

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

---

Año LXI • Enero-Febrero 1985 • Núm. 566

---



## CONSEJO DE REDACCION

### **PRESIDENTE:**

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### **CONSEJEROS:**

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

### **CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:**

D. Manuel Amorós Guardiola.

### **SECRETARIO DE LA REVISTA:**

D. Fernando Muñoz Carriñanos.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

---

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

# SUMARIO

Págs.

## ESTUDIOS:

|                                                                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| «La propiedad y el Registro de la Propiedad: Conexiones y perspectivas», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ . . . . .                                  | 9   |
| «La propiedad cuatridimensional: Un estudio sobre la multipropiedad», por ANTONIO LEYVA DE LEYVA . . . . .                                       | 29  |
| «Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos», por MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y ANTONIO MANZANO SOLANO . . . . . | 109 |

## JURISPRUDENCIA:

### II. Sentencias del Tribunal Supremo:

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Jurisprudencia civil, por FRANCISCO CASTRO LUCINI y JOSÉ QUESADA SEGURA . . . . . | 215 |
| 2. Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS . . . . .                   | 246 |

## LIBROS:

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| «La acción publiciana», de JOSÉ MARÍA CUESTA SÁENZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ . . . . .                                                  | 259 |
| «La buena fe. El principio general en el Derecho civil», de DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ . . . . .            | 261 |
| «Informática jurídica documental», de MIGUEL LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS . . . . .                                        | 265 |
| «Inversiones extranjeras (Régimen de adquisición y transmisión de bienes)», de FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS . . . . . | 269 |
| «The foundations of modern political thought», de QUENTIN SKINNER, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ . . . . .                                | 273 |



# ESTUDIOS



# La propiedad y el Registro de la Propiedad: Conexiones y perspectivas (\*)

## GENERALIDADES

Queridos amigos y compañeros:

Un previo deber me obliga a manifestaros mi agradecimiento por la distinción que me habéis hecho al traerme aquí para hablar de un tema que todos conocéis mejor que yo. Particularmente, mi agradecimiento se lo brindo a los organizadores de este ciclo de charlas, que prestigian la labor que realiza el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Galicia.

Vengo no sólo en acto de servicio, sino a instancias de un sentimiento nostálgico. Algunos lo sabéis. Allá por el año 1969, en este mismo sitio, tenía lugar la primera clausura de lo que entonces se denominó Seminario de Derecho Hipotecario Galicia-Extremadura-Valladolid. Se dieron varias conferencias y yo no sé si la mía fue la primera o la intermedia. Hubo un recital de piano a cargo de nuestra figura (MATUTE), al que hace poco, en un periódico, un periodista le decía: «Parece mentira, señor MATUTE, que usted, que es una figura internacional como pianista, tenga que dedicarse a Registrador de la Propiedad para ganarse la vida...». Hubo un banquete y en él habló CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, hoy nuestro Decano. Me parece que era Director del Centro de Estudios o ya Decano NARCISO FUENTES, y allí, los que habíamos dado el primer empujón a la idea de la descentralización de los seminarios, celebrábamos este primer éxito de los mismos. Comprenderéis que para mí represente esta

---

(\*) Conferencia dada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Galicia el día 30 de marzo de 1984.

vuelta a Santiago algo más que una visita: es como recoger ese fruto de un árbol que ayudé a plantar.

Traigo unas cuantas ideas sobre el tema obligado del ciclo: la propiedad. He de confesaros, sin embargo, que el tema es muy difícil. De Derecho hipotecario puedes escribir lo que quieras, con la seguridad de que muy pocos te van a objetar algo, pero de propiedad sabe todo el mundo tanto que cualquier cosa que digas ya está dicha antes y mejor de lo que uno la puede decir. De todas formas, aquí estoy y por lo que os diga podréis comprobar que me sucede lo que a aquel niño gallego que tiene en la cara y en los brazos unas tremendas picaduras y su madre le dice al padre, que le está contemplando: «¡Tes que levar 'o neno a San Benitiño...!», y el padre la contesta: «¡Onde teño que levalo e o Oculista pra que distinga as Avespas das moscas...!». Es de QUESADA, en *Chispas da roda*.

Divido la charla en tres partes, iniciando la primera con conceptos que ya os habrán explicado los que han intervenido antes que yo, pero destacando en ella la necesidad de una publicidad para la garantía de la seguridad jurídica. En la segunda, todo el posible futuro de la concepción de la propiedad y la constante necesidad de publicidad. La tercera es puramente registral de estructuración y forma cautelosa de llevanza de los Registros.

## I. BASES DE LAS QUE SE DEBE PARTIR

No sé si el enfoque que frente al derecho de propiedad puede hacer un jurista —hombre de Derecho y no hombre de leyes, según la conocida frase— resulta válido a los efectos y fines que se persiguen con esta charla. Digo esto, pues mi postura va a destacar más la institución a través de unos momentos en que a mí se me antojan cruciales y en el aspecto crítico de ciertas opiniones sobre el tema.

He leído estos días, más con ánimo de recensión que con el de aprovechamiento para la elaboración de estas notas, un libro importante que me ha hecho sentirme «centinela». El autor se llama JOSÉ ANTONIO ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, que ha escrito algunas cosas en la *Revista Crítica* sobre posesión y Registro, y que en su estudio trata a la propiedad dentro de la formación del Derecho administrativo. Ya en la introducción, el autor, con un rasgo de humor digno de elogio, advierte que no se responsabiliza personalmente de las opiniones vertidas en el libro (1). He vuelto a releer

---

(1) ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ (J. A.): *La propiedad en la formación del Derecho Administrativo*, Pamplona, 1983.

el discurso de HERNÁNDEZ GIL al ingresar en la Academia sobre «La función social de la posesión» (2), y nuestro compañero RAFAEL ARNAIZ, a quien, según él, le cito equivocadamente en mis trabajos, me ha permitido el acceso a un trabajo suyo sobre la propiedad que verá la luz en breve (3). También he repasado algún que otro libro, como el de V. L. MONTES (4), y una *Revista de Derecho Catastral* (5).

a) *Los conceptos tradicionales*

Hay una primera apreciación mía en torno a la propiedad que avala la Historia, pero igual puede tener otra explicación distinta de la que yo quiero atribuirle: los ciclos evolutivos de la institución vuelven sobre su eje y repiten situaciones que parecían superadas por los tiempos. De tal forma que muchas veces cabe pensar en una *involución* de la figura más que en una *evolución* de la misma.

Todos hemos estudiado, más o menos intensamente, por CASTÁN, y en él recordaréis que al perfilar el momento histórico en el que la Edad Media hace tránsito a la Edad Moderna se trata de resolver dos grandes problemas: la separación de la propiedad ligada a la soberanía y la unificación de la propiedad borrando la distinción entre dominio directo y útil, provocando un desplazamiento de la propiedad que del concedente pasó al poseedor. Todo ello, seguía diciendo CASTÁN, se producía, según la genial frase de VIOLLET, «con la poderosa lentitud de los fenómenos históricos», que culmina en la Revolución francesa y su noche de agosto del siglo XVIII (6).

Fijaros cómo esta última solución, que terminaba con el sistema feudal de la propiedad dividida (censos, foros, enfiteusis, etc.), se va a potenciar en los momentos actuales a través de figuras tremendamente significativas, como son la del derecho de superficie, la concesión administrativa, etc. Aquellos poseedores que pagaban a cambio de su trabajo hecho cultivo, se hicieron propietarios y ahora plantean de nuevo la temática social del desplazamiento.

El aspecto político, que significaba la necesidad de separar la propiedad de la soberanía, haciendo ésta absoluta, lo explica CAPEROCHIPÍ de

---

(2) HERNÁNDEZ GIL (A.): «La función social de la posesión». Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1967.

(3) ARNAIZ EGUREN (R.): «Algunas consideraciones en torno al Derecho de Propiedad Inmobiliaria» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*).

(4) MONTES (V. L.): *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, 1980.

(5) *Técnica Topográfica*, núm. 55 (octubre, noviembre y diciembre de 1983). Revista del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía.

(6) CASTÁN TOBEÑAS (J.): *Derecho civil, común y foral*, vol. II, 1941.

*otra forma.* La propiedad del príncipe ya no es una *propiedad más*, sino que se confunde con su *señorío absoluto sobre un territorio* y con su poder legislativo. La soberanía del príncipe trae consigo una concepción territorial del poder político que era desconocida con anterioridad. Hasta la aparición del Estado, el poder se ejercita sobre una *comunidad*; sin embargo, el poder del príncipe soberano se ejercita directamente sobre un *territorio*. Dentro del genérico concepto de la propiedad ya caben dos distinciones: la propiedad pública y la propiedad privada. Todo ello en ese período comprendido entre el Estado absoluto y la revolución liberal.

Lo curioso del caso es que aquel planteamiento de separación de soberanía y potenciación de la propiedad privada fue, como dice el autor citado, el instrumento que utiliza el príncipe para destruir *todas las formas de propiedad comunitaria o de grupos comunitarios*. Con las naturales diferencias que los conceptos de Estado, soberanía, nación, etc., tienen en la actualidad hemos vuelto, sin darnos cuenta, a las viejas instituciones anteriores al Estado liberal:

- De una parte, tenemos esas singulares formas de propiedad de carácter colectivo, familiar y comunitario (comunidades, organizaciones de trabajo, los kibutz de Israel, etc.) que nos hacen retroceder en el tiempo: un regreso medieval o quizá más atrás, a la «gens» romana. Luego, cuando me refiera en concreto a la organización actual de la propiedad, destacaré la idea comunitaria que maneja RAFAEL ARNAIZ en una visión muy particular y original del problema.
- De otra parte, debemos destacar la constante problemática política de la penetración del poder en la propiedad. La desprivatización del derecho, la nacionalización, están llamando a la puerta. La propiedad se adscribe al poder. Todos recordaréis aquellos «patrimonios municipales de suelo» de la primitiva Ley del mismo nombre.

Pero si de la organización pasamos al concepto, veréis un nuevo regreso. Frente a la tesis romana del «conjunto o suma de facultades», el pandectismo alemán habló del carácter *unitario, global y abstracto* de la propiedad. Este gran avance y las críticas que a los Códigos decimonónicos se hicieron parecía que nos conducían a un buen camino, pues estábamos en lo que se definió como «un abstracto señorío del nombre sobre la cosa». Resulta sumamente curioso que aquellos legisladores del año 1956, que redactan nuestra Ley del Suelo con más intención que precisión, con más alergia que conocimiento, intentan un estatuto que regule, encorsete y mediatice la propiedad, pero vuelven al concepto romano

de facultades de la propiedad. Lo dicen en forma indirecta, pero lo dicen: «Las *facultades del* derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes...» (art. 61 de dicha Ley).

No debió de ser ésa la intención legislativa, pues la definición indirecta que hemos visto se nos brinda en el artículo 61, se ve luego aplastada por esa concepción un tanto difusa del Plan de ordenación y la licencia de obras, que para autores como MARTÍN BLANCO (7) y GARCÍA DE ENTERRÍA (8) suponen: el Plan como fuente de facultades dominicales, ya que el Plan no es una mera limitación de la propiedad y es en él donde hay que buscar el contenido de la propiedad urbana, y la licencia un título jurídico declarativo de derechos.

Frente a estos ejemplos que suponen una regresión histórica, aunque quizá aleccionadora y constructiva y, por supuesto, actualizada, habría que sacar alguna conclusión para sentar una base de la que partir. ¿Qué concepto puede ofrecerse de la propiedad y cuál es la posible significación de la misma? Y en este sentido me acojo a la opinión de CAPEROCHIPÍ, que distingue la perspectiva objetiva de la subjetiva. *Aceptando esta última, la propiedad se confunde con libertad, y eligiendo la primera, se comprende que la existencia de la propiedad es de esencia para la estructura jurídica.* Por eso, mientras existan cosas habrá siempre propiedad, pues alguien necesariamente (el individuo, el Estado, el Ayuntamiento, el Concejo, el Partido...) tiene que decidir sobre el uso y el disfrute de las cosas.

De ahí también, y sigo al autor citado, que la afirmación o negación de la propiedad como proyecto político es pura propaganda y no tiene contenido real. Lo que se afirma o niega es una concreta y determinada concepción de la propiedad y, en definitiva, una ordenación social y política. A toda estructura social corresponde una ordenación de la propiedad. La propiedad es el resultado, no la causa. La propiedad existe porque existe sociedad y no al revés. Todo proyecto de convivencia social tiene, en definitiva, un proyecto de ordenación de los bienes con que cuenta esa sociedad.

#### b) *La crisis del Estado liberal*

Quizá sean ciertas determinadas afirmaciones que se vierten en la monografía ya citada, pero hay alguna que merece una pequeña rectificación. Se parte de que el liberalismo no pasa de ser un escalón hacia un

(7) MARTÍN BLANCO (J.): *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Montecorvo, Madrid, 1964.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.): «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo» (*Anuario de Derecho Civil*), 1958.

progreso; de que el liberalismo al carecer de una ética degenera en legalismo; de que no puede generar un proyecto de ordenación social; de que el aparente progreso de la época es, sin duda, un progreso técnico, pero de ninguna forma un progreso humanístico; de que la aparición del Estado produce la restricción de los poderes y funciones reconocidos a los grupos comunitarios hasta su desaparición en la revolución liberal, pues la propiedad ya no tiene en cuenta la familia como realidad anterior al Estado, sino sólo la persona individual, y que existe una propiedad pública (nacional) ligada al Estado y una propiedad privada, apareciendo los conceptos de «bienes nacionales», la desamortización, etc.

Lo que yo quería destacar es que si bien el concepto de bienes comunes desaparece en la codificación liberal, en España no son ni la Ley de Aguas, ni la de Minas las primeras que acuñan el concepto de dominio público, como parece afirmar CAPEROCHIPÍ, sino que, a mi modesto entender, fue la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de junio de 1847, que en su artículo 14 establece que «al fenecer el término que concede esta Ley a los autores, editores, etc., entrará ésta en el dominio público». La legislación de aguas, como sabemos, cristaliza el 3 de agosto de 1866 (con ciertas disposiciones anteriores sin carácter de Ley); luego pasa a la Ley de 20 de febrero de 1870 y a la vigente de 13 de junio de 1879. En materia de minería, la legislación arranca de la Ley de 11 de abril de 1849 y la posterior de 6 de junio de 1859 y siguientes. Esta rectificación de fechas y legislaciones apenas tiene importancia para el fenómeno que señala el autor, ya que junto al concepto de patrimonio del Estado, se acuña el concepto de dominio público, referido en su origen a los bienes exclusivamente destinados al uso público, y va a enriquecerse con las prerrogativas que la revolución liberal prometió derogar: los privilegios. Desde el punto de vista hipotecario tendrá la trascendencia que luego examinaremos y que ha provocado una defectuosa regulación.

La crisis del Estado liberal la señala con gran acierto CAPEROCHIPÍ, apuntando que los dos conceptos de dominio público y servicio público son los instrumentos jurídicos utilizados o que han producido la crisis del Estado liberal doctrinario surgido en el pensamiento de la Ilustración. Se destruye la antigua regla de que es la propiedad privada el principio fundaméntador del Estado, sustituyéndola por una nueva: *la discrecionalidad de la actividad administrativa*... En síntesis, resumo su postura:

- *El concepto de servicio público produce estos singulares efectos:*  
 1) La aparición de una jurisdicción autónoma y separada llamada «jurisdicción contenciosa». 2) La crisis de la separación de poderes y la atribución a la Administración de facultades jurisdiccionales. 3) La potestad reglamentaria. 4) La existencia de una

propiedad autónoma y privilegiada de la Administración regida por un sistema distinto de la privada. 5) La ejecutoriedad de los actos administrativos. 6) La legitimación por acto administrativo de la expropiación forzosa. 7) La determinación del contenido de la propiedad por acto administrativo. 8) El trato desigual del ciudadano y su contribución no proporcional a las cargas del Estado. 9) La crisis del concepto de personalidad jurídica del Estado liberal y la multiplicación de las personalidades públicas y privadas. Quizá lo más importante de este singular estudio sea destacar cómo la noción de «servicio público» influye en el régimen jurídico de la propiedad pública, sometiendo a un régimen particular donde surgen los principios de inembargabilidad de los bienes de la Administración, el de inalienabilidad de la propiedad pública (salvo en la Revolución francesa y en el proceso desamortizador), que son como consecuencias de uno superior: la irresponsabilidad patrimonial de la Administración.

- *El concepto moderno de dominio público*, basado sobre la confusión entre dominio público como forma de propiedad y dominio público como poder legislativo, añadiéndole la incidencia del concepto de soberanía, puede referirse a realidades diversas: 1) El dominio público en función de la proyección patrimonial de la soberanía exterior del Estado, permite hablar del dominio público del mar, del espacio aéreo, las minas, la zona marítimo-terrestre, etcétera. 2) En función de la soberanía del Estado, el dominio público está ligado a la mediatividad posesoria del mismo sobre todo el territorio nacional: apropiación de bienes vacantes, herencia intestada, inadmisibilidad de interdictos, etc. 3) El dominio público está ligado a la crisis del principio de la división de poderes y a la confusión entre facultades administrativas y jurisdiccionales. 4) La confusión entre dominio como potestad normativa y dominio como titularidad, provoca que la Ley expresamente determine cuáles son los bienes de dominio público. 5) El dominio público es limitación de la propiedad, que es como una especie de isla en el océano del dominio: allí donde acaba la propiedad privada empieza el dominio público.

