del llamado, en el sistema que la requiere.

También a veces—como ocurre entre nosotros—se produce una disonancia entre la adquisición de la herencia, que requiere su aceptación, y la de la posesión de los bienes hereditarios, cuando ésta se adquiere automáticamente, si bien en caso de repudiación de la herencia ésta se entiende retroactivamente no adquirida.

10 En la sucesión hereditaria se nos presenta como una cuestión primordial la del modo o criterio legal de determinar la persona o personas del heredero o herederos, o la de precisar los límites que el testador no puede rebasar cuando es facultad suya designar a quien será su heredero. Su importancia la podemos ver destacada en un texto de TOCQUEVILLE (8) que conviene releer:

«Me causa sorpresa que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones mayor influencia en la marcha de los negocios humanos. Estas leyes, a la verdad, pertenecen al orden civil, pero deberían hallarse colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas, en razón a que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas sólo son su expresión. Tienen, además, un modo seguro y uniforme de obrar sobre la sociedad, pues se apoderan en cierto modo de las generaciones aun antes de que nazcan. Por su medio se halla armado el hombre de un poder casi divino sobre el poder de sus semejantes. El legislador arregla una vez la sucesión de sus ciudadanos y descansa durante siglos enteros: después de imprimir el movimiento a su obra, puede retirar de ella su mano: la máquina obra por sus propias fuerzas y se dirige por sí sola hacia un objeto indicado de antemano. Constituida de cierto modo, reúne, concentra y agrupa en torno de cierta cabeza la propiedad y poco después el poder hace surgir, en cierto modo, del suelo a la aristocracia. Conducida por otros prin-

(8) ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique...*, lib. I, cap. III; confóntese ed. definitiva dirigida por Harold J. Laski, Ed. Gallimard, París, 1961, volumen I, págs. 83 y sigs.

cipios y lanzada en otra senda, su acción es más rápida todavía: divide, distribuye y disemina los bienes y el poder; acontece entonces, algunas veces, que asusta la rapidez de su marcha; desesperando de detener su movimiento, se procura al menos suscitar ante ella dificultades y obstáculos; se quiere contrapesar su acción por medio de esfuerzos contrarios; ¡cuidados inútiles!, destruye o hace volar en pedazos todo cuanto encuentra a su paso, se levanta y vuelve a caer incesantemente sobre el suelo, hasta que ya no presenta a la vista más que un polvo movedizo e impalpable, sobre el cual se asienta la democracia.» Y sobre ella, añadimos nosotros, un inmenso poder político uniformante y finalmente totalitario, de un tipo nuevo de tiranía previsto también por el mismo TOCQUEVILLE en otro conocido texto (9).

(9) TOCQUEVILLE, *op. cit.*, vol. II, parte IV, cap. I, págs. 295 y sigs., observa:

«La igualdad produce, en efecto, dos tendencias: la una conduce directamente a los hombres a la independencia y puede lanzarlos de golpe hasta la anarquía; la otra les conduce por un camino más largo, más secreto, pero más seguro, hacia la servidumbre.»

«Los pueblos ven claramente la primera y la resisten, pero se dejan conducir por la otra sin verla; es particularmente conveniente mostrársela.»

La perspicacia que revelan los párrafos que siguen (cap. III, pág. 302) ilumina muchos hechos ocurridos bastante después de escritos aquéllos. Leámoslos:

«El odio que los hombres sienten por el privilegio se incrementa en la medida en que los privilegios se hacen más raros y menores, de tal forma que se diría que las pasiones democráticas se inflaman más con el tiempo, incluso donde hallan menos alimento...»

«No hay desigualdad, por grande que sea, que hiera la vista cuando todas las condiciones son desiguales, mientras que la más pequeña disparidad resulta chocante en el seno de la uniformidad general; la visión resulta más insoportable a medida que la uniformidad es más completa...»

«Este odio inextinguible y cada vez más encendido, que anima los pueblos democráticos contra los menores privilegios, favorece la concentración gradual de todos los derechos políticos en las solas manos del único representante del Estado. El soberano, hallándose necesariamente y sin discusión por encima de todos los ciudadanos, no excita la envidia de ninguno de ellos, y cada cual cree quitar a sus iguales todas las prerrogativas que le concede.»

«El hombre de los siglos democráticos no obedece sino con extrema repugnancia a su vecino, que es su igual...» «Siente celos de su poder; le teme y le desprecia; ama hacerle sentir en cada instante la común dependencia en que los dos se hallan del mismo dueño.»

A su vez: «Todo poder central que sigue sus instintos naturales ama la igualdad y la favorece, pues la igualdad facilita singularmente la acción de semejante poder, la extiende y lo asegura.»

«Se puede decir igualmente que todo gobierno central adora la uniformidad: la uniformidad le ahorra el examen de una infinidad de detalles de los que debería ocuparse si hiciera las reglas para los hombres, en lugar de hacer pasar indistintamente a todos los hombres bajo la misma regla. Así, el gobierno ama, naturalmente, lo que los ciudadanos aman, y odia, naturalmente, lo que éstos odian. Los pueblos democráticos odian frecuentemente a los depositarios del poder central, pero aman siempre ese poder en sí mismo.»

Y termina el capítulo con una reflexión pesimista: «Pienso que en los siglos democráticos que van a abrirse, la independencia individual y las libertades locales serán siempre una obra de arte. La centralización será el gobierno natural.»

11. Siendo así, conviene plantear cuáles son los posibles sistemas de sucesión. ANTÓN MENDER (10) analizó la existencia de tres formas fundamentales:

- a) La *acumulación hereditaria forzosa*, que pretende mantener con un solo titular todo el patrimonio unido, que se va transmitiendo sin dividir, de generación en generación, dando lugar a acumulaciones progresivas, en sucesivas generaciones, por la unión al patrimonio vinculado del pertenc-

Con esto concuerda lo que dice en lib. III, cap. IV, págs. 324 y sigs.: «Pienso—dice—que la especie de opresión que amenaza a los pueblos democráticos no se parecerá nada a las que han precedido en el mundo». . «Busco en vano yo mismo una expresión que reproduzca exactamente la idea que me formo y la comprenda; las antiguas palabras despotismo y tiranía no me resultan adecuadas en absoluto. La cosa es nueva »

« veo una muchedumbre innumerable de hombres parecidos e iguales que giran sin reposo sobre ellos mismos para procurarse pequeños y vulgares placeres con los que llenan su alma. Cada uno de ellos, visto por separado, es como extraño al destino de todos los demás » «No existe sino en sí mismo y para sí solo. y si le queda aún una familia puede decirse, por lo menos, que ya no tiene patria »

«Por encima de ellos se eleva un poder inmenso y tutelar, que se encarga él solo de asegurar sus goces y velar por su suerte. Es absoluto, detallado, regular, previsor y dulce. Se parecería a la potestad paterna si, como ésta, tuviera por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero no procura, por el contrario, más que fijarlos irrevocablemente en la infancia: quiere que los ciudadanos disfruten con tal de que no piensen sino en disfrutar. Trabaja de buen grado para su bienestar; pero quiere ser el único agente y el solo árbitro, provee a su seguridad, prevé y asegura sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, regula sus sucesiones, divide sus herencias ¡Por qué no podría quitarles por completo el trastorno de pensar y el esfuerzo de vivir!»

«Es así como cada día convierte en menos útil y en más raro el empleo del libre arbitrio, que encierra la acción de la voluntad en un espacio menor y sustrae poco a poco a cada ciudadano hasta el uso de sí mismo. La igualdad prepara a los hombres para todas las cosas: les dispone a sufrirlas y a menudo incluso a mirirlas como un bien.»

«Después de haber tomado así, poco a poco, en sus poderosas manos a cada individuo, y de haberlo moldeado a su guisa, el soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera: le cubre la superficie de una red de pequeñas reglas complicadas, minuciosas y uniformes, a través de las cuales los talentos más originales y las almas más vigorosas no podrían hallar la claridad para sobrepasar la muchedumbre: no les rompe las voluntades, pero se las reblandece, las pliega y las dirige: obliga rara vez a obrar, pero se opone sin cesar a que se actúe; no destruye nada, pero impide que nazca; no tiraniza nada, estorba, comprime, enerva, apaga, atenta, reduce, en fin, cada nación a no ser más que un rebaño de animales tímidos e industrioses, de los que el gobierno es el pastor.»

Parece que esta profecía, así como la contenida en la novela de anticipación *El mundo feliz*, de ADOLF HUXLEY, se ha realizado en Suecia, según el libro de ROLAND HUNTFORD: *The new totalitarians*—recientemente traducido y publicado al francés por la Editorial Fayard—, donde se califica de *nuevo totalitarismo* al llamado «paraíso sueco»

(10) A. MENDER. *El Derecho civil y los pobres*, trad. al castellano de A. Posada, Madrid, 1898, cap. V, n. LIV, págs. 393 y sigs.

ciente a quienes contraigan matrimonio con los titulares de éste y por los incrementos del ahorro.

- b) El sistema de *división hereditaria forzosa*, generalmente igualitaria.
- c) Y, finalmente, el sistema de *libertad de testar*.

Al primer sistema corresponden las vinculaciones o mayorazgos.

Al segundo, la sucesión legal forzosa y, en cierto modo, con limitaciones, el sistema de las legítimas individuales largas.

El tercero puede dimanar—como ha notado RADBRUCH (11)—de un principio individualista, que proyecta el derecho de propiedad más allá de la muerte, o bien de un principio familiar que trata de conservar el patrimonio familiar en la propia familia a través de las generaciones.

Este principio familiar tiene su fundamento existencial en dos de las tendencias básicas del hombre: el *arraigo* y la *continuidad*, que—como ha destacado RAFAEL GAMBRA (12)—tal vez coinciden con los más esenciales bienes y libertades del ser humano.

Las ideas de la *creación* y de la *conservación* de lo logrado, a través de las generaciones eslabonadas entre sí, fueron meditadas por PAUL BOURGET, en sus *Reflexions sur l'heritage* (13): «Tan atrás como nos remontemos a través de los anales de la humanidad encontraremos que su constante esfuerzo, que su lucha por la existencia, ha dado lugar a órganos de duración, gracias a los cuales cada generación no supone un eterno vuelta a empezar. El lenguaje, la escritura, la imprenta, he ahí algunos de estos órganos de duración que permiten conservar y transmitir las adquisiciones de orden intelectual. El hogar, la casa, sirven para conservar otras de orden tanto material como moral. Pero estas adquisiciones son por definición familiares. Ensayar su atribución a la comunidad es destruir su carácter esencial. Un hogar es un rincón limitado en torno al cual se aprieta un grupo de seres unidos por la sangre. Una casa, por tanto, es el abrigo cerrado en donde este grupo se inserta o se individualiza. Ahí tenemos el principio hereditario. Este instinto de permanencia lucha sin cesar en el corazón humano contra el invencible transcurrir del tiempo. Lo siente el padre al pensar en que su hijo pueda poseer la habitación edificada por sus manos . »

12. Lo expuesto nos sitúa en la encrucijada de determinar si la sucesión debe dejarse al arbitrio o al criterio individual del causante—en

(11) GUSTAV RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, trad. al castellano de la 3.ª edición alemana, Madrid, 1952, § 21, págs. 206 y sigs.

(12) RAFAEL GAMBRA: *El silencio de Dios*, cap. VIII, cfr. 1.ª ed., Prensa Española, Madrid, 1968, págs. 132 y sigs.

(13) PAUL BOURGET: «Reflexions sur l'heritage», en *Ou service de l'Ordre*, París, 1929, cap. II, págs. 173 y sigs.

el ámbito de su *libertad civil* (14)—o si debe quedar sometida a determinadas normas jurídicas que la predeterminen o que, por lo menos, establezcan los límites dentro de los cuales ese arbitrio o ese criterio personal deberá circunscribirse en su actuación efectiva.

El criterio de preestablecer totalmente las normas sucesorias, que así domine la voluntad del titular actual, que nada puede hacer legalmente para determinar quién deberá sucederle, alimenta los sistemas contrapuestos en cuanto a la solución, igualmente impuesta, de la *acumulación hereditaria forzosa* y de la *división hereditaria forzosa*.

En aquél se impone un pretendido interés político o social de asegurar al país una clase dirigente, que no es posible que se forme en una sola generación, y para lo cual se estima que deben mantenerse concentrados algunos patrimonios que sirvan de soporte material a esa clase. Al excluir la posibilidad de desintegrarlos, dejándola fuera del arbitrio de sus titulares, se da la paradoja de que se confía en ellos para el cumplimiento de su elevada función política y social, pero no se confía ni siquiera para delegarles la posibilidad de elegir su más idóneo continuador y de determinar el patrimonio que estimen preciso o más conveniente conservar unido.

Este sistema es el de los mayorazgos y vinculaciones, coexistentes siempre con regímenes de división hereditaria forzosa impuestos a las otras clases sociales.

De este tipo fue el régimen castellano conservado en las Leyes de Toro. Las leyes 17 y ss. de Toro recogían la legítima del Fuero Juzgo, que comprendía todos los bienes, excepto el quinto, respecto extraños, y el tercio, respecto de los descendientes; y las Leyes 40 y ss. confirmaron los mayorazgos, requiriendo la ley 42 la licencia regia para su constitución.

Igualmente de esta especie fue el régimen que instituyó Napoleón en Francia, que impuso la extensión a todo el territorio de *le partage forcé de les pays à famille instable*, y creó e impuso, a su vez, ciertos mayorazgos en la sucesión de personas notables fieles a su régimen, destinadas por él a constituir la nueva clase directora, y este sistema fue el mismo que el propio Napoleón aconsejó a su hermano José, en su carta de 5 de junio de 1806: «Estableced el *Code Civil* en Nápoles: todo aquello que

(14) Cfr. nuestros estudios «La libertad civil», en *Verbo*, 63, págs. 186 y sigs., o en *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios*, Speiro, Madrid, 1968, páginas 186 y sigs.; *La libertad civil según los juristas de las regiones forales*, discurso inaugural del curso 1967-68 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; «La libertad civil según los juristas de Derecho foral», conferencia en la Universidad de La Laguna, publicada en los *Anales* de dicha Universidad, vol. V, 1967-68, págs. 3 y sigs., y en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, volumen XVII, págs. 289 y sigs.

no sea afecto quedará entonces destruido en pocos años, y lo que queráis conservar se consolidará. He ahí la gran ventaja del *Code Civil*. Hace falta establecer el *Code Civil* en nuestro reino; consolidará vuestra potencia, puesto que, gracias a él, todo lo que no es sino fideicomiso cae, y no quedan más grandes casas que aquellas que vos constituyáis en feudos. Esto es lo que me ha hecho desear un Código Civil y me ha llevado a establecerlo» (15).

El sistema de división hereditaria forzosa—que, como acabamos de ver, constituye el contrapunto y, a veces, el complemento del régimen de acumulación forzosa—nos es mostrado como el sistema originario del Derecho germánico derivado de la primitiva comunidad entre padres e hijos sobre el patrimonio doméstico, de la que dimanó el *Wartrecht*, o antiguo derecho de expectativa, y que dio lugar al principio expresado tardíamente en latín: *solus Deus potest facere heres, non homo*, y junto al cual sólo paulatinamente se fue abriendo paso a la voluntad del causante a través de legados, que tuvieron como punto de arranque sea el *Tonteil*, o parte del muerto, o bien la *pars Christi*, que originó el *Seelgerat* o *donatio pro anima*, y que dieron paso al *Freteil* o cuota de libre disposición

13. Tanto en el sistema de *acumulación hereditaria forzosa* como en el de *libertad de testar* se plantea un problema, originado por el reflejo sucesorio de los deberes que individualmente implican las relaciones familiares y que se concretan en la figura jurídica de las *legítimas*, las cuales pueden actuar como limitaciones en ambos sistemas.

El fundamento de éstas ha sido indagado en el ámbito del derecho natural en sus diversos grados.

Notemos que, en la concepción tomista, el derecho natural en su generalidad ofrece tres grados:

- a) El derecho natural en sentido más puro o estricto, que determina lo justo conforme la *naturaleza de la cosa en sí misma considerada*, apreciada por simple *sindéresis*, atendiendo a lo que todos los seres apetecen según sus inclinaciones conforme a su naturaleza, entre las que se halla en los padres la de alimentar a los hijos y educarlos, como la naturaleza ha enseñado a todos los animales.
- b) El derecho natural racionalmente derivado de los primeros principios universales, atendiendo a la *cosa en relación a sus consecuencias*, por vía de conclusiones no muy

(15) Cfr. FEDERICO LE PLAY: *L'Organisation de la famille selon le vrai modele signale par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*. París, 1871. lib. I capítulo I, § 13, nota 5, págs. 79 y sigs.

lejanas de aquéllos, y propia de la razón como tal razonadora y discursiva, *fácilmente asequible* a todos los hombres, por lo que generalmente coinciden en él todos los pueblos, constituyendo lo que se denomina derecho de gentes.

- c) Y las conclusiones de la razón práctica de ulterior grado, es decir, más lejanas de los primeros principios de la naturaleza, que al juzgar de las consecuencias derivadas de la cosa según su naturaleza *requieren el juicio de los expertos, de los ancianos y de los prudentes*, que por la diligente investigación de los sabios se demuestra que están conformes con la razón, *atendiendo al bien común de la ciudad*; porque los principios comunes de la ley natural no pueden ser aplicados del mismo modo a todos los hombres, por la gran variedad de los asuntos humanos; sino que, atendiendo a las facultades de quienes han de aplicarse, a las costumbres del país, a lo conveniente al tiempo y lugar, debe hallarse lo más adecuado para el bien común y la pública utilidad de la comunidad humana de que en concreto se trate, para servir de fundamento a su derecho civil.

BARTOLO DE SASSOFERRATO (16) llamó a los principios del primer grupo *iure naturali primaevae*, y a los del segundo los calificó de *ratione descendente a iure primaevae naturae*, derivados *naturali ratione*.

Y en el siglo XVI, en su *Tratado de las legítimas*, vemos que CLAUDE CHIFFLET (17)—jurista del Franco Condado de Borgoña; en el período hispánico—aplica el mismo criterio que BARTOLO había empleado al tratar de los alimentos debidos a los hijos y a los padres, a fin de justificar jurídicamente las legítimas de unos y de otros: que estimó debida a los hijos *a natura* y a los padres *a naturali rationem*.

Pero esta cuestión fue muy discutida en el derecho común, y se formularon otras soluciones por los autores. En el siglo XVII, MERLINO (18) clasificó las opiniones de éstos en cuatro grupos: los más extremos hacían derivar las legítimas ya sea exclusivamente del derecho natural o bien exclusivamente del derecho civil, mientras que las posiciones intermedias estimaban: unas, que las legítimas debidas por derecho civil, pero por mandato del derecho natural, y otras precisaban que se debían

(16) BARTOLO DE SASSOFERRATO: «In primam Infortiati partem...», tít. *De hereditibus institiendis*, ley XXXV, *Ex facto*, n. 2, ed. Venecia, 1585, fol. 109 vote.

(17) CLAUDE CHIFFLET: *De pártionis legitimis*, cap. III; cfr en el *Thesaurus Iuris Romani*, de EVARDI OTTONIS, vol. V, Basilea, 1744, pág.

(18) MERCURIAL MERLINO: *De legitima tractatus absolutissimus*, lib. III, tít. I, quaest. I, nn. 1 a 12; cfr ed. Genevae, 1652, págs. 209 y sigs. y 463 y sigs.

quod in materia por el derecho natural y *quod ad quantitatem* por el derecho civil.

El argumento principal aducido para considerar la legítima derivaba del derecho natural primario, era su estimación como un deber subrogado en la obligación alimenticia. Pero, en contra, el Abad Panormitano ya había objetado que, de ser así, el ascendiente sólo debería la legítima al descendiente a quien en concreto debiera alimentos, y viviendo el padre no se deberían en las herencias de la madre y la abuela, ni podría tener derecho a ella el hijo pudiente o industrioso.

El argumento, apoyado en el derecho de gentes, para considerar las legítimas de derecho natural de segundo grado, quedaba desmentido—según notó VÁZQUEZ DE MENCHACA (19)—por los pueblos en que se admitían los mayorazgos o se permitía apartar a los hijos dejándoles una cantidad simbólica, como con cinco sueldos jaqueses era posible en Aragón.

Siendo esto así, resulta que la adopción del sistema sucesorio específicamente más adecuado, en cuanto a la imposición y determinación de las legítimas, se halla entre la gran variedad de cuestiones que debe resolver el derecho civil, atendidas las circunstancias de tiempo y lugar, costumbres del país, uso que de ellas hagan los particulares y conveniencias del bien común de la comunidad de que se trate. Así resulta que, en primer término, debe determinarse qué margen de libertad civil es conveniente conceder al causante en esta materia, y más concretamente aun cuando se trate del padre de familia.

ENRIQUE GIL Y ROBLES (20), en su *Tratado de Derecho Político*, reconoció que «la imposición de la legítima no es una función esencial, sino circunstancial, del poder supremo, cuyo título no es otro que la necesidad demostrada o determinada por los abusos que contra la justicia y la piedad cometan, con habitual frecuencia, padres desnaturalizados».

No ocurriendo corrientemente así, sólo el padre—como afirmó JOAQUÍN COSTA (21)—puede valorar la gran complejidad de circunstancias personales y patrimoniales que debe tener en cuenta para expresar numéricamente su deber *mortis causa* con hijos. «Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible, y, en todo caso, no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador, al con-

(19) FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA: *De successionum creatione, progressu, effectu et resolutione*, pars. I, lib. II, § II, nn 296 a 323; cfr. ed. Salamanca, 1559, págs. 232 y sigs.

(20) ENRIQUE GIL Y ROBLES: *Tratado de Derecho político*, t. II, cap. II, ampliación, págs. 40 y sigs.

(21) JOAQUÍN COSTA: «La libertad de testar y las legítimas», en *La libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses*, Madrid, 1883, pág. 522.

trario, no puede acertar nunca; el error es congénito y connatural a su regla...»

14. Pero los problemas que suscitan las legítimas no se circunscriben al de su cuantía individual. Su contenido material, la forma de cumplimentarlas y la salvaguardia del interés familiar, a través de las llamadas legítimas globales o colectivas y de las mejoras, son cuestiones importantísimas al respecto.

a) La primera cuestión que se nos presenta es la de dilucidar qué sistema es jurídicamente preferible. Es decir, entre:

- aquel en que la ley *llama directamente* a los legitimarios, en el que hay *vocación y delación forzosa* de la legítima, sistema que podríamos denominar *dispositivo*;
- o aquel en que la ley *impone limitaciones* al causante y confiere al legitimario un *haz de derechos* para reclamar invalidaciones y complementos, o sea un sistema *negativo* o de *freno*.