Veremos luego cómo algunas de estas afirmaciones van a ofrecer al autor la posibilidad de una aplicación concreta en el campo del Registro de la Propiedad, y que en algunos casos son *ciertas* y en otros deben ser sometidas a *crítica*.

c) *Las funciones sociales de posesión y propiedad*

Me gustaría hacer dos afirmaciones que pueden servir de base a la iniciación de este apartado. La primera es que *el derecho social, lejos de destruir, confirma el derecho individual*. La segunda es que cuando el profesor H. GIL ingresa en la Academia de Legislación y Jurisprudencia con su monográfico trabajo sobre «La función social de la posesión» (contestándole URSICINO ALVAREZ), allá por el año 1967 (9), creo que sólo un reducido grupo de estudiosos del Derecho hipotecario acusa el golpe (debimos ser ABELARDO, TIRSO y yo los más afectados, pero silenciamos el mismo). No pretendo desmontar, ni quizá supiera hacerlo, todo el entramado jurídico que H. GIL elabora en su discurso, pero sí poner dos o tres acentos en lo que él margina, aunque lo presiente, sobre la tremenda relación entre la posesión y el principio de seguridad jurídica.

HERNÁNDEZ GIL diferencia la función social de la propiedad con la de la posesión. En la propiedad, la función social hace que penetre en la misma el interés genérico de la sociedad y el de ciertas situaciones sociales. De la noción negativa del límite como prohibición, se pasa a la noción positiva del deber de gestión de los bienes. Ello produce, como ya apuntó SPANTIGATI (10) ante la alarmante postura de PUGLIATI, el rompimiento del concepto unitario de propiedad, aceptando una *propiedad social* en el campo del acceso a la misma de la vivienda, del aspecto urbanístico, agrario, etc., la sustitución del derecho subjetivo por la función, por la propiedad social, la colectiva o la del Estado.

La función social de la propiedad estriba fundamentalmente en lo que hay en ella de *eliminable*, mientras que en la posesión radica, ante todo, en lo que tiene de *imprescindible*. La propiedad privada no es el instrumento jurídico indispensable para conceder el goce, mientras que sí lo es la posesión. Entiendo que la frase, con ser brillante, como todas las del ilustre profesor, no es lógica, o son situaciones transitorias, como las que lleva consigo la posesión, las que pretende lograr la función social. Eso iría contra el principio de la seguridad jurídica, que exige certeza, permanencia, claridad, etc. No es que a la propiedad haya que «eliminarle» algo a través de la función social, sino que será ésta la que modalice el contenido y ejercicio de sus facultades.

HERNÁNDEZ GIL, en el fondo, viene a reconocer que solamente en cierto sentido puede predicarse la *seguridad jurídica* con una dimensión social en la posesión, pues la defensa interdictal queda subordinada a la iniciativa personal. El piensa, sin embargo, que la situación posesoria no

---

(9) *Ob. cit.*

(10) SPANTIGATI (F.): *Manual de Derecho urbanístico*, Montecorvo, 1973.

se respeta en cuanto apariencia o posibilidad de un derecho del que se presenta como exteriorización: el de propiedad, según la tesis de IHERING, sino que la situación posesoria se respeta en cuanto tal y no del derecho que pueda ser reflejo. Aun aceptando esa tesis, lo que sí es cierto es que la *seguridad jurídica* llevada al campo de la seguridad del tráfico exige una apariencia consolidada, es decir, permanente y con proyección de futuro. No es el *iuris tantum* lo que persigue el tráfico, sino el *iuris et de iure*. La posesión, si no hay derecho a ella, cae a pesar de la protección interdictal. La propiedad proyectada en el tráfico a través de la publicidad se mantiene a pesar de la demostración contraria.

Aparte de ello, la posesión, como medio exteriorizador o creador de apariencias, sirve solamente para defender un hecho, una situación, un elemento que lleva consigo la propiedad, pero no sirve para exteriorizar el contenido pleno o menos pleno que da seguridad al tráfico jurídico.

#### d) *La publicidad registral y la seguridad*

Apuntado lo anterior, se hace casi innecesario todo lo que sigue, pero conviene matizarlo un poco y relacionarlo con algunos de los puntos comentados. Para ello es preciso seguir una opinión que ha generalizado DÍEZ PICAZO (11), en la que es preciso distinguir *entre Registros de gravámenes y Registros de la Propiedad*. Dice el citado autor que la segunda mitad del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX entran en juego unos intereses económicos llamados a mover la puesta en práctica de los principios de publicidad y especialidad. El predominio de capitales y la aparición posterior del mercado inmobiliario van a facilitar la transformación y ampliación del sistema tal y como está hoy concebida. El mercado de capitales exige la protección del crédito territorial y lleva consigo el desarrollo del principio de publicidad centrado en la figura de la hipoteca. A ello corresponden las antiguas Contadurías y la misma Ley Hipotecaria de 1861, que sólo habla de «Registro» sin calificarlo de «la Propiedad». El tránsito a la última etapa lleva consigo el predominio del mercado de inmuebles, que exige una protección del mismo, y de los posibles adquirentes del dominio de bienes inmuebles, que en nuestro sistema queda completo en 1909 y en la vigente legislación de 1944-46.

Ello hace que podamos explicar que, en un primer momento, las leyes fueran Leyes Hipotecarias; en un segundo, la figura debe estar acompañada por la mutación de publicidad de las alteraciones dominicales, y que en un momento más tardío el Registro se convierta en un auténtico

---

(11) DÍEZ-PICAZO (L.): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, 1979.

Registro de la Propiedad, desplazando el mercado de capitales al de inmuebles.

Esa disección dogmática hecha por DÍEZ PICAZO va a permitirnos afrontar los cuatro puntos que CAPEROCHIPÍ nos brinda para explicar determinadas referencias registrales, siendo algunas ciertas y otras objeto de crítica:

- *Es cierto* que, a lo largo del siglo XIX, el impuesto es una cuota parte de la propiedad individual con que el ciudadano contribuye a los gastos sociales, y en este sentido, la proporcionalidad y la igualdad se definen en base a la propiedad inmobiliaria. De ahí que la titularidad material de relación entre persona y cosa que supone la propiedad, pase a convertirse en una determinación registral del propietario y permita una triple distinción: *sistema fiscal* (fundado en el Catastro), *sistema de propiedad* (basado en el Registro) y *sistema civil* (basado en la titularidad material). El impulso unificador de estos tres aspectos lo va a dar la contribución de hipoteca y la configuración constitutiva del derecho de hipoteca, aunque ése no sea el justificante teórico del problema.
- *No es cierto*, sin embargo, la explicación que el autor da al principio de publicidad registral en la adquisición del tercero. La crisis de la tutela de la propiedad privada (sustituida por la de la actividad económica) se manifiesta en la preeminencia posesoria de la Administración (recuperación posesoria de oficio, deslinde administrativo, inadmisibilidad de interdictos frente a la Administración) y ello permite explicar el funcionamiento de la mecánica registral: el propietario puede ser desposeído por el Estado de sus bienes, no en virtud de un desleal comportamiento del mismo frente a otros particulares (prescripción), sino sólo y exclusivamente en base a que un tercero tuvo acceso al Registro y vendió el bien al llamado tercero hipotecario. El Registro es mecanismo formal de pérdida de la propiedad creado por el Estado, que sólo se explica porque la relación de inmediatidad entre persona y cosa no es objeto de tutela preferente por el Estado.

La cosa no es tan simple ni puede reducirse a este esquema tremendamente negativo. El Registro de la Propiedad nace umbilicalmente unido con la publicidad, y la publicidad, que con la relación de inmediatidad posesoria se vio desbordada por el crecimiento de cargas y limitaciones, exigió un mecanismo técnico al servicio del interés particular o de los particulares. La desposesión, que significa el juego del principio de fe pública —mal explicado por el autor—, responde a criterios superiores de segu-

ridad jurídica. Entre la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico jurídico, se eligió el sistema germánico.

- *Es cierto* que el privilegio posesorio de la Administración tiene, a partir del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, el privilegio de la inscripción registral de sus bienes sin la información posesoria y por mera certificación administrativa de dominio, pero lo que no aclara que ello es consecuencia del sistema de obligatoriedad de inscripción de los bienes del Estado, salvo para las «cosas públicas» que se exceptuaron del principio «dispensándolas» de inscripción, dispensa que, como nos cuenta PAREJO GAMIZ (12), se va a convertir, en el Reglamento Hipotecario de 1915, en «prohibición». En todo ello quizá haya influido la desaparición del concepto de *cosas comunes*, pero lo cierto es que el criterio restrictivo de los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario ya ha sido superado por la doctrina en base de muchas razones, entre las cuales está la que da el autor citado: la falta de «ostentosis» de esos bienes, que en la actualidad ha desaparecido.
- *Tampoco es cierto* que a través del concepto de obra y servicio público se llegue a la confusión que CAPEROCHIPÍ mantiene: la del contrato y la concesión. Esta afirmación resulta difícil de mantener, pues no debemos olvidar que en nuestro Derecho los derechos reales surgen a la vida jurídica en base de ciertos contratos, mediante la tradición. Creo que las aportaciones de ZANOBINI, GARRIDO FALLA y VILLAR PALASÍ (13) sobre el concepto y naturaleza de la concesión resuelven definitivamente esta aparente confusión que el autor citado invoca. La concesión administrativa no las hizo reales por la inscripción, sino que se inscribieron por ser algo que tenía efectos reales. Quizá de ello pueda nacer el concepto de «exclusiva», eso sí.

## II. LA PENETRACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EN EL CONCEPTO

He querido apuntar en esquema una serie de puntos que nos van a permitir llegar a la situación actual. Hemos pasado de un Estado absoluto a un Estado liberal y vamos a desembocar en un Estado social. Lo dice majestuosamente H. GIL (14). El decisionismo caracterizador del

---

(12) PAREJO GAMIR (R.): *Protección registral y dominio público*, Madrid, 1975.

(13) VILLAR PALASÍ (J. L.): «Concesiones administrativas» (nueva *Enciclopedia Jurídica* Seix).

(14) *Ob. cit.*

Estado absoluto fue reemplazado por el neutralismo propio del Estado de Derecho. Y éste sustituido o perfeccionado por un Estado actuante en el logro de la democracia social, llámese Estado material de Derecho, Estado justo o Estado social. El Estado liberal de Derecho ha dejado de ser formal, dice LUCAS VERDÚ, neutral e inhibicionista, para transformarse en el Estado material de Derecho, en cuanto adopta una política que establece la justicia social.

Los esquemas a que va a responder la propiedad en esta época actual en que me sitúo afectan al concepto, a sus rasgos fundamentales y al arribo en sus márgenes de diversos estatutos que van a justificar la penetración del Derecho público en el privado y a permitir, sin embargo, el resurgimiento de una fuerza negocial importante haciendo viable, en buena parte, el principio de autonomía de la voluntad. Todo ello es preciso conectarlo con una institución que ya se ha hecho necesaria: el Registro de la Propiedad. Sin la pretensión de un análisis *ad profundis*, *ad inferos*, vamos a pasar por esas etapas del esquema apuntado.

a) *La construcción dogmática privada y la penetración del Derecho público*

La evolución histórica ha demostrado, como he apuntado antes, la gran importancia que los conceptos elaborados dentro del Derecho privado han influido en la construcción dogmática del Derecho público, y singularmente del Derecho administrativo, tomando de aquél lo necesario para establecer las diferencias.

Con ello no quiero olvidar la escisión que Roma hizo entre los dos derechos, que queda desdibujada en las legislaciones germánicas y medievales y que resurge en los tiempos modernos. La propiedad y su construcción dogmática juega *en este préstamo* de conceptos un papel importante. CAPEROCHIPI lo aporta en su trabajo: la propiedad es el gran principio ético, cuya defensa legitima la existencia y autoridad del Estado. Las instituciones jurídicas surgidas de la experiencia revolucionaria francesa están basadas en la tutela de la propiedad. La libertad e igualdad se concretan en el Estado liberal por la propiedad privada.

Así como el Derecho privado hace un préstamo de conceptos, el Derecho público en el *Estado social* provoca una invasión de poder desprivatizando el Derecho. El Estado, abanderado de lo social, hace de taxidermista, *extrae el contenido y deja la forma*, el contorno. Asegura y protege la *titularidad*, pero limita e impide la *legitimación* para la realización de facultades. Es la frase de ORTEGA: las limitaciones no están

en el contorno, sino en el dintorno. Y ello es así, como apunta VICENTE L. MONTÉS (15), porque en cada concepción de poderes o ventajas por parte del ordenamiento se incluye, junto al interés propio y particular del sujeto titular, un interés público, cuya ausencia determinará, en caso de desviación, un defecto de legitimación e incluso la pérdida como sanción. El Estado, de centinela, se ha convertido en visitante y ha penetrado en la propiedad sin necesidad de autorización judicial: lo social ha sido suficiente.

b) *Límites y limitaciones en los diferentes campos*

No creo que es el momento de entrar en los perfiles que separan los límites: las limitaciones y las «delimitaciones», pues de todos es conocido el término acuñado por la doctrina alemana (concretamente por WESTERMANN) y puesto en rodaje hispánico por GARCÍA DE ENTERRÍA (16) en el año 1958, en su conocido trabajo sobre *Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico*. Todos sabemos, además, que la Constitución vigente acepta esa terminología conceptual (art. 33).

Creo que lo importante de todo ello es ver hasta qué punto la «delimitación social» del derecho de propiedad ha tenido o puede tener reflejos en la legislación y la importancia que todo ello puede ofrecer en la publicidad registral y en su necesidad.

VICENTE L. MONTÉS, antes citado, contempla el panorama que ofrece la nueva imagen de la propiedad indicando cuatro aspectos fundamentales: pluralismo, conexión social, desconexión de la idea de libertad y actividad o ejercicio como centro de la regulación. En breve síntesis vamos a resumir estas afirmaciones:

- *El autor citado dice que se ha producido una «diversificación de estatutos y regímenes» de la propiedad que se resisten a una unificación conceptual o que, cuando se reducen a dicha unidad, producen una imagen confusa, carente de coherencia interna.*

He defendido en otro lugar el concepto unitario, sin perjuicio de reconocer que, dentro del concepto general, pueden existir modalidades impuestas por el interés social, pero que no llegan a crear esas propiedades «especiales» de que habló PUGLIATTI en el año 1956. Con la Constitución en la mano resulta hoy difícil mantener esa tesis: hay que partir de un concepto unitario y unas modalidades, aparte de las propiedades especiales que recoge el Código Civil.

---

(15) *Ob. cit.*

(16) *Ob. cit.*

- *El segundo punto es la conexión social, que es lo que viene a justificar la diversidad estatutaria* de la propiedad en los campos urbanos, rústicos, etc. La función social es la posible solución que plantea el conflicto de intereses entre lo individual y lo colectivo.

La dificultad de perfilar lo que debemos entender por *sentido social* es, de una parte, el dique que contiene la antigua concepción, pero de otra, es el gran portillo para justificar cualquier reforma legislativa. Es más un concepto político que jurídico. ¿Por quién se ha de realizar la socialización? ¿Para quién se ha de socializar? ¿Dónde está el límite que impida la socialización del ser humano o el de la economía? Estas preguntas se las hacía HEDEMANN ya hace algunos años.

- *A lo largo de lo que llevamos dicho resulta evidente que la propiedad ha representado la proyección en el plano patrimonial de la libertad del individuo* (frase de G. PALMA). Hoy día parece que propiedad y libertad no resultan conceptos coincidentes, ni la libertad es expresión de la primera, ni la propiedad supone plena autonomía del sujeto con relación a la cosa.

La identidad entre propiedad privada y libertad conduce, como consecuencia —dice CAPEROCHIPÍ—, a un nuevo principio constitucional: la *no intervención* del Estado en la vida económica y social. La libertad e igualdad se concretan en el Estado liberal por la propiedad privada. La propiedad se concibe como un ámbito de libertad reconocido al individuo frente al Estado: donde los fines particulares del individuo prevalecen frente a los fines generales de la sociedad política.

Observo, sin embargo, que hay cierto esquema que no encaja del todo en las anteriores afirmaciones, pues creo que lo que se definía como libertad se identifica con poder. *La propiedad es al individuo lo que la soberanía es al Estado*. La propiedad representa un poder individual del particular, en el que el poder político no tiene reconocida ninguna facultad de injerencia directa. PORTALIS, en su discurso, así lo identifica, pero ¿cabría escindir y separar el poder de la libertad?

- *El autor citado ya varias veces* —VICENTE L. MONTÉS— termina su exposición *sobre este punto hablando de la titularidad y actividad del propietario*. El centro o punto central del problema actual en esa nueva forma de configurar la propiedad, se encuentra en el acento que el ordenamiento jurídico coloca ahora en el «ejercicio» del derecho y no en la «atribución». Es decir, la titularidad

es intocable y en donde penetra el Estado es en el ejercicio del contenido.