Notemos que el derecho imperativo puede actuar radicalmente, separando parte de la herencia de la disposición del testador y disponiendo directamente de ella a favor de legitimarios o reservatarios, e imponiendo nulidades absolutas *ope legis* e *ipso iure*. Pero también puede realizarse una labor de compaginación más depurada, de artesanía jurídica, limitándose la protección de los legitimarios solamente a lo preciso para salvaguardarles los intereses legalmente debidos.

Sin duda, siendo básicos en materia sucesoria tanto el respeto a la voluntad del testador como la protección de los intereses que limitándola protege la ley, parece que la perfección jurídica en materia sucesoria será tanto mayor cuanto más fina sea la armonización de aquella voluntad y esas limitaciones, de modo tal que la voluntad del testador sólo deje de ser eficaz en caso de incumplimiento y únicamente en tanto en cuanto lo exija la *ratio* de las limitaciones que la ley impone. Por eso, estimamos preferible el sistema limitativo o de freno, que tiene como prototipo el romano, al que la artesanía de siglos fue depurando más.

b) La segunda cuestión que nos surge es la referente al contenido material de las legítimas. Se trata de dilucidar si éstas deben ser una porción de herencia (*pars hereditatis*), del patrimonio líquido (*pars bonorum*), de bienes (*pars rerum*) o de valor (*pars valoris* o *pars valoris bonorum*, si a su pago quedan afectos los bienes de la herencia).

La solución de este problema requiere, en primer término, determinar cuál es la finalidad que la legítima persigue:

- Si cumple un fin de *conservación del patrimonio familiar*, es decir, de la casa y de sus tierras, del caserío y sus pertenecidos, en la propia familia, como ocurre con la legítima colectiva vizcaína, la legítima debe comprender esos bienes que se quieren conservar en su tronco, y ese criterio troncal determinará no sólo el objeto, sino también quiénes serán los sujetos de esa legítima.
- Pero, si se trata de una finalidad de protección individual de los legitimarios, bastará en general que la legítima consista en una *pars valoris bonorum*, o a lo más en una *pars bonorum*, que no signifique desmembración del patrimonio dinámico asignado al heredero.

15. En definitiva, diremos que lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al objeto de que se trate y al fin pretendido. Para determinar esto hay que valorar el clima moral social en el tiempo y lugar de que se trate, conocer las costumbres y los usos vividos e incluso atender al objeto o contenido de la herencia en cuestión, en una adecuación netamente influida, tratándose de bienes raíces, por la geografía física y la economía del lugar en que se hallen ubicados.

- a) En el primer aspecto solamente se puede juzgar la conveniencia o inconveniencia de cada sistema en relación al *clima social-moral* en que debe aplicarse. Mucho más que su juicio teórico, interesa conocer el reflejo que provoque en el organismo social al que se aplique.
- b) Según cuales sean las *costumbres vividas* en simbiosis con el régimen legal, deberemos juzgar a éste. De ahí que LE PLAY (22) observase diversos criterios adaptados al tipo de familia troncal o estable o bien temporal, de que se tratase.
- c) Y en cuanto al objeto de la sucesión, ha señalado ROCA SASTRE la necesidad de distinguir lo *rural* y lo *urbano* en derecho sucesorio (23). De igual modo, GREGORIO DE ALTUBE (24) nos había hablado del *paisaje* como *fuerza del derecho*.

(22) LE PLAY, *op. cit.*, lib. I, cap. I, §§ 2 y sigs., págs. 9 y sigs.

(23) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: «La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. I, Madrid, 1943, págs. 337 y sigs.

(24) GREGORIO DE ALTUBE: *El paisaje como fuerza del Derecho*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 de abril de 1949.

Nosotros, en otra ocasión, propusimos otra distinción: *patrimonios dinámicos o de producción y patrimonios estáticos o de ahorro rentista* (25).

El problema de los patrimonios dinámicos no sólo existe en las casas labradoras, en los patrimonios familiares agrarios, sino que también se plantea en la empresa individual artesana y en la pequeña empresa industrial o comercial que dividida entre muchos no produce lo suficiente para ninguno y termina por tenerse que liquidar, después de causar en muchos casos la discordia entre los hermanos.

Pero sin duda donde más agudo se ha planteado el problema sucesorio de conservar unido el patrimonio familiar ha sido en la mediana y pequeña propiedad rústica.

Es necesario en ella una adecuada ecuación: entre la familia campesina de que en concreto se trate y las tierras que ésta cultive y de las que viva. Ecuación que nos plantea de un modo dramático un hecho evidente: no todos los que nacen en una casa campesina pueden seguir viviendo en ella, formando una sola familia, en las mismas tierras de la casa en que nacieron. Se trata de una imposibilidad económica y hasta física que lo impide.

Hay un mínimo vital en la cantidad de tierras de cada calidad, por debajo del cual no es posible que vivan las personas que integran una familia.

«No cabe duda—ha dicho ROCA SASTRE (26)—que la división igualitaria de herencias es altamente perniciosa en los territorios principalmente rurales, pues tratándose de un patrimonio agrícola que sólo da para vivir una familia modesta, si al morir el padre dejando dan sus lotes, yendo después aquéllos a engrosar la masa proletaria de las ciudades y acaparando el comprador, en sistema de latifundio, las tierras enajenadas. En cambio, con el sistema de heredero único, posibilitado por la legítima corta, se produce aquel arraigo a la tierra, evitándose la despoblación del campo y efectuándose, por vía automática y con la normalidad propia de las soluciones de Derecho privado, un proceso de asentamiento sin necesidad de intervención burocrática estatal y con pacífica solución del problema agrario.»

De este modo, cuando la casa ya no puede desdoblarse, los hijos que deseen establecer su nido deberán abandonar el suyo originario, excepto uno, el heredero, que quedará encargado de perpetuarlo (27).

(25) *Panorama del Derecho civil*, tema XI, n. I, Barcelona, 1963, págs. 264 y sigs, y en *Las legítimas*, cit. I, cap. I, 21, c, Madrid, 1974, vol. I, pág. 51.

(26) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 338.

(27) Cfr. nuestro prólogo a «El campesinado», en *Verbo*, n. 20, pág. 9, o en «Los patrimonios agrícolas familiares», en *Rev. Instituto Agrícola Catalán de San*

16. La historia del derecho y las legislaciones actuales nos ofrecen tres tipos de fórmulas para lograr aquella solución de conservar los patrimonios campesinos: las vinculaciones, la indivisibilidad forzosa y la libertad de testar y, como variante de esta solución, la de otorgar donación universal o *heredamiento* en capitulaciones matrimoniales.

Las *vinculaciones* ofrecen el grave inconveniente de su permanente inflexibilidad. Las circunstancias de la familia y las del lugar pueden cambiar. Cabe que en éste varíe la orientación económica más conveniente y que haga tránsito de la agricultura a la industria o a otra actividad diversa. Cabe que el designado estatutariamente carezca de las cualidades necesarias para llevar el timón o los remos de la casa o del indispensable amor a la tierra. Por otra parte, esta invariabilidad de la explotación anula el estímulo que significan el premio al labrador que mejor sepa hacer rendir sus tierras y el castigo a quien no sepa cuidarlas. Otro de sus inconvenientes consiste en que, a la vez que la inmoviliza, limita sus posibilidades de crédito al hacerla inalienable. Provo-ca, en fin, la concentración de la propiedad territorial al reunirse diversos mayorazgos con las uniones matrimoniales, ni ser posible su división.

La *indivisibilidad*, legalmente impuesta a las parcelas consideradas como unidades mínimas de cultivo, no parece que a la larga pueda resultar buena solución. En primer término, resulta rígida, estereotipada, no adaptada a la variedad de circunstancias y a su posible mutabilidad, y además introduce la tecnocracia y la burocracia estatal para vigilar la actividad dispositiva de los labradores con violación del principio de subsidiariedad. En segundo lugar, no puede evitarse su desbordamiento de hecho por la realidad, si no es con soluciones drásticas, que serán injustas en cuanto impongan lo positivo y formal o lo real y vital; y que, para no resultar disposiciones estériles, incluso necesitarán desconocer la usucapción, institución que esencialmente confirma de derecho la unión vital de hecho del hombre con la cosa.

Por eso insistimos en las ventajas de *libertad de testar*, con la cual se delega en cada caso en el padre la decisión de mantener o no la unidad de la herencia, apreciando la posibilidad o conveniencia de la solución. Pero no olvidemos que su ejercicio para que sea beneficioso requiere costumbres que hayan enseñado a los padres a usar adecuadamente de su libertad.

Una solución intermedia entre la primera y la tercera es la de las legítimas globales o colectivas, en los que el causante puede *elegir* su sucesor solamente entre el grupo familiar legítimo correspondiente.

Isidro, en CXIII, n. 2, febrero 1964, pág. 34, y «La agricultura y la explotación familiar», en *R. J. de Cataluña*, LVIII, enero-marzo 1964, pág. 112.

17. Además, en esta materia del derecho sucesorio se interfiere también el Estado con sus leyes fiscales. Especialmente en la actual sociedad de masas.

Si el límite cuantitativo de las legítimas ha de hacerse depender—tratándose de la conservación de patrimonios dinámicos o producción—de sus posibilidades de ahorro en cada generación, igual deberemos decir del límite máximo de la imposición fiscal sucesoria.

Esa cuestión no se plantea sólo en la sucesión entre ascendientes y descendientes, sino también en la de bienes de procedencia paterna o materna que pasen de un hermano fallecido sin hijos a otro hermano o a sobrinos. Incluso, tratándose de bienes comprados con el ahorro de hermanos solteros, en especial la vivienda en que conviven, si el impuesto no tiene en cuenta esa circunstancia, impone la pérdida de aquélla, dada la necesidad de venderla a fin de pagar el impuesto sucesorio.

Tampoco debemos olvidar el efecto reflejo que esa imposición produce, impulsando la constitución de sociedades mercantiles, en perjuicio—al menos a la larga—del régimen de inmediatividad de hombre a cosa, que la propiedad personal implica, y favoreciendo la expansión del anonimato capitalista, que separa la propiedad de la riqueza del poder sobre ella y que llega a facilitar que ciertos grupos manejen ocultamente los resortes del mundo.

Se trata de algo que fue bien percibido en México hace pocos años, cuando llevó a que se aboliera el impuesto de herencias y donaciones y a que fuese incrementado, en cambio, el montante del impuesto de sociedades anónimas (28).

En el fondo del tema fiscal late el dilema de preferir una *sociedad de masas*, bajo un régimen socialista o tecnocrático, o bien una *sociedad de familias*, orgánicamente religadas en cuerpos sociales básicos o cuerpos intermedios, de los cuales el Estado es su cima o coronación, presidiendo su correlación el llamado *principio de subsidiariedad*.

El predominio de uno de estos sistemas implica una correlativa tendencia predominante: bien sea la de masificar en un régimen orientado hacia el socialismo, en el cual el Estado pretende proveer de todo a todos, absorbiendo a dicho fin al máximo el poder económico y, con él, todo el poder en un orden totalitario; o bien, por el contrario, la tendencia a desmasificar, y para ello se promueve el acceso de todos a la propiedad familiar y se estimule la libre iniciativa y la actividad autónoma de los cuerpos sociales.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

(28) Cfr. FRANCISCO LOZANO NORIEGA: «La reforma fiscal mexicana y la derogación de impuestos sobre herencias, legados y donaciones», en *Rev. de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, XV, 1965, págs. 91 y sigs.

La afección registral como cobertura jurídica de la movilización de activos hipotecarios

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Planteamiento del problema.—2. Legislación vigente sobre la materia.—3. Proyectos de nueva regulación.—4. Aportaciones de los Registradores de la Propiedad en los proyectos legislativos de regulación del mercado hipotecario.—5. Fijación del tema.—II. *Crítica de la solución adoptada por el legislador español hasta el Decreto-ley 31/1978*: 1. Solución adoptada.—2. Crítica de la misma.—III. *Solución propuesta en el informe de la comisión de Registradores de la Propiedad*: 1. Solución adecuada.—2. Líneas generales de la solución adecuada.—3. Requisitos para la constitución de la garantía: 3.1. Personales; 3.2. Reales: 3.2.a) Hipotecas; 3.2.b) Títulos emitidos; 3.3. Formales: 3.3.a) Documento; 3.3.b) Asiento registral.—4. Efectos de la nota marginal de afección: 4.1. Efectos respecto del deudor hipotecante; 4.2. Efectos respecto del acreedor hipotecario; 4.3. Efectos respecto del tenedor del título emitido; 4.4. Efectos respecto de otros acreedores de la entidad emisora de los títulos; 4.5. Transmisión de los títulos y su garantía; 4.6. Extinción y cancelación de la afección.—IV. *Breve exposición y examen del proyecto de ley pendiente de aprobación en las Cortes Españolas*: 1. Estructura y contenido del mismo.—2. Juicio crítico del proyecto de ley.—V. *Normas reglamentarias para el expresado proyecto*.—VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCION

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La vivienda no está considerada en los planes financieros entre las inversiones productivas, pero es lo cierto que su construcción a la vez que satisface una de las necesidades primarias del hombre, exige la contribución de grandes contingentes de mano de obra y además provoca y acelera el desarrollo de toda una serie de industrias auxiliares, manteniendo e incrementando gran número de actividades, de tal manera que una paralización en la industria de la construcción ocasiona consecuencias

negativas para otros muchos sectores, con los derivados perjuicios económicos causa de tensiones sociales e incluso políticas, y por ello se hace necesario establecer y estimular programas que canalicen una parte importante de los recursos financieros hacia ese campo.

De otro lado, es preciso tener en cuenta que precisamente la parte de la población con ingresos de renta más bajos no tiene, en muchos casos, la posibilidad de conseguir una vivienda digna, salvo que se le facilite su adquisición mediante la concesión de préstamos, normalmente con garantía hipotecaria de la propia vivienda, a largo plazo y con unas cifras de amortización anual lo suficientemente reducidas para poder satisfacerlas con el producto del trabajo, después de atendidas otras necesidades individuales y familiares aún más apremiantes.

El largo plazo de amortización de los préstamos implica la inmovilización de ingentes sumas de recursos financieros que, independientemente provengan del ahorro privado o del sector público, tardan muchos años en recuperarse e incluso se perciben fraccionadamente y con tasas de inflación diferentes. Esto hace que el importe de los préstamos hipotecarios sea prácticamente ilíquido, es decir, que no pueda ser fácilmente convertido en dinero, lo cual lleva a disminuir el volumen de los capitales disponibles y las ventajas económicas que animarían a invertirlos en esa actividad.

El mercado hipotecario primario, es decir, el de los préstamos hipotecarios que había de originar nuevos instrumentos financieros, se reduce por las razones apuntadas y explica la estrechez, cada día mayor, de este mercado en España, donde está casi monopolizado por las Cajas de Ahorro, y en una buena parte por estar configurado, dentro de los fines de estas entidades, como de inversión obligatoria.

Para obviar esa dificultad se piensa en crear, fomentar o facilitar un mercado secundario, es decir, aquel en el que se vendan y compren los créditos hipotecarios generados por las instituciones financieras que actúan en el mercado primario. En definitiva, hallar y utilizar una fórmula que movilice los activos hipotecarios.

La finalidad perseguida por el mercado secundario es la de permitir a los tenedores de créditos hipotecarios, transmitiendo o movilizándolos, recuperar la liquidez, que les permitan obtener los recursos que colocaron para volver a invertirlos en nuevos préstamos hipotecarios primarios, que, a su vez, puedan ser vendidos o movilizados, y recuperado su importe continuar la cadena inversora sin tener que esperar diez o veinte años (plazo de amortización del préstamo hipotecario primario) para poder invertir de nuevo.

El resultado puede conseguirse a través de varios mecanismos, de los que algunos no tienen en cuenta al Registro de la Propiedad; otros alu-

den a él, pero sin tener consideración con sus principios, y otros se fundamentan plenamente en el mismo.

En reuniones profesionales de estudio sobre la reforma del sistema financiero español y del problema de la financiación de la construcción y adquisición de viviendas, se había tratado reiteradamente de la necesidad y posibilidad de crear un amplio mercado hipotecario que hiciera frente al problema planteado; pero a pesar de ello poco o más bien nada se conocía por el público de ese mercado de hipotecas, de su configuración y posible funcionamiento, de sus perspectivas y ventajas o de sus deficiencias y dificultades.

Los pactos de la Moncloa (1), en octubre de 1977 (cap. V, ap. B, Vivienda, núm. 9.º), programaban «la remoción de los obstáculos jurídicos y administrativos que se oponen a la creación de un mercado amplio de hipotecas, revisando para ello el impuesto que grava las transmisiones patrimoniales en el ámbito de los bienes inmuebles y proponiendo la regulación de fondos de inversión inmobiliaria que tomen como activo las hipotecas sobre inmuebles». Esta declaración apunta en una doble dirección: de una parte, a crear un amplio mercado de hipotecas, y de otra, a la regulación de fondos de inversión inmobiliaria que tomando como activo los capitales asegurados con hipotecas sobre bienes inmuebles e incorporando ese activo a títulos valores que los representen, o que se emitan con esa garantía y que puedan ser transmitidos, recuperando así rápidamente los recursos inmovilizados por los préstamos hipotecarios para poder dedicarlos a nuevas financiaciones. Se alude, pues, de esta forma, tanto al mercado primario como al secundario de hipotecas.

En el libro de Unión de Centro Democrático: *La solución a un reto* (2), se dice sobre el problema que venimos exponiendo, que: «Se considera que el establecimiento de un amplio mercado primario y secundario de hipotecas debe acabar siendo el instrumento fundamental de la financiación de la construcción y adquisición de viviendas. Este sistema es válido, tanto para las viviendas libres como, con los ajustes necesarios, para las de protección oficial, a los efectos de poder actualizar los poderes adquisitivos, así como garantizar los niveles adecuados de calidad de la edificación».

Después de estas declaraciones, el problema trasciende de los expertos a los particulares y es cuando comienzan a aparecer en los medios de comunicación social, cada vez más frecuentemente, las expresiones «mercado hipotecario», «mercado primario o mercado secundario de hipotecas».

(1) Acuerdo económico y político entre el Gobierno y los grupos parlamentarios del Congreso

(2) Libro del Partido Unión de Centro Democrático, actualmente en el Gobierno, en el que se presentaba su programa electoral.

e insistentemente se alude a la necesidad de conseguir la movilización de activos hipotecarios, y no existe artículo periodístico, comentario radiofónico o televisado sobre viviendas, ni entrevista a persona ligada al mundo político, económico o financiero y que verse sobre viviendas, en los que no se haga referencia a aquellos términos, que si bien resultan un tanto incomprensibles para el lector u oyente no iniciado, suenan muy bien y se presentan como la gran panacea, que además de resolver el arduo problema de la construcción y adquisición de viviendas, serviría para sacar al sector de una atonía progresiva y ciertamente alarmante.

Cada día surge y resurge el asunto y se publica que entidades, como el Banco Hipotecario de España, están estudiando el problema, e incluso se llega a conocer un documento de esa sociedad, fechado el 8 de febrero de 1978, que plasma un modelo de posible regulación de ese mercado hipotecario.

2. LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LA MATERIA

Está integrada por las siguientes disposiciones:

a) El Decreto-ley 13/1975, de 17 de noviembre, de ordenación económica: aprueba un programa especial de financiación de viviendas y otras medidas coyunturales (3).

Este Decreto-ley resucitó el privilegio del Banco Hipotecario de España.

(3) Este Decreto-ley, después de fijar en su artículo 1.º, entre los medios para financiar el programa especial de viviendas, la cantidad de 25.000 millones procedentes de la emisión de cédulas hipotecarias por el Banco Hipotecario de España, se refiere a ellas en sus artículos 2, 3 y 4, que dicen: «Art. 2.º 1. Se autoriza al Banco Hipotecario de España para emitir cédulas hipotecarias hasta un límite de 25.000 millones de pesetas, con destino al programa especial de financiación de viviendas. 2. No serán de aplicación a dichos títulos el número 10 del artículo 21 del Código de Comercio, ni el capítulo VII de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. Art. 3.º 1. El capital y los intereses de las cédulas, a que se refiere el artículo anterior, estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción de hipoteca, sobre todas las que en cualquier tiempo se hayan constituido o se constituyan a favor del Banco emisor y sobre los bienes inmuebles del mismo. 2. Las cédulas hipotecarias llevarán aparejada ejecución para el cobro del capital y de los intereses después de su vencimiento. Los portadores de los títulos no podrán, sin embargo, ejercitar otras acciones que aquellas de que puedan hacer uso directamente contra el Banco Hipotecario de España. Art. 4.º 1. El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, fijará el interés de las cédulas y el de los préstamos financiados con los fondos procedentes de su emisión. 2. El tipo del Impuesto sobre las Rentas del Capital, que grava los intereses devengados por las cédulas hipotecarias, se reducirá del 24 al 15 por 100. 3. El Ministerio de Hacienda regulará los requisitos y características de las cédulas, su valor nominal, la forma y plazo de emisión y amortización y las demás condiciones de las mismas, y podrá declararlas computables en el coeficiente de fondos públicos de las Cajas de Ahorro».

ña, al que más adelante nos referiremos con mayor detalle, de emitir cédulas que, según se decía, gozaban de la garantía de todas las hipotecas constituidas al tiempo de la emisión de aquéllas o que se constituyeran posteriormente a favor de la entidad emisora, y ello sin necesidad de inscripción registral de la emisión ni de la garantía.

b) Por la Orden ministerial de 5 de febrero de 1976, que (4) com-

(4) La Orden de 5 de febrero de 1976 dice: 1.º Los fondos obtenidos a través de las cédulas hipotecarias, cuya emisión por el «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», autoriza el artículo 4.º del Decreto-ley 13/1975, de 17 de noviembre, se destinarán exclusivamente a la financiación del programa especial de viviendas establecido en el citado Decreto-ley. 2.º No serán de aplicación a dichos títulos el número 10 del artículo 21 del Código de Comercio, ni el capítulo VII de la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. 3.º El capital y los intereses de las cédulas estarán especialmente garantizados sin necesidad de inscripción, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo se hayan constituido o se constituyan a favor del Banco emisor, sin perjuicio de la garantía general constituida por los demás bienes muebles e inmuebles del mismo Banco. 4.º Las cédulas hipotecarias llevarán aparejada ejecución para el cobro del capital y de los intereses después de su vencimiento. Los portadores de los títulos no podrán, sin embargo, ejercitar otras acciones que aquellas de que puedan hacer uso directamente contra el Banco Hipotecario de España. 5.º Las cédulas serán al portador. Su valor nominal podrá ser de 5 000, 50.000 ó 100.000 pesetas. Los títulos se emitirán en series impresas y numeradas, se cortarán de libros talonarios y llevarán el sello del Banco y la firma de un Administrador, que podrá ser impresa. Los títulos harán constar el tipo de interés, que será el que tenga fijado el Gobierno en el momento de ser emitidos. 6.º Las cédulas hipotecarias emitidas por el Banco Hipotecario de España para financiar el programa especial de vivienda serán cotizables en Bolsa y gozarán de la condición de valores de cotización calificada, siendo computables en el coeficiente de Fondos Públicos de las Cajas de Ahorro y aptas para materializar la provisión de inversiones de las Sociedades y las reservas de las Compañías de Seguros y Mutualidades. 7.º Los intereses se devengarán por semestres vencidos y su pago se efectuará en las Cajas del «Banco Hipotecario de España, S. A.», contra presentación del cupón correspondiente. 8.º Las cédulas serán amortizadas por su valor nominal, en un plazo máximo de quince años, mediante sorteos semestrales. La semestralidad para la amortización y pago de intereses será constante y por semestres vencidos. El sorteo se efectuará públicamente por una comisión de Consejeros del Banco emisor. La lista de los números sorteados se anunciará en el domicilio social y se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*. En el mismo anuncio se indicará la fecha en que el mismo Banco hará el reembolso de las cédulas amortizadas, fecha que coincidirá con el próximo vencimiento semestral. Desde esa fecha dejarán de devengar intereses las cédulas amortizadas, aunque no se presenten al cobro. Su pago se hará, en todo caso, en las Cajas del «Banco Hipotecario de España, S. A.», contra la presentación del título. 9.º Dentro del límite que fije en cada momento el Ministerio de Hacienda, las cédulas serán emitidas por el Banco en series compuestas cada una por títulos de igual valor nominal y fecha de vencimiento, cuando lo acuerde el Consejo de Administración del Banco a la vista del volumen de los préstamos realizados. 10. Cuando por efecto del reembolso anticipado de los préstamos de contrapartida resultase el volumen de los capitales pendientes de éstos inferior al importe de las cédulas de circulación, podrá el Consejo de Administración del Banco Hipotecario disponer la celebración de sorteos extraordinarios para el reembolso de éstas en la proporción necesaria. 11. El Banco Hipotecario de España llevará contabilidad separada de las operaciones financiadas con los fondos obtenidos me-

plementa el Decreto-ley anterior, regulando los requisitos y características de las cédulas y salvando alguna imprecisión del mismo (5), e insistiendo en forma clara en la necesidad de que exista correlación o equivalencia entre las cédulas emitidas y el importe de los capitales asegurados con hipoteca a favor del Banco (6).

c) Texto refundido de la legislación de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, del que son interesantes, a estos efectos, los artículos 20 y 21 (7) y (8).

d) Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, de normas sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento de Viviendas de Protección Oficial, por el que se establece una sola categoría

dianete la emisión de cédulas, a que se refiere la presente Orden. 12. La presente Orden entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

(5) Así cuando el Decreto-ley, en su artículo 4, parece expresar que la garantía de las cédulas la constituyen las hipotecas que se hayan constituido en cualquier tiempo o que se constituyan a favor del Banco y sobre los bienes inmuebles del mismo, expresión que parece indicar que las hipotecas que constituya el Banco sobre sus propios bienes tendrían una especie de posposición en favor de esas cédulas, mientras que el artículo 3 de la Orden aclara que esa garantía solamente se refiere a las hipotecas constituidas a favor del Banco, «sin perjuicio de la garantía general constituida por los demás bienes muebles e inmuebles del mismo Banco».

(6) Cuando en el artículo 10 de la misma se concede autorización al Consejo de Administración del Banco para celebrar sorteos extraordinarios de amortización de cédulas, con vistas a mantener la paridad entre el importe de los capitales asegurados por las hipotecas constituidas y las cédulas en circulación.

(7) Artículo 20. Las Cajas de Ahorro y la Banca privada podrán constituir fondos de capitalización, integrados por las aportaciones de los adjudicatarios adquirentes de viviendas sociales. Dichos fondos podrán quedar afectados al pago de la amortización e intereses de los créditos que hubieren sido precisos concertar para la adquisición de las referidas viviendas

Artículo 21. El Banco Hipotecario, dentro de los límites y con las condiciones que exija el Ministerio de Hacienda, podrá emitir cédulas para la financiación de viviendas sociales, sin perjuicio de los créditos que se destinen con igual finalidad por el Banco de Crédito a la Construcción. A dichas cédulas, que podrán declararse computables en el coeficiente de fondos públicos de las Cajas de Ahorro, no les será de aplicación lo dispuesto en el número 10 del artículo 21 del Código de Comercio, ni en el capítulo VII de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951. El capital e intereses de estas cédulas gozarán de las garantías previstas en el artículo 30 y siguientes de la Ley de Creación del Banco, de 2 de diciembre de 1872, y sus portadores no podrán ejercer otra acción para recobrar los capitales e intereses exigibles que aquella de que puedan hacer uso directamente contra el Banco emisor.

(8) No deja de resultar curioso que en un texto refundido de la legislación de Viviendas de Protección Oficial, al referirse a los efectos de las cédulas emitidas, no se recoja la norma del Decreto-ley 31/1975, de 17 de noviembre, relativo a dichas viviendas y antes transcrito, y se haga referencia a la vieja Ley de 1872, que creó el privilegio del Banco Hipotecario de España por un plazo que había terminado en 1971.

y un único régimen legal para todas las Viviendas de Protección Oficial, y que hace referencia al asunto que nos ocupa en su artículo 4.º (9) (10).

e) Decreto de 10 de noviembre de 1978, que desarrolla el Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, del que se refieren al presente asunto los artículos 21, 22 y 29 (11).

(9) Artículo 4.º Tendrán la consideración de entidades financieras para la promoción y adquisición de Viviendas de Protección Oficial: los Bancos inscritos en el Registro de Bancos y Banqueros, las Cajas de Ahorro Confederadas y la Caja Postal de Ahorros, Cooperativas de Crédito, el Banco Hipotecario de España y el Banco de Crédito a la Construcción.

Estas entidades financieras u otras entidades públicas a las que se atribuya esta competencia podrán conceder préstamos cualificados para la promoción y adquisición de Viviendas de Protección Oficial.

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía, regulará el régimen jurídico-financiero relativo a las condiciones de los préstamos, así como de las operaciones de captación de recursos aplicables a los mismos por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

A tal efecto, y sin perjuicio de otros medios que pudieran establecerse, se autoriza al Banco Hipotecario de España y al Banco de Crédito a la Construcción para emitir cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios, con los límites que para cada emisión sean fijados por el Gobierno.

No será de aplicación a dichas cédulas y bonos hipotecarios lo dispuesto en el número 10 del artículo 21 del Código de Comercio, ni en el capítulo VII de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

El capital y los intereses de las cédulas y bonos a que se refieren los apartados anteriores estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción, por todas las hipotecas que en cualquier tiempo se hayan constituido o se constituyan a favor del Banco emisor y sobre los bienes del mismo.

Las cédulas y bonos hipotecarios a que se refieren los apartados anteriores llevarán aparejada ejecución para el cobro del capital y de los intereses después de su vencimiento. Los portadores de los títulos no podrán, sin embargo, ejercitar otras acciones que aquellas de que puedan hacer uso directamente contra los Bancos emisores.

(10) Respecto de su redacción únicamente significar que en lo que se refiere a los efectos de las cédulas prácticamente transcribe el Decreto-ley de 1975, antes copiado, incluso con la ambigua referencia a la hipoteca sobre los bienes del Banco emisor, que resaltamos en la nota 5, y que abandona la referencia a la vieja Ley de 1872, que hacía el texto refundido de 1976, copiado en la nota 7 y que resaltamos en la nota 8.

(11) «Art. 21. *Entidades financieras.*—El Banco Hipotecario de España, el Banco de Crédito a la Construcción, los Bancos inscritos en el Registro de Bancos y Banqueros, las Cajas de Ahorro Confederadas, la Caja Postal de Ahorros y las Cooperativas de Crédito podrán actuar como entidades financieras en orden a la promoción y acceso a las Viviendas de Protección Oficial.

Dichas entidades financieras u otras entidades públicas a las que se atribuya esta competencia podrán conceder préstamos cualificados para la promoción y adquisición a las Viviendas de Protección Oficial. El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía, regulará el régimen jurídico-financiero relativo a las condiciones de los préstamos, así como el de las operaciones de captación de recursos aplicables a los mismos por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Anualmente, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía, establecerá el programa de financiación de Viviendas de Protección Oficial de promoción privada.

El Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, a través de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda, establecerá, a su vez, el programa anual de promo-

3. PROYECTOS DE NUEVA REGULACIÓN DE LA MATERIA

La legislación antes expresada, y que hemos transcrito en notas, no resolvía el problema, y en los programas de Gobierno se anunciaba la redacción para su envío a las Cortes de proyectos legislativos que regularan el expresado mercado hipotecario, en cumplimiento de los acuerdos económicos con los distintos grupos parlamentarios que integraron los ya indicados «Pactos de la Moncloa».

Primeramente comenzó a circular por las entidades de crédito e incluso profesionales un borrador de un anteproyecto de Decreto-ley que regulaba este mercado, pero en forma prácticamente igual que las disposiciones ya vigentes, con alguna novedad, como la de atribuir la facultad de emitir cédulas a otras entidades distintas de los Bancos Hipotecario de España y de Crédito a la Construcción.

Posteriormente se anunció y envió a las Cortes un proyecto de Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, que se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, correspondiente al día 10 de enero del año 1980.

ción de Viviendas de Protección Oficial adecuado al programa de financiación aprobado por el Gobierno.

En el presupuesto del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, se consignarán las cantidades necesarias para el cumplimiento de los aspectos financieros del programa anual de Viviendas de Protección Oficial que corra a cargo del Presupuesto del Estado.

Art. 22. *Cédulas hipotecarias*.—A efectos de la financiación de las Viviendas de Protección Oficial, se autoriza al Banco Hipotecario de España y al Banco de Crédito a la Construcción para emitir cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios, con los límites que para cada emisión sean fijados por el Gobierno, dentro de los límites señalados en los respectivos programas anuales de actuación, inversiones y financiación, a los que hace referencia el artículo 87 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria.

No serán de aplicación a dichas cédulas lo dispuesto en el número 10 del artículo 21 del Código de Comercio, ni en el capítulo VII de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951.

El capital y los intereses de las cédulas, a que se refieren los apartados anteriores, estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción, por todas las hipotecas que en cualquier tiempo se hayan constituido o se constituyan a favor del Banco emisor y sobre los bienes del mismo.

Art. 29. *Derechos sobre préstamos base*.—Se autoriza al Banco Hipotecario de España y al Banco de Crédito a la Construcción a que, mediante concierto con las Cajas de Ahorros Confederadas, la Caja Postal de Ahorros, las Cooperativas de Crédito o los Bancos inscritos en el Registro de Bancos y Banqueros, adquieran los derechos sobre los préstamos base de aquellos titulares beneficiarios de ayuda económica personal, a que se refiere el capítulo II del presente Real Decreto, mediante la entrega, en contraprestación, de cédulas hipotecarias emitidas por las entidades oficiales de crédito mencionadas, las cuales serán computables, como lo son los préstamos base.»

En el momento de redactar este trabajo dicho proyecto de ley se encontraba en trámite en el Congreso de los Diputados.

4. APORTACIONES DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD SOBRE LA REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

Las referencias al mercado hipotecario, tanto de profesionales financieros que estudiaban el tema, como de políticos o de Gobierno que aludían al mismo, eran objeto de especial atención y de reflexión por los Registradores de la Propiedad, profesionales específicamente vinculados al tema.

Con base en el documento elaborado por el Banco Hipotecario de España, de fecha 8 de febrero de 1978, que se repartió para su estudio a todos los miembros del Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Valladolid-Salamanca (12), y se convocó una reunión solicitando aportaciones críticas sobre dicho documento. En la sesión del Centro Regional se aportaron, de palabra y por escrito, atinadas observaciones sobre la regulación del mercado hipotecario en la forma que lo consideraba el documento examinado, así como otras en relación con la posible conexión registral de la garantía de los títulos que se emitieran.

De otro lado, el Colegio de Registradores, a través del Centro de Estudios Hipotecarios y por iniciativa de su Director, nombró una comisión (13) de Registradores que estudiaran el tema.

Con base en las observaciones, sugerencias y aportaciones de los Registradores miembros del Centro Regional de Valladolid-Salamanca y de la Comisión nombrada por el Colegio, por encargo de ésta el autor del presente trabajo confeccionó un estudio que sirvió de precedente a la redacción por la propia Comisión de un informe sobre el «mercado secundario de hipotecas», examinando, como ya hemos indicado, el aludido documento del Banco Hipotecario de España y el borrador de anteproyecto de Decreto-ley que intentaba regular la puesta en marcha del expresado mercado y la movilización de activos hipotecarios.

(12) Este Centro Regional, integrado en el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores, está formado por los Registradores de la Propiedad de los Registros de las provincias de Valladolid, León, Palencia, Zamora y Salamanca.

(13) La Comisión, presidida por don Eugenio Fernández Cabaleiro, Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores, estaba constituida, además, por los también Registradores de Madrid 16, don Pedro Avila Alvarez; de León, don Heliodoro Holgado García; de Madrid 9-I, don Ignacio Martínez de Bedoya; de Madrid 9-II, don Tirso Carretero García; de Valladolid 2, don Carlos-Miguel Hernández Crespo (autor de esta ponencia); de Gerona II, don Ramón Sánchez de Frutos; de San Feliú de Llobregat II-B, don Abelardo Gil Marqués, y de Santa Coloma de Farnés II, don Rafael Arnaiz Eguren.

El estudio y el informe, antes referidos, sirvieron como elementos de trabajo para que por la Comisión dicha se formulara un modelo de anteproyecto de disposición legislativa que articulara el mercado secundario de hipotecas engarzándolo con el Registro de la Propiedad.

Tanto el informe como el anteproyecto expresados se elevaron a los Ministerios interesados en el tema, y con posterioridad a ello apareció el proyecto de ley enviado a las Cortes y publicado en el *Boletín* de ellas, a que antes hemos hecho referencia.

En dicho proyecto de ley se han tenido en cuenta, al menos en parte, algunas de las orientaciones y soluciones del informe y del anteproyecto elaborados por la Comisión nombrada por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

Dicha Comisión, con vista del proyecto de ley publicado en el *Boletín de las Cortes*, siguió trabajando y ha elaborado un anteproyecto de Reglamento de dicho proyecto de ley.

5. FIJACIÓN DEL TEMA

Decíamos anteriormente que la movilización de los activos hipotecarios podía conseguirse a través de varios mecanismos.

La transmisión del crédito hipotecario y la emisión de títulos valores endosables o al portador constituyen dos de esos medios para conseguir un mercado secundario de hipotecas.

En realidad su examen no es materia de este trabajo. Baste, para recordar conceptos, con aludir a ello diciendo que es preciso distinguir, en orden a la transmisión de créditos, entre los nominativos y los endosables y al portador.

La hipoteca siempre es accesoria del crédito (y más adelante veremos cómo esta condición de accesoriedad ha sido causa de la no admisión de su movilización o, cuando menos, de la dificultad y retraso en aceptarla), y por ello la transmisión del mismo comprende la de la hipoteca y, por el contrario, no cabe hablar, en Derecho español, de la transmisión de la hipoteca sin la del crédito, todo lo cual hace que en los créditos nominativos, los artículos 149 de la Ley Hipotecaria española y 244 de su Reglamento exijan que la cesión se haga constar en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y que, además, se inscriba en el Registro de la Propiedad.

En la transmisión de créditos hipotecarios en garantía de títulos endosables o al portador, al ser o estar indeterminado el titular e incorporado el crédito al título, al ceder éste se entiende con él transferido el derecho

que lo garantiza, o sea, la hipoteca, sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor ni de hacer constar la transferencia en el Registro.

Resulta evidente que la transmisión de créditos nominativos, con su exigencia de escritura pública, notificación al deudor e inscripción en el Registro, no constituye vehículo hábil para la creación o existencia de ese mercado secundario de hipotecas que, por su propia dinámica, no se acopla con esas exigencias de documentación pública y constancia registral, puesto que dicho mercado está pensado para actos en masa, con múltiples transmisiones.

En cuanto a la transmisión de los créditos endosables y al portador asegurados con hipoteca, puede afirmarse que es idóneo para el fin pretendido; pero aquí nos conviene recordar, para aclarar conceptos, que una cosa son los títulos, endosables y al portador, emitidos por una persona o entidad con la garantía de sus propias fincas, que es el supuesto contemplado en los artículos 150, 154, 155 y 156 de la Ley Hipotecaria española, y otra cosa muy distinta, la de títulos, endosables y al portador, emitidos por persona o entidad con la garantía no de sus propias fincas, sino de las hipotecas o créditos hipotecarios en los que la emisora de los títulos sea acreedora.

Se hace preciso distinguir el caso en el que los propios créditos hipotecarios se incorporan al título emitido, en cuyo supuesto cabe hablar de movilización directa de los activos hipotecarios, de aquel otro en el que los créditos hipotecarios son considerados como garantía de los títulos emitidos, dando lugar a la movilización indirecta de los activos hipotecarios.

De cuanto llevamos dicho se deduce que no es objeto de este trabajo el examen de la hipoteca constituida sobre fincas propiedad de la entidad emisora de los títulos para garantizar éstos, es decir, el supuesto contemplado en los artículos 150 y otros de la Ley Hipotecaria española, y tampoco el estudio de los títulos valores que incorporan al mismo el crédito hipotecario.

Nuestra pretensión se concreta a examinar la emisión de títulos, endosables o al portador, que lo sea con la finalidad de movilizar los activos hipotecarios existentes en el patrimonio de la entidad emisora de aquéllos y que, además, esos títulos estén garantizados por expresados activos hipotecarios y, sobre todo, el estudio de esa garantía, forma de articularla, sus efectos y extinción.

El tema es interesante y de una gran actualidad, con una trascendencia en orden a posibilitar la necesaria movilización de activos hipotecarios que ha aconsejado aportarlo al IV Congreso Internacional de Derecho Registral de México, con la modesta pretensión de exponer, con cierto orden, las aportaciones que los miembros del Centro Regional de Estudios

Hipotecarios de Valladolid-Salamanca y, sobre todo, de la Comisión nombrada por el Colegio de Registradores, a la que podrían aplicarse las frases que los redactores de la exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria española, de 8 de febrero de 1861, dedicaron a la que redactara ésta, diciendo que «los estudios concienzudos y detenidos, las discusiones frecuentes y prolongadas y múltiples revisiones que fueron durante mucho tiempo la tarea continuada de la Comisión, que si no ha llegado a llenar su encargo cumplidamente, como deseara, puede asegurar, al menos, que ha puesto en contribución cuanto alcanzaba para conseguirlo».

En el desarrollo del presente trabajo examinaremos, en primer lugar, la crítica de las soluciones adoptadas por el legislador español, sobre todo hasta el Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre; en segundo lugar exponremos la solución propugnada en el informe y anteproyecto elaborados por la Comisión registral, y, finalmente, haremos una breve exposición de la contenida en el proyecto de ley, actualmente en trámite en las Cortes españolas.

II. CRITICA DE LA SOLUCION ADOPTADA POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL HASTA EL DECRETO-LEY 31/1978

1. SOLUCIÓN ADOPTADA

La solución adoptada por la legislación española para movilizar los activos hipotecarios consiste en la emisión de títulos que se llaman «hipotecarios» y que se dicen garantizados por los créditos hipotecarios existentes a favor de la entidad emisora de aquéllos.

La crítica a esta solución, como tendremos ocasión de decir más adelante, se centra en que los títulos emitidos, tal como se regulan en la legislación española actualmente vigente, no son hipotecarios, aunque se afirme indebidamente en la emisión de los mismos que gozan de tal garantía, configurándose en realidad como títulos no hipotecarios.

En efecto, el Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, de normas sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento de Viviendas de Protección Oficial, que hemos transcrito anteriormente en nota 9, en su artículo 4.º, después de determinar las entidades financieras para la promoción y adquisición de Viviendas de Protección Oficial que podrán conceder préstamos para esa finalidad, dispone que: El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía, regulará el régimen jurídico-financiero relativo a las condiciones de los préstamos, así como de las operaciones de captación de recursos aplicables a los mismos por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. A tal efecto, y sin perjuicio

de otros medios que pudieran establecerse, se autoriza al Banco Hipotecario de España y al Banco de Crédito a la Construcción para emitir CEDULAS HIPOTECARIAS Y BONOS HIPOTECARIOS (14), con los límites que para cada emisión sean fijados por el Gobierno.

No será de aplicación a dichas cédulas y bonos hipotecarios lo dispuesto en el número 10 del artículo 21 del Código de Comercio (15), ni en el capítulo VII de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (16).

El capital y los intereses de las cédulas y bonos a que se refieren los apartados anteriores estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción, por todas las hipotecas que en cualquier tiempo se hayan constituido o se constituyan a favor del Banco emisor y sobre los bienes del mismo.

Las cédulas y bonos hipotecarios, a que se refieren los apartados anteriores, llevarán aparejada ejecución para el cobro del capital y de los intereses después de su vencimiento. Los portadores de los títulos no podrán, sin embargo, ejercitar otras acciones que aquellas de que puedan hacer uso directamente contra los Bancos emisores.

El precepto transcrito está copiado casi literalmente de los artículos 2 y 3 del Decreto-ley 13/1975, de 17 de noviembre, que hemos incluido en la nota 3, de ordenación económica, que aprobó un plan especial de financiación de viviendas y otras medidas coyunturales, con las siguientes diferencias:

a) En el Decreto-ley de 1975 no se hacía referencia al Ministerio de Economía, entonces inexistente.

b) En el Decreto-ley de 1975 sólo se hablaba de cédulas, mientras que en el de 1978 se comprenden cédulas y bonos hipotecarios, aun cuando

(14) Las mayúsculas son nuestras.

(15) El artículo 21 del Código de Comercio español, en su número 10, dispone: «En la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán... 10. Las emisiones de acciones, cédulas y obligaciones de ferrocarriles y toda clase de sociedades, sean de obras públicas, compañías de crédito u otras, expresando la serie y número de los títulos de cada emisión, su interés, rédito, amortización y prima cuando tuviesen una u otra, la cantidad total de la emisión y los bienes, obras, derechos o hipotecas, cuando los hubiere, que se afecten a su pago».

Se refiere dicho precepto a la inscripción en el Registro Mercantil

(16) El capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, que comprende los artículos 111 al 132 de la misma (*), regula las condiciones y requisitos de la emisión de obligaciones por tales sociedades, tales como límites de la cuantía de la emisión, características de los títulos emitidos, garantía de los mismos en sus diversas formas, prelaciones, exigencia de escritura pública, anuncios para la suscripción de los títulos emitidos, creación y funcionamiento del sindicato de obligacionistas.