Quizá sea ésta la más exacta de las conclusiones a las que llega el citado autor. Ante un conflicto de intereses es necesario conciliar los que se reconocen a una parte y los que modalizan en favor de la colectividad el ejercicio de los derechos.

c) *La proyección comunitaria*

Al comienzo de estas notas destacábamos la «involución» histórica de la propiedad, pues si la misma fue el instrumento que utiliza el príncipe —según dice CAPEROCHIPÍ— para destruir todas las formas de propiedad común, la actualidad, superando los principios de penetración del Derecho público y delimitación pública de la propiedad, hace florecer la *propiedad comunitaria*.

Esta es la idea que expone, en un artículo a punto de ser publicado, RAFAEL ARNAIZ. RAFAEL se ha quejado muchas veces de que le cito mal o de que las citas que hago de él no son correctas. El lo dice, pero sabe que no es así. Cuando le cito mal es que no estoy de acuerdo con lo que dice, y cuando la cita es incorrecta es que no he podido incorporarla a mi primitivo esquema de exposición. El también silencia cuando le cito bien y creo que ésta es una buena ocasión para que manifieste su conformidad.

Estamos asistiendo, dice ARNAIZ, a un fenómeno nuevo y diferente que, en alguna medida, aparece en todas las legislaciones a través de las llamadas comunidades de intento o supuesto de indivisibilidad jurídica. Se trata de casos cada día más frecuentes, en los que el régimen de comunidad es inseparable de la propia configuración del derecho de dominio. No puede ejercerse el dominio si no es en régimen de comunidad, siendo dicho régimen esencial para la existencia del propio derecho. La cotitularidad surge del propio derecho, gozando de la protección de la norma y de su subsistencia en el tiempo, rompiéndose el principio de la *actio comuni dividundo*. Cita la configuración cúbica, las cosas complejas y los conjuntos inmobiliarios. Y al examinar el contenido de las facultades dominicales es donde asoma la originalidad de su tesis: los límites, las delimitaciones que la propiedad tiene no son sólo las resultantes de las normas positivas, leyes y reglamentos, sino que deben completarse con las resultantes del estatuto constituido en el título que alumbra la necesaria comunidad de intereses y el régimen de cotitularidad que ha de recaer sobre el bien inmueble. Es decir, se da entrada a la posibilidad de la delimitación negocial del contenido del dominio.

d) *La publicidad registral y la seguridad jurídica*

Ante las nuevas formas de propiedad, ante las nuevas concepciones de la misma, ante esa teoría de las delimitaciones de carácter constitucional, ante ese contenido negocial de facultades, ante esa penetración pública en lo privado, etc., el intérprete se pregunta: *¿Sigue siendo necesario el Registro de la Propiedad?*

Quizá sea el momento histórico más importante en que la institución registral recibe un reto tan decisivo. Pero el reto lleva dos grandes asideros en que apoyarse para considerar a la institución registral como necesaria, imprescindible e insustituible. El principio de legalidad y la rama que se deriva del de seguridad jurídica a través de la seguridad del tráfico, ofrecen serios argumentos en pro de la organización registral. Creo que fue JOSÉ LUIS LASO el que dijo, y dijo muy bien, que el posible éxito de estos fenómenos urbanísticos reside en saber aprovechar los dos grandes principios que son el eje de los sistemas jurídicos de bienes para ponerlos al servicio de esas actividades y disposiciones administrativas. El logro público es alcanzar la «inserción», lo más amplia posible, en los sistemas tradicionales de publicidad inmobiliaria. Sólo a través de una adecuada ordenación de las medidas pertinentes pueden quedar salvaguardados los legítimos intereses individuales y los fines públicos que se persiguen.

Por ello pueden ser consideradas como conclusiones a tener en cuenta las siguientes:

- A los libros registrales deben acceder las situaciones de la Administración pública, para publicar los compromisos asumidos por los titulares y advertir a los terceros de su existencia.
- El principio de seguridad jurídica se ve fortalecido en cuanto en los libros registrales consten las determinaciones de Derecho público y sus alteraciones.
- La creación de estatutos jurídicos especiales en el ámbito privado por la acción administrativa debe tener constancia registral, pues ello facilita la actuación del Registrador como órgano de control de la legalidad.
- La actuación administrativa para exigir el cumplimiento de los compromisos o el ejercicio de las facultades sancionadoras o revisoras, son susceptibles de acogerse al sistema registral.
- Los actos civiles válidos, aunque en ellos falte el cumplimiento de ciertos requisitos administrativos, deben tener acceso al Registro.

- Partiendo de la base diferenciadora entre titularidad y destino de los bienes, deben desaparecer los obstáculos que a la inscripción de los bienes demaniales hoy se oponen.

Sin querer, y con esto pongo punto final, me estoy anticipando a lo que pueden ser conclusiones de un próximo Congreso.

### III. REPERCUSIONES REGISTRALES

MIGUEL DELIBES, al ingresar en la Real Academia de la Lengua el 25 de mayo de 1975, escribe sobre «El sentido del progreso desde mi obra» (17) y tiene la amabilidad de dedicarme un ejemplar de su discurso. En reciprocidad publico la recensión de ello en nuestra *Revista Crítica*. Cuento esto porque los avances tecnológicos, a los que nos queremos subir con tanta ansiedad como inconsecuencia, pueden ser ciertamente peligrosos a la hora de los balances: esto es como el disparo de las escopetas, que siempre provocan un culatazo.

Explico mi postura. Entre los años 1972-1973 asisto al Congreso, primero de los celebrados, de Derecho Hipotecario o Registral en Argentina, y antes o después, ya no lo sé, doy una conferencia en Mérida sobre «Cibernética y Registro», que luego amplió en una comunicación del II Congreso Internacional. Mi postura de entonces y de ahora es que la medida debe presidir el proceso mecanizador de nuestro sistema, sobre todo, como demostré en Argentina, cuando al enseñarme el sistema «con apoyo electrónico» vi que la técnica lo había dejado anticuado. No hay que confundir lo que puede ser un elemento *imprescindible y auxiliar* de una oficina con el sistema mecanizado, que elimina nada menos que el principio de legalidad. A semejanza del método dogmático de inversión de los pandectistas alemanes, parece que la máquina puede, mediante un almacenamiento de datos previos, ofrecer una solución para el diagnóstico de una enfermedad. Trasladado al campo de los derechos reales podríamos llegar a la misma conclusión. ¿Pero eso es válido y aceptable? Si en la selva jurídica andan sueltos los derechos *in rem*, *in faciendo*, *propter rem*, etc., será difícil que la máquina sustituya al cerebro. Si eso llegara a suceder, yo, como jurista, sin la ilusión del raciocinio, diría lo mismo que DELIBES decía al invocar la canción: «Que paren la tierra, que quiero apearne».

Y con estas consideraciones de carácter general vamos a pasar lista en forma breve a varios puntos:

---

(17) DELIBES (M.): «El sentido del progreso desde mi obra». Discurso de recepción en la Real Academia de la Lengua, 1975.

a) *El folio real*.—Después de más de cien años de llevar el Registro por fincas y a base del folio real, con todas las ventajas que ello supone, resulta difícil plantearse el tema y pensar en otros sistemas. No dejo de comprender que tanto la legislación agraria y la urbana juegan en este momento con conceptos de más amplia proyección que el de fincas, y así se nos habla de polígonos, zonas, unidades de actuación, manzanas, volúmenes edificables, etc., pero que después de los mecanismos de concentración de parcelas y posterior adjudicación por subrogación o de planeamiento y ejecución de planes, viene a desembocar en la formación de fincas con o sin elementos comunes, incluidas o no en zonas o polígonos, etc.

MARTÍN MATEO (18) denunciaba hace tiempo, siguiendo a SAVATIER y en relación con el volumen edificable, cómo los instrumentos de publicidad inmobiliaria se han detenido en su desenvolvimiento descriptivo, en la geografía plana. Yo no lo creo así, pues el concepto de obra nueva en su proyección hacia arriba o hacia abajo resta credibilidad a la afirmación. De otra parte, habría que llegar al fondo de lo que debe entenderse por volumen edificable, sus diferencias con los coeficientes, la relación entre espacio y volumen y la famosa «reserva de espacio» de que habló en su día el profesor DE CASTRO.

Debo aludir al problema de la urbanización y conjuntos inmobiliarios, y creo que en esta materia ya ha sido rechazado el sistema que propuso un anteproyecto, más notarial que registral, de la creación de libros especiales, pues el anteproyecto de 10 de abril de 1981, en lo que se refiere al Registro de la Propiedad, se pliega a la normativa general con las variantes de la especialidad, dando entrada en el Registro Mercantil a la inscripción en libro especial de la entidad rectora del conjunto. El tema ha sido tratado por MANUEL GARCÍA, PABLO VIDAL y ALVAREZ BELTRÁN (19) en su ponencia al V Congreso.

Lo único discutible sería si la llevanza del Registro debe seguir *haciéndose* por el sistema de libros con hojas móviles, que está dando gran resultado, o recurrir al de carpetas independientes por finca, que frente a la ventaja de la facilidad de la

---

(18) MARTÍN MATEO (R.): «La penetración pública en la propiedad privada» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1972).

(19) GARCÍA GARCÍA (J. M.), VIDAL FRANCÉS (P.) y ALVAREZ BELTRÁN (J.): «Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad». Ponencia aportada al V Congreso Internacional de Derecho Registral, 1980.

busca produciría una alteración de difícil superación en nuestras oficinas.

b) *La tecnología aplicada al Registro.*—En varias ocasiones he tocado el tema de la mecanización en su proyección de identificación de fincas en plano y de las relaciones que el Registro debería mantener con el Catastro. No creo que merezca la pena repetir ideas, pero no debe olvidarse que partiendo de un plano y a base de coordenadas y precisión de puntos concretos podría llegarse a la identificación de la finca y a la proyección en pantalla de su contorno físico. Todo ello almacenado en un ordenador permitiría la formación de un banco de datos.

El resto que estos avances técnicos supone no debe ser olvidado a la hora de su aplicación, pero quizá la estructura actual de nuestras oficinas no permita por ahora la instalación de ordenadores, aunque ya hemos dado el primer paso electrónico con nuestras máquinas, y el segundo con la informatización del índice de personas.

De todas formas, mi tranquilidad coordinadora entre Catastro y Registro —viejo anhelo de ambas instituciones— no queda muy pacífica con el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, del que me ocupé en una comunicación al Congreso de México, aunque ya ha sido reforzado en su aplicación por las Ordenanzas ministeriales de 8 de febrero de 1984, que impulsan los procedimientos de coordinación entre Registro y Catastro, ampliando los términos municipales, que, por Orden de 30 de enero de 1982, sólo fueron 25. No obstante, la *Revista Técnica Topográfica del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía*, de octubre, noviembre y diciembre de 1983, publica tres artículos nada alentadores. El primero de ellos se titula «El Catastro en España», lo firma JOSÉ L. GARCÍA-CUERVA, Ingeniero Técnico en Topografía, que mantiene la idea de la necesidad de un Catastro polivalente, que «es base geográfica» que sirve de soporte para toda clase de mapas, de documentos literales, y que puede constituir la base de un banco de datos.

El segundo artículo lleva por título la «Necesidad de un Catastro jurídico en España», y lo firma ANTONIO RAMOS GARCÍA, Ingeniero Técnico Topógrafo. Considera inaplicable el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, que regula la coordinación catastral y registral, pues, a su juicio, ello supone dar un carácter jurídico a una documentación hecha con fines fiscales, una documentación donde el desarrollo y compensación de poligo-

nales se ha realizado gráficamente. Luego explica la idea del Catastro jurídico y sus tres modelos para la realización.

Por último, el trabajo de GREULICH, de Estados Unidos, que mantiene la tesis de la aplicación del sistema de seguros de títulos, como necesidad precatastral ante la posibilidad de discordancia entre el plano levantado por la compañía aseguradora y el legal que se haga por la Administración.

Hay otros artículos también muy importantes, pero creo que no debo abusar más de vuestra atención. Tiempo habrá de hacer un buen comentario de todo ello.

d) *La cautela y el balance*.—Nuestra postura debe ser, ante todo ello, cautelosa, experimental y siempre subordinada al respecto de los principios jurídicos del sistema. Si lo mejor es enemigo de lo bueno, no vayamos a convertir en malo lo que durante mucho tiempo ha sido bueno: «El gran mérito —dijo NÚÑEZ LAGOS— del Registro es haber funcionado tanto tiempo sin el auxilio del Catastro».

\* \* \*

Me gustaría terminar tal y como comencé mi charla en el año 1969, en este mismo sitio, parodiando a CAMILO JOSÉ CELA (no puede uno venir a Galicia sin citar a un gallego ilustre), quien al ingresar en la Real Academia de la Lengua hablaba de su flaco mérito, de su ruin bagaje y de los *guardiaciviles* del camino. A mí me puede pasar igual en mi camino jurídico, pues los *guardiaciviles* se quedarán atónitos al oír el relato de mi ruin bagaje de esta charla y de mi flaco mérito en ese nuevo y largo cargo de Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España..., y lo más probable es que de momento, y por el que sí o por el que no, me detengan... Muchas gracias por vuestra atención.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ  
Registrador de la Propiedad

# La propiedad cuadridimensional: Un estudio sobre la multipropiedad

SUMARIO: *De la función social a las dimensiones de la propiedad.*—*Multipropiedad: concepto y caracteres.*—*Contrato de multipropiedad.*—*Terminología.*—*Orígenes.*—*Fundamento económico-social.*—*Naturaleza jurídica:* I) Propiedad temporal. II) Propiedad periódica. III) Propiedad cuadridimensional.—*Clases:* A) Multipropiedad inmobiliaria. B) Multipropiedad societaria: I) Dificultades. II. Derecho del socio-multipropietario. III) Modelos: a) El modelo francés. b) El modelo inglés. c) El modelo italiano. IV) Subtipos.—*Bipropiedad.*—*Multipropiedad inmobiliaria o comunitaria: concepto y objeto:* I) Uso *ad tempus* predeterminado. II) Cotitularidad simultánea y ejercicio sucesivo. III) Indivisión. IV) Publicidad registral: A) Hipoteca del multipropietario. B) Derechos de adquisición preferente. C) Estatutos de la multipropiedad.

«Todas las cosas están colocadas en el tiempo, en cuanto al orden de sucesión, y en el espacio, en cuanto al orden de ubicación.»

(NEWTON, en el *Scholium a los Principia Mathematica.*)

## DE LA FUNCION SOCIAL A LAS DIMENSIONES DE LA PROPIEDAD

La función social representa toda una época de la historia de la propiedad, todavía ante nuestras miradas, pero poco a poco se alejan los parabienes, los cánticos contingentes del bienestar, todas esas oraciones laudatorias de juristas ideólogos, arrastrados consciente o inconscientemente por la fuerza intelectual de las masas. ¡Cosas más incommovibles se han hundido!, por lo que el futuro de las próximas generaciones ignoremos qué dirección tomará. ¿Llamarán propiedad clásica a la propiedad-

función social? ¿La propiedad futura, diferente a la en boga en el pasado, vivirá desfasada de la función social, será postfuncional? La siguiente cita de G. MARAÑÓN nos da una posible respuesta parcialmente enigmática: «Cada vez que el suelo falla y no sabemos dónde se posará nuestro pie en el siguiente paso volvemos los ojos a la Historia».

Sobre la propiedad de ahora, la que tenemos actualmente, caben dos diferentes modos de interpretación, resumidos por ALPA y BESSONE (*Poteri dei privati e statuto della proprietà*, CLU, 1978): a) el modo de interpretación que ve en la función social una fórmula que modifica la parte interna del derecho de propiedad y piensa, por consiguiente, que la introducción de la función social en la propiedad privada significa la introducción de un nuevo concepto, una nueva idea de propiedad. La idea que se traduce con la expresión, que la propiedad nace con diversos fines de uso, que la propiedad está confinada. «Los confines —escribe CASTÁN TOBEÑAS (*La propiedad y sus problemas actuales*, 1963)— acotan los poderes del propietario»; b) el otro modo de interpretación, de los citados autores italianos, ve en la propiedad la fórmula tradicional un poco modernizada, y en la función social una expresión comprensiva de todos los vínculos y límites. Conforme a esta tesis, la propiedad permanece íntegra internamente y recortada en sus confines externos, con una expresión usual, se define este modo de entender la propiedad como «propiedad vinculada», sometida a vínculos y límites. Por otra parte, se habla por MAZZONI (*La proprietà procedimento*, 1975) de tres formas de propiedad: legitimación, empresa y reservada, según el grado mayor o menor de utilización del bien por el propietario.