(*) Los artículos 111 y 114 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, sobre límites de emisión y posibles garantías de los títulos emitidos, han sido modificados por Ley de 19 de mayo de 1980.

sin expresar diferencias entre ambos conceptos ni precisar los requisitos o características de unas y otros. Es en el Decreto-ley de 1978 cuando por primera vez se considera la existencia de bonos hipotecarios, como título distinto de las cédulas, que era la única denominación que hasta entonces se había empleado en el asunto que nos ocupa.

c) En el Decreto-ley de 1978 se amplía la autorización de emisión de títulos al Banco de Crédito a la Construcción, ya que en el Decreto-ley de 1975 únicamente se otorgaba esa facultad al Banco Hipotecario de España.

En el Decreto de 10 de noviembre de 1978, que desarrolla el Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, en sus artículos 21 y 22, se refiere a la misma cuestión, y en especial en el 22, también transcrito en nota 11, contempla lo referente a estos títulos bajo el epígrafe «Cédulas hipotecarias», siendo de resaltar que mientras en su párrafo primero alude a «cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios», en sus dos párrafos restantes únicamente comprende a las «cédulas hipotecarias», olvidándose por completo de los «bonos hipotecarios». Y otro tanto podemos decir en el artículo 29 del citado Decreto de 10 de noviembre de 1978 (copiado en nota 11 citada), que al referirse a los «derechos sobre los préstamos base» autorizando a las entidades financieras para adquirir esos derechos mediante la entrega de títulos, únicamente se refiere entre éstos a las «cédulas hipotecarias», sin referirse tampoco a los «bonos hipotecarios».

Las normas anteriores, en lo fundamental, son muy poco originales, ya que se limitan a copiar las que se dictaron para el Banco Hipotecario de España. Recordemos que el Decreto de 12 de noviembre de 1976 (en nota 7), que aprobó el texto refundido de Viviendas de Protección Oficial, al referirse a los efectos de las cédulas hipotecarias dice que «el capital e intereses de estas cédulas gozarán de las garantías previstas en el artículo 30 y siguientes de la Ley de Creación del Banco (se refiere al Hipotecario de España), de 2 de diciembre de 1872».

Las normas reguladoras del Banco Hipotecario son, además de la aludida de 2 de diciembre de 1872, que creó dicho Banco y las cédulas hipotecarias, el Decreto de 31 de enero de 1873, que concedió al Banco de París y de los Países Bajos el privilegio de emisión de las mismas; el Real Decreto de 24 de julio de 1875, declarando al Hipotecario único Banco en su clase, y los Reales Decretos de 12 de octubre de 1875 y de 4 de agosto y 3 de noviembre de 1928, aprobando los Estatutos de dicho Banco. Finalmente, debemos aludir al Decreto-ley de 20 de julio de 1962, nacionalizándolo; la Orden de 6 de febrero del mismo año, acordando la adquisición de sus acciones por el Estado, y la Ley de 19 de junio de 1971, estableciendo que el expresado Banco y los demás del crédito oficial deberían adoptar la forma de sociedad anónima.

Del conjunto de disposiciones indicadas, y por lo que respecta a nuestro tema, resulta:

a) Que se concedió al Banco Hipotecario de España el privilegio de emisión de las llamadas «cédulas hipotecarias» por noventa y nueve años, que terminaron el 31 de enero de 1971.

b) Que entre los fines de la entidad figuraba el de emitir «cédulas hipotecarias u otras obligaciones» reembolsables en épocas fijas o por sorteo.

c) Que la suma total de las cédulas en circulación no podría exceder del importe de los préstamos hipotecarios, y el de las obligaciones especiales, del de aquellos préstamos por cuya razón se emitieran.

d) Que en los casos que por reembolso anticipado o por otras causas imprevistas no fuera posible contratar inmediatamente nuevas hipotecas en sustitución de las canceladas, podría servir de cobertura provisional y supletoria de las cédulas un valor equivalente en dinero o en fondos públicos computados éstos por el mismo importe que sean admitidos a pig-noración por el Banco de España.

e) Que las obligaciones y cédulas hipotecarias, ya sean nominativas o al portador, tendrían fuerza de escritura pública, sobre la cual se hubiera dictado sentencia firme de remate, para el efecto de reclamar del Banco por vía de apremio el pago del capital y de los intereses después de su vencimiento. Es decir, que se configuraban a estas obligaciones y cédulas hipotecarias como título ejecutivo.

f) Que para la emisión no se precisaba otorgamiento de escritura pública ni cumplir el requisito de su inscripción en el Registro Mercantil.

g) Que el capital, los intereses y, en su caso, las primas de las cédulas hipotecarias tenían hipoteca especial, sin necesidad de inscripción registral, sobre todas las que en cualquier tiempo estuvieran constituidas o se constituyeran en el futuro a favor del Banco sobre bienes inmuebles.

h) Que los portadores de las cédulas hipotecarias, no obstante la afirmación contenida en el apartado g) precedente, no podrían ejercitar otra acción para recobrar los capitales y los intereses exigibles que aquella de que puedan hacer uso directamente contra la sociedad, o lo que es lo mismo, que no podrían dirigirse directamente contra esas hipotecas que se afirmaba le servían de garantía, sino únicamente en acción personal contra la entidad emisora de las cédulas.

Dejando aparte otras cuestiones, ajenas al propósito de este trabajo, resaltemos que las normas indicadas del Banco Hipotecario de España y, sustancialmente, lo mismo las de los recientes Decretos-leyes de 1975 y 1978, se orientan sobre la base de establecer un equilibrio o paridad entre el importe de las cédulas emitidas y los activos hipotecarios. hipotecas

constituídas o que se constituyan en cualquier tiempo a favor de la entidad emisora de los títulos, que se dice le sirven de garantía.

Otra característica de la solución adoptada es que se consideran o, al menos, se apellidan dichas cédulas como «hipotecarias».

El equilibrio exigido entre las cédulas emitidas y los activos hipotecarios que han de servirles de garantía hace pensar que el legislador ha querido crear un patrimonio separado, concediendo al conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico, representadas por los créditos hipotecarios, una situación unitaria que funcione con separación del patrimonio personal de la entidad emisora para ser objeto de un fin o destino específico: formar una masa de bienes, derechos y obligaciones (la de los créditos hipotecarios constituidos o que se constituyan a su favor) delimitada en relación con el patrimonio general o personal de la misma para constituir un patrimonio especial, especialmente adscrito al fin concreto de servir de garantía a las cédulas y obligaciones que se emitan.

Teóricamente, esa paridad se mantiene acudiendo a la figura de la subrogación real, sustituyendo los créditos hipotecarios que se extingan o cancelen por los que de nuevo se constituyan, e incluso cuando se rompa el equilibrio entre ambas masas se acude al procedimiento del depósito de valores o de dinero que sirvan de garantía provisional y supletoria de los títulos emitidos, o bien amortizando anticipadamente, mediante sorteos extraordinarios, la cantidad de cédulas suficiente para restablecer el equilibrio entre ellas y los activos hipotecarios.

2. CRÍTICA DE LA SOLUCIÓN ADOPTADA

La solución elegida por el legislador español para movilizar los activos hipotecarios hasta el Decreto-ley 31 de 1978, de 31 de octubre, y que en síntesis hemos indicado, podríamos decir que está bien proyectada, pero deficientemente realizada, porque si bien es cierto que para que exista un patrimonio separado se exige una norma que lo cree o lo establezca y ésta existe, no es menos cierto que ello no es suficiente, ya que, además, la norma debe regular el régimen de administración y la específica responsabilidad de ese patrimonio a la obligación a que se halla vinculado, puesto que no puede quedar cualquiera de estos extremos a la voluntad del interesado que lo administra ni de los terceros que puedan esgrimir acciones contra dicho patrimonio con independencia de los especialmente afectados al mismo, es decir, de los titulares de las cédulas emitidas con su garantía.

En el caso que venimos examinando, como más adelante tendremos ocasión de insistir, ese patrimonio integrado por los activos hipotecarios

no está específicamente vinculado a las cédulas (al modo de un bien especialmente hipotecado o pignorado en su garantía), sino que, por el contrario, en realidad esos créditos hipotecarios forman parte del patrimonio personal o general de la entidad emisora y los tenedores de las cédulas emitidas no gozan de otros derechos, ni de la posibilidad de ejercitar otras acciones sobre aquéllos que las de cualquier otro acreedor. Consecuencia que se produce por no existir conexión registral entre las cédulas emitidas y los créditos hipotecarios que se dice le sirven de garantía y, en definitiva, porque tales cédulas no son hipotecarias, aunque se apelliden así.

Es preciso afirmar categóricamente la verdad elemental de que para ser hipotecario un título valor debe existir una conexión registral entre el mismo y la hipoteca o crédito hipotecario que le sirve de cobertura o garantía real, es decir, entre el crédito secundario y el primario, y que no es suficiente, como hacen las normas que venimos examinando, con afirmar que un título es hipotecario para que efectivamente lo sea, sino que es indispensable que ostente tal naturaleza.

Los títulos emitidos sin garantía hipotecaria, se les atribuya o no el nombre de hipotecarios, estarán garantizados con todos los bienes presentes y futuros de la entidad emisora, es decir, con su patrimonio general o universal, conforme al artículo 1.911 del Código Civil español (17): si entre los bienes y derechos que forman ese patrimonio universal o general existen créditos hipotecarios, éstos formarán parte del activo y, juntamente con los demás bienes y derechos que lo integran, responderán de esos títulos emitidos sin garantía hipotecaria y del resto del pasivo, de acuerdo con las normas generales de concurrencia y prelación de créditos.

Las normas contempladas apellidan de «hipotecarios» a los títulos o cédulas que se emitan y afirman que tienen como garantía una hipoteca especial, sin necesidad de inscripción registral, sobre todas las hipotecas constituidas o que se constituyan, en cualquier tiempo, a favor de la entidad emisora.

La fórmula empleada en el Decreto-ley 13/1975, de 17 de noviembre, y que reproduce el también Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, no es jurídicamente adecuada en cuanto que se limita a resucitar el viejo privilegio del Banco Hipotecario de España, olvidando que han transcurrido más de cien años desde entonces y que en ese siglo se han publicado el Código Civil, el Código de Comercio y multitud de leyes especiales, y que incluso la configuración jurídica del Banco Hipotecario ha cambiado, transformándose de Banco privado, con privilegio de emisión, a Banco oficial o Entidad de Derecho público primero, y a Sociedad Anónima después.

(17) Artículo 1.911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

La solución adoptada incide, como más adelante veremos más cumplidamente, en una técnica jurídica poco acorde con la verdadera naturaleza de los títulos emitidos, dando lugar a una falta de concreción al no existir conexión o enlace entre los créditos hipotecarios y los títulos que debieran garantizar, ignorándose, en consecuencia, qué hipotecas son las especialmente afectadas a unos determinados títulos o, cuando menos, a una concreta emisión de éstos.

La garantía de los títulos emitidos se dice que está concretada (prueba evidente de que no es de naturaleza real) en hipotecas que no existen (las que se constituyan en cualquier tiempo), que no han nacido a la vida jurídica, y por otras (las ya constituidas al tiempo de la emisión) que pueden haber sido canceladas, que no existan.

De otra parte, existe la inseguridad derivada del alcance que esas normas atribuyen a la prelación que pregonan, puesto que no queda aparentemente nada claro si crean, por ministerio de la ley, una especie de subhipoteca general, tácita, solidaria y oculta sobre todos los créditos hipotecarios, nacidos y por nacer, a favor de la entidad emisora, concediendo a los titulares de las cédulas una prelación absoluta y plena, excluyente, frente a otros acreedores, o si más bien se trata de una afirmación pírrica de una prelación inexistente.

La más elemental técnica jurídica y una clarificación y transparencia legislativa imponen precisar tan importante cuestión, ya que es totalmente inadmisibles, por su ambigüedad, el contenido de esa preferencia.

La preferencia que se concede, en realidad no es otra que la de un crédito personal, por cuyo motivo no debe atribuirse a esos títulos la denominación de «hipotecarios» para que su constancia no resulte inexacta y además perturbadora, porque a pesar de esa especie de subhipoteca legal, tácita y general que, según las normas comentadas, grava a los créditos hipotecarios existentes al emitirse los títulos y a los que puedan constituirse en el futuro, sin límites de tiempo, sin concretar emisiones y sin conexión registral alguna, es lo cierto que, según las propias disposiciones, el portador de los títulos no tiene acción directa sobre el bien o derecho que se dice le garantiza, ni tiene posibilidad de subrogarse en la posición de la entidad emisora del título y acreedora en el crédito hipotecario, para ejercitar las acciones personales o reales que a ella competen, como el cobro de intereses, reclamar el pago del capital a su vencimiento e instar la venta en pública subasta del crédito que le garantiza para con ello satisfacerse de su propio crédito, sino que únicamente podrá ejercitar acción personal contra la entidad emisora, y solamente a través del embargo del crédito hipotecario podría accionar contra o sobre éste para con su realización hacerse pago del título o de la cédula impagada.

Esto es así, además, porque entenderlo de otra manera, estimar que la preferencia concedida es de carácter real, hipotecaria, es decir, que los créditos hipotecarios están sujetos directa e inmediatamente, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, al pago de la cédula emitida sería demasiado, puesto que equivaldría a admitir que sin estar constituida esa subhipoteca, sin conexión registral alguna entre la cédula y el crédito hipotecario, sin haber existido o nacido el crédito, ya existiría una prelación o una preferencia tácita, general, desconocida, que se antepondría a cualquier acreedor, incluso a los efectivamente subhipotecarios, por subhipotecas anteriormente constituidas y especialmente inscritas; a los cesionarios de esos créditos hipotecarios, con su derecho también inscrito; a los créditos del Estado, por contribuciones, impuestos, seguridad social; a los créditos por salarios, por materiales, etc.. alterando el contenido y la regulación de la preferencia y prelación del Código Civil y del Código de Comercio, sembrando la inseguridad en todos los órdenes patrimoniales.

Una norma de esas consecuencias no sería recibida en la práctica por los Tribunales de Justicia.

La denominación de «hipotecarias» para las cédulas emitidas por el Banco Hipotecario de España, aunque referida a esa especie de subhipoteca legal tácita, en la realidad inexistente, confusa y perturbadora, se entendía por el público, y por ello no resultaba tan mal, como sinónima del Banco emisor de las mismas, que era además quien le imprimía solvencia y no esa garantía hipotecaria, difusa y general que su nombre pregonaba y de la que carecía.

Teniendo en cuenta que el Banco emisor era único en su clase con el privilegio de emitirlas, como si se tratara de papel moneda, y que después fue nacionalizado, unido a que en cien años de existencia no ha existido ni un solo impago de cédulas emitidas, ha resultado puramente teórica esa garantía especial; pero si se produjera el evento del impago, sería el momento de poner a prueba esa garantía, sobre todo en caso de concurrencia con otros acreedores de la entidad emisora, para determinar en el juicio correspondiente la preferencia o prelación entre unos y otros.

Actualmente, por el Decreto-ley 31 de 1978, de 31 de octubre, ya se concedió la posibilidad de emitir esas cédulas al Banco de Crédito a la Construcción. Recordemos que el Decreto de 14 de marzo de 1933 atribuía al Instituto de Crédito de las Cajas Generales de Ahorro, cuyo capital era de las Cajas de Ahorro, para emitir esos títulos, y en un borrador de Decreto-ley se contemplaba la posibilidad de otorgar ese derecho de emisión de cédulas «hipotecarias» a otras entidades oficiales de crédito, a las Cajas de Ahorro e incluso a cooperativas, patronatos y sociedades mer-

cantiles, y en el proyecto de ley actualmente en las Cortes también se amplían las entidades que pueden emitir las.

El apellido «hipotecario» ya no puede explicarse por el nombre de la entidad emisora del título y debiera ser eliminado en aras de la claridad, cuando no se trate de títulos de esa naturaleza, ya que de no hacerlo se emplea una terminología no acorde con la naturaleza jurídica de los títulos emitidos, puesto que, como hemos visto, no existe esa garantía hipotecaria que se anuncia y que queda reducida a un señuelo para el cedulista que realmente ya no confunde a nadie, pero que desprestigia a los títulos efectivamente hipotecarios, faltando a la verdad al aludir, con la denominación, a una naturaleza que no tienen, sin añadirles ninguna garantía especial ni preferencia o prelación, quedando, en definitiva, configurados los títulos como simples créditos personales contra la entidad emisora.

No es posible conceder una prelación en virtud de una hipoteca tácita, decretada por ministerio de la ley, pero clandestinamente, sin la adecuada publicidad y sin las consecuencias que de esa publicidad concreta se derivan. Ello sería tanto como revivir las «hipotecas generales ocultas» que la Ley Hipotecaria española de 1861, interpretando el sentir unánime de la ciencia jurídica, fustigó y en aras del progreso y del crédito intentó eliminar, constituyendo esa finalidad una de las principales que justificaban en aquellos momentos el nacimiento de la ley, consiguiendo en gran parte la desaparición de esos privilegios, gravámenes e hipotecas ocultos que pesaban como un grillete sobre los bienes y derechos.

La fórmula de la hipoteca general, sin necesidad de inscripción, que pudo resultar válida o, cuando menos, tolerable hace más de cien años al presentarse como una garantía superpuesta, y ciertamente innecesaria, a la solvencia del Banco privado que emitía cédulas, como si de papel moneda se tratara, por concesión o privilegio estatal, que explicaba sus peculiaridades, resulta anacrónica hoy, con el Código Civil y el de Comercio, con su regulación de la preferencia y prelación de créditos, y con la existencia de unas leyes especiales y después de la experiencia nacional y extranjera sobre la materia, y la diversa situación sociológica y económica de España.

En efecto, han cambiado las circunstancias históricas, sociológicas, económicas y jurídicas, y todo ello hace que unas normas que pudieron resultar apropiadas o, cuando menos, no incompatibles hace más de un siglo, hoy resulten no sólo inoperantes, sino además perturbadoras, máxime cuando se pretende aplicarlas a otros supuestos distintos del concreto que aquéllas contemplaban.

III. SOLUCION PROPUESTA EN EL INFORME DE LA COMISION DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

I. SOLUCIÓN ADECUADA

Se hace preciso distinguir entre títulos no hipotecarios y títulos hipotecarios, y solamente calificar como hipotecarios a los que realmente lo sean, es decir, a los que gocen de una garantía real.

La garantía real ha de hacerse con una hipoteca especial, haciendo constar en el Registro de la Propiedad la existencia de los títulos emitidos y de su garantía, conectando los títulos con los créditos hipotecarios que los garantizan, pues entonces la preferencia jugará conforme a las normas del ordenamiento jurídico, ratificando la seguridad jurídica, y los títulos podrán ostentar la denominación de «hipotecarios», porque efectivamente tendrán tal carácter.

Hemos apuntado a lo largo de este trabajo, acaso con excesiva insistencia por estimar que ahí se encuentra el meollo de la cuestión, que la condición de hipotecarios presupone que los títulos estén configurados con esa naturaleza, que tengan acción real contra los bienes o derechos que les sirvan de garantía y que estén revestidos de los requisitos de publicidad registral que le son inherentes mediante la conexión tabular entre los títulos emitidos y las hipotecas que los garantizan.

El concepto de hipoteca, que se deriva del artículo 104 de la Ley Hipotecaria y de su homónimo el artículo 1.876 del Código Civil, y la aplicación de la normativa sintetizada en el artículo 144 de la misma ley (18), exige que se efectúe esa coordinación o conexión registral para que los títulos que se emitan merezcan el calificativo y la denominación de «hipotecarios».

El Código de Comercio, promulgado en 1885 y, por tanto, con posterioridad a la ley creadora del Banco Hipotecario de España, contempla

(18) Artículos 104 de la Ley Hipotecaria española y 1.876 del Código Civil español: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida».

Artículo 144 de la Ley Hipotecaria española: «Todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción y el compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos».

en los artículos 199 y siguientes (19) la emisión de cédulas hipotecarias, y lo hace con mayor rigor que las normas reguladoras de la expresada operación en la legislación del Banco nombrado en orden a la diversa garantía de los títulos.

(19) Artículos 199 al 207 y 209 al 211 del Código de Comercio español:

Art. 199. «Corresponderán principalmente a la índole de estas Compañías (se refiere a las Compañías o Bancos de crédito territorial) las obligaciones siguientes: 1.ª Prestar a plazos sobre inmuebles. 2.ª Emitir obligaciones o cédulas hipotecarias.»

Art. 200. «Los préstamos se harán sobre hipoteca de bienes inmuebles cuya propiedad esté inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del que constituya aquélla y serán reembolsables por anualidades.»

Art. 201. «Estas Compañías no podrán emitir obligaciones ni cédulas al portador mientras subsista el privilegio de que actualmente disfruta por leyes especiales el Banco Hipotecario de España.»

Art. 202. «Exceptuándose de la hipoteca exigida en el artículo 200 los préstamos a las provincias y a los pueblos cuando estén autorizados legalmente para contratar empréstitos dentro del límite de dicha autorización, y siempre que el reembolso del capital prestado, sus intereses y gastos estén asegurados con rentas, derechos y capitales o recargos e impuestos especiales.

Exceptuándose asimismo los préstamos al Estado, los cuales podrán hacerse, además, sobre pagarés de compradores de bienes nacionales.

Los préstamos al Estado, las provincias y los pueblos podrán ser reembolsados a un plazo menor que el de cinco años.»

Art. 203. «En ningún caso podrán los préstamos exceder de la mitad del valor de los inmuebles en que se hubiere de constituir la hipoteca.

Las bases y formas de valoración de los inmuebles se determinarán precisamente en los Estatutos o Reglamentos.»

Art. 204. «El importe del cupón y el tanto de amortización de las cédulas hipotecarias que se emitan por razón del préstamo no será nunca mayor que el importe de la renta líquida anual que por término medio produzcan en un quinquenio los inmuebles ofrecidos y tomados en hipoteca como garantía del mismo préstamo.

El cómputo se hará siempre relacionando entre sí el préstamo, el rendimiento del inmueble hipotecado y la anualidad de las cédulas que con ocasión de aquél se emitan. Esta anualidad podrá ser, en cualquier tiempo, inferior a la renta líquida anual de los respectivos inmuebles hipotecados como garantía del préstamo y para la emisión de las cédulas.»

Art. 205. «Cuando los inmuebles hipotecados disminuyan de valor en un 40 por 100, el Banco podrá pedir aumento de la hipoteca hasta cubrir la depreciación o la rescisión del contrato, y entre estos dos extremos optará el deudor.»

Art. 206. «Los Bancos de crédito territorial podrán emitir cédulas hipotecarias por una suma igual al importe de los préstamos sobre inmuebles.

Podrán emitir, además, obligaciones especiales por el importe de los préstamos al Estado, a las provincias y a los pueblos.»

Art. 207. «Las cédulas hipotecarias y obligaciones especiales de que trata el artículo anterior serán nominativas o al portador, con amortización o sin ella, a corto o a largo plazo, con prima o sin prima.