«La noción de propiedad —afirma PERLINGIERI— es extremadamente variable en el tiempo y en el espacio, que recoge y acoge con visión renovadora las nuevas corrientes.» No es, por tanto, *semper firma atque inmutabilia permanent*, porque la propiedad es encarnación del realismo jurídico. Escribe HERNÁNDEZ GIL (*La función social de la posesión*) que «las categorías del pensamiento jurídico no son invariables, porque son fruto de quienes actúan como sujetos históricos». «El alejamiento de la realidad, de la experiencia concreta —nos dice FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO— resultaría infecundo para la práctica y condena de la esterilidad de la ciencia jurídica.» Y la «realista» de ZUBIRI nos insinúa este principio del quehacer jurídico ante las mutaciones de cada época.

Actitud variable de la propiedad, que, evidentemente, no deberá sobrepasar los límites del derecho (seguridad jurídica) ni los límites de la ciencia jurídica (afirmación del derecho como ciencia), convirtiéndose el derecho en algo esencialmente huidizo.

La propiedad no es mera reliquia del pasado, la propiedad cambia sus contornos precisamente por poseer especial sensibilidad de las reali-

dades socio-económicas. Con esa característica empírica que se viene señalando de este derecho: elasticidad, flexibilidad conceptual o plasticidad infinita, en frase de JOSSERAND. Me refiero a lo que quiero llamar la «propiedad docilitada», obediente a los avatares históricos de distinto signo, difícil polivalencia, que la hace merecer el primer puesto de los derechos reales y figurar en el *Gotha* de los derechos con el título de príncipe de los derechos subjetivos. La propiedad interpreta los papeles más dispares: el egoísmo simbólico, la explotación del necesitado, la confiscación, la caridad, la producción, el progreso, la estructura revolucionaria.

Desde un punto de vista jurídico estricto, lo mudable de la propiedad ha determinado, como dice PUGLIATTI, que la propiedad no tenga ni haya tenido un significado unívoco. CASTÁN manifiesta parecida opinión, en el sentido de admitir las propiedades: «Hoy no se puede hablar de propiedad, sino de propiedades», y oímos la voz de PESCATORE discrepante: «La propiedad es única».

De aquí la tarea de reconstrucción del concepto, unidad compatible con la variedad de formas de propiedad. Así, se habla de un contenido mínimo, que constituye el mínimo común denominador de todos los tipos de propiedad. Noción unitaria, que PERLINGIERI denomina «propiedad genérica», al lado de las nociones especiales: mobiliaria, inmobiliaria, urbana, rústica, pública, privada, empresarial, de consumo, personal, familiar, etc. VASSALLI y MAIORCA distinguen el género propiedad de la variedad de tipos.

Las fuerzas creadoras de los diversos tipos de propiedad a las que se refiere FINZI son dos: el factor personal, que afirma el señorío del hombre sobre la cosa, integrador de su personalidad, y el factor económico-social, que atiende al interés colectivo.

La multipropiedad nace a impulsos de la primera de dichas fuerzas. En esta ocasión no es, por tanto, la hora de la función social y sus sesudas reflexiones acerca de si la propiedad tiene, desempeña o es función social.

En el caso de la multipropiedad surge una variedad nueva de propiedad por obra de la autonomía privada, manifestación de la virtud, que DEMOGUE le atribuye «energie creatrice de la volontà».

Fuerza creadora que GIOVANNI S. COCO (*Crisi ed evoluzioni nel diritto di proprietà*, 1965, Milán) generaliza; para él, el interés privado del propietario es punto firme y núcleo central de los múltiples tipos de propiedad.

La libertad de iniciativa, el derecho a la libertad individual, considerada, según GIERKE, inatacable aun por la comunidad, interesa, en opi-

nión de Coco, en un triple sentido: libertad de estipular o no un determinado contrato (libertad contractual), libertad de establecer las cláusulas del contrato y la de estipular contratos considerados atípicos. En este último sentido, la autonomía privada aparece como un poder conferido a los individuos para proveer a sus intereses, autorreglamentando sus propios intereses (SANTORO PASSARELLI).

Pues bien, la multipropiedad es producto de la autonomía privada o realidad social viva, nuevo modelo de propiedad importado a nuestro país, que probablemente nos permitirá medir electrónicamente la propiedad con cuatro números reales, las cuatro dimensiones. Hasta ahora la propiedad podía verse en relieve, con las excepciones impropias de los bienes inmateriales. Desde ahora, la propiedad tiene una cuarta dimensión o tiempo. El derecho se convierte en lo que acontece. Con escepticismo habla E. D'ORS de la cuarta dimensión en la pintura: «Creación teórica que es necesario olvidar, cosa de prefacio de catálogos». Para producir cosas eternas, en otro sentido, conforme al pensamiento dorsiano, hay que comenzar ignorando la cuarta dimensión.

El término cuadridimensional, aplicado a la propiedad, es traducción del inglés. Por lo demás, me anticipo a quienes pudieran pensar que la fuente de este trabajo es lo publicado en alguna Universidad de USA; no es así, porque ignoro las obras norteamericanas.

Veamos la propiedad espacio-temporal como lo que es, nueva forma de propiedad creada por el individuo para su servicio, deseo expresado por DAVID A. MORSE, Premio Nobel de la Paz, con las siguientes palabras: «Que el hombre sea el amo, no el esclavo de la tecnología», siguiendo el antiguo brocardo *hominum causa omne ius constitutum sit*.

## MULTIPROPIEDAD: CONCEPTO Y CARACTERES

Tratamos aquí del concepto del derecho de multipropiedad. no de la multipropiedad como negocio jurídico, contrato de multipropiedad, que es la fuente del derecho del multipropietario. GINO TERZAGO nos ofrece una de las mejores definiciones: la multipropiedad consiste en el «uso por varias personas del mismo inmueble en forma periódica y sucesiva». Cada multipropietario tiene la disponibilidad exclusiva del bien durante un período de tiempo limitado, y adquiere el derecho a usar el inmueble y las partes comunes del edificio por un período del año preciso y determinado. M. CONFORTINI, autor de uno de los más completos y recientes estudios sobre la materia, la define como «atribución de un derecho de disfrute sobre uno o más inmuebles destinados a uso residencial turístico,

limitadamente durante un predeterminado y recurrente período de tiempo de cada año, mediante una contraprestación». En España, J. ROCA GUILLAMÓN, en su magnífico trabajo sobre la multipropiedad, conceptúa este derecho en los siguientes términos: «Disfrute pleno y perpetuo del inmueble adquirido por un período de tiempo al año, previa y exactamente delimitado en el título de adquisición».

Teniendo en cuenta la variedad de derechos y situaciones a las que se aplica la palabra multipropiedad, que van desde el derecho de obligaciones, derechos reales menores, condominio a la propiedad, puede formularse un concepto amplio: derecho de naturaleza variable al uso y disfrute pleno y exclusivo de un bien inconsumible durante un número de días al año, de duración perpetua o temporal y carácter transmisible.

De este concepto pueden deducirse los siguientes caracteres:

- a) Naturaleza variable. Puede configurarse como derecho personal o real.
- b) El contenido del derecho, que es el uso o disfrute de la cosa de modo pleno y exclusivo.
- c) El bien aparece caracterizado por la nota de inconsumible, de manera que sea susceptible de repetidos usos periódicos anuales.
- d) Predeterminación del número de días al año. No siempre se fija una semana o período de tal a tal día. A veces, tan sólo se predetermina el número de días, por ejemplo, diez días al año, a elección del multipropietario.
- f) Se puede afirmar que la multipropiedad inmobiliaria es perpetua, y la societaria, temporal, por un plazo que en la práctica se fija en treinta años.
- g) Las distintas clases de multipropiedad reconocen la transmisibilidad de este derecho, tanto *inter vivos* como *mortis causa*; no es, por tanto, un derecho personalísimo del multipropietario.

En sentido estricto, la multipropiedad inmobiliaria es el derecho de disfrute perpetuo sobre inmuebles de carácter residencial turístico durante un número determinado de días al año. En este caso es un derecho real (CASELLI), dudándose si este derecho real es derecho de propiedad, condominio o un derecho atípico. El contenido es el derecho de disfrute a intervalos temporales, que se repiten indefinidamente (*recurring years*), sobre un bien inmueble destinado a un fin concreto, residencia secundaria o de vacaciones, que limita el uso a cortos períodos anuales.

## CONTRATO DE MULTIPROPIEDAD

Es el contrato de multipropiedad, en opinión de CASELLI (*La multiproprietà, problemi giuridici*, Milán, 1983), figura compleja, que se constituye mediante un contrato atípico consensual. Se perfecciona desde que el oferente conoce la aceptación de la otra parte. Es, por tanto, contrato consensual, que se rige por el principio de libertad de forma. Tiene también carácter bilateral y oneroso, el multipropietario adquiere su derecho mediante contraprestación.

En relación con la multipropiedad inmobiliaria, el contrato produce efectos reales. La transmisión del derecho de propiedad del promotor al multipropietario requiere que previa o simultáneamente se haya constituido el inmueble en régimen de multipropiedad, al igual que la venta del piso presupone la previa división del inmueble en régimen de propiedad horizontal. El derecho de disfrute constituido en contrato de multipropiedad encuentra en los estatutos el complemento normativo del derecho de disfrute del multipropietario. El contenido del contrato de multipropiedad resulta tanto del mismo contrato como de los estatutos, cuyas normas integran el contrato. En este sentido, los estatutos son una parte del contrato de multipropiedad.

Cuando el inmueble destinado a multipropiedad es una residencia o aparthotel, el contrato presenta características semejantes a las del contrato de hospedaje, aún más, en los casos en que el complejo inmobiliario esté dotado de numerosos servicios propios de la organización hostelera, como servicio de vigilancia, oficina de cambio, servicio de limpieza, instalaciones deportivas y de recreo, lo que unido a algunas cláusulas contractuales hace difícil su identificación y pone en duda la eficacia real del contrato.

No obstante esta similitud, la distinción entre ambos contratos, multipropiedad y hospedaje, aparece clara si nos fijamos en la prestación principal, el derecho de disfrute vendido; lo característico es la venta del derecho a ocupar y disfrutar el inmueble. Según GIORGIANNI, el esquema causal del contrato de compraventa es muy elástico y puede soportar la existencia de numerosas obligaciones de hacer a cargo del vendedor. La compraventa de un apartamento no es un contrato diferente, en el supuesto en que la comunidad tenga pocos o ningún servicio, de la compraventa de un apartamento perteneciente a una comunidad dotada de numerosos servicios. En ambos casos, se transfiere la propiedad o la multipropiedad mediante el contrato de compraventa.

## TERMINOLOGÍA

Las causas determinantes de la proliferación de expresiones y vocablos utilizados para describir este fenómeno son principalmente: la actitud indecisa de los juristas, la fantasía publicitaria de los agentes del sector inmobiliario turístico y el hecho de que la palabra *multipropriété* figure registrada a favor de la Société des Grands Travaux de Marseille.

Traducidos del francés (una reseña de nombres, ver D. CLEMENT: *La multipropriété*, París, 1974) pueden citarse los siguientes: multipropiedad, multicopropiedad, copropiedad en el tiempo, interpropiedad, propiedad espacio-temporal, propiedad por tiempos divididos o por tiempos parciales, propiedad estacional.

De origen italiano: copropiedad temporal, intermitente o discontinua, propiedad periódica (CAPARELLI y SILVESTRO), propiedad turnaria (DE CUPIS); otras denominaciones que la doctrina califica de pirandelianas, como pluripropiedad, copropiedad alternativa, multivacaciones, divicopropiedad, multihoteles.

En nuestro país: propiedad concretada a períodos de tiempo, propiedad de temporada o recreo.

En lengua alemana recibe el nombre de *Teilzeit-Eigentum*. Y en USA e Inglaterra: *time-share*, *time-ownership*, *fractional time or recreational condominiums*, *vocation home*, *property's fourth dimension*, *interval ownership*, *holiday property bond*.

A juicio de M. DOYON y M. ZURFLUH (*La propriété a tems partagé et ses problèmes*, Act. J.-Pro. Inm., 1976), la expresión que mejor se adapta a la realidad jurídica de esta figura es la de propiedad espacio-temporal. Sin embargo, la palabra multipropiedad, sin duda ambigua e inexpressiva, se ha impuesto y es de esperar su continuidad futura por razones extra-jurídicas, cómoda pronunciación y mejor adaptación a los fines publicitarios. No es lo mismo preguntar: ¿quiere usted ser multipropietario?, que esta otra de más rigor jurídico, con menos gancho y un tanto misteriosa: ¿quiere ser propietario espacio-temporal?

## ORIGENES

Probables antecedentes remotos de esta figura se encontrarán en el derecho consuetudinario hidráulico sumerio y en la práctica del alquiler de animales e instrumentos de trabajo por días o por horas, en las primitivas sociedades ganaderas y agrícolas.

La multipropiedad en la formulación contractual moderna tiene su origen en la práctica del sector industrial hotelero, a través del arrendamiento parcial, a principios de siglo. La paternidad de este derecho se atribuye a la Société de Grands Travaux de Marseille, quien registró el nombre y utilizó por vez primera esta técnica jurídica en las estaciones alpinas francesas (DEWAS CLÉMENT: *La multipropriété*, París, 1974). La tradición oral sobre el nacimiento de la multipropiedad, que mis sospechas comparten plenamente, atribuye la invención a un inglés, quien tras el intento frustrado de aplicar el invento en su tierra, logró que en Francia le escucharan y empezara a aplicarse. A juzgar por los caracteres de este derecho, vemos afinidades con la mentalidad y derecho anglosajón, que contrastan frente a los conceptos del derecho continental; de aquí las numerosas dificultades y problemas que plantea al jurista de formación latina.

Varios autores (GRANELLI, DI PRISCO, ALPA, CALLIANO) sostienen que una antigua forma de multipropiedad existía a principios de siglo; algunas grandes sociedades propietarias de hoteles y residencias concedían a sus socios el derecho transmisible de utilizar, en determinados períodos del año, habitaciones o apartamentos a precios reducidos respecto a la tarifa normal: veinte o treinta por ciento menos. El contrato se celebraba siempre con los socios de la sociedad propietaria de la cadena de residencias, y el derecho de disfrute del socio llevaba inherente la obligación de destinar el apartamento o habitación al uso previsto. Esta forma de multipropiedad se encuadra dentro del esquema del contrato de hospedaje con efectos puramente obligacionales.

En Norteamérica, paralelamente, se desarrollaba una práctica similar por las sociedades de edificios de apartamentos, que dividían el disfrute de los mismos entre los accionistas, con la estipulación a cargo del propietario-arrendatario (*proprietary lease*) de una renta simbólica. En Suiza también se daba la misma solución del multipropietario socio, arrendatario titular de acciones, situación que ha sido estudiada ya hace años por BUENSOD (*Les sociétés immobilières d'actionnaires locataires*, 1950). Por lo que podemos concluir que la forma originaria de la multipropiedad fue la societaria, como derecho de disfrute a favor de los accionistas, a través de la ficción de un arrendamiento.

En cuanto al lugar de aparición, si bien la mayoría de la doctrina se inclina por Francia, algunos (LEZZA y SELVAROLO) señalan a USA, de donde se extendería a otros países. Lo cierto es que, tanto en Francia como en USA, el fenómeno no adquiere importancia y difusión hasta los años sesenta, propagándose luego esta modalidad de inversión del sector inmobiliario turístico a otros países de Europa, como Bélgica y Suiza. En

Italia se desarrolla a lo largo de los años setenta, conociéndose después en Holanda, Austria y España. En cuanto a la magnitud del fenómeno y su rápido crecimiento, en Francia se puede cifrar el número actual de multipropietarios alrededor de los cincuenta mil. En Norteamérica ha alcanzado difusión extraordinaria: en agosto de 1978 (*Annual Meeting de la ABA, Section of Real Property*) se calculó que el número de multipropietarios podía situarse cerca de los doscientos cuarenta mil, y la corriente de inversión en el sector se estimaba en constante aumento.

## FUNDAMENTO ECONOMICO-SOCIAL

La multipropiedad aparece unida al desarrollo del turismo de masas. La demanda de breves estancias o vacaciones en la montaña o en el mar ha ido en aumento en los últimos veinte años. Para las organizaciones especializadas atender a esta demanda será rentable solamente si se aseguran un lleno casi total de clientes, que de semana en semana, por grupos o tandas, escalonan sus vacaciones a lo largo de todo el año. Los clientes disfrutarán sucesivamente de un mismo apartamento. Se pensó que este fin podría alcanzarse si un hotel contrata turistas durante un plazo muy largo, con un término anual de disfrute muy corto. Pero esta fórmula no era muy atractiva; el capital invertido en la construcción y activos fijos del hotel estarían inmovilizados mucho tiempo. Se precisaba una forma de inversión caracterizada por la combinación óptima entre el costo reducido y la satisfacción de la necesidad de alojamiento en localidades turísticas.

En Francia, los primeros ensayos tendentes a responder a esta nueva necesidad económico-social se deben a la Ley de 10 de julio de 1965. Como en una copropiedad ordinaria (de casas por pisos), el inmueble se divide en fracciones de elementos comunes y partes privativas. De ahí la idea de la denominación multicopropiedad. La innovación consistía en que cada una de estas partes privativas (apartamentos o villas), en lugar de pertenecer a un solo condueño, queda como propiedad indivisa de varias personas, quienes no tienen más que el disfrute sucesivo y limitado en el tiempo.

Los promotores encuentran en esta fórmula varias ventajas: permite acudir a precios múltiples: diferenciación de precios en razón a la utilidad económica del bien en los distintos períodos del año: temporada alta, baja y media. De este modo se amplía la demanda, extendiéndose el área de los probables adquirentes, puesto que la capacidad de adquisición de un inmueble por varios multipropietarios es mayor que la que sería posi-

ble vendiendo ese inmueble entero a un solo individuo. Así se obtiene el máximo provecho, creándose una renta diferencial y una apreciable reducción del tiempo de inmovilización del capital. A estas ventajas para la empresa promotora, consecuencia del fraccionamiento y diferenciación del precio, deben añadirse el pago de un capital sustancial por el multipropietario para reservar su turno, aceptando el pago proporcional a su cuota en los gastos, y las ventajas que derivan de la gestión de los complejos deportivos y recreativos integrados en la urbanización.

En Italia, la principal razón de desarrollo de la multipropiedad, según CALLIANO («La multipropiedad», in *Trattato di Diritto privato*, Torino, 1982), está, aparte de la razón general y común a la propiedad horizontal del aumento de demanda por fraccionamiento del bien, en la grave crisis del sector hotelero, que ha obligado a una verdadera reconversión industrial más rentable y menos arriesgada.

Del lado del multipropietario adquirente, también ofrece indudables ventajas de orden económico y práctico respecto a las formas tradicionales utilizadas para atender la demanda de residencia en las zonas turísticas en fechas de vacaciones. En esa posición intermedia que ocupa el multipropietario, entre el propietario y el arrendatario, la multipropiedad permite comprar sólo el período de tiempo que se puede disfrutar; no hay razón para comprar la propiedad de doce meses cuando únicamente se puede disfrutar el apartamento una semana. La conclusión es obvia: interesa ser «propietario de una semana», lo que le permitirá ocupar el mismo apartamento o villa todos los años, sin las incomodidades de reservas y anticipaciones propias de los lugares turísticos muy frecuentados, y lo que es más importante, evita la desproporción entre el costo de adquisición en propiedad del apartamento, los gastos de mantenimiento de las residencias secundarias y los cortos períodos de ocupación de este tipo de viviendas. En la multipropiedad, tanto el costo de adquisición como los gastos comunes se reducen al dividirse entre los distintos multipropietarios. En términos generales, como queda expuesto, proporciona ventajas directas a promotores y adquirentes, y efectos positivos indirectos sobre la economía de las zonas de turismo.

En contraste con la extraordinaria expansión de esta figura, los juristas y los ordenamientos jurídicos poco o nada se han ocupado de ella. Falta en España y otros países, por ejemplo, Francia e Italia, el estatuto jurídico de la multipropiedad, que confiera a la misma contornos claros y definidos, con el fin de asegurar la validez de las ventas de derechos en multipropiedad, reforzar las garantías de los multipropietarios y terceros

y dar el adecuado y completo encuadramiento a la multipropiedad societaria en el cuadro de las sociedades, y a la inmobiliaria, en su caso, en el ámbito de la copropiedad.

## NATURALEZA JURIDICA

### I. PROPIEDAD TEMPORAL

La función del tiempo constituye el núcleo central de cualquier teoría sobre la multipropiedad. El derecho de disfrute limitado temporalmente, fraccionado en el tiempo (*«portion of time»* or *«period time»*); la propiedad referida a un intervalo cronológico (*interval ownership*), atrincherada entre dos fechas, conforme a la etimología latina *intervallum*, o el espacio entre las estacas que formaban el atrincheramiento romano. Este negocio traslativo de la propiedad sujeta a término inicial y final, plantea la posibilidad de aplicar la llamada teoría de la propiedad temporal o propiedad a término. Destaca ALLARA, como defensor de la existencia de un dominio *ad tempus*, frente a la concepción romana del *dominium perpetuum*.

Aparece aquí la propiedad temporal para dar explicación de la naturaleza jurídica del derecho de multipropiedad, lo que obliga a abrir un corto paréntesis dedicado a la propiedad temporal y su fundamento lógico-jurídico.

Define ALLARA la propiedad temporal como «aquella que resulta de una limitación de tiempo adjunta, predeterminada e inherente al derecho». Propiedad temporal tiene significados contradictorios, en cuanto el límite de duración de la propiedad se opone a la perpetuidad de este derecho. Si es propiedad no puede ser temporal, porque la propiedad es perpetua. Así expresan la naturaleza extraordinaria de la propiedad a término. DE MARTINO escribe que un dominio destinado preventivamente a cesar es efímero y, por tanto, contrasta con la plenitud de poder reconocida al *dominus*. Según este autor, la perpetuidad es atributo imprescindible de la propiedad.

Parecer contrario sostienen buen número de civilistas italianos: BARASSI, ALLARA, BARBERO, PUGLIATTI, DUSI, PELOSI, SCIALOJA, PERLINGIERI, quienes se pronuncian favorables a la admisibilidad de esta figura. El mero hecho, argumentan, de la normal ausencia de una determinación preventiva de extinción del derecho, no impide negar la posibilidad de esta determinación como hecho lícito, aunque infrecuente. La perpetuidad y la plenitud del dominio, dicen, tienen un valor relativo; en la práctica aparecen límites externos que sancionan la posibilidad del domi-

nio temporal, lo que no atañe a la plenitud; una cosa es el contenido del derecho y otra la vida del derecho, es decir, su duración. Temporalidad no es plenitud.

La propiedad no es perpetua porque su contenido sea ilimitado, como tampoco es temporal porque su contenido sea tendencialmente limitado. «Si así fuera —nos dice DI PRISCO—, el derecho de servidumbre y la enfiteusis serían derechos temporales, porque su contenido es limitado.»

El propietario temporal sigue siendo propietario. El *dominus ad tempus* tiene un derecho más amplio que el del titular de cualquier derecho real, pues conserva sus poderes fundamentales de disfrute y disposición dentro de ciertos límites.

La perpetuidad, á juicio de otros, viene a ser un prejuicio sentimental o un residuo ochocentesco de la propiedad, por entonces conceptuada como sacra e inviolable. Por lo demás, no existe dificultad de orden jurídico para admitir la propiedad a tiempo determinado.

Existen numerosas hipótesis en que la Ley explícitamente prevé la duración temporal del dominio. Supuestos que reciben diferente interpretación por los autores temporalistas, que ven en ellos el reconocimiento casuístico de esta forma singular de dominio, y por los contrarios, quienes conceden a estos supuestos un significado excepcional que impide generalizar toda una teoría.

Por otra parte, no queremos dejar de aludir a las leyes *ad tempus*, aquellas que llevan predeterminado el tiempo de su vigencia, como la propiedad temporal, bien refiriéndolo a un término cierto o a una condición. Son ejemplos de leyes temporales, numerosas leyes administrativas y fiscales, así como las leyes de presupuestos.

Se alude a los casos de propiedad interina (PELOSI), como la propiedad resoluble de la donación con pacto de reversión o retroventa; situaciones transitorias, v.gr., de propiedad agrícola a favor de entes públicos, propiedades que pueden considerarse transitorias, llamadas a extinguirse cuando alcanzan el fin particular establecido por la Ley; la propiedad fiduciaria, de carácter igualmente instrumental y transitorio, y los supuestos de propiedad sobre cosas consumibles; el derecho de superficie, posible propiedad *ad tempus*, opina COVIELLO; el término inicial o final en las disposiciones testamentarias, la sustitución fideicomisaria, derechos de duración predeterminada, característica común, señalan PESCATORE y TALAMANCA, de la propiedad temporal. En los supuestos de heredero a plazo y fideicomisos, VALLET DE GOYTISOLO (*Pa-norama del Derecho civil*, Bosch, 1963) aprecia la existencia de un dominio o limitación dispositiva frente al dueño que carece de la nota de

perpetuidad. Esta idea cambia el punto de vista. La propiedad temporal no es la propiedad, es una limitación a la propiedad de otro.

Fuera de estos y algunos casos aislados más previstos en los Códigos, no toda la doctrina comparte la tesis de la admisibilidad general de la propiedad temporal de origen convencional, es decir, la posibilidad general de construir la propiedad *ad tempus*, consecuencia de un término inherente a cualquier negocio traslativo de la propiedad. La inclusión de la multipropiedad en el esquema de la propiedad temporal presenta esta primera dificultad, la insegura respuesta a la admisibilidad de la propiedad temporal convencionalmente constituida.

Refiriéndose a la multipropiedad, LEZZA y PESCAROLO hablan de propiedad temporal. Pero aun superando el obstáculo que supone admitir la propiedad temporal convencional, no por esto queda libre de crítica la tesis de la propiedad temporal aplicada a la multipropiedad.

Se oponen a esta interpretación CAPPARELLI-SILVESTRO y DE CUPIS, fundándose en que tal planteamiento confunde la periodicidad o el uso por turnos con la temporalidad, que son cosas distintas; la periodicidad atiende al ejercicio del derecho, y la temporalidad a la duración del mismo.

En la multipropiedad a la delimitación preventiva del derecho a un único período, que caracteriza la propiedad temporal, se añade el disfrute discontinuo o periódico del inmueble, por lo que debe hablarse de propiedad periódica o propiedad turnaria.

El titular del derecho de multipropiedad inmobiliaria tiene un derecho perpetuo, aunque confinado temporalmente su ejercicio al pleno y exclusivo derecho de disfrute durante los períodos de tiempo determinados, y, por otra parte, no se fija el día de extinción del derecho. Consecuentemente, es preferible utilizar las expresiones propiedad periódica o propiedad por turnos, nos sugieren los citados autores, con lo que se quiere indicar que la multipropiedad es perpetua, si bien temporalmente delimitada por los días primero y último de cada período.

La perpetuidad de la multipropiedad inmobiliaria, es decir, la comunitaria, es característica indiscutida desde que fue afirmada por CAPPARELLI y SILVESTRO, lo contrario de la forma societaria, cuya duración va unida a la vida de la sociedad, la que, a su vez, en muchos casos, es por tiempo predeterminado; en la práctica es frecuente el plazo de vida social de veinte a treinta años.

Sigue la argumentación contraria a la propiedad temporal. Si la propiedad temporal no es otra cosa que la propiedad a la que se une un término inicial o final, al vencimiento del cual el derecho se extingue en ese titular para resurgir en otro sujeto, obviamente esta situación no

es asimilable a la multipropiedad, en la cual el derecho no está sujeto a término final. «Sin embargo, es preciso reconocer —razona CONFORTINI— que la periodicidad es un concepto que presupone la temporalidad.» Todo lo periódico es temporal, no a la inversa.

Acontecimiento periódico es aquel que se inicia y termina, para volver a comenzar de nuevo y terminar, y así sucesiva e indefinidamente. La temporalidad periódica hace pensar en la formulación de una teoría, bautizable con los enunciados de «teoría de la propiedad temporal renaciente» o «de las propiedades temporales múltiples». Efecto del contrato de multipropiedad es la serie indefinida y tendencialmente infinita de propiedades temporales y sucesivas. Según la nombrada teoría, el derecho se extingue al final de cada turno anual, para renacer en el mismo sujeto el año sucesivo. Cada período anual es un derecho; por tanto, más que de un derecho perpetuo debe hablarse de un número indeterminado de derechos temporales, a diferencia de la teoría de la propiedad cuadrimensional, en la que existen tantos derechos como períodos a favor de cada multipropietario. Conforme a la teoría que se expone, cada inmueble es objeto de un único derecho de propiedad, que renace anualmente. De esta manera, el multipropietario se encontrará cada año en la posición de «propietario temporal» respecto al turno de ese año, y en la de «propietario futuro» en relación a los turnos venideros.

La teoría de la propiedad renaciente presenta dificultades. Ante todo, la doctrina de la propiedad temporal resulta inadecuada para explicar suficientemente la teoría renaciente, tanto la interpretación de la propiedad temporal como hipótesis de coexistencia de dos derechos de propiedad con diversa eficacia, el uno a término inicial y el otro a término final, como la que configura el derecho del propietario temporal como un derecho *in re aliena*, teoría de origen alemán que se considera de escasa difusión doctrinal, defendida en España para los supuestos de heredero a plazo y fideicomisos por VALLET DE GOYTISOLO. La aplicación del derecho real limitado a la multipropiedad se rechaza por ser cada multipropietario propietario temporal o futuro, pero nunca nudo propietario.

Por lo que hace a la concurrencia de dos derechos de propiedad sobre la misma cosa, uno limitado y el otro ineficaz, pero destinado a adquirir, eficacia en un momento sucesivo, esta fórmula carece de fundamento en el Derecho positivo; tampoco cabe hablar de dos propiedades sobre la misma cosa, porque tradicionalmente la copropiedad es la única forma de concurso de derechos dominicales sobre la misma cosa.

Otra razón es que el deber de conservar y restituir del propietario *ad tempus* limita en gran medida el poder de disposición, cosa que no ocurre en la multipropiedad. Y el llamado propietario futuro, más que titular de

un derecho, su poder se reduce a una genérica expectativa, hasta el vencimiento del plazo previsto. La cesión del derecho del multipropietario es también problemática como acto dispositivo de un derecho futuro. PELOSI sitúa al propietario temporal, superando los esquemas tradicionales, en una zona intermedia entre la propiedad clásica y los derechos reales limitados.

En definitiva, la tesis de la propiedad temporal, que he bautizado con el nombre de renaciente, es complicada y oscura, no explica el renacimiento del derecho extinguido en el mismo sujeto ni da respuesta a cuál pueda ser el mecanismo técnico o el título que permite al multipropietario adquirir la multipropiedad siguiente a la primera.

## II. PROPIEDAD PERIÓDICA

La tesis de la propiedad periódica de CAPPARELLI y SILVESTRE, o propiedad turnaria de DE CUPIS, sostiene que el multipropietario adquiere propiedades sucesivas anuales, las propiedades correspondientes a cada período o turno, y el derecho de disfrute limitado a un plazo. Por lo demás, parece que CAPPARELLI-SILVESTRE no llegan a conclusiones concretas, se limitan a señalar los caracteres peculiares de la multipropiedad, su difícil encuadramiento en las instituciones conocidas y la posibilidad de que constituya un derecho real atípico. La multipropiedad es un caso de propiedad periódica, cosa distinta de la propiedad temporal; a juicio de estos autores, la periodicidad atiende al ejercicio del derecho y la temporalidad a la duración del mismo. Con criterio flexible, podría admitirse la propiedad periódica como especie dentro de la categoría genérica de la propiedad temporal.

El reconocimiento de relaciones jurídicas periódicas, que obligan a la realización de actos de ejecución reiterada y a la consagración de los contratos de tracto sucesivo, v. gr., venta a plazos, arrendamiento, en que la prestación debe ser realizada de manera repetida, suele limitarse al derecho de obligaciones. La exigencia periódica de las prestaciones tiene su razón de ser en un convenio, en el carácter correlativo de la prestación periódica a otras contraprestaciones igualmente sucesivas o en la satisfacción de una necesidad esencialmente periódica. Esta última razón es la que justifica el derecho periódico del multipropietario, la satisfacción de un interés duradero, el interés del intervalo anual contratado, de ocupación periódica del apartamento o villa. Que en la multipropiedad inmobiliaria, de eficacia real, es de realización directa, y en la societaria, de contenido obligacional, necesita la participación de otro sujeto, la sociedad.

Según OPPO, la continuidad o periodicidad temporal forma parte del contenido de la relación jurídica; la relación jurídica periódica es de contenido repetitivo, «lo que dura —precisa el mismo autor— es la ejecución de la relación jurídica». En el campo de los derechos reales, añade el citado civilista, la relación jurídica en sí misma no es de ejecución continua, sino instantánea. Así vemos, v. gr., que la relación entre la persona que debe entregar el bien y quien lo adquiere tiene un contenido traslativo o constitutivo instantáneo, de tracto único; la relación jurídica se agota en un solo acto. En la multipropiedad inmobiliaria el contrato produce efectos reales, transmite la propiedad del promotor al adquirente; en consecuencia, la ejecución de la relación jurídica de multipropiedad podrá ser diferida, pero nunca periódica o repetida. En la propiedad con efecto diferido la transmisión de este derecho se verifica, no inmediatamente en el momento de la perfección del contrato, sino en un momento posterior más o menos lejano.

Por tanto, teóricamente en la propiedad periódica la transmisión del dominio se verificaría en infinitos momentos sucesivos, fraccionándose por anualidades. La multipropiedad tampoco parece ser un supuesto de propiedad periódica, si es que admitimos la posibilidad de esta propiedad. No se puede afirmar que el promotor, transmitente en la multipropiedad después de perfeccionado el contrato, siga siendo propietario con poder de disposición, observa DI MAIO, por no haber transmitido la propiedad, ni puede sostenerse que el enajenante sea titular de una situación residual con término final el último día del plazo por el que se haya diferido la propiedad, que podría disponer del derecho residual, transfiriendo la propiedad con el límite temporal inherente (BARASSI, RODOTÁ).