Estas cédulas y obligaciones, sus cupones y las primas, si las tuvieren, producirán acción ejecutoria en los términos prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Art. 209. «Los Bancos de crédito territorial podrán hacer también préstamos con hipoteca reembolsables en un período menor de cinco años

Estos préstamos a corto término serán sin amortización y no autorizarán la

En los preceptos que quedan transcritos en nota se contienen normas relativas a las entidades que pueden emitir títulos, precisando tanto el *mercado primario*: préstamos sobre inmuebles inscritos en propiedad a nombre del que constituya la hipoteca, que no podrán exceder de la mitad del valor de los inmuebles hipotecados, debiendo estar fijadas en los propios Estatutos o Reglamentos las bases y formas de su valoración, con posibilidad de rescisión o de aumentar la garantía cuando el valor de las fincas disminuya en más de un 40 por 100, pudiendo ser los préstamos a corto plazo (menos de cinco años) o por plazo superior; como el *mercado secundario*: posibilidad de emitir obligaciones y cédulas hipotecarias, con prohibición de que sean al portador en tanto subsista el privilegio concedido al Banco Hipotecario de España, solamente con la garantía de préstamos de larga duración, con inmuebles que produzcan una renta suficiente para el pago del cupón y el tanto de amortización de las cédulas hipotecarias, según cómputo quinquenal relacionando entre sí el préstamo, el rendimiento del inmueble y la anualidad de las cédulas.

El artículo 208 del Código de Comercio español dispone, en relación con la garantía de las cédulas emitidas y de las obligaciones puestas en circulación, que «las cédulas hipotecarias y obligaciones especiales, lo mismo que sus intereses o cupones y las primas que le estén asignadas, tendrán por garantía, con preferencia sobre todo otro acreedor u obligación, los créditos o préstamos a favor del Banco o Compañía que los haya emitido y en cuya representación estuvieran creadas, quedando, en consecuencia, afectos especial y singularmente a su pago esos mismos préstamos y créditos. Sin perjuicio de esta garantía especial gozarán de la general del capital de la Compañía, con preferencia también en cuanto a éste, sobre los créditos resultantes de las demás operaciones».

Distingue, pues, el Código de Comercio español, en el transcrito artículo 208, claramente dos tipos de garantía: una, especial, real, singular, por la que quedan los préstamos y créditos afectos «especial y singularmente», y otra, la general del artículo 1.911 del Código Civil.

Respecto de la primera, el Código de Comercio no habla de los requi-

emisión de obligaciones o cédulas hipotecarias, debiendo hacerse con los capitales procedentes de la realización del fondo social y de sus beneficios.»

Art. 210 «Los Bancos de crédito territorial podrán recibir, con interés o sin él, capitales en depósito y emplear la mitad de los mismos en hacer anticipos por un plazo que no exceda de noventa días, así sobre sus obligaciones y cédulas hipotecarias, como sobre cualesquiera otros títulos de los que reciben en garantía los Bancos de emisión y descuento.

A falta de pago por parte del mutuario, el Banco podrá pedir, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 325, la venta de las cédulas o títulos pignorados.»

Art. 211. «Todas las combinaciones de crédito territorial, incluso las asociaciones mutuas de propietarios, estarán sujetas, en cuanto a la emisión de obligaciones y cédulas hipotecarias, a las reglas contenidas en esta sección »

sitos formales necesarios para que esa garantía hipotecaria quede válidamente constituida, porque ello no es misión del texto legal examinado, pero es claro que habrán de cumplirse aquellas formalidades necesarias para ello.

Las normas del Banco Hipotecario de España y de los Decretos-leyes 13/1975, de 17 de noviembre, y 31/1978, de 31 de octubre, únicamente atribuyen, a las impropiaamente llamadas «cédulas hipotecarias», la garantía personal y general del capital de la entidad emisora.

Para ser títulos con garantía hipotecaria han de gozar los mismos de una naturaleza acorde con su condición, y tal garantía real y especial es la que puede conseguirse a través del Registro de la Propiedad y solamente por sus pronunciamientos y de conformidad con los principios que rigen tal institución.

El afán de movilizar la propiedad inmueble constituyó uno de los propósitos más deseados e intentados del siglo XIX, época en la que, al decir de algún autor, los inmuebles se lanzan a la voracidad de la usura y de la especulación y el sistema capitalista llega a su cima.

Nuestros legisladores hipotecarios de 1861 resistieron esa tentación de movilizar el crédito hipotecario a través del Registro, al menos de una manera directa, aunque contemplaron figuras como la de la transmisión del crédito, la de la subhipoteca o la de transmisión de la finca hipotecada, que indirecta, e incluso directamente, movilizan el crédito, pero siempre de forma singular y aislada.

Solamente a partir de 1869, mediante la admisión de las hipotecas en garantía de títulos valores endosables y al portador, se abre, aunque tímidamente y siempre mirada con recelo, esta posibilidad de movilizar los créditos hipotecarios, pero cerrando el paso a otras figuras más avanzadas, como la deuda territorial, la hipoteca de propietario o la hipoteca de cédula.

La hipoteca recae sobre bienes inmuebles que quedan en poder de su dueño y asegura siempre, en Derecho español, el cumplimiento de una obligación principal, facultando al acreedor, caso de incumplimiento de la misma, para reintegrarse de lo que se le debe con el valor de la cosa hipotecada, instando su venta.

Constituye la hipoteca un derecho real, pero de naturaleza accesorio y ligado a la obligación que garantiza, lo cual hace que no pueda separarse por completo la relación real de la personal que, como principal, existe siempre, y esa necesaria dependencia de la hipoteca a la obligación garantizada se mantiene a pesar de las sucesivas reformas de la Ley Hipotecaria, y ello aumenta, como ya hemos dicho, la dificultad de encajar en nuestro sistema registral la movilización de los activos hipotecarios.

Los redactores de la Ley Hipotecaria española de 1861 no desconocieron las ventajas que podía proporcionar al crédito territorial la movilización de los títulos de créditos hipotecarios, pero creyeron que eso no podía conseguirse dentro de la Ley Hipotecaria, acaso por estimar que las exigencias de la inscripción de esa movilización de créditos, bien fuera por vía de transmisión o de constitución de garantía, era un obstáculo para ello. Consecuentes con esta idea afirman en la exposición de motivos de la ley que: «Los créditos hipotecarios, como representación del territorial, no admiten por su naturaleza la movilidad de las letras de cambio y de los pagarés a la orden...; los que toman préstamos sobre su propiedad, no suelen hacerlo para empresas mercantiles o industriales, sino o para salir de una situación apremiante o para mejorar la misma propiedad con capitales que sólo lentamente, en una serie de años y con grandes esfuerzos, produce la finca mejorada, la cual entretanto tiene que sostener los gastos de conservación o del cultivo y el pago del capital anticipado» (20).

(20) Sin perjuicio de recoger en el texto del trabajo algunas frases de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, nos parece conveniente incluir en nota todo lo que en la misma se dice sobre el tema. Dice así la exposición: «Más dificultad que las materias hasta aquí examinadas, en lo que a las hipotecas convencionales se refiere, presenta la cuestión de cómo deben enajenarse o cederse los créditos hipotecarios. No podía la Comisión, al entrar en este punto, desentenderse de una opinión moderna, sostenida con energía y convicción en el terreno de la ciencia, que ha encontrado hábiles y decididos defensores y que ha llegado a ser ley en alguna nación extranjera: la de transmisión de los créditos hipotecarios por endoso. Sus partidarios, fundándose en la gran facilidad que presenta este modo de transmitir, en la economía que produce, en los rodeos que evita, en la circunstancia de no necesitar agentes intermediarios y en que el endoso hace que la obligación sea un valor en circulación que participa a la vez de las ventajas del crédito territorial y las del crédito personal, creen que es una mejora palpable que da grande ensanche a la propiedad, que introduce en ella la vida y animación mercantil y que destruyendo y ahorrando gastos inútiles proporciona al acreedor hipotecario medios expeditos para obtener su reembolso. Esto, añaden, viene a convertirse en beneficio del dueño de inmuebles, porque cuanta más facilidad encuentren los prestamistas para ser reintegrados en un momento para ellos angustioso, tanto menor será la dificultad que tendrán para prestar sobre el crédito territorial y tanto menor los intereses que lleven por el capital. Agrégase a esto que el objeto de las leyes hipotecarias no es sólo dar mayor seguridad a las hipotecas, sino también aumentar la extensión del crédito territorial y comunicarle una facilidad de circulación parecida a la activa del crédito mercantil, facilidad de que hasta ahora ha carecido y que debe ser su principal elemento de vida.

No participa de estas ideas la Comisión; cree, por el contrario, que está erizada de dificultades la asimilación de un contrato hipotecario al contrato de cambio. Nada hace el legislador con dar a una obligación civil el carácter y los efectos de una obligación mercantil, cuando la naturaleza de ella es esencialmente diferente; la esencia de las cosas prevalece y se sobrepone a la voluntad del legislador, que sólo producirá complicaciones sin conseguir su objeto. La ley civil, como la mercantil, tiene sus condiciones indeclinables de que no es lícito separarse sin gravísimos peligros, y como las diferencias, profundas muchas veces, que hay entre ellas, no son caprichosas, sino que se fundan en razones incontestables, el legisla-

Obsérvese que la exposición de motivos, según las frases que hemos transcrito, enfoca el tema desde el punto de vista del deudor hipotecante, dueño de la finca hipotecada, y que desde esa perspectiva niega la posibilidad de que el crédito se incorpore a un título como la letra de cambio o el pagaré a la orden para su movilización; pero reconociendo y atisbando el problema que ahora tratamos continuaban diciendo:

dor no alcanza a borrarlas; por esto tienen hasta cierto punto una vida independiente. Si se quiere confundirlas, si se quiere llevar a las transacciones civiles los principios y formas de las comerciales, se desnaturaliza el derecho, porque se hace general lo que sólo como excepcional tiene su razón de existir.

Los créditos hipotecarios, como representación del territorial, no admiten por su naturaleza la movilidad de las letras de cambio y de los pagarés a la orden. Para convencerse de ello basta observar que en las obligaciones civiles la solidaridad no se presume; por el contrario, en las comerciales, la solidaridad es la regla general, prueba de que una y otra legislación parten de principios diferentes. Y esta diferencia se funda en la diversa índole de unos y otros negocios; las obligaciones mercantiles son de poca duración, rápidas en sus formas, rigurosas en su cumplimiento y de prescripción corta: en ellas, la solidaridad es fácil y natural, porque el que firma una letra de cambio, el que la acepta y los que la endosan, todos se hallan en iguales condiciones, todos se obligan por la confianza que les inspira el crédito de los que antes firmaron, y como los créditos son para tiempo limitado, pueden obligarse sin temeridad y aun con escaso peligro, porque les es fácil calcular, si no con seguridad, con gran probabilidad al menos, la garantía que al vencimiento del crédito ofrecerán los nombres de los que aparecen ya obligados.

No puede decirse otro tanto respecto al crédito hipotecario: los que toman préstamos sobre su propiedad no suelen hacerlo para las empresas mercantiles o industriales, sino o para salir de una situación apremiante o para mejorar la misma propiedad con capitales que sólo lentamente y en una larga serie de años, y con grandes esfuerzos, produce la finca mejorada, la cual, entretanto, tiene que sostener los gastos de conservación o del cultivo y el pago de los intereses del capital anticipado. De aquí es que los propietarios, al tomar dinero a préstamo hipotecario para mejorar sus fincas, lo hacen a los plazos más largos posibles; de aquí que la razón aconseje una amortización lenta y sucesiva de los capitales tomados a préstamo para empresas agrícolas de algun importancia, y que éste sea el sistema seguido en los países en que más se ha extendido y favorecido el crédito territorial. Por esto, la transmisión por medio de endoso, si ha de conservar su condición general de obligar a todos los endosantes, no se acomoda bien a los contratos hipotecarios, porque no es de presumir que personas que por su prudencia y previsión en los negocios hayan adquirido un crédito sólido, quieran ser endosatarios, constituyéndose obligados solidariamente y a muy largo término. atendidas las vicisitudes a que está sujeto el crédito por los cambios sucesivos del valor de la propiedad, las dificultades que para el cobro suponen las sucesiones o divisiones de bienes y otras causas que más fácilmente se comprenden que se enumeran, pues que podría encontrarse en el caso de pagar el capital prestado y los intereses en el momento en que más desapercibidos se encontrarán y más ajenos a satisfacer una obligación que hacía muchos años hubiera pasado, y tal vez sólo momentáneamente, por sus manos

Mas si se dijera que podría hacerse el endoso sin responsabilidad del endosante, entonces quedarían anuladas en su principal parte las ventajas que el sistema del endoso produce en sentir de sus defensores, a saber: que el crédito personal de los endosantes venga a fortalecer el crédito territorial. Hay más: puede decirse sin inconveniente que lejos de fortificarlo, lo minoraría; cuanto más circula una letra de cambio, más confianza inspira, porque cada firma de un endosante es nueva garantía para los que después la reciban; pero si al endoso de los créditos hipo-

«No desconoce la Comisión que es conveniente y aun necesario buscar el modo de dar a los capitales prestados sobre bienes inmuebles una actividad en la circulación de la que hoy carecen. Pero esto no se consigue con disposiciones legales de la naturaleza de lo relativo a la transmisión de créditos hipotecarios ni por medios que quepan dentro de la Ley Hipotecaria; para ello es necesario que los títulos hipotecarios tengan valor conocido y notorio, que pueda ser apreciado éste a primera vista

tecarios se quita la responsabilidad de los endosantes, cada firma vendrá a ser una prueba de que la persona que poseía el crédito se ha deshecho de él, ha preferido a los intereses que producía otra especulación o más segura o más lucrativa, y quitada así la responsabilidad de los endosantes, ya desaparece esa facilidad de transmisión por endoso, porque nadie que tome el crédito dejará de hacer antes serias y detenidas investigaciones respecto al valor y circunstancias de la hipoteca. Queda así por única ventaja el menor coste de transmisión, ventaja bien mezquina al lado de los inconvenientes que lleva consigo el sistema de endoso. No es el menor lo que se presta a falsificaciones de descubrimiento difícil y a veces hasta imposible. No sirve decir que este temor no es probable, como se demuestra con las letras de cambio y pagarés a la orden; basta tener en cuenta que estas obligaciones son de corta vida, que pasan por muchas manos, que intervienen en las transacciones a que dan origen personas que frecuentemente se conocen y se ocupan en negocios mercantiles y que tienen activas relaciones, para que se conozca que la facilidad de descubrirse es grande e inmediata, y que esto mismo retrae a los falsificadores; pero no es de creer que esto suceda en los créditos hipotecarios, cuya duración es infinitamente mayor, cuya circulación será lenta y que tal vez pasarán muchos años no sólo sin descubrirse, pero aún sin sospecharse la falsificación.

No desconoce la Comisión que es conveniente y aun necesario buscar el modo de dar a los capitales prestados sobre bienes inmuebles una actividad en la circulación de que hoy carecen. Pero esto no se consigue con disposiciones legales de la naturaleza de la que acaba de ser examinada, ni por los medios que quepan dentro de la Ley de Hipotecas: para ello es necesario que los títulos hipotecarios tengan un valor conocido y notorio, que pueda éste ser apreciado a primera vista y sin necesidad de investigadores, que todos comprendan que la garantía es eficaz y legítima y que los adquirentes no serán defraudados en las negociaciones que respecto a ellos hagan; en una palabra, que entre los capitalistas y los propietarios que buscan recursos en el crédito territorial, haya instituciones intermedias que emitiendo obligaciones territoriales de valor auténtico, uniformes, fáciles de ser apreciadas por todos en cambio de las garantías hipotecarias que, previo el debido examen, reciban, transformen en inscripciones territoriales negociables los efectos al portador, los títulos hipotecarios que ellas se encarguen de realizar su cuenta y riesgo. Esta indicación basta al propósito de la Comisión.

Desechado el sistema del endoso, la Comisión sólo tenía que aplicar para la enajenación o cesión de los créditos hipotecarios las mismas reglas que dominan todo el proyecto; que la transferencia del crédito hipotecario se haga por escritura pública para evitar los fraudes a que puedan dar lugar los documentos privados poco adecuados para siempre para la adquisición de derechos en las cosas inmuebles; que se dé conocimiento al deudor para que sepa que en lo sucesivo ya no debe satisfacer el capital y los intereses al acreedor antiguo, sino al cesionario; que se inscriba el contrato en el Registro, porque en él debe constar todo lo que modifica el crédito hipotecario y las obligaciones que produce; que el cedente descuidado de poner en conocimiento del deudor la enajenación o cesión, responda al cesionario de los perjuicios que esta falta le ocasione, lo cual es consecuencia de la regla de que cada uno debe responder de los daños que a otro origine por no hacer lo que la ley le preceptúa».

y sin necesidad de investigaciones, que todos comprendan que la garantía es eficaz y legítima y que los adquirentes no serán defraudados en las negociaciones que respecto a ellos hagan; en una palabra, que entre los capitalistas y los propietarios que buscan recursos en el crédito territorial, haya instituciones intermedias que emitiendo obligaciones territoriales de valor auténtico, uniformes, fáciles de ser apreciadas por todos, en cambio de las garantías hipotecarias que, previo el debido examen, recibían, transformen en inscripciones territoriales negociales, como los efectos al portador, los títulos hipotecarios que de ellas se encarguen de realizar por su cuenta y riesgo.»

Con estas palabras se reconoce el principio de que en el crédito territorial lo esencial son las fincas y no las personas, pero sin atreverse a llevar esta afirmación a sus últimas consecuencias, conformándose con indicarla, y sin desligar en la hipoteca el derecho real que representa del derecho personal que garantiza, al que siguieron considerando como principal y necesario en la relación.

No admitieron, en consecuencia, la movilización del crédito, aunque regularon la transmisión del crédito hipotecario, entre otros medios, para conseguirlo, sin resolver el problema que conocían y que planteaban señalando, además, el camino idóneo para resolverlo, cuando se dice en las palabras transcritas que la solución se encuentra en la emisión de «obligaciones territoriales de valor auténtico, uniformes, fáciles de ser apreciadas por todos, EN CAMBIO DE LAS GARANTIAS HIPOTECARIAS QUE, PREVIO EL DEBIDO EXAMEN, RECIBA...», aludiendo, sin duda, a unos títulos que recibieran garantías hipotecarias, previa la calificación oportuna y la extensión en la institución registral del asiento correspondiente que constituyera y publicara esa garantía real.

La Comisión redactora de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1861 afirmaba que bastaba al propósito de la misma con la indicación efectuada y hoy, transcurridos más de cien años, siguen siendo válidas las palabras allí consignadas y nos admira la precisión de aquellos juristas para exponer el problema, diagnosticarlo, apuntar las soluciones y en unas brevísimas líneas marcar la solución y el camino para conseguir los fines propuestos.

En la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 se contempla, en su artículo 2.º (21), la posibilidad de constituir hipoteca del buque

(21) Art. 2. «La hipoteca naval podrá constituirse a favor de determinada persona o a su orden, rigiéndose en cada uno de estos casos la transmisión del crédito hipotecario por los preceptos generales de los derechos que respectivamente le conciernen; pero todo endoso de crédito hipotecario naval habrá de inscribirse en el Registro para que quien lo recibe por este medio pueda exigir su pago mediante el procedimiento que se establece en esta ley.»

a favor de determinada persona o a su orden, rigiéndose en cada uno de estos casos la transmisión del crédito hipotecario por los preceptos generales de los derechos que, respectivamente, le conciernen; pero en todo caso, el endoso del crédito hipotecario naval habrá de inscribirse en el Registro, para que quien lo reciba por este medio pueda exigir su pago mediante el procedimiento que establece la propia ley. Estamos, pues, en presencia de una transmisión de crédito hipotecario que exige la inscripción en el Registro, o sea, dentro de los cánones clásicos del sistema hipotecario español.

La legislación española, incluso en las últimas reformas, sigue siendo remisa a la admisión de otras figuras, y ello porque sigue pensando en la hipoteca como un derecho accesorio de la obligación personal, que continúa estimándose como lo principal en la relación jurídica.

La propia Ley Hipotecaria española de 30 de diciembre de 1944 se pronuncia en tal sentido, afirmando en su exposición de motivos que: «Por consideraciones de tipo social no han sido reconocidas determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecen ciertas legislaciones extranjeras. Por la suma facilidad de su constitución y por estar desvinculadas de toda relación causal, pugnarían con básicos principios del ordenamiento civil patrio y con arraigados hábitos jurídicos, al par que, por su movilidad excesiva, podrían hallarse en oposición con la función asignada a la propiedad. Su admisión, además, pecaría de prematura, en tanto no prosperen formas de tipo intermedio como las que se establecen.

La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit* y del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca. Esta forma de garantía no goza hoy del predicamento que en pasadas fechas obtuvo. Conforme arguyen los mismos tratadistas de los países que le dan acogida, se trata de una modalidad hipotecaria extremadamente compleja, que a una gran discrepancia teórica, ha sumado múltiples dificultades prácticas.

Tampoco se ha estimado conveniente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial. Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente. No obstante, se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad ésta muy destacada en la deuda territorial, digna, además, de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor, sin quebranto alguno para sus posibles acreedores».

En el Derecho comparado, y como mera referencia, podemos citar la cédula hipotecaria del Derecho germánico, en la que cédula e hipoteca forman un conjunto. La hipoteca lleva consigo la expedición de una cé-

dula por el Registrador, que el acreedor hipotecario emplea como instrumento fácil y barato de negociabilidad de su crédito hipotecario, con una mecánica parecida a la de nuestra hipoteca en garantía de títulos endosables y al portador de los artículos 150 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 114 de la de Sociedades Anónimas, ambas del Derecho español. Con la figura de hipoteca de cédula la garantía real es directa e inmediata.

Otro supuesto que cabe citar es el de los billetes a la orden, de la Ley francesa de 31 de diciembre de 1969, que implican una prenda del crédito hipotecario a favor de los sucesivos tenedores de los billetes, funcionando como una especie de subhipoteca; los contratos constitutivos de los créditos están a disposición del tenedor del billete, y a falta de pago del capital o de los intereses al vencimiento establecido, el portador del billete a la orden puede pedir, contra entrega del mismo, la recepción de los títulos de crédito y, en su caso, los efectos puestos a su disposición, transfiriendo dicha entrega, sin otra formalidad, la propiedad de los créditos, con los intereses, beneficios y garantías que le sean anejos hasta el límite de los derechos que concedan los billetes a la orden que tuviera.

2. LÍNEAS GENERALES DE LA SOLUCIÓN ADECUADA

Ya hemos dicho y repetido que para una efectiva garantía real del crédito representado por el título emitido, no basta con una normativa genérica de la hipoteca general, tácita y no registrada sobre todos los créditos inscritos a favor de la entidad emisora del título, porque ello, además de inoperante, es de consecuencias perturbadoras.