La crítica anterior obliga a intentar por otros caminos la explicación del derecho de multipropiedad bajo la teoría de la llamada propiedad periódica. Se proponen dos subteorías:

a) Teoría de la propiedad fiduciaria, imaginando que la venta en multipropiedad conlleva una obligación personal del adquirente: la de restituir al final de su turno.

b) Teoría del doble negocio, que supone la existencia de un negocio traslativo de la propiedad, y otro resolutivo, sujeto a término inicial, que produce el efecto de revertir el derecho al enajenante o a un tercero.

La doctrina civil ante estas teorías sigue sin encontrar una respuesta plausible a la existencia de los intervalos cronológicos siguientes al primer año. Permanece en la sombra, escribe CONFORTINI, el mecanismo por el cual transcurrido el primer turno se hace posible el inicio del segundo.

Un argumento de peso, quizá decisivo, en contra de la aplicación de

la propiedad temporal o periódica a la multipropiedad es la falta de convenio expreso o tácito que suponga de alguna manera reserva de derechos o facultades propias del propietario a favor del enajenante, de tal modo que podamos pensar que la propiedad ha sido diferida o sujeta a término inicial o final. El promotor o vendedor de la multipropiedad inmobiliaria realiza un acto traslativo o constitutivo de un derecho real puro, libre de reservas, condiciones o plazos en cuanto a su eficacia. Los anteriores argumentos impiden la posibilidad de recurrir a la categoría jurídica de la propiedad temporal o a los contratos de ejecución periódica o continua.

Compartimos la opinión de OPPO y ALLARA en contra de M. CONFORTINI, que asignan al tiempo la función de señalar el momento en que un comportamiento puede o debe hacerse, con el sentido de elemento accidental del contrato que tiene en el derecho de obligaciones. El tiempo en la multipropiedad juega también en este sentido, en cuanto fija el momento en que el multipropietario puede ejercitar su derecho. El derecho a ocupar un apartamento del 1 al 7 de agosto señala el tiempo en que puede realizarse un comportamiento. La temporalidad, escribe JUAN ROCA GUILLAMÓN, se refiere a la «periodicidad del disfrute, es decir, a la periodicidad en el ejercicio de una parte del contenido del derecho». Se atribuye aquí al tiempo o periodicidad del disfrute, periodicidad parcial del contenido del derecho, la función obligacional, «el cuándo» puede o debe cumplirse una obligación (arts. 1.113 y 1.125 del Código Civil).

Continúa la cita de ROCA GUILLAMÓN referente a la periodicidad parcial del contenido del derecho: «Fuera del tiempo de disfrute pleno, durante el período que corresponde a otro multipropietario, los demás multipropietarios podrán disponer de su derecho y transmitirlo». Es evidente que el tiempo en el sentido que venimos estudiando fija el cuándo del ejercicio del derecho, pero cuantitativamente parcial. Existen otras facultades que el multipropietario puede ejercitar fuera de su turno de disfrute.

En la multipropiedad el tiempo desempeña varias funciones; en esto discrepamos del parecer de algunos civilistas italianos. La función obligacional que acabamos de ver y otra más sobresaliente, peculiar de este derecho, lo que M. CONFORTINI llama criterio de determinación o individualización del bien u objeto del derecho. El tiempo, sin abandonar su carácter de elemento accidental del negocio jurídico, alcanza la categoría de elemento esencial del lado del objeto.

### III. PROPIEDAD CUADRIMENSIONAL

#### a) *Metodología del objeto*

La doctrina desde hace años ha formulado, y viene insistiendo en ello, como principio metodológico la consideración de la propiedad desde el punto de vista del objeto. Son los bienes los que caracterizan la propiedad (FINZI). Razonan, si el dato económico se afirma como básico en la organización social, los bienes deben ocupar el primer plano. La valoración del sujeto debe sustituirse por la del objeto. En consecuencia, los bienes, las cosas objeto de la propiedad pasan a ser el centro de atención.

Pero, ¡cuidado!, la valoración exclusiva del objeto puede extraviarnos. Oigamos a PUGLIATTI, quien desaconseja la atención única al objeto, la propiedad individual es también y siempre propiedad del individuo.

La multipropiedad, figura nueva, plantea su propia cuestión metodológica. Escribe MAZZU (*Proprietà e Società pluralista*, Milano, 1983): «La multipropiedad forma un capítulo nuevo de la propiedad temporal; a la delimitación preventiva del derecho a un único período, que caracteriza la propiedad temporal, se añade el disfrute discontinuo y periódico de los bienes. La multipropiedad, a falta de un modelo propio, sigue los caminos ya conocidos, utiliza técnicas o formas tradicionales, sociedad o copropiedad».

La cualificación formal de la multipropiedad, es decir, su configuración, se debe enriquecer, nos indica MAZZU, con valoraciones nuevas respecto a las directrices tradicionales de los derechos reales de disfrute, superando el obstáculo de la tipicidad de los derechos reales y las dificultades de actualización de la dicotomía clásica de derechos personales y reales de disfrute. Propone el citado autor métodos abiertos y flexibles para traducir las nuevas realidades emergentes del contexto social. Critica MAZZU la multipropiedad societaria, que considera un cómodo atajo, y elude el problema teórico, creando una conexión yuxtapuesta y barroca entre titularidad de la acción y derecho de disfrute.

Otros autores pretenden orientarnos negativamente señalando el camino o caminos que no deben seguirse, el de la ruptura del derecho de propiedad, separando sus facultades, porque subsistiría la duda al final de si el derecho residual a las facultades aisladas puede clasificarse dentro de la propiedad plena o constituye un derecho real nuevo y atípico.

Si se parte del prejuicio de considerar irrelevante el objeto o se presume la homogeneidad de ésta, pensando que el contenido de la propiedad debe reducirse al examen de sus facultades, el resultado de tal procedimiento apriorístico será siempre la dificultad de calificar como propiedad

las formas de disfrute más o menos plenas que no hayan sido homologadas respecto al prototipo genérico.

En la multipropiedad se impone la metodología del objeto. El camino a seguir, sin duda, es la consideración del objeto. El interés protegido nos revela la esencia del objeto del derecho. Para un sector doctrinal la naturaleza del interés protegido es plural, y cada interés o función comporta una forma de propiedad. La multipropiedad, como toda propiedad, presenta una conexión necesaria con la realidad económica. La reglamentación de la propiedad puede justificarse así por razones económicas y sociales, que caracterizan el destino de los inmuebles turísticos. Porque es sabido que la diversidad de bienes incide en la disciplina de la propiedad, empresariales, muebles, inmuebles, de consumo.

La multipropiedad es ante todo un derecho esencialmente temporalizado. La multipropiedad sin turnos sería otro derecho. El interés protegido del multipropietario está delimitado por el dato temporal. El criterio metodológico a seguir, de acuerdo con lo expuesto, debe ser la individuación del objeto, que resulta, por una parte, de la función socioeconómica de los inmuebles turísticos y, por otra, del uso de los mismos por tiempos preventivamente determinados.

#### b) *Definición temporal del objeto*

La teoría que podemos denominar de la «propiedad cuadridimensional» (*Property's Fourth Dimension*) tiene de norteamericana únicamente las palabras traducidas. Lo que aquí se dice, hago prolepsis no procede de los estudios que con este nombre se han hecho en las Universidades americanas, mi refutación se funda en la sencilla razón de que desconozco el contenido de dichas obras. En base a la formulación de la propiedad temporal de ALLARA, admite la posibilidad del fraccionamiento temporal del objeto del derecho de multipropiedad y, en consecuencia, la división del derecho mismo, creándose tantos derechos como fracciones espacio-temporales. Se utiliza el tiempo como medida del objeto que delimita esencialmente el objeto, por tanto lo define. Para CONFORTINI y MAZZU el derecho del multipropietario es como la propiedad individual que tiene por objeto un determinado bien en precisos intervalos cronológicos del año. Es un derecho pleno y absoluto, no se diferencia de la propiedad individual.

De esta manera se crea un derecho que tiene un objeto con cuatro dimensiones —objeto espacio temporal—, el espacio o inmueble delimitado temporalmente. Un espacio y un tiempo determinados, es decir, la propiedad de un objeto de cuatro dimensiones.

c) *Las cuatro dimensiones*

El objeto de la multipropiedad es un objeto «espaciotemporal» que se obtiene por la combinación de espacio y tiempo. Para localizar un punto fijo, v. gr., en una habitación, necesitamos tres números (tridimensionalidad): Norte-Sur; Este-Oeste; arriba-abajo. Precisamos ternas de números reales. Y a esta necesidad de tres números reales responde la afirmación corriente de que el orden espacial es tridimensional.

Dice LEIBNIZ en la *Teodicea* que podemos probar en geometría que sólo hay tres líneas rectas perpendiculares entre sí que se corten en un único punto, y que esto prueba que el espacio tiene necesariamente tres dimensiones.

Si manejamos puntos variables en el tiempo se precisa un cuarto número (cuadridimensional). Para fijar la posición, v. gr., de una mariposa en movimiento tenemos que dar los tres números citados o dimensiones espaciales, pero habrá que añadir un cuarto número, que representa el tiempo, porque la mariposa ocupa esa posición espacial durante un instante, y ese instante hay que identificarlo con un número.

Por consiguiente, el orden temporal unidimensional y el orden espacial tridimensional integran las pretendidas cuatro dimensiones. Así explica BERTRAND RUSSELL las cuatro dimensiones, asignando cuatro números reales o coordenadas espaciotemporales a cada acontecimiento. La unión espacio-tiempo, con guión, ha sido una conquista de la teoría de la relatividad, antes independientes espacio y tiempo. Las relaciones espaciotemporales de un inmueble se podrían representar en los diagramas de MINKOWSKI como hipótesis de investigación jurídica, de manera que los derechos de la historia de un inmueble A estarían teóricamente representados por puntos sobre la línea que constituye el eje del tiempo T, a la que corta perpendicularmente otra línea, que representa la dimensión espacial.

d) *Espacio y tiempo son entes abstractos*

Las preguntas ¿existe el tiempo o el espacio?, ¿qué es el tiempo?, se vienen reformulando a lo largo de la historia de la física y filosofía de la ciencia. Se llama tiempo psicológico al sentido innato de la duración de las cosas y tiempo físico a los sistemas de medidas basados en distintos movimientos, v. gr., la oscilación del péndulo, las vibraciones de los átomos o los fenómenos astronómicos periódicos. Estos últimos dan lugar a las unidades de medidas temporales que utiliza la ciencia jurídica: años, meses y días (unidades naturales), semanas (unidades convencionales), esta última es la medida temporal usual de la multipropiedad.

Sobre qué tipo de entidad es el tiempo, si es una entidad física o un objeto matemático, para ORTEGA Y GASSET (*El tema de nuestro tiempo*) espacio y tiempo son los ingredientes objetivos de la perspectiva física, y es natural que varíen según el punto de vista. El tiempo, en sentido fenomenológico, sería un objeto ideal (HUSSERL, REINACH) que posee una forma peculiar de realidad, lo que haría del tiempo un «objeto jurídico real».

A los efectos de filosofía de la ciencia, puede admitirse que es una entidad abstracta, una entidad ideal, según LEIBNIZ. La naturaleza abstracta del tiempo y del espacio resulta de la falta de perceptibilidad directa. ¿El tiempo y el espacio son realidades jurídicas? Sí, por la ontología temporal del derecho y del hombre «dasein» (M. HEIDEGGER) existiendo en el tiempo. ¿El tiempo es objeto de propiedad? Uno de los aspectos señalados por la doctrina, reveladores de la crisis del derecho de propiedad, es la extensión de este derecho a bienes o entidades, a primera vista indóneos para ser su objeto bienes inmateriales relativos a la creación intelectual, propiedad-empresa, propiedad de los derechos de crédito. En muchos casos, en opinión de BARASSI, la palabra propiedad adquiere un significado impropio, equivalente a titularidad.

PUGLIATTI afirma (*La Proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964) que la propiedad tiene por objeto cosas o bienes en sentido jurídico. Las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación (art. 333 de nuestro Código Civil). Y pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio (art. 1.271 del Código Civil). De estos artículos se deduce que no todas las cosas pueden ser objeto de propiedad. Las cosas típicas objeto de propiedad son las varias especies de bienes muebles e inmuebles (*proprietates rerum*). El tiempo no es una *res* incorporal. El tiempo es tan sólo una abstracción, no es un objeto, es un concepto. El tiempo como abstracción no puede objetivarse en general ni puede ser objeto del derecho. Parece que hablar del tiempo como objeto del derecho de propiedad es una prosopopeya jurídicamente inaceptable. El tiempo como concepto sólo puede ser objeto de la lógica jurídica.

PIETROBOU (*L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963) distingue la calidad de la cosa en calidades intrínsecas y extrínsecas, y estas últimas en calidades de hecho y de derecho. El tiempo puede reputarse una calidad de derecho del inmueble en régimen de multipropiedad. Para WITTGENSTEIN (*Tractatus Logico-Philosophicus*), espacio, tiempo y color son formas de los objetos.

NICOLÓ, en su obra *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, se ocupa de la naturaleza del bien o cosa, que considera una noción formal, resultante de la cualificación jurídica de una situación de hecho (ob-

jetiva). Así el tiempo podría ser una hipótesis de cualificación voluntaria del bien u objeto del derecho de multipropiedad. La voluntad de las partes atribuye al inmueble una determinada cualificación jurídica temporal.

e) *El inmueble está en el tiempo*

¿Se puede decir que un inmueble está en el tiempo? Decir que las cosas suceden en el tiempo, que los derechos pueden ejercitarse en el tiempo, equivale a decir que presentan cierto orden. Que los inmuebles están en el espacio, da a entender que tienen cierta posición respecto a las otras cosas. ARISTÓTELES lo expuso, en su teoría del tiempo, de la siguiente forma: «En dos sentidos se puede decir que algo está en el tiempo. En el primero, si es medido por el tiempo. Los movimientos o procesos están en el tiempo en este sentido, puesto que el tiempo mide el movimiento. En el segundo, si es sujeto de algo que está en el tiempo en el primer sentido». Los objetos materiales, v. gr., los inmuebles, están en el tiempo en el segundo sentido.

Están directamente en el tiempo (B. RUSSELL, A. WHITEHEAD y HANS REICHENBACH) aquellas entidades que son los relatos básicos de las relaciones temporales. En la multipropiedad el cambio de estado jurídico o sucesión de derechos. El intervalo o semana del multipropietario describe un proceso temporal: el inmueble Z, que cambia de X a Y, del día en que comienza la semana al otro en que termina. El cambio de la semana A a la semana B produce un cambio de derecho del turno A al turno B.

El apartamento o villa en multipropiedad, conforme a la filosofía de la ciencia expuesta, se encuentra en el tiempo indirectamente. El inmueble está en reposo, pero aunque no se mueva el tiempo pasa por él. El tiempo, según KANT, no es pensable por los cambios, sino viceversa. Se dice que el apartamento está en el tiempo indirectamente porque la sucesión de derechos de disfrute acaece *al* inmueble y son, en otra terminología, estados de ese inmueble. El derecho de multipropiedad constituido el año 1984 sobre un apartamento que existe en el tiempo, porque todos los turnos o derechos de disfrute periódicos que le acaecen al apartamento tienen lugar en 1984 y años siguientes.

REICHENBACH, uno de los principales filósofos del tiempo y del espacio, en *Philosophical Problems of Space and Time*, 1963, hace un importante estudio de interrelación de los objetos y los acontecimientos. En el ejemplo de la pelota pintada de varios colores, que para la multipropiedad podemos pensar en cincuenta y dos colores, que corresponden a las semanas del año. Cada semana la pelota presentará un color; el rojo aconteció la semana pasada, el verde esta semana, etc. Cada color puede ser un derecho, el turno del multipropietario, que representa un acontecimiento.

Los derechos sucesivos de la multipropiedad ante la filosofía del tiempo son acontecimientos. De modo que el apartamento X tendrá el derecho F en el tiempo  $t$ , el derecho S en el tiempo  $t'$ ... Estos derechos, se puede decir, envuelven al inmueble, del mismo modo que se emplea este verbo cuando se dice que un coche está envuelto en un accidente.

Así llega REICHENBACH a formular el principio de genidentidad. Los derechos de los multipropietarios serían genidénticos, en cuanto acontecimientos que le suceden al mismo inmueble, si cumplen el requisito de pertenecer a la historia de la misma finca. GRÜNBAUM exige para ser genidénticos que los acontecimientos estén conectados causalmente.

De acuerdo con REICHENBACH, los derechos F y S son genidénticos si y sólo si hay una finca Z, tal que F envuelve a Z y S envuelve a Z. Los dos derechos envuelven a la misma finca. Para la filosofía del tiempo la historia de esta finca Z es el conjunto de todos los derechos en los que está envuelta. El inmueble permanece a través de los cambios de derechos (acontecimientos) en los que está envuelto.

#### f) *Orden temporal, duración temporal y cambio periódico*

Si nos preguntamos ¿qué significa ser propietario de un bien una semana, la semana, v. gr., del 1 al 7 de agosto? La respuesta no es que el derecho de propiedad se constituya y se extinga los días 1 y 7 de cada año. El derecho de una semana del 1 al 7 de agosto es el derecho, teóricamente infinito, a todas las semanas del 1 al 7 de agosto. El derecho es perpetuo pero limitado a un período o intervalo temporal que se repite todos los años.

Para el Registro de la Propiedad tienen un valor fundamental los conceptos básicos de orden temporal: simultáneo, antes y entre. Cuando decimos fulanito presentó en el Registro un título antes... estamos dando información sobre el orden temporal. Nuestro lema, 'el lema del Cuerpo de Registradores, *Prior tempore*... hace referencia precisamente al orden temporal. En cambio si decimos fulanito presentó el título dos horas antes... informamos sobre la magnitud temporal o duración. LEIBNIZ distingue el orden de la magnitud temporal; la cantidad de tiempo o intervalo es algo enteramente distinto al orden. Las dos horas transcurridas desde la presentación de un primer título a la presentación de un segundo título nada tienen que ver con el orden. El principio *prior tempore* no hace referencia a la magnitud temporal o cantidad de tiempo. Nuestra leyenda formula un principio de orden temporal.

En la multipropiedad la idea aristotélica del tiempo como teoría de la duración explica temporalmente el intervalo semanal del multipropie-

tario. La duración del intervalo semanal es la cantidad de tiempo transcurrido entre dos acontecimientos, la hora X del día 1 y la hora Y del día 7, es decir, la diferencia numérica entre la fecha inicial del calendario y la fecha final de la semana contratada. El calendario gregoriano en este caso hace las veces de coordenadas del tiempo. En la multipropiedad se toma el tiempo con alcance limitado; en sentido terrenal, aunque hagamos alguna referencia a teorías cosmológicas, nos basta con la idea del tiempo de PLATÓN, que identificaba el tiempo con la rotación o movimiento de las esferas celestes. El tiempo jurídico se mide por el flujo; el transcurso de los días al ritmo regular previsto en el calendario gregoriano. El movimiento de las unidades temporales del calendario hace aparecer cada año el derecho del multipropietario: los días y los años como expresión o medida del movimiento continuo y periódico.

Una de las formas posibles de cambio es el cambio periódico o cíclico. El tiempo jurídico medido por el calendario es cíclico. En la multipropiedad se produce un cambio periódico. Las partes en que se divide el tiempo, las fracciones temporales objeto de la multipropiedad (días, años) son procesos periódicos. Se produce una secuencia de derechos: al derecho A sigue el derecho B, seguido del derecho A.

En la sucesión cíclica de derechos aparecen las siguientes propiedades respecto a la relación de orden temporal:

1.º Asimetría de derechos. Si el derecho A es anterior al B, el derecho B no es anterior al A. La escala del tiempo es asimétrica, en contraste con la simetría del espacio. Un cuerpo puede estar en el mismo lugar en momentos diferentes, pero no puede estar al mismo tiempo en lugares distintos. La desemejanza factual entre el tiempo y el espacio la ofrece el hecho de podernos mover en el espacio: podemos estar al sur de Madrid y llegar al norte de Madrid. Pero no podemos estar después de la guerra civil española y llegar a estar antes de ella; no es posible viajar por el tiempo o andar por la cuarta dimensión, fuera de la ciencia-ficción. La dirección o «flecha del tiempo» (REICHENBACH, *The direction of time*, Berkeley, 1956) no es un dogma incommovible, aunque por ahora lo parece. Que el tiempo fuera reversible implicaría que en cualquier instante quedasen invertidas las velocidades de todas las partículas del universo, y el tiempo fluiría uniformemente hacia atrás.

2.º Transitividad de derechos. Si el derecho A es anterior al B, y éste al derecho C, entonces A es anterior a C.

3.º «Antes de...» o «anterior a...» es una relación que se ajusta a una curva abierta y no a una curva cerrada. En la representación gráfica, mediante el círculo cada derecho es un punto. El derecho B está entre el A y el C, siguiendo la circunferencia, si vamos de A a C, pero si vamos

a B desde C, siguiendo la dirección de las agujas del reloj, será el derecho A el que está temporalmente «entre». Por este criterio, cualquier punto de la circunferencia, es decir, cualquier derecho, es «anterior a» o está «entre» cualesquiera otros dos. Por el contrario, el orden de los puntos o derechos en una recta se caracteriza en términos de «entre» o «antes de».

En la multipropiedad se dan estos principios aunque el tiempo se presente mediante un círculo, pues el contenido de esta representación son años ordenados, de tal modo que siempre se podrá afirmar que la semana A del año 1984 es anterior a la semana B del mismo año y a todas las semanas de los años posteriores.

El diagrama temporal más exacto de la multipropiedad serían las circunferencias, una por anualidad; tantas circunferencias como años de duración del derecho, con movimiento unidireccional del tiempo en el sentido de las agujas del reloj.

Otra representación temporal sería la línea recta. Escribe KANT: «Representamos la sucesión del tiempo por una línea que va al infinito».

En la dimensión temporal de las leyes puede hablarse de una dinámica temporal del movimiento de las leyes en el tiempo hacia atrás o hacia adelante.

La eficacia material de la ley se mueve en el tiempo tanto porque proyecte sus efectos a una fecha anterior o posterior a su publicación como que tales efectos se prolonguen en el tiempo tras su derogación formal. Los efectos de la ley fluyen en ambas direcciones temporales a la vez. La ley puede retroceder hacia el pasado, anticipando su vigencia material, o puede producir efectos retroactivos, regulando los efectos futuros de los contratos celebrados en el pasado. Niegan algunos civilistas el movimiento de las leyes en el tiempo; no son las leyes las que se mueven, sino los hechos pasados, presentes o futuros los que vienen a presencia de la ley, según la voluntad de ésta.

#### g) *División temporal del objeto*

Cuando afirmamos el derecho del multipropietario a una semana, queremos decir que tiene por objeto la cosa temporalmente definida según un criterio cíclico. El tiempo, ya se ha dicho, puede representarse gráficamente mediante una circunferencia, que sería el año, dividido en cincuenta y dos segmentos o semanas. De manera que cada semana en multipropiedad estaría representada por un segmento cronológico.

M. CONFORTINI sostiene que transcurrida la semana o turno del 1 al 7 de agosto el derecho del multipropietario no se extingue. Del 8 de agos-

to al 31 de julio de cada año lo que falta es la cosa, el bien que volverá el día 1 de agosto. El derecho tiene por objeto una cosa, una finca situada en otro instante temporal. El objeto del derecho queda temporalmente limitado a aquel período, por lo que los otros períodos, las otras semanas del año constituyen otros bienes o fincas de propiedad ajena. Una finca es el espacio temporal identificado por la semana del 1 al 7 de agosto; las otras semanas son objetos diferentes, como si se tratara de otros inmuebles vecinos.

El multipropietario no puede ocupar el inmueble otros turnos semanales, no porque se haya obligado a respetar el disfrute alternativo, sino porque los otros días del año el apartamento es objeto del derecho de propiedad de otros. El arrendamiento de un apartamento por seis veranos consecutivos. Al final de cada verano el derecho del arrendatario no se extingue para volver a nacer al año siguiente. Existe tan sólo una prestación periódica. En la multipropiedad el tiempo igualmente delimita el objeto, como en el derecho de obligaciones determina el objeto de la prestación periódica. La multipropiedad tiene un objeto periódico o cíclico.

Del mismo modo que el propietario puede dividir su finca espacialmente formando diversas parcelas, puede también dividir el apartamento por fracciones temporales. Es posible el subarriendo parcial, tanto espacial, por habitaciones, como temporal, dividiendo entre varios subarrendatarios el tiempo de duración del contrato. La extensión temporal o espacial no afectaría al derecho del subarrendatario, sino a la extensión del objeto. Las fincas pueden medirse por metros, hectáreas, o conforme a unidades de medida del tiempo, días, semanas. El metro y el día, por consiguiente, son parámetros necesarios para la definición del objeto, no del derecho.

El tiempo en la multipropiedad inmobiliaria establece los límites, los linderos entre fincas. No trata de resolver el conflicto de intereses sobre el mismo objeto, como ocurre en la comunidad. Las relaciones entre los multipropietarios son las que corresponden a los propietarios de predios colindantes: relaciones de vecindad.

#### *h) División del derecho*

La conclusión fundamental de la teoría de la propiedad cuatridimensional es afirmar que en la multipropiedad se crean tantos derechos como fracciones espaciotemporales. El apartamento se divide en unidades temporales, como acaba de exponerse. Y el hecho de que sea el mismo inmueble no autoriza a afirmar que exista comunidad entre los multipropietarios. Los distintos arrendatarios de una finca no forman comunidad.

Por analogía, los multipropietarios no son copropietarios; cada uno tiene un derecho de propiedad sobre una cosa distinta. Derecho también diferente del que tenía la persona que constituyó la multipropiedad en virtud de la disposición del interés jurídico (espaciotemporal) previamente individualizado, aunque la cosa materialmente no se modifique, lo que implica la naturaleza constitutiva del título de multipropiedad. El derecho del multipropietario, en consecuencia, tiene por objeto la cosa temporalmente definida.

Estos derechos guardan un orden no contemporáneo; existen separados temporalmente. Si están separados en el tiempo, dice LEIBNIZ, forman entidades distintas. El tiempo, según LEIBNIZ, sería el orden de los derechos no contemporáneos. En la multipropiedad no existe una relación causal de derechos; ningún derecho es antecedente o consecuente respecto a otro.

Se produce una secuencia cíclica de derechos. Una relación temporal tan sólo de orden lógico: el turno 3 presupone 2 y éste el 1; imposibilidad de un turno único, ningún turno es anterior a sí mismo.

El carácter cíclico significa que los derechos se repiten anualmente. Pero el primer derecho A se diferencia del segundo derecho A en que este segundo va después del derecho B. En esto difiere el primer derecho A del segundo derecho A, lo que plantea la identidad de los derechos.

En la multipropiedad, los derechos son independientes entre ellos y distintos, aunque su duración sea la misma, porque pueden existir dos cosas distintas que sean iguales, v. gr., dos esferas negras. La relación entre los derechos deriva del hecho de referirse al mismo inmueble. Si atendemos a KANT, por cuanto no son simultáneos, no están en comunidad, como acción recíproca mutua, la comunidad de todas las sustancias simultáneas. Sin embargo, tras la teoría de la relatividad, el concepto de simultaneidad ha perdido su carácter universal. Los sucesos simultáneos para un observador, pueden no serlo para otro, y el paso del tiempo de un objeto en movimiento es cada vez más lento a medida que aumenta la velocidad.

Según la interpretación de LEIBNIZ, los derechos serían distintos procesos relativos a un mismo inmueble, ordenados sucesivamente según las coordenadas del calendario. El orden puede ser el de los puntos de una circunferencia. ARISTÓTELES nos hace ver que el movimiento circular puede ser eterno. Pero el movimiento circular consiste en recorrer una y otra vez las mismas posiciones, por tanto, puede consistir en estar en la misma posición. En la multipropiedad no es la misma posición, son distintos años irreversibles, ya se ha dicho.

Los derechos de los multipropietarios, siguiendo a LEIBNIZ, son esta-

dos parciales o aspectos temporales de la misma finca. El apartamento se halla en el momento P, descripción parcial del inmueble; así lo interpreta LBIBNIZ: «aspectos del mismo estado total».

Esta es la multipropiedad cuadridimensional, integrada por derechos independientes, sin vínculo jurídico entre los multipropietarios, quienes se suceden cíclicamente en el disfrute del inmueble. Las llamadas relaciones verticales, es decir, las relaciones de los multipropietarios no simultáneos del mismo apartamento; estas relaciones se asemejan a las de los propietarios de predios vecinos. Quienes así piensan dejan entrever el aspecto comunitario de este derecho, que tiene como soporte el mismo inmueble, destinado en tiempos diversos a ser objeto de otros derechos, y los elementos comunes del complejo inmobiliario.

## CLASES

La palabra multipropiedad, de significado unívoco desde el punto de vista económico, se utiliza para designar todos aquellos hechos que se traducen en el disfrute periódico de un bien. Ante el derecho, por el contrario, presenta un marcado carácter multívoco, en cuanto hace referencia a derechos y situaciones jurídicas entre sí diferentes, lo que da lugar a una rica y multiforme variedad de tipos de multipropiedad.

En razón del bien objeto del disfrute periódico, puede distinguirse la multipropiedad típica aplicada a los bienes inmuebles de naturaleza turística, de la que utiliza esta técnica jurídica aplicada al uso de computadoras, inmuebles o locales destinados a oficinas o despachos profesionales, locales de negocios de temporada, barcos de recreo, aeroplanos, plazas de aparcamiento de vehículos, puestos de amarre en los puertos deportivos.

Atendiendo a la naturaleza del derecho de disfrute, la multipropiedad puede configurarse como derecho personal de disfrute o como derecho real limitado o pleno.

En la actualidad, la clasificación fundamental es la que distingue la multipropiedad por acciones o societaria, según la doctrina italiana, multipropiedad accionaria, que se sirve del contrato de sociedad, concretamente de la sociedad mercantil por acciones, y, de otra parte, la multipropiedad inmobiliaria, configurada en el ámbito de la comunidad o condominio. Dentro de cada una de estas dos divisiones aparecen subtipos o variedades contractuales con elementos propios de las dos categorías, a veces entremezclados, que producen fórmulas mixtas, fruto del continuo desarrollo de esta figura.

### A) *Multipropiedad inmobiliaria*

Nos limitamos a la exposición de los rasgos generales de esta división, reservando su estudio para las páginas siguientes. En la multipropiedad inmobiliaria, el promotor enajena la propiedad del inmueble previa división en fracciones espacio-temporales. Hay transmisión del dominio y el adquirente se convierte en copropietario o comunero por ser dueño de una parte del complejo inmobiliario. El condominio es la forma de multipropiedad más difundida en Norteamérica y en buen número de los países de Europa continental (Austria, Holanda, Suiza, Bélgica y España).

El objeto del contrato viene a ser la propiedad espacio-temporal del bien inmueble, lo que la práctica publicitaria describe con las expresiones «propietario de una semana», «propietario por una semana y por siempre», «propietario de Navidad o Semana Santa»; «propietario de diez días», que se interpreta como el intento creativo de un nuevo derecho absoluto, que tiene por objeto los inmuebles en relación con el tiempo, adquiriendo los inmuebles, lo que se llama una cuarta dimensión (*property's fourth dimension*). Así, el tiempo y su movimiento convencionalmente cíclico conforman el derecho de propiedad, propiedad *sul tempo*, dicen los juristas italianos.

En esta forma de multipropiedad, una vez concluida la venta del inmueble, como ya se ha dicho, se transmite la propiedad del patrimonio del vendedor al de los compradores multipropietarios, a diferencia de la forma societaria, en la cual, la sociedad conserva la propiedad.

Dentro de la multipropiedad inmobiliaria, la doctrina distingue dos subdivisiones: en una, la venta tiene por objeto una parte o cuota del conjunto inmobiliario total; en otra, el objeto del negocio jurídico es la cuota en el condominio del apartamento o villa susceptible de aprovechamiento independiente.

Ambas clases de multipropiedad tienen en común que los multipropietarios son titulares de derechos de disfrute (real en un caso y personal en otro) periódicos, exclusivos y coexistentes (en el sentido de independientes) con los derechos de los multipropietarios cronológicamente sucesivos. Son derechos que no conviven; coexisten o cohabitan. En cada unidad temporal, por ejemplo, la semana de agosto del uno al siete, coexisten los derechos, por no ser contemporáneos con los derechos correspondientes a los turnos sucesivos, creándose tantos derechos de disfrute sobre el inmueble cuantos sean los apartamentos o unidades habitables independientes de que conste el inmueble o inmuebles, multiplicados por el número de fracciones temporales en que se ha dividido. La situación jurídica los multipropietarios, por situarse en momentos diversos, no es contemporánea, por lo que se habla de coexistencia entre derechos no

simultáneos. Escribe M. CONFORTINI (*La multipropiedad*, 1983) que «las relaciones verticales entre los titulares del derecho de disfrute del mismo apartamento en multipropiedad —distintas de las horizontales o comunitarias—, por no ser contemporáneas más que a la conciliación u ordenación del disfrute, para que cada uno pueda ejercitar su derecho, tienden a la renuncia recíproca del derecho perteneciente a los otros multipropietarios», cuestión que examinaremos más adelante detenidamente.

### B) *Multipropiedad societaria*

En el caso de la multipropiedad de accionistas o socios, el fin que persigue la multipropiedad se realiza a través del instrumento de la sociedad; éste es el sistema más desarrollado en Francia. Característica fundamental es que el derecho de disfrute del socio multipropietario viene incorporado a la acción o título representativo de la condición de socio, no hay transmisión del dominio y la sociedad es el único titular del patrimonio.

Las principales características de las sociedades de multipropietarios, según DEWAS CLEMENT, pueden resumirse: ausencia casi total de busca de beneficios, atribución del disfrute de una parte del activo a los socios y procedimiento de ejecución contra los socios insolventes.