Se trata de encontrar una fórmula para hacer constar en el Registro de la Propiedad, concretamente en la inscripción del crédito hipotecario inscrito a favor de la entidad emisora de los títulos, que ese crédito en concreto queda afecto en garantía de esos títulos, porque solamente de esta manera quedará constituida una garantía especial, de carácter real, en forma expresa y los títulos gozarán efectivamente de ese respaldo.

El modo de conseguir esta conexión registral constituye el nudo gordiano del problema, que es necesario desatar o cortar.

Es imprescindible un asiento registral que venga a vincular determinadas hipotecas con determinada emisión de títulos, conectando los títulos emitidos con los créditos hipotecarios que le han de servir de garantía.

El problema es difícil y su solución nada fácil, y es preciso reconocer que acaso por eso en Derecho comparado, deseando que las cédulas hipotecarias lo fueran realmente, no han encontrado una manera práctica de efectuarlo.

Por lo mismo, según decíamos anteriormente, los legisladores españoles de 1861 y, en general, toda nuestra legislación hipotecaria, se muestran cautos e incluso recelosos con la movilización de activos hipotecarios.

Sin embargo, queda en pie la afirmación de que tal conexión es imprescindible, tanto que sin ella no es posible hablar de cédulas o títulos con garantía hipotecaria y, lo que es más importante, que sin esa garantía de carácter real es muy peligroso y aventurado conceder facultades de emitir títulos, pues si tratándose de Bancos o entidades oficiales de crédito el riesgo es mínimo, las consecuencias pueden resultar desastrosas ampliando a otras entidades las posibilidades de emisión, y en el extranjero se han producido casos de insolvencias generalizadas en sociedades emisoras de títulos que se decían hipotecarios sin serlo, y que a la hora de la verdad han resultado fallidos, provocando escándalos financieros y la ruina de pequeños ahorradores que habían colocado sus recursos en esos títulos.

La conexión registral entre los títulos emitidos y los créditos hipotecarios que los garanticen podría efectuarse en forma individualizada o genérica.

La primera consiste en conectar cada uno de los créditos hipotecarios con uno o varios títulos concretos, perfectamente individualizados, por su serie y número, de forma especial.

La segunda se conformaría con conectar cada crédito hipotecario con uno o varios títulos indeterminados, de forma tal que en realidad se conectarán dos masas de valor.

La conexión individualizada es la más perfecta desde el punto de vista hipotecario y su principio de especialidad, pero ofrece tantas dificultades de tipo operativo que la hacen desaconsejable, pues para aplicar este procedimiento habría que distribuir los títulos emitidos, con su específica numeración, entre todos los Registros de la Propiedad en los que estuvieren inscritos los créditos hipotecarios que habrían de garantizarlos. Esto provocaría inconvenientes que con ser grandes, sería posible superarlos, pero que serían más difíciles de resolver cuando a la hora de cancelar la hipoteca y, consecuentemente, la afección fuera preciso encontrar precisamente los mismos títulos, los de esa especial numeración que estaban garantizados con la hipoteca cancelable.

El mercado secundario de hipotecas, es decir, el de los títulos emitidos, por su propia naturaleza ha de ser de ámbito nacional, en tanto que las hipotecas del mercado primario, o sea, los créditos o préstamos hipotecarios que los garantizan, estarían diseminados por los diferentes Registros de la nación, algunos de reducido distrito, en el espacio geográfico, o de pequeño número de créditos inscritos en los mismos, de forma que una emisión de títulos representativos de millones de pesetas

para ser colocados en toda España, o tal vez en el extranjero, tendrían que estar garantizados por hipotecas constituidas sobre inmuebles existentes en multitud de ciudades y de pueblos y, en consecuencia, inscritas en diversos Registros.

El sistema de la conexión individualizada sería de una lentitud enorme en el despacho de la constitución de la garantía y, sobre todo, en la distribución de los títulos y en la cancelación de las hipotecas y de la afección, todo lo cual, como antes se decía, hacen desaconsejable su adopción.

Es preciso configurar la conexión dentro del contenido puramente patrimonial, vinculando dos masas patrimoniales, una representada por los créditos hipotecarios y otra por los títulos emitidos con su garantía, admitiendo la indeterminación de los títulos concretos garantizados por cada uno de los préstamos hipotecarios, sustituyéndola por una garantía de masa de valor, es decir, que se conectarían sobre cada crédito una cantidad o número de títulos, sin especificación de su valor, con un valor nominal igual o inferior que el capital garantizado con la hipoteca.

La masa de créditos hipotecarios primarios constituidos a favor de la entidad emisora se convertiría en un patrimonio con limitación de responsabilidad, afecto o adscrito como garantía de la masa de títulos emitidos, y todo ello mediante esa vinculación o conexión registral que únicamente detallaría que cada crédito queda afecto a una cifra de títulos por una cantidad equivalente al capital garantizado.

Es verdad que con ello no queda respetado a ultranza el principio de especialidad, pero ni sería el único caso en el que esto suceda en Derecho español, ni existe posibilidad práctica de hacerlo de otra manera, ya que de cumplirse el principio de especialidad estaríamos en presencia de una transmisión o afección individualizada de cada crédito que crearía más problemas que los que tratan de resolverse.

Rechazada la subhipoteca legal tácita y no registrada, la afección o conexión registral que se propugna, sin llegar a identificarse, viene a corresponderse con la subhipoteca vigente expresa, aunque más bien como una figura intermedia, ya que se diferencia de la subhipoteca expresa, entre otras razones, por falta de asiento de inscripción separada de la misma, pero forzoso es reconocer que el mecanismo de ambas figuras es sustancialmente el mismo.

Esta analogía entre la afección registral y la subhipoteca, se hace más imprecisa teniendo en cuenta los borrosos contornos de la figura de la subhipoteca, cuya existencia reconocida en el Derecho español, en el número 4 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, y nominada en el número 4 del artículo 175 del Reglamento dictado para aplicación de la refe-

rida Ley (22), dada la parquedad de los materiales legislativos y de los estudios doctrinales sobre la misma (23), sin que sea más abundante la perspectiva en la jurisprudencia, ya que el criterio de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado es fluctuante e inseguro, y así mientras en algunas de ellas parece que la subhipoteca se configura como hipoteca, delimitada de la cesión de créditos y de otras figuras, tal orientación se desvirtúa y, en definitiva, se pierde al explicar efectos de aquélla como si se tratase de la cesión de créditos hipotecarios. Merece citarse, por su importancia y trascendencia, la Resolución de 14 de septiembre de 1927, que marca una orientación clara y definida, declarando que la subhipoteca y la hipoteca son una misma figura, aunque con objetos diferentes.

Dejando aparte el examen de las varias teorías existentes sobre la naturaleza jurídica de la subhipoteca (24), es lo cierto que en ella la idea

(22) Art. 107 de la Ley Hipotecaria. Podrán también hipotecarse: 4. El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él de la resolución del mismo derecho.

(23) Art. 175 del Reglamento Hipotecario. En consecuencia de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 82 de la ley, la cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas se verificará con sujeción a las reglas siguientes: 4.ª La inscripción de subhipoteca, constituida sin los requisitos del artículo 149 de la ley, podrá cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del subhipotecante. En el caso de que se hubieran cumplido dichos requisitos será necesario, además, el consentimiento del subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere igual o inferior a la garantizada por la hipoteca.

(24) Entre las principales teorías sobre el juego íntimo de la subhipoteca, y principalmente en orden a la determinación del objeto sobre el que recae la misma, podemos citar: A) ROCA SASTRE, que entiende que la legislación española ha seguido el sistema romano del *subpignus*, pero sin que éste suponga cesión alguna del crédito con fines de garantía, ni su transmisión fiduciaria con fines de seguridad, sino que sólo provoca una subrogación para el ejercicio de la hipoteca subhipotecada, de modo que el acreedor subhipotecario ejercita el *ius vendendi* del deudor subhipotecante, de forma que la acción no se dirige a enajenar la hipoteca gravada con la subhipoteca, sino simplemente a ejercitarla. B) VALLET DE GORTISOLO construye su hipótesis considerando a la subhipoteca como una transmisión de efectos limitados por su propio fin del crédito del subhipotecante, con su garantía hipotecaria, a efectos de dotar al crédito del subhipotecario de la seguridad que le brindaba la sujeción del bien objeto de la hipoteca. C) Díez PASTOR, que sostiene que se trata de una prenda de crédito garantizada con hipoteca, que la relación principal recae sobre el crédito y que el derecho real de hipoteca queda sujeto únicamente como accesorio, quedando reducida la figura de la subhipoteca a una cesión del crédito con fines de garantía. D) LÓPEZ DE HARO, para el que la subhipoteca es una cesión aislada de la hipoteca. E) MARÍN PÉREZ, que defiende el criterio de que la subhipoteca es un gravamen de la hipoteca como consecuencia de haber gravado el elemento principal del cual aquélla es accesorio, o sea, que, en definitiva, la configura como una hipoteca sobre el crédito. F) Finalmente, GULLÓN BALLESTEROS, que sostiene que la subhipoteca es una hipoteca de hipoteca, rechazando la tesis romana de la subrogación en el ejercicio de las acciones derivadas de la hipoteca del subhipotecante, estimando que lo hipotecado es el crédito-hipotecario en su unidad.

básica se centra en la posibilidad de ejercicio por parte del acreedor subhipotecario de las facultades correspondientes al acreedor hipotecario o subhipotecante. El acreedor hipotecario (entidad emisora del título) constituye como garantía de la cédula emitida el crédito hipotecario, y caso de incumplimiento de su obligación de pago del capital o de los intereses del título a su vencimiento, su acreedor, el subhipotecario, tenedor del mismo, se subroga en el ejercicio de las facultades y acciones que correspondían a su deudor, es decir, que se subroga o coloca en su lugar. No es que se produzca una cesión de créditos, sino simplemente la posibilidad de subrogarse en la posición del acreedor hipotecario para gozar de la seguridad que proporciona el tener encadenada la cosa hipotecada para que llegado el caso sea blanco seguro de la acción ejecutiva, dándose un juego similar al que se produce en el caso de transmisión fiduciaria de acciones a efectos del ejercicio del derecho de voto.

El acreedor subhipotecario (poseedor del título emitido y garantizado) protege su crédito con la seguridad real que acompaña al crédito hipotecario que le garantiza y que se afecta, pero solamente a los efectos de gozar de esa garantía. Diríamos que de alguna manera se le cede para permitirle dos cosas distintas y sucesivas: una, gozar de la seguridad representada por la garantía hipotecaria, y otra, para que en caso de incumplimiento por parte de su deudor ejercite las acciones que a éste correspondían sobre la cosa hipotecada, incluso la oportuna acción ejecutiva y hacerse pago de su crédito.

La ejecución subhipotecaria no persigue la ejecución aislada de la hipoteca, provocando la enajenación del crédito hipotecario, que sirve de garantía al acreedor subhipotecario, sino que más bien, por economía procesal, es como si se fundieran dos hipotecas en una sola, aunque originadas por títulos distintos de rangos diferentes.

Naturalmente que la afcción, especie de subhipoteca, está supeditada a la vida de la hipoteca, y que extinguida ésta desaparece el derecho de garantía establecido sobre la misma, siendo el modo más frecuente de extinción de la hipoteca el pago del crédito efectuado por el propietario de la finca hipotecada; pero el acreedor subhipotecario no queda desamparado y la ley arbitra medios para proteger sus intereses, si bien exige el cumplimiento de los requisitos de la notificación de la subhipoteca al deudor hipotecario, ya que efectuada esta notificación si paga a su acreedor sin consentimiento del subhipotecario, su pago no será liberatorio, no se entenderá bien hecho y tendría que pagar otra vez (al acreedor subhipotecario), sin perjuicio de las acciones personales contra su acreedor, para liberar su finca del gravamen hipotecario. Sin ese consentimiento del acreedor subhipotecario o, en su defecto, sin consignar el importe de la deuda garantizada por la subhipoteca, el deudor hipotecario

no queda liberado. En cambio, si no existe esa notificación, el pago hecho a su acreedor libera al deudor hipotecario, extingue la hipoteca y ésta puede cancelarse, extinguiéndose y cancelándose, en consecuencia, también la subhipoteca. Todo lo cual constituye la estricta aplicación de lo que dispone la regla 4.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, dictado para aplicación de la Ley Hipotecaria española.

Repetimos que el juego de la afección que se propugna es similar a la subhipoteca.

No se articula la garantía como subhipoteca propiamente dicha por los inconvenientes de su formalización en escritura pública e inscripción sobre todos y cada uno de los créditos hipotecarios constituidos en garantía, aparte de que acudiendo a la subhipoteca con inscripción en cada caso, aparecía menos correcta la distorsión del principio de especialidad al no seguirse la conexión individualizada de los títulos y sustituirla por una mera concreción de valor, lo que tratándose de una afección por nota marginal resulta menos anómalo.

Se pretende conseguir que los derechos del poseedor o tenedor de los títulos emitidos con garantía hipotecaria CONSTEN EN EL REGISTRO, que estén efectivamente garantizados con la expresión registral sobre los derechos dados en garantía de los mismos, a fin de evitar que el titular de los créditos hipotecarios perciba su importe, los cancele, los transmita o los elimine de su patrimonio o ni siquiera los constituya, mientras el tenedor de los títulos, que se le había asegurado que estaban garantizados con aquellos créditos, no puede ejercitar acción alguna contra los mismos porque la protección de la fe pública registral se lo veda.

Por el contrario, si ese derecho de garantía tiene constancia registral, el mismo juego de la fe pública registral constituye la más eficaz defensa de sus derechos, al constituirse una auténtica carga real como afección del crédito hipotecario que le sirve de garantía.

Se constituye una afección que sujeta directa e inmediatamente el crédito hipotecario a las responsabilidades del pago del capital e intereses del título emitido con su garantía.

No es argumento contrario a la figura la circunstancia de la distorsión que sufre el principio de especialidad, puesto que otros supuestos análogos se producen en el Derecho Hipotecario español, y en este sentido, pensamos en la afección por legítimas del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, según la cual se hace constar la existencia de legítimas sobre todos los bienes hereditarios, y ello implica una especie de hipoteca general solidaria, pero expresa, que garantiza el pago de dichas legítimas, y aunque el texto legal emplee el término poco afortunado de «mención», de hecho, actúa como una afección; otro tanto podemos decir de las afecciones que garantizan el pago del arbitrio municipal de plusvalía, o de los im-

puestos de transmisiones patrimoniales o actos jurídicos documentados en todos los casos de exenciones provisionales, o de desmembración del dominio como garantía del pago de impuestos de transmisiones o de sucesiones por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, o las afecciones que garantizan el cumplimiento de obligaciones contraídas como consecuencia de urbanizaciones con arreglo a la Ley del Suelo, o de beneficios en Polos de Desarrollo Industrial, etc.

En todos esos casos de lo que se trata es de que exista constancia de esa preferencia, de ese derecho, de ese gravamen o carga, para que no resulte irrealizable lo garantizado por la presencia de tercero protegido por la fe pública registral.

3. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA

Se hace referencia, entre ellos, a los personales, reales y formales, insistiendo particularmente en las cuestiones específicamente registrales.

3.1. *Personales*

Entre las entidades que pueden ser autorizadas para emitir títulos con la garantía de los créditos existentes a su favor pueden citarse al Banco Hipotecario de España, Banco de Crédito a la Construcción, Cajas de Ahorro Confederadas, Caja Postal de Ahorros y sociedades bancarias y financieras a las que específicamente se les atribuya tal facultad, siempre que reúnan los requisitos que previamente se establezcan.

Es totalmente desaconsejable otorgar esa facultad a otras sociedades mercantiles, a cooperativas, patronatos, etc. Y ello porque, aparte de que esas entidades al no tener entre sus fines la concesión de préstamos (excepción hecha de las cooperativas de crédito), su operatividad vendría limitada por la legislación de ordenación bancaria, no aparecen aptas para el fin pretendido. Lo único que hacen y que podrían hacer esas entidades es hipotecar sus propios bienes inmuebles en garantía de los créditos concedidos a las mismas mediante hipoteca de tráfico o de cédula, ésta al amparo de los artículos 150 y siguientes de la Ley Hipotecaria; pero ello, como ya hemos dicho, no es el caso que venimos examinando.

En cuanto a la posibilidad de que esas entidades movilizaran sus activos hipotecarios (los constituidos en garantía de los edificios construidos por ellas mismas) es preciso actuar con enorme cautela. Resulta indudable que las garantías y controles, tanto administrativos y financieros como jurídicos y registrales, han de ser tanto más rigurosos y

acentuados cuantas más entidades tengan concedida la facultad de emitir títulos y cuanto más privado sea el carácter de las mismas.

En esta materia es forzoso adoptar una pulcritud absoluta en la selección de las entidades emisoras de títulos, ya que las desviaciones en los criterios valorativos pueden crear desconfianza en el mercado de colocación de esos títulos.

Para cada emisión debe existir autorización administrativa previa, que se concedería después de estudiar los informes adecuados elaborados por los oportunos órganos financieros. Es preciso tener en cuenta que siempre tendrá que existir una adecuación entre el volumen de emisión y las posibilidades del ahorro que se pretende captar, porque intentar colocar una cifra exagerada y desproporcionada de títulos en el mercado es restar posibilidades a otros sectores y desprestigiar la emisión, ya que el principio del equilibrio financiero es tan válido en el sector privado como en el público. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la emisión de títulos equivale a una especie de emisión de papel moneda y que tiene repercusiones en la inflación.

Por todo ello es imprescindible un control administrativo y financiero para fijar el volumen de la emisión, momento oportuno de su salida al mercado de capitales, situación económica del sector y del ahorro, etcétera, así como el destino concreto que haya de darse a los recursos que se obtengan con la negociación de los títulos emitidos.

Tratándose de títulos hipotecarios deberá existir adecuada correlación entre los títulos emitidos y los créditos hipotecarios existentes inscritos a favor de la entidad emisora de aquéllos, requisito que habrá de ser acreditado con la correspondiente certificación o certificaciones registrales, circunstancia que exige que uno de los elementos de juicio a tener en cuenta para la concesión de la autorización de emitir sea la de justificar la existencia de esos créditos.

3.2. *Reales*

Pueden considerarse en este apartado las hipotecas que constituyen el mercado primario y los títulos que integran el secundario.

a) *Hipotecas*.—El elemento real básico para la afección registral viene representado por los créditos hipotecarios que han de servir de garantía a los títulos emitidos.

Estos créditos hipotecarios, estas hipotecas, habrán de ajustarse a unas determinadas peculiaridades: primero, porque no todas las hipotecas son aptas para servir de garantía, y segundo, porque es necesario que los títulos hipotecarios tengan un valor conocido y notorio, que

puedan ser apreciados a simple vista y sin necesidad de investigaciones o de especiales conocimientos jurídicos para desentrañar o interpretar el sentido de sus cláusulas. En una palabra, deben ser hipotecas-tipo o normalizadas, necesidad que se hace sentir también en el mercado primario, como lo muestra la experiencia y los intentos de crear fórmulas para institucionalizar unas cláusulas determinadas, concretas y fijas, pero que resultan imprescindibles para poder ofrecer esas hipotecas como garantía y cobertura de los títulos emitidos.

El ideal sería que esas hipotecas tuvieran un vencimiento fijo o que fueran amortizables por años, en forma siempre coincidente con los títulos a los que sirven de cobertura, con un interés, fechas de pago de éste, con cláusulas de estabilización, en su caso, etc., de forma coincidente o armónica con los títulos que garantizan. Ello es prácticamente imposible o, cuando menos, muy difícil; pero, como mínimo, esas hipotecas han de reunir determinadas características, entre las cuales podemos citar las siguientes:

— No exceder la hipoteca o, por mejor decir, el crédito hipotecario con ella garantizado del 50 por 100 del valor de tasación de los bienes inmuebles hipotecados. Para ello debe velar la sombra tutelar del Estado por las valoraciones de los inmuebles que constituyen la base económica de las hipotecas, fijando unos medios objetivos de valoración; la anunciada Ley de Valoraciones a efectos fiscales podría ser un medio eficaz para fijar esos valores. De otro lado, en las Viviendas de Protección Oficial, al ser su valor por metro cuadrado construido o útil determinado por un módulo establecido previamente, también implicaría un valor objetivo de tasación. Se busca, en definitiva, que no exista posibilidad de fraude por una entidad emisora que constituyera hipotecas a su favor con la garantía de unos bienes inmuebles valorados excesivamente, y que con base en esos créditos hipotecarios emita títulos cuya garantía deviniera ineficaz o insuficiente por no tener los bienes el valor que de buena o mala fe se les hubiere atribuido.

— No recaer sobre edificio en construcción, salvo que se limiten a garantizar el 50 por 100 del valor del suelo, y ello para no quedar supeditado el valor económico de la garantía a la construcción o no del edificio, circunstancia desconocida por el poseedor del título.

— No recaer sobre bienes que estén afectos a condiciones resolutorias, sustituciones, reservas, cargas o gravámenes anteriores o preferentes a las hipotecas, que provoquen o puedan provocar la extinción de las mismas. Otro tanto puede decirse respecto de los bienes litigiosos o sobre usufructo, o sobre bienes sujetos a pacto de retro, concesiones administrativas o, en general, sobre titularidades provisionales; todo ello

para evitar que pueda desaparecer la hipoteca, y con ella la cobertura por causas que pudiéramos llamar automáticas o forzosas y ajenas a la voluntad del acreedor y deudor.

— No estar los créditos hipotecarios sujetos a condiciones resolutorias, etc., y ello por la misma circunstancia anteriormente expresada.

— No recaer sobre bienes inmatriculados con la limitación de efectos, respecto de terceros. del artículo 207 de la Ley Hipotecaria. por idéntica causa que las anteriores.

— No tratarse de hipoteca de seguridad o de máximo. Y ello porque estas hipotecas no responden de la existencia o cuantía del crédito, que, por tanto, ha de ser objeto de prueba posterior, puesto que puede ocurrir que el crédito no exista o sea de cuantía inferior al máximo establecido, resultando, en consecuencia, inexistente o disminuida la garantía.

— No ser hipotecas de cédula, sino ordinarias, y ello por la misma razón expuesta, ya que en las primeras la transmisión de la cédula implica la transmisión del crédito y resultaría inexistente la paridad económica entre lo que ha de percibir la entidad emisora del título por el crédito hipotecario y lo que ha de pagar, como deudora, por el título emitido con aquella garantía.

— Tratarse de hipotecas constituidas en garantía de préstamos otorgados para la construcción o adquisición de viviendas. En este punto podría ampliarse a hipotecas constituidas sobre fincas rústicas para mejoras agrícolas, problemas ganaderos, elevación del nivel de vida rural o del medio ambiente, etc. Lo que queremos significar es que ha de tratarse de préstamos causales para un fin determinado, ya que, de otro lado, los recursos obtenidos mediante la venta de los títulos emitidos con su garantía han de dedicarse también a fines concretos especificados en la autorización de la emisión.

— Contener la cláusula expresa de que esas hipotecas sirven para garantía o cobertura de emisión de títulos por la entidad emisora. Y ello porque con esa cláusula ya queda cumplido el requisito de notificación al deudor cuando se establezca la afección: cláusula perfectamente válida. Pensemos, en las de estilo, que suele darse en hipotecas de Bancos, Cajas de Ahorro, etc., de que puede transmitirse el crédito sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor y con las consecuencias que de una notificación expresa se derivan para el mismo.

— Ser siempre primeras hipotecas y no haber servido previamente como garantía de otros títulos con afección que se encuentre vigente al momento de constituir la nueva, por la razón ya expuesta, y que resulta obvia.

— Tratarse de hipotecas ya constituidas, que consten inscritas al tiempo de efectuarse la emisión que garanticen, puesto que ha de constituirse y registrarse sobre ellas la garantía real del título emitido, y no cabe esa garantía abstracta del artículo 98 de los Estatutos del Banco Hipotecario de España y que reproducen los Decretos-leyes, tantas veces citados. de 1975 y 1978, sobre «las hipotecas que se constituyan en cualquier tiempo», derecho futuro, inexistentes relaciones jurídicas, que no pueden servir de soporte a un derecho real.

— Con cláusula expresa de que los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán de derecho subrogados en todas las obligaciones que por razón de aquéllos hubiera contraído el causante con la entidad acreedora. Acaso, y como una compensación al deudor hipotecario y a los sucesivos adquirentes de los bienes hipotecados, debiera establecerse en ellas la cláusula expresa de limitación de responsabilidad al valor del bien gravado (art. 140 de la Ley Hipotecaria) (25), identificando la responsabilidad personal con la real, dentro de una línea de desligar la obligación personal que constituye el crédito de la relación real, que es la hipoteca, reduciendo o eliminando la accesoriedad de ésta respecto de aquél, lo que facilitaría el ejercicio de la acción personal y la real al coincidir ambas en el mismo sujeto pasivo. realizándose del propio modo en la persona del deudor la subrogación en el préstamo, sin necesidad de notificaciones que darían lugar a una falta de agilidad en el procedimiento.

— Con cláusula expresa de que no será posible cancelar parcialmente la hipoteca por cantidad inferior al nominal de determinado número de títulos. lo que es perfectamente admisible, puesto que es frecuente en las hipotecas que no se admitirán amortizaciones parciales inferiores a determinada suma, y el artículo 122 de la Ley Hipotecaria (26) mantiene la subsistencia íntegra de la hipoteca mientras no se cancele, aunque se haya reducido la obligación garantizada.

(25) Art. 140 de la Ley Hipotecaria. «No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito que responda, podrá el acreedor repetir, por la diferencia exclusivamente, contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121.»

(26) Art. 122 de la Ley Hipotecaria. «La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque lo restante haya desaparecido, pero sin perjuicio de lo que se establece en los dos artículos siguientes.»

Estas y otras características de las hipotecas que habrían de constituir el elemento real base de la afección, debidamente matizadas, podrían establecerse para las hipotecas que se constituyeran en adelante. Respecto de las ya constituidas, para que pudieran servir de garantía a títulos que se emitieran, tendría que disponer alguna norma legal las condiciones mínimas de esas hipotecas e incluso qué forma o en qué condiciones serían notificados los deudores de esos créditos hipotecarios a efectos de constitución de la afección, aun cuando no hubieran prestado su consentimiento para la constitución de tal garantía. Recordemos que el consentimiento del deudor hipotecario no es necesario para transmitir el crédito, ni tampoco para constituir subhipoteca sobre el mismo, ni aun precisa su conocimiento, teniendo la notificación el único efecto de considerar el pago que efectúa al titular del crédito transmitido o al acreedor hipotecario que lo grava como no liberatorio, y de aquí que podría prevenirse una notificación legal a los solos efectos, una vez que además estaría amparada por la publicidad registral, de que el pago hecho al acreedor hipotecario sin consentimiento del favorecido por la afección fuera ineficaz.

b) *Títulos emitidos*.—Los títulos emitidos hasta el Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, se designaban como cédulas y bonos hipotecarios, bien que no se precisaran las características de unas y otros, y de aquí que pudiera pensarse que los bonos hicieran referencia a las llamadas «obligaciones especiales» en la legislación del Banco Hipotecario de España.

En esta materia, el proyecto de ley actualmente en las Cortes, y al que nos referiremos posteriormente, modifica sustancialmente lo referente a las clases de títulos que pueden emitirse, y por lo mismo en este punto no insistimos sobre ello, aunque en el informe y proyecto elaborados por la Comisión nombrada por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad de España se detallaba ampliamente las clases de títulos, sus características, etc., resaltando que únicamente tendrían la denominación de «hipotecarios» cuando efectivamente fueran de esa naturaleza.

3.3. *Formales*

En este apartado examinamos el documento necesario para constituir la afección y el asiento registral correspondiente, y dentro del primero, lo referente a la inscripción en el Registro Mercantil.

a) *Documento*.—Cabe distinguir en este punto entre el documento de emisión, con la autorización administrativa correspondiente, y el do-

cumento inmediato, que serviría para practicar el asiento registral pertinente. Y con referencia a ambos cabría plantearse si debiera ser de carácter público o no, y dentro de los primeros, de qué clase, si notarial o administrativo, y ello, repetimos, tanto respecto del documento de emisión como al de formalización concreta de la misma. Ello comporta implicaciones y problemas de la más variada índole y realmente no es objeto de este trabajo.

Baste decir que el proyecto de ley que se encuentra en las Cortes previene la exigencia de escritura pública. Con la concesión de la autorización de emisión se establecería el plan financiero y se fijarían los controles administrativos establecidos para el mantenimiento de la paridad entre la emisión y los créditos hipotecarios que los garantizaran.

Respecto al cumplimiento de los requisitos que previenen el Código de Comercio, número 10 del artículo 21, y el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, es decir, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de emisión, entendemos que no se debe prescindir de tal requisito; no existe ninguna razón para desconocerlo, puesto que el mismo no es un mero elemento formalista, sin trascendencia, sino, por el contrario, fundamental para que cualquier tercero que contrate con la sociedad emisora conozca, por la publicidad que proporciona el Registro Mercantil, si esa sociedad ha emitido títulos con garantía de sus activos hipotecarios o con la universal de su patrimonio, si existe una sola emisión o varias y su importe o cuantía, puesto que ello implica el volumen de deuda o pasivo de la sociedad en una parte considerable, y no es baladí que sea desconocido por los que contratan con ella. Esta exigencia resulta imprescindible con las entidades privadas (sociedades mercantiles, cooperativas, etc.), pero incluso no debe prescindirse de la misma ni con los Bancos oficiales, puesto que éstos han adoptado la forma de sociedades anónimas. Podrá limitarse a una mera nota marginal que exprese la fecha y cuantía de cada emisión, pero prescindir del cumplimiento de ese requisito puede resultar muy peligroso, tanto más cuanto mayor sea la extensión de la facultad emisora.

Por lo que se refiere a entidades que no adopten la forma de sociedades anónimas o se trate de asociaciones u otras personas jurídicas, la Ley de 24 de diciembre de 1964 previene la necesidad de hacer constar las emisiones en el Registro Mercantil, y el cumplimiento de tal requisito se acentúa con mayor intensidad que para las sociedades mercantiles anónimas.

La puesta en circulación de la emisión, el lanzamiento de los títulos al mercado, necesariamente habría de estar precedido por la inscripción de la emisión en el Registro Mercantil y por la constitución de la afectación registral de la garantía en el de la Propiedad.

b) *Asiento registral*.—Fundamentalmente por razones de economía, rapidez y simplificación, se considera como asiento más adecuado el de *nota marginal*, extendido al margen de la inscripción de crédito hipotecario, que por dicho asiento quedará afecto en garantía de los títulos hipotecarios emitidos.

Ya hemos dicho que se trata de una nota marginal que hace constar en el Registro de la Propiedad la garantía, como una afección de cantidad, que tendrá el límite del capital asegurado por la inscripción de hipoteca vinculada por la nota.

Se tratará de una nota marginal de las denominadas sucedáneas o de función equivalente al asiento que sustituye; produce los efectos de una verdadera inscripción, que por virtud de preceptos excepcionales y por razones de simplificación adopta la forma de nota marginal.

Las circunstancias de la misma resultan del propio contenido, ya que tendría que hacer constar la afección o garantía del crédito inscrito como garantía de los títulos, importe o montante de esa garantía, referencia a la emisión de títulos de que se trate para que quede identificada, documento en virtud del cual se extiende la nota, referencia al asiento de presentación y al pago del impuesto, y en su caso, fecha y media firma. Estas circunstancias, por lo que se refiere a la nota marginal extensa, pues es claro que extendida una de esta clase las concisas podrían reducirse mucho más, simplificándolas al máximo.

La extensión de la nota, tanto extensa como concisa, podría practicarse mediante el empleo de medios mecánicos de reproducción: mecanográficos en los libros de hojas móviles o tampón en los libros tradicionales.

Los honorarios a percibir por dichas notas se fijarían reglamentariamente, pero ya la circunstancia de tratarse de asientos de nota marginal deja los mismos reducidos a términos prácticamente irrepercutibles en el costo de la operación.

La extensión de las notas de afección tendría que estar precedida, naturalmente, de la calificación por el Registrador, con el mismo ámbito que para los documentos no judiciales. En cuanto al documento o documentos de la emisión, si bien la calificación registral habrá de abarcar la legalidad de las formas extrínsecas del documento o documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en ellos, por lo que resulte de los mismos y de los asientos del Registro, es decir, con la amplitud y detalle que se deriva del artículo 18 de la Ley Hipotecaria (27), parece que quedaría vedado a la función cali-

(27) Art. 18 de la Ley Hipotecaria. «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otor-

ficadora la procedencia o no de la autorización para la emisión, así como si se observan o no los controles financieros o administrativos y, en general, todo cuanto rebase el contenido del documento y del Registro. La calificación, en consecuencia, comprendería el examen del documento que se presenta al Registro para la práctica del asiento, así como si los créditos dados o presentados como garantía reúnen las condiciones precisas para constituirla.

Esta calificación a cargo del Registrador es indispensable, y ello no por razones de fuero, sino por exigencia del principio de legalidad y porque solamente el Registrador estará en condiciones de dictaminar, bajo su responsabilidad, si las hipotecas ofrecidas en garantía de los títulos existen inscritas, están vigentes y corresponden a la entidad emisora de los títulos como acreedora, si reúnen los requisitos legalmente establecidos para que puedan servir de garantía, así como también si el documento en virtud del cual se solicita la práctica del asiento de afección reúne los requisitos de forma y de fondo imprescindibles para dar lugar al mismo y si sus otorgantes tenían capacidad para hacerlo.

El procedimiento registral para la práctica de estas notas se adaptaría, en esencia, al siguiente trámite:

1.º La entidad emisora de títulos con garantía de sus créditos hipotecarios, una vez obtenida la autorización administrativa de emisión, solicitaría, mediante instancia del Registro o Registros de la Propiedad en los que tales créditos estuvieren inscritos, certificación comprensiva de todos ellos. La solicitud podría comprender la relación de los mismos, y la certificación limitarse a confirmar el contenido de la instancia o a dejar constancia de sus diferencias. Es claro que también podría comprender la certificación los datos precisos—constaran o no en la instancia—, y en cualquier caso, la certificación, en relación, acreditaría los datos registrales de la hipoteca, el importe del capital asegurado, plazo de vencimiento del préstamo y las demás precedentes, y, en su caso, la circunstancia de que las hipotecas son aptas para servir de garantía a la emisión de títulos.

2.º La extensión de la certificación se haría constar mediante la práctica de una nota marginal expresiva de tal circunstancia. Esta nota, si bien no tendría virtualidad para provocar el cierre del Registro respecto al crédito hipotecario correspondiente, ni paralizaría las facultades dispositivas del deudor hipotecario respecto de la finca, ni del acreedor respecto del crédito, llamaría la atención de los sucesivos adquirentes sobre la existencia de esa emisión y de la posible afección del crédito a

gantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro »

su garantía, impidiendo que se invoque de buena fe el principio de fe pública registral. Esta nota marginal tendría un plazo de validez relativamente corto, por ejemplo, seis meses, transcurrido el cual sería cancelable por caducidad, y, en todo caso, no surtiría efecto pasado ese plazo, aun cuando no se hubiere extendido la nota de su cancelación.

3.º Dentro del plazo de validez de la nota, la entidad emisora recibiría la autorización para poner en circulación los títulos emitidos, exigiendo como trámite para la efectiva circulación que se extendiera la nota o notas de afección. Si se solicitaba la práctica de éstas dentro del plazo de vigencia de la de expedición de la certificación, la nota de afección surtiría efectos sin más desde dicha fecha, pero en el caso de ser presentada después únicamente surtiría efectos desde la fecha de su realización.

4.º Devueltos de los Registros la escritura o documentos con nota de haberse extendido las notas de afección, podrían ponerse en circulación los títulos emitidos.

Tanto para la expedición de la certificación como los asientos de notas marginales, de constancia de ello y de afección propiamente dicha, según ya hemos dicho para este último, podrían y tendrían que emplearse medios mecánicos de reproducción.

Resulta innecesario expresar, por obvio, que la certificación habría de expedirse en un plazo breve, sin que pudiera aplicarse el máximo de cuatro días por finca que establece el artículo 236 de la Ley Hipotecaria, y que la práctica de los asientos de nota marginal habría de llevarse a cabo en un plazo más perentorio que el de los sesenta días que dice el artículo 17 de la propia Ley, y aun de los treinta días que, para el caso de no existir obstáculos que lo impidan, señala el artículo 97 de su Reglamento.

Esta rapidez en el despacho no debe constituir una dificultad insalvable, máxime cuando la existencia de ésta no debe ser óbice para llevarlo a efecto, ya que, además, es preciso pensar que se trataría de certificaciones normalizadas con breves datos a consignar en ellas y de fácil realización, y otro tanto cabe decir de las notas marginales, pues con los medios mecánicos de reproducción y su breve contenido permitirían su realización en breve tiempo.

Es preciso contemplar el problema con visión de futuro, que en algunos Registros está siendo ya presente con la existencia de equipos de reproducción automática, con banco de datos, en los que bastaría para localizar todas las hipotecas inscritas a favor de una determinada entidad, que tuvieran determinadas características, con pulsar una tecla con las adecuadas claves de busca para que se produjeran automáticamente, en tiempo prácticamente inapreciable, un listado con todas las inscritas

en ese Registro, con todos los datos necesarios para certificar, certificación que, además, podría extenderse como mera diligencia de ese listado reproducido.

Incluso con los medios convencionales no es imposible conseguir la misma o parecida rapidez, pues es preciso tener en cuenta que en cada Registro no existiría un número desmesurado de hipotecas que fueran objeto de la certificación o de notas marginales. Con los índices de personas y ficheros actuales el localizar las hipotecas es cuestión que no ofrece mayores dificultades, y posteriormente expedir una certificación, que de ser confirmatoria de los datos contenidos en la instancia solamente exigiría la compulsión de esos datos con los registrales y hacer constar, para certificar, una fórmula, que podría incluso estar impresa, expresiva de la conformidad de ambos datos, e incluso si hubiere de expedirse la certificación con el contenido de algunos datos, tampoco implicaría obstáculo insalvable. Y otro tanto cabe decir por lo que respecta a la extensión de las notas marginales.

4. EFECTOS DE LA NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN

Podría reducirse la referencia, en este punto, a decir que los efectos serán los directamente derivados de su constancia en el Registro de la Propiedad, o sea los que resultan de la aplicación de los principios de inscripción, prioridad y fe pública, como más importantes y significativos. No obstante, los precisaremos algo más, distinguiendo los efectos respecto al deudor hipotecante, al tenedor del título y a otros acreedores o terceros.

4.1. *Efectos respecto del deudor hipotecante*

El deudor hipotecante que ha constituido hipoteca sobre bienes inmuebles de su propiedad para responder o garantizar un préstamo ya habrá prestado su consentimiento, al constituirla, para que el crédito hipotecario pueda servir de garantía de títulos emitidos por la entidad acreedora. Se parte de ese supuesto de consentimiento en la escritura de constitución de la hipoteca para conseguir una más fácil operatividad, ya que en el caso de no ser así, aunque la entidad acreedora puede establecer tal garantía o afección, necesitaría para que surtiera efecto respecto del deudor que se realizara la notificación al mismo, mientras que estando ya prestado el consentimiento previo la afección le obliga y condiciona con todas sus consecuencias, pero no de forma más gravosa que lo haría una cesión de crédito o la constitución de una subhipoteca que le fuera notificada.

Realmente, y esto es interesante destacarlo, el deudor hipotecante de un crédito constituido en garantía de emisión de títulos no está en peor situación que sin existir tal garantía. En efecto, no tiene limitado el derecho a cancelar la hipoteca una vez pagada la deuda, ya que la garantía solamente impone obligaciones, como luego veremos, a la entidad emisora que cobra, para mantener la paridad entre los títulos en circulación y los créditos hipotecarios que los garantizan. Es cierto que esto puede ocasionar un pequeño retraso en la cancelación de la hipoteca, al ser preciso para ello anular títulos representativos de una cantidad equivalente a la de la hipoteca que se extingue, la sustitución por otro del crédito hipotecario que se cancela, o el depósito o consignación de su importe en el establecimiento público designado al efecto, o el consentimiento del poseedor de títulos suficientes; pero, en definitiva, este retraso en la cancelación de hecho se produce, y la experiencia lo avala cada día, cuando sin motivo alguno e incluso sin explicaciones las entidades prestamistas retrasan el otorgamiento de la escritura de cancelación, a pesar de los reiterados intentos del dueño del inmueble gravado que ya nada debe, que ha pagado el capital de su crédito e intereses y que por trámites burocráticos se demora la cancelación.

Es cierto que a primera vista pudiera parecer que un acto ajeno al dueño de la finca hipotecada, del acreedor hipotecario, hace más grave la situación de aquél, ya que la afección que se establece sobre el crédito hipotecario se interfiere con la hipoteca que pesa directamente sobre el inmueble, pero ciertamente no es así; en primer lugar, no se trata de un acto ajeno al deudor hipotecante, puesto que éste, al constituir la hipoteca, ya consintió en el establecimiento de la garantía, y en segundo lugar, que no se produce más que el resultado propio de la subhipoteca o de la transmisión de créditos.

Al afectarle al deudor la cesión, la subhipoteca o la subrogación que la afección supone, es claro que por la simple aplicación de los principios hipotecarios, y concretamente de la norma contenida en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, los efectos derivados de la afección han de prevalecer sobre el convenio entre partes (acreedor y deudor en la hipoteca), como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo, la transacción o el compromiso, ya que no surtirán efecto contra tercero (el tenedor del título garantizado con el crédito hipotecario) como no se hagan constar en el Registro mediante el cumplimiento de los requisitos necesarios para ello. Es decir, que una vez constituida la garantía por la afección, si el deudor paga o modifica su relación jurídica con el acreedor, ello no puede perjudicar, en ningún caso, al titular de la afección; por tanto, si el deudor paga sin cumplir los requisitos previstos, su pago no será

liberatorio de su obligación real, o sea a efectos de cancelar la hipoteca que pesa sobre su finca, sin perjuicio de las acciones personales que tenga contra su acreedor, incluso de tipo penal.

4.2. *Efectos respecto del acreedor hipotecario*

El acreedor hipotecario ha constituido su crédito en garantía de otro crédito (el representado por el título emitido) respecto del cual es deudor. Y, en consecuencia, su posición viene determinada por esa doble relación jurídica conectada. De una parte, viene obligado a pagar, en tiempo y forma hábiles, el capital y los intereses representados por el título emitido, y de otra, tiene derecho a percibir el importe del crédito hipotecario con sus intereses, en el que es acreedor y está obligado a cancelar la garantía real que tiene a su favor sobre la finca del deudor, pero de forma que no perjudique a su acreedor, quien, a su vez, está garantizado con una afección sobre el anterior crédito.

Respecto del deudor hipotecario responderá de los daños y perjuicios que le cause por no cancelar la hipoteca o por hacerlo con retraso, siempre que sea responsable de ello. Ha de otorgar, cuando perciba el importe de su crédito con los intereses, escritura de cancelación de hipoteca, y para ello tendrá que contar con el consentimiento del poseedor de los títulos garantizados con dicho crédito, retirar de la circulación e inutilizar títulos con un valor nominal equivalentes a ese crédito que se cancela, sustituir el crédito extinguido por otro que quede también afectado por la garantía o depositar el importe nominal de los títulos en el establecimiento público destinado al efecto.

Con relación a su acreedor, como antes se dice, pagarle a su vencimiento el capital e intereses representados por el título y no cancelar las garantías sin consentimiento del mismo o previo cumplimiento de los requisitos establecidos.

4.3. *Efectos respecto al tenedor del título emitido*

Los efectos respecto al tenedor del título emitido se resumen en su condición de acreedor de la entidad emisora del mismo, por el capital e intereses que representa, y en los derivados de la garantía que la afección supone.

Es de resaltar que el título emitido llevará aparejada ejecución para reclamar de la entidad emisora el principal de la deuda y de los intereses vencidos a través del ejercicio de la acción personal o de la real, con

arreglo al número 5.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (28).

La acción personal emanada directamente del crédito y la real, nacida de la especial garantía hipotecaria constituida mediante la afección registral, operan ejecutivamente, pero mientras la primera lo hace de una manera indirecta, la segunda actúa de forma directa e inmediata sobre el derecho gravado, aunque incluso en ésta cabe distinguir en la fase de ejecución un período que la precede, un estado cautelar o de pendencia en la cual ya se producen determinados efectos.

La primera fase o período de la garantía representada por la afección registral, como la de cualquier otra garantía de naturaleza real, comienza al quedar constituida la garantía hipotecaria y, por tanto, al hacer constar en el Registro la afección. Durante esa fase, la garantía no es una mera expectativa, sino un verdadero gravamen o carga real sobre el crédito hipotecario gravado, y ello con plena eficacia *erga omnes*, lo cual tiene gran importancia, puesto que la garantía no es siempre y sólo para ser ejecutada, sino, por el contrario, para evitar ejecuciones.

La acción personal se dirige contra el deudor u obligado personalmente y persigue la efectividad de la obligación de cualquiera de los bienes o derechos que integran el patrimonio del mismo, y va encaminada a obtener del Juez una sentencia de condena al cumplimiento de la obligación dineraria, cuya efectividad se conseguirá, en ejecución de expresada sentencia de condena, por la vía de apremio.

La acción real, derivada de la garantía, se dirige contra el crédito o créditos especialmente afectados al cumplimiento de la obligación, ejecutivamente contra los mismos, y va encaminada a obtener determinada suma de dinero mediante la enajenación por precio del crédito gravado, y en este caso concreto, a subrogarse el tenedor del título en el lugar del acreedor del crédito que lo garantiza, asumiendo su posición para exigir las prestaciones derivadas del mismo, cobro del capital e intereses o ejercitar las acciones pertinentes.

Teóricamente no existe ninguna dificultad para contemplar el supuesto de la ejecución particular de un determinado título sobre alguno de los créditos hipotecarios gravados. El tenedor del título, al resultar impagados el capital o los intereses a su vencimiento, podría acudir al procedimiento judicial ejercitando la acción real ejecutiva directa contra el derecho afectado para conseguir el pago de lo que se le adeude. Ahora

(28) Art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. Sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes: 5º Cualesquiera títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios

bien, no cabe dudar que tratándose de emisiones en masa, en serie, por cantidades muy importantes sobre múltiples créditos hipotecarios inscritos en diferentes Registros, la ejecución individualizada se armoniza mal con el supuesto, máxime cuando todos los títulos tienen una garantía de igual rango, con otros inconvenientes derivados de su propia naturaleza, y es mucho más aconsejable la ejecución conjunta.

La ejecución conjunta se llevaría a cabo a través de una asamblea o sindicatos de cedulistas u obligaciones, que serían los legitimados para el ejercicio de la acción de ejecución.

En caso de incumplimiento, el portador del título lo pondría en conocimiento del sindicato o asamblea de obligacionistas, constituido en la propia escritura de emisión de los títulos, y por este órgano se efectuarían los requerimientos de pago procedentes y se comunicaría el impago al organismo administrativo o financiero de control, y transcurrido el plazo hábil para ello sin haberse efectuado el pago reclamado, el propio sindicato ejercitaría las acciones judiciales pertinentes.

Entre el tenedor del título y el deudor en el crédito hipotecario que sirve de garantía a aquél, no existe acción directa, como no la hay entre el cesionario del crédito hipotecario y el deudor del mismo, sino indirecta, a través de la cosa hipotecada con todo lo que ello implica.

4.4. *Efectos respecto a otros acreedores de la entidad emisora*

Se concretan a que los tenedores de los títulos tendrán el carácter de acreedores singularmente privilegiados sobre el conjunto de los créditos gravados con la afección, con la preferencia, respecto a cualesquiera otros acreedores, que señala el número 3.º del artículo 1.923 del Código Civil y el 1.º del 914 del Código de Comercio (29).

En el caso de insolvencia de la entidad emisora, los tenedores de los títulos garantizados por la afección estarán excluidos de la obligación de asistir y formar parte de la Junta de Acreedores, sin que les afecten los acuerdos de las mismas.

Con el fin de reforzar la garantía de esta afección y dada la trascendencia social de la emisión de títulos en masa, debiera eliminarse el con-

(29) Art. 1.923 del Código Civil «Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozarán de preferencia: 3.º Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.»

Art. 914 del Código de Comercio «La prelación en el pago a los acreedores de la segunda sección se sujetará al orden siguiente: 1º Los acreedores con derecho real, en los términos y por el orden establecido en la Ley Hipotecaria »

tenido del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio (30), de forma que en ningún caso pueda afectar a esta garantía la retroacción de la quiebra.

Sabido es que la retroacción de la quiebra declarando nulos los actos de dominio del quebrado sean posteriores a la época que se señale en la declaración judicial pertinente, constituye, a través de una jurisprudencia, por otra parte, vacilante, una de las más graves excepciones al principio de fe pública registral, y esto, que en ningún caso debiera ocurrir, resulta mucho más absurdo en el caso de títulos emitidos en serie y adquiridos por tenedores que nada tienen que ver con la entidad emisora, que gozan de una garantía hipotecaria y que no deben verse defraudados por una declaración judicial de retroacción de los efectos de una quiebra. No es posible dejar la movilización del crédito y su garantía supeditada a que en caso de quiebra de la entidad emisora de los títulos, se retrotraigan los efectos de la declaración de quiebra, dentro de los plazos que admite el Código de Comercio, a declarar nula la emisión o la constitución de su garantía. Entendemos que solamente se declararía nula la hipoteca cuando se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, pero incluso en este caso dejando a salvo, en aplicación de los más elementales principios hipotecarios, a los terceros, en este caso, a los tenedores del título con garantía de dicha hipoteca que no hubieran sido cómplices en el fraude.

4.5. *Transmisión de los títulos y de su garantía*

Aunque la transmisión de los títulos no constituye materia propia de este trabajo, digamos que puede efectuarse por endoso o por cualquiera de los medios que reconoce el Derecho.

Con referencia al documento en que conste la transmisión de los títulos y la circunstancia de ser necesaria o no la intervención de fedatario público, aunque no constituye materia de esta exposición, baste recordar que el Decreto de 19 de septiembre de 1936 impuso la intervención de fedatario público en las transmisiones de títulos endosables o al portador (aunque en la actualidad no es obligatoria tal intervención en las transmisiones *mortis causa*), y que ello se hizo, más que por la naturaleza de los títulos, que, sobre todo en los al portador, se violenta con ese rigor formalista, por razones fiscales, puesto que de no existir ninguna formalización en la transmisión, ésta no aparecería a efectos fiscales, eludiendo los impuestos no sólo de la transmisión propiamente

(30) Art. 878, 2.º, del Código de Comercio «Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos.»

dicha, sino también otros, como el del Patrimonio, Renta de Personas Físicas, etc.

Respecto de la inscripción en el Registro ,nos pronunciamos en el sentido de no exigir la inscripción de las sucesivas transmisiones de los títulos ni de su constancia registral a efectos de ser titulares de los derechos derivados de la afección de garantía. Los títulos serán transmisibles por cualquiera de los medios admitidos en Derecho y por el simple hecho de ser tenedor de los mismos, sin necesidad de constancia registral, será también titular de la afección que los garantiza, lo que, por otra parte, no es nuevo, ya que se encuentra previsto, en Derecho español, para las hipotecas constituidas en garantía de títulos endosables y al portador, en las que es suficiente con la posesión del título y la certificación registral acreditativa de la existencia del gravamen para poder acudir a la ejecución.

4.6. *Extinción y cancelación de la afección*

Son causas de extinción de la afección registral, respecto de todos o algunos de los créditos hipotecarios afectados, las siguientes:

1.^a La amortización total o parcial de los títulos emitidos. En el primer caso, se extinguirá la afección registral respecto de todos los créditos hipotecarios afectados. En el segundo, la extinción sólo se producirá respecto de aquellos créditos hipotecarios a los que se aplique la amortización parcial de títulos que representen un valor nominal igual o superior al importe del principal del crédito hipotecario cuya liberación se pretende.

2.^a La sustitución de un crédito hipotecario afectado por otros u otros de igual o superior categoría.

3.^a La cancelación de la hipoteca constituida en garantía del crédito hipotecario afectado. La afección recae sobre un crédito hipotecario, sobre una hipoteca, al que vincula como garantía de títulos, resultando lógico que al cancelar la hipoteca quede extinguida la afección que pesaba sobre ella. Ahora bien, lo que ocurrirá es que la hipoteca no se podrá cancelar si no se justifica haber retirado de la circulación e inutilizado títulos equivalentes a su montante.

4.^a El acuerdo para la extinción de la garantía.

La extinción de la afección registral dará lugar a la cancelación de las notas marginales en las que conste y requerirá:

a) Que la escritura en que conste alguna de las causas de extinción antes expresadas, se otorgue con el consentimiento del tenedor único del

título o del representante del sindicato de tenedores de títulos, en su caso. A falta de consentimiento de los mismos, también podrá cancelarse la afección en el caso de que la escritura se otorgue por la entidad emisora de los títulos, previo ofrecimiento de pago y consignación a los titulares de los títulos o al sindicato, en su caso, del importe de los títulos amortizados o del principal garantizado con la hipoteca.

b) Que conste en la propia escritura la inutilización de títulos por la cuantía de la garantía que se pretenda cancelar, exceptuándose el caso de sustitución de un crédito hipotecario por otro u otros de igual o superior cuantía, en el que será indispensable que previa o simultáneamente queden afectados nuevos créditos en sustitución de los anteriores.

c) La cancelación por el transcurso de cinco años, a contar desde el vencimiento de los títulos garantizados, se llevará a cabo en la forma y por el procedimiento que previene el artículo 355 del Reglamento Hipotecario (31), siempre que no conste en el mismo Registro la interrupción de dicho plazo o la existencia de procedimiento de ejecución.

El asiento de cancelación será otra nota extendida lo más cerca posible de la nota marginal de afección, y consistirá en un asiento que exprese simplemente la circunstancia de la cancelación y la fecha de la misma.

Este asiento también podrá extenderse utilizando medios mecánicos.

IV. BREVE EXPOSICION Y EXAMEN DEL PROYECTO DE LEY PENDIENTE DE APROBACION EN LAS CORTES ESPAÑOLAS

1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL MISMO

El texto consta de una exposición de motivos, una disposición preliminar, cinco secciones y dos disposiciones adicionales, que se refieren, respectivamente:

La disposición preliminar se limita a precisar el ámbito de aplicación de la ley a los supuestos que la misma contempla, sin que afecte a la posi-

(31) Art. 355 del Reglamento Hipotecario. «Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación. A este efecto, se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación, y se practicará mediante la extensión de la correspondiente nota marginal canceladora antes de expedirse aquélla. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado. Cuando se extienda alguna inscripción relativa a las fincas o se expida una certificación a solicitud del titular de la misma, se convertirán en inscripciones de dominio las de posesión, si hubieren transcurrido más de diez años desde que ésta fue inscrita y no existiese asiento contradictorio »

bilidad de constitución de hipotecas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o de títulos al portador, reguladas en los artículos 150, 154 y siguientes de la Ley Hipotecaria, ni a los diversos supuestos previstos en la legislación vigente para emisión de títulos simples, sin otra garantía que la patrimonial universal del deudor, es decir, que, como dice la exposición de motivos, «se respetan íntegramente todos los instrumentos de movilización de los créditos hoy existentes, ya que el texto legal no pretende restringir ninguna de las posibilidades de actuación económica que admite el actual ordenamiento. Está integrada por el artículo 1.º de la ley.

En la sección primera, que comprende los artículos 2.º y 3.º, se detallan las entidades financieras que podrán otorgar los préstamos y emitir los títulos que se regulan en la ley, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura y sin perjuicio de las normas especiales del Banco Hipotecario.

Las entidades comprendidas en la ley son: el Banco Hipotecario de España y las entidades oficiales de crédito, cuando lo permitan sus respectivos Estatutos; los Bancos privados, comerciales, industriales o de negocios; las Cajas de Ahorro, la Caja Postal de Ahorros, las entidades de financiación, reguladas por el Real Decreto 869/1977, de 28 de marzo; las entidades cooperativas de crédito y las sociedades de crédito hipotecario que cumplan determinados requisitos.

La sección segunda—artículos 4 al 10—se refiere a las operaciones activas, esto es, a los préstamos hipotecarios, y dentro de la misma se comprenden:

a) La concreción de la finalidad de las operaciones de préstamos a que se refiere la ley: a financiar la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas; obras de urbanización y equipamiento social y turístico; construcción de edificios agrarios, industriales y comerciales, y cualquier otra obra o actividad sobre bienes susceptibles de ser hipotecados.

b) Las características que han de reunir los préstamos hipotecarios, entre las que se indican expresamente: que estén garantizados con hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca; que el inmueble no esté afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio; que el préstamo no podrá exceder del 70 por 100 del valor del inmueble, salvo excepciones; alusión a las condiciones que reglamentariamente se determinarán cuando se trate de hipoteca sobre obras en construcción; que los bienes sobre los que se constituya la hipoteca han de ser previamente tasados, debiendo fijarse reglamentariamente las normas

de esa tasación, su forma de constancia y el régimen de inspección de su cumplimiento, y que los bienes hipotecados han de estar asegurados contra daños por el valor de tasación.

c) Asimismo se expresa que reglamentariamente se establecerá el porcentaje mínimo que deben representar los recursos propios de las entidades financieras, respecto de los capitales en riesgo por razón de los préstamos y los avales.

d) Se recoge la norma de que las hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras expresadas sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra en la que se demuestre la existencia del fraude en la constitución del gravamen y quedando, en todo caso, a salvo el tercero que no hubiere sido cómplice de aquél.

e) Se incluye también un artículo—el 6.º—que regula la posibilidad de conceder avales siempre que el avalado constituya a favor de la entidad avalista hipoteca de las características antes expresadas.

La sección tercera, que comprende los artículos 11 a 18, regula las operaciones pasivas, y dentro de ellas los títulos que pueden emitirse, que son: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

Las cédulas y bonos hipotecarios podrán ser emitidos por las entidades expresadas que dispongan de créditos hipotecarios con los requisitos de la sección segunda, y serán nominativos o al portador, con amortización periódica o sin ella, a corto o largo plazo, con interés constante o variable, con o sin prima, en serie o singularmente.

Las cédulas se regulan en forma similar a como lo hacía la legislación vigente hasta la fecha, es decir, que serían emitidas sin cumplir con el requisito de inscripción de la emisión en el Registro Mercantil y aludiendo a la garantía tácita, ambigua y realmente inexistente sobre todas las hipotecas que en cualquier tiempo se constituyan o consten inscritas a favor de la entidad emisora, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la misma.

Los bonos hipotecarios se regulan en forma coincidente, en sus líneas generales, con la solución propuesta por la Comisión de Registradores de la Propiedad, considerando necesaria la constitución de un sindicato de tenedores de bonos; señalando, en todo caso, la afección registral sobre los créditos hipotecarios ofrecidos en garantía de los bonos hipotecarios que pueden emitirse hasta el 80 por 100 de los capitales no amortizados de los créditos afectados, aun cuando la entidad emisora haya emitido previamente cédulas, ya que, en todo caso, la garantía real de los bonos concede siempre prelación y preferencia contra todo otro acreedor, sobre los bienes afectados, incluso frente al titular de cédulas.

En cambio, emitidos bonos, no es posible emitir cédulas en base a los créditos hipotecarios ya afectados en garantía de bonos.

Se dictan normas en orden a mantener la paridad entre las cédulas y bonos emitidos con los créditos hipotecarios inscritos a favor de la entidad emisora.

En cuanto a las participaciones hipotecarias son títulos valores por los que se hace participar a terceros en todo o parte de un crédito hipotecario, por un plazo que no podrá ser superior al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario ni el interés superior al establecido para éste.

Solamente pueden ser objeto de participación los créditos hipotecarios que no estén afectos en garantía de bonos hipotecarios.

El titular de la participación hipotecaria solamente tendrá acción ejecutiva contra el crédito hipotecario en el supuesto de que el incumplimiento por la entidad emisora de sus obligaciones respecto de la participación sea consecuencia de la falta de pago del deudor, en cuyo préstamo participa dicha persona, mediante la comparecencia, en igualdad de derechos, con el acreedor hipotecario en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor. En otro caso, solamente tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora de la participación.

La sección cuarta, artículos 19 al 21, hace referencia al régimen fiscal, financiero y de control administrativo.

La sección quinta, artículos 22 al 25, contempla el mercado secundario, haciendo referencia a la transmisibilidad de los títulos hipotecarios, su posible admisión a cotización en Bolsa, facultad de las entidades emisoras para negociar sus propios títulos y posibilidad de participar en fondos de regulación del mercado de títulos hipotecarios.

La disposición adicional primera hace referencia a que en el plazo de seis meses desde la publicación de la ley, el Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia y Economía, en sus respectivas esferas, dictará las normas complementarias para el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario y, en particular, las de ejecución de las cédulas y bonos, las de cancelación registral sobre la base de los principios que informan la ley, así como las de revisión y fijación de límite a los aranceles de Notarios, Registradores y Agentes mediadores.

Finalmente, en la disposición adicional segunda se hace referencia a la posibilidad de regular una garantía complementaria exclusivamente para los supuestos de que los préstamos recaigan sobre edificios en construcción o sobre inmuebles con un valor de tasación tal que los préstamos que se garanticen por hipoteca sobre los mismos excedan del 70 por 100 de dicho valor de tasación, en los supuestos de que ello pueda permitirse.

2. JUICIO CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY

La regulación que se contiene en el proyecto de ley expresado, en esta ponencia, mejora considerablemente la regulación existente en la legislación vigente, aun cuando adolezca todavía de defectos.

Puede afirmarse que la regulación que se hace de los requisitos de los créditos hipotecarios que han de servir de garantía para la emisión de títulos, así como todo lo referente a bonos hipotecarios, es correcta y sigue prácticamente las líneas contenidas en el informe de la Comisión de Registradores de la Propiedad.

Respecto de las cédulas hipotecarias sigue con la normativa actualmente vigente, copiada de las viejas normas del Banco Hipotecario de España, y en este punto nuestra crítica forzosamente ha de ser negativa.

Por lo que a participaciones hipotecarias se refiere puede estimarse adecuada la regulación, bien que este apartado no se comprendía en el meritado informe.

Es de criticar también desfavorablemente la extensión que se hace en cuanto a las entidades financieras que pueden emitir títulos, sin diferenciar en cuanto a posibilidades de emitir los de una u otra clase.

V. NORMAS REGLAMENTARIAS PARA EL EXPRESADO PROYECTO

Como hemos visto anteriormente, en la disposición adicional primera se faculta al Gobierno para que en el plazo de seis meses desde la publicación de la ley, a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Economía, en las esferas de sus respectivas competencias, publique las normas complementarias para el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario.

Pues bien, la Comisión de Registradores de la Propiedad tiene redactado un borrador con esas normas reglamentarias.

Es de resaltar que de ellas se han omitido todas las referentes a cuestiones que pudieran estimarse no ser de la competencia del Ministerio de Justicia, tales como régimen fiscal, financiero y de control administrativo; admisión en Bolsa para cotización de los títulos; regulación de fondos de inversión, etc.

Por el contrario, se ha regulado con mayor detalle aquellos extremos, como los de ejecución de las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias y los de cancelación de la afección, que son específicamente registrales o que están relacionados con ellos.

Aprobada la ley, esas normas podrán servir como aprovechable elemento de trabajo para que por el Ministerio de Justicia, dentro del plazo legal, se puedan proponer al Gobierno las normas complementarias para ejecución de la misma, en la esfera de su competencia.

Es claro que esas normas complementarias o reglamentarias se han redactado teniendo en cuenta, como es lógico, el contenido del proyecto de ley que se proponen desarrollar, aunque no se esté de acuerdo, en algunos de sus pronunciamientos, con el mismo para una más perfecta regulación de la movilización de activos hipotecarios.

El proyecto de ley, en el proceso que sigue en las Cortes, ha sido objeto de bastantes enmiendas de los diputados del Congreso, enmiendas que, en su mayoría, hacen referencia a cuestiones de detalle, pero que no modifican en esencia su contenido.

Una vez que el mismo sea aprobado por el Pleno del Congreso y, posteriormente, por el Senado, y llegue a ser ley, será el momento de estudiarlo con más detalle y de valorarlo al contrastar también su aplicación práctica (*).

No obstante, es preciso reconocer, como ya hemos resaltado, que el proyecto de ley supone un valioso avance en la materia y que perfecciona en gran medida la legislación existente hasta la fecha, aunque sigamos insistiendo en la conveniencia de perfilar mejor la regulación de la movilización de los activos hipotecarios, clarificando los conceptos y configurando como títulos valores hipotecarios solamente a los que efectivamente lo sean y reservando para ellos esa denominación, y regulando los que no tengan tal naturaleza de forma totalmente adecuada a su condición, sin expresiones inexactas, ambiguas e indudablemente perturbadoras.

VI. CONCLUSIONES

Primera.—Es necesario y casi imprescindible regular el mercado hipotecario de manera que se incremente el mercado primario y se articulen medios de conseguir con facilidad, eficacia y seguridad la movilización de los activos hipotecarios.

Segunda.—Esta movilización puede conseguirse a través de la emisión de títulos valores, fácilmente transmisibles por cualquiera de los

(*) Ya en imprenta este trabajo, en el *Boletín Oficial del Estado* de 13 de abril, se publica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario. Una lectura apresurada de la misma confirma que son pocas las modificaciones con respecto al Proyecto comentado.

medios admitidos en Derecho, por entidades financieras, previamente determinadas, que dispongan de créditos hipotecarios de unas características, también preestablecidas, que aseguren su efectividad.

Tercera.—Deben limitarse las entidades financieras autorizadas para emitir dichos títulos y solamente otorgar tal facultad a las entidades oficiales de crédito, Cajas de Ahorro Confederadas, Caja Postal de Ahorros y sociedades financieras constituidas con los especiales requisitos que se determinen para su funcionamiento en este campo.

Cuarta.—Toda emisión de títulos deberá ir precedida de una específica autorización administrativa.

Quinta.—La emisión de cédulas debe estar limitada a los Bancos Hipotecario de España, de Crédito a la Construcción, de Crédito Industrial y de Crédito Agrícola, y podrán ser simples e hipotecarias.

La emisión de las primeras, que en ningún caso llevarán la denominación de hipotecarias, sino la de «cédulas para inversiones del Banco emisor», ni gozarán de otra garantía que la personal de la entidad que las emite, podrán realizarse sin necesidad de otorgamiento de escritura pública de emisión y de la inscripción en el Registro Mercantil.

La emisión de las hipotecarias requerirá siempre el cumplimiento de esos requisitos y la afección registral de los créditos hipotecarios constituidos en garantía de las cédulas, al igual que la emisión de bonos hipotecarios.

Sexta.—La emisión de bonos hipotecarios requerirá siempre escritura de emisión e inscripción en el Registro Mercantil, y la garantía real constituida sobre los créditos hipotecarios inscritos a favor de la entidad emisora.

Séptima.—Dicha garantía, de carácter real, se constituirá mediante la afección registral de los créditos hipotecarios, por nota marginal a la inscripción de dichos créditos en el Registro de la Propiedad, sujetando los afectados directa e inmediatamente a la seguridad de los títulos emitidos con su garantía.

Octava.—La figura de la afección registral que se diseña en esta ponencia, aunque no de fácil implantación ni exenta de dificultades, es uno de los medios, acaso el único, para poder articular una cobertura jurídica de la movilización de activos hipotecarios, en forma real y efectiva, conexionando unos y otros créditos (el primario, garantizado con las hipotecas, y el secundario, garantizado por la afección de esas mismas hipotecas) mediante un asiento registral que le proporciona, por la simple aplicación del principio de fe pública registral, la garantía real que se pretende.

Novena.—Estimamos que la expresada afección registral es perfectamente aplicable, con las necesarias adaptaciones, a cualquier país y sistema jurídico, siempre que en ellos se realice la publicidad de las relaciones inmobiliarias y la seguridad de su tráfico a través de una institución como la del Registro de la Propiedad español.

CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO

Registrador de la Propiedad