### I. DIFICULTADES

En esta forma de multipropiedad, la acción confiere al socio el derecho a utilizar los inmuebles sociales en el tiempo y según las modalidades convenidas. La acción, a sus derechos esenciales une, en este caso, otro singular y especialísimo, el de incorporar el derecho de disfrute. La configuración del derecho del multipropietario como socio plantea numerosos problemas, como son: límite a la autonomía de la voluntad para determinar el contenido de la acción; conciliación de la condición de socio multipropietario con la prohibición de usar las cosas pertenecientes al patrimonio de la sociedad (el socio es al mismo tiempo cliente gratuito de su sociedad), situación difícil de entender porque el patrimonio de la sociedad no pertenece al socio y, en términos generales, el uso de los bienes sociales por el socio para satisfacer necesidades personales puede estimarse ilícito, lo que plantea también el problema de la validez de la sociedad que no persigue la obtención de beneficio u objeto lucrativo.

Es decir, se trata de sociedades atípicas, que rompen los moldes clásicos, según la doctrina, del derecho de sociedades (CONFORTINI). El de-

recho de disfrute por fracciones temporales del socio multipropietario es un derecho extraño al vínculo social; la acción confiere el derecho a una parte de los beneficios resultantes al final de cada ejercicio económico, y en esta clase de sociedades no existen beneficios. Sorprende igualmente que la acción sea título que imponga la obligación de aportar sumas de dinero para la administración del inmueble (gastos comunes), independientemente de la existencia de pérdidas sociales.

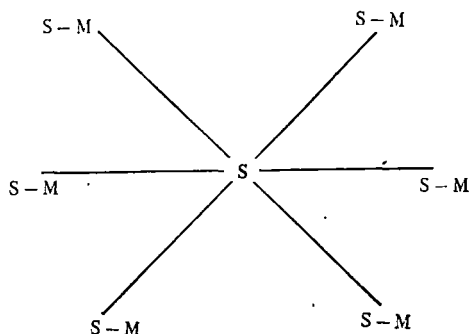
La exclusión estatutaria del ánimo de lucro obliga a pensar en formas más o menos impuras de sociedad, sociedades mixtas, en las que tan sólo parcialmente se conserva un patrimonio destinado a la producción de beneficios repartibles entre los socios, multipropiedad de sociedades mutualistas, de sociedades civiles, de asociaciones.

A los inconvenientes apuntados pueden añadirse otros de orden práctico, que contribuyen a una situación de inseguridad económica del socio multipropietario, y se manifiestan ante la quiebra de la sociedad, su influencia en la dirección de la empresa y toma de decisiones y el carácter temporal del derecho ligado a la vida de la sociedad.

## II. EL DERECHO DEL SOCIO MULTIPROPIETARIO

Un análisis del derecho de disfrute del socio multipropietario revela características singulares: en primer lugar, parece ser un poder de carácter «mediato». El derecho a usar los bienes puede pertenecer tanto al titular de un derecho real (*in re aliena*), como al titular de un derecho personal de disfrute (arrendatario, comodatario). Aunque el criterio para la distinción no es único ni seguro, según la doctrina dominante, lo que permite distinguir la primera de la segunda hipótesis es la circunstancia de que el titular del derecho real puede ejercer su derecho sin la cooperación de nadie, mientras que el titular del derecho de crédito precisa la cooperación de uno o más sujetos. De aquí, por todos conocido, que se llame al poder atribuido al titular del derecho real inmediato, y mediato al conferido al titular del derecho de crédito. El derecho de disfrute del socio multipropietario puede realizarse, como en el caso del arrendatario y comodatario —a quienes el arrendador o comodante debe entregar la cosa—, gracias al cumplimiento por parte de la sociedad de la obligación de dejar disfrutar o permitir el uso. La relación jurídica entre la sociedad y los socios multipropietarios se considera de estructura obligacional. La sociedad garantiza el disfrute y debe entregar al socio el inmueble al principio de cada período anual pactado. Por tanto, el poder del socio es mediato; entre él y el inmueble se interpone la sociedad, titular del patrimonio social.

En toda sociedad por acciones, el disfrute pertenece a los accionistas bajo la forma de derecho al dividendo. No hay una relación o disfrute directo sujeto a accionista y bien, sino una relación sujeto y sociedad. Esto es lo que sucede en la multipropiedad societaria, falta la relación inmediata del socio y la cosa del patrimonio social. Por eso, PERLINGIERI sustituye la palabra disfrute por la más adecuada de «utilización». De otro lado, entre los socios no existe tampoco relación directa; la relación inmediata se da entre la sociedad y el socio. CONFORTINI representa gráficamente la inexistencia de vínculo entre los socios multipropietarios como sigue:



Por otra parte, resalta la diferencia del derecho del multipropietario accionista con el del copropietario, por ser éste absoluto, inmediato e inherente a la cosa. Otras diferencias se aprecian en cuanto a la indivisibilidad: el derecho a la división de la cosa común del condueño se contrapone a la indivisibilidad del patrimonio social. Y en relación con la compensación de deudas, inadmisibles en la sociedad, admitiéndose la compensación en el condominio con el límite de la cuota.

El accionista no es propietario del inmueble, sino tan sólo titular de la acción con los derechos que ésta confiere, y su derecho es personal (FERRARA). El socio ha celebrado un contrato de constitución de sociedad, de suscripción o compra de acciones, no la compraventa de un inmueble.

El contrato de multipropiedad del socio es atípico, por cuanto no puede identificarse con los negocios jurídicos típicos generadores de derechos personales. La similitud con los contratos de arrendamiento y comodato, de los que nacen derechos personales de disfrute, es sólo parcial. En la multipropiedad societaria falta la renta y presenta respecto al comodato notables diferencias: ser consensual, oneroso, y no existe obligación de devolver la cosa a voluntad de la otra parte, de la sociedad.

La relación personal que vincula al multipropietario con la sociedad,

sus caracteres mediano y relativo, todos los inconvenientes y riesgos indicados, han hecho pensar a algunos autores extranjeros en la oportunidad de sugerir *de iure condendo* la adopción de alguna forma de multipropiedad fundada sobre el régimen de los bienes o derecho de cosas (DEWAS CLÉMENT); concretamente, se propone el usufructo, derecho real de disfrute que correspondería a cada socio usufructuario, y a la sociedad, la nuda propiedad. No obstante las afinidades con el usufructo: derecho de disfrute, obligación de conservación y restitución, inventario. Hay que rechazar tal asimilación si tenemos en cuenta la naturaleza personal del usufructo y su extinción a la muerte del usufructuario, característica opuesta a la transmisibilidad *mortis causa* del derecho del multipropietario y su duración independiente de la vida del socio, que depende de la duración de la sociedad, es decir, de la vida, en este caso, del propietario, pues hemos dicho que la sociedad sería propietaria. Con mejores razones se puede argumentar la inadmisibilidad de los derechos de uso y habitación como formas de multipropiedad, si pensamos en la limitación de cesión, hipotecabilidad, extinción de estos derechos.

Queremos aludir a la novación modificativa del derecho del socio multipropietario. En algunas formas de multipropiedad societaria, al término de la fase de comercialización del complejo inmobiliario, se transfiere la propiedad del patrimonio de la sociedad al socio. El derecho del socio se convierte en copropiedad. El socio adquiere un derecho real y el compromiso obligacional dirigido a regular el uso por turnos del inmueble. Otras veces, está prevista la novación a la extinción de la sociedad. En la liquidación, se adjudicará al socio una cuota del inmueble proporcional a su participación social. En la multipropiedad societaria, constituida conforme al Derecho inglés, suele estipularse que a la terminación del plazo de duración previsto, generalmente treinta años, para los derechos de los multipropietarios, miembros del club (de multipropietarios), los inmuebles e instalaciones de todo el complejo inmobiliario se venderán y los socios multipropietarios percibirán la parte del precio que les corresponda en proporción al capital invertido. En este caso, no hay, por tanto, adjudicación del patrimonio social, sino realización total del mismo.

### III. MODELOS

#### a) *El modelo francés*

Ante la inadaptación de la copropiedad a las innovaciones que significaba la multipropiedad, y siendo inadmisibile la similitud con otros dere-

chos de disfrute, los juristas franceses observan (M. DOYON y M. ZURFLUH) que el cuadro jurídico más adecuado parece ser el de las «sociétés d'attribution de jouissance», previsto por el artículo 11 de la Ley número 71-579, de 16 de julio de 1971, modificada el 11 de julio de 1972, precedida de la Ley de 28 de junio de 1938, que regula el estatuto de la copropiedad de inmuebles divididos por apartamentos. Según el artículo 5 de la Ley de 1971, las sociedades de atribución o adjudicación de disfrute tienen por objeto la construcción de inmuebles para su división por fracciones destinadas a ser atribuidas a los asociados en propiedad o en disfrute. La consecuencia es asimilar el *droit de séjour* del multipropietario al *droit de jouissance* del socio de una sociedad de atribución.

Conforme a esta fórmula, la sociedad permanece como propietaria única del inmueble y reserva al multipropietario el disfrute del apartamento o espacio independiente durante una o varias semanas al año, con una duración ilimitada. El derecho a este disfrute se formaliza mediante un título (participación social o acción) o mediante contrato, generalmente notarial, con la sociedad promotora. En suma, de acuerdo con este modelo, la sociedad promotora del inmueble vende al futuro multipropietario acciones de la sociedad, las cuales confieren el derecho a utilizar el inmueble en determinados períodos del año. El artículo 10 de la citada Ley de 1971 se remite, en lo que concierne al reparto de gastos, al artículo 10 de la Ley de Copropiedad francesa (propiedad horizontal). Es evidente que una sociedad de lotes espacio-temporales no puede dividir el inmueble en cuotas (*millième de copropriété*), puesto que la sociedad es propietaria única. A la inexistencia de cuotas, se añade que la sociedad se encuentra privada de los medios necesarios para desarrollar una actividad económica. La sociedad no puede lograr beneficios, por lo que se encuentra desprovista de fondos con los que atender a los gastos de administración y conservación del patrimonio inmobiliario. De aquí la previsión contenida en los estatutos de estas sociedades:

- Por una parte, establecen la obligación del socio de contribuir periódicamente *aux appels de fonds* del organismo administrador y fijan la proporción o módulo de reparto de los gastos de conservación, mantenimiento y administración del inmueble en multipropiedad. Gastos particularmente gravosos para la conservación de inmuebles a la intemperie y apartamentos de temporada, cuyos ocupantes no suelen poner el cuidado y limpieza del propietario individual.
- Por otra parte, los estatutos contienen normas sobre reparto de los gastos correspondientes a los servicios e instalaciones comunes, conforme a la utilidad de cada lote o derecho, sin que deba con-

fundirse la utilidad de un servicio o instalación para un multipropietario con la utilización real del servicio. Una solución consiste en separar los gastos ordinarios de la comunidad de los gastos correspondientes a instalaciones especiales, deportivas o médicas que serían exigibles por un tercero extraño a la sociedad, quien llevaría la administración independiente.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho del socio multipropietario, los juristas franceses subrayan que el *multipropriétaire*, junto a los derechos propios del socio, está legitimado especialmente para disfrutar gratuita y periódicamente un bien perteneciente a la sociedad; afirman que el multipropietario no es titular de un derecho inmobiliario, que su derecho es ajeno al Catastro y al Registro de la Propiedad (*Conservation des Hypothèques*) y que no puede realizarse la descripción de la finca con las circunstancias exigidas por la Ley sobre publicidad inmobiliaria.

La sociedad conserva la propiedad del inmueble. La jurisprudencia ha declarado (casación civil, 13 de noviembre de 1973) que es la sociedad la propietaria del inmueble y no los socios. A tenor de la citada sentencia, *la société d'attribution demeure pleine propriétaire de l'immeuble*. El propietario no posee más que un derecho mobiliario, el derecho de disfrute (*droit de séjour*) incorporado a la acción, que sigue el régimen jurídico de los bienes muebles.

En relación con la propiedad horizontal, WEISMANN y DEBLED (*Copropriété*, París, 1981) nos dicen que tan sólo en el reparto de gastos se relacionan las sociedades de atribución de disfrute de derechos *a temps partagé* con la propiedad de casas por pisos. Difieren de la situación del condueño en la propiedad horizontal, porque el multipropietario no tiene la libre disposición del apartamento privativo ni puede mejorarlo, adaptándolo mejor a sus necesidades personales, que no serán necesariamente las de sus sucesores. Además, el multipropietario no podrá intervenir en la gestión de la sociedad, pues las asambleas tendrán lugar raras veces cerca de su domicilio —por ser residencias secundarias—, y su voto tendrá poco valor decisorio, en razón al gran número de títulos respecto al conjunto, dado el fraccionamiento de derechos.

Abunda la crítica desfavorable de la doctrina francesa a la multipropiedad societaria. Señalan la inseguridad económica que resulta por depender el valor de los títulos de la prosperidad social. Cómo se acentúa el riesgo cuando la sociedad al mismo tiempo desarrolla una actividad hotelera, viéndose los multipropietarios ante la obligación de enjugar este déficit, por lo que antes de contratar habría que conocer los balances

de ejercicios anteriores. Por último, existe poca experiencia sobre la reventa de títulos.

Debe quedar claro que la multipropiedad en Francia no dispone aún de un estatuto jurídico, ninguna Ley reglamenta la llamada multipropiedad. Escriben WEISMANN y DEBLED: *Aucune Loi ne réglemente la pretendue multipropriété*. Sin embargo, como hemos visto, la doctrina dominante, DAGOT y SPITERI, DEWAS CLÉMENT, DEYOU..., asimilan y aplican a las sociedades de multipropietarios las bases de las sociedades de atribución, aunque existen notorias diferencias entre ambas sociedades. Así, en las primeras se pretende utilizar los inmuebles por los socios, y en las segundas adjudicarse la propiedad del inmueble. Los estatutos de las sociedades de multipropiedad contienen remisiones a las normas de Derecho común, y no a las especiales de la Ley de 1971. Otra diferencia parece ser que el objeto social de las multipropietarias es más amplio que el de las sociedades de atribución.

En cambio, sí existe regulación fiscal de la multipropiedad en Francia. El Decreto número 77-89, de 31 de enero de 1977, dispone que las sociedades que tengan por objeto poner bienes a disposición de sus miembros están obligadas a adjuntar a su declaración de resultados un impreso proporcionado por la administración, en el que harán constar los datos personales de los beneficiarios, descripción precisa de los bienes y de los períodos de disfrute gratuitos, etc. En cuanto al impuesto de sociedades, parece que no están sujetas, pero el disfrute gratuito formará parte de la renta de los socios, sujeta a imposición por este impuesto. Por su parte, la Administración francesa se ha limitado a declarar que (LA CHANCELLE-RIE) sigue con atención los problemas que atañen a la multipropiedad («Reponse ministérielle», en *QE*, núm. 1.248, *JOAN*, 21 de julio de 1973, página 3023).

Directrices parecidas a las del modelo francés se siguen en Norteamérica mediante la fórmula del accionista arrendatario o subarrendatario de las sociedades de apartamentos (*apartments buildings societys*), que atribuyen a sus accionistas el disfrute temporal de los mismos, a título de arrendatarios, durante el plazo aproximado de treinta años. El multipropietario pagará una renta simbólica muy baja y otra renta suplementaria, que por la cuantía es la principal, para contribuir, a prorrata, a las mejoras, reparaciones, gastos del inmueble y de la sociedad, amortización de préstamos e intereses. Similar es la figura del accionista arrendatario titular de un derecho personal, conocida desde hace años en el Derecho suizo (FLATTET: *La propriété par étages*, Basel, 1956).

## b) *El modelo inglés*

Es el modelo de multipropiedad societaria inglés y galés (*Law Society of England and Wales*), con pacto de sumisión a los Tribunales de Inglaterra (*Courts of England*). El derecho de multipropiedad se construye de la siguiente forma: los inmuebles suelen ser propiedad de varias sociedades inmobiliarias domiciliadas en Inglaterra; las acciones de las compañías propietarias (*Owning Companies*) se ceden al *trustee*, figura típica del Derecho inglés omnipresente, equivalente a un administrador fiduciario; el *trustee* que recibe las acciones propietarias será poseedor en nombre ajeno, posee en beneficio de los multipropietarios miembros del club al que nos referimos. El *trustee* es titular de un derecho *in rem*, que según la interpretación continental de esta figura, por la amplitud de sus poderes se asemeja al propietario. El principal deber del *trustee* es cumplir el fin de su nombramiento y adoptar las medidas de seguridad tendentes a preservar la propiedad que se le ha confiado. Simultáneamente se constituye un club, integrado por miembros fundadores, que suelen ser dos, y por miembros ordinarios. Uno de los miembros fundadores puede ser la sociedad administradora de la multipropiedad (*management company*), que adoptará, por razones prácticas, la forma jurídica del país donde radiquen los inmuebles en multipropiedad. El club se constituye para garantizar el ejercicio de su derecho a los multipropietarios o *time owners*, también llamados *timeshares*. Por tanto, el objeto del club es asegurar el derecho de los multipropietarios al disfrute de la villa o apartamento.

El club, tal vez representado por un socio fundador, que puede ser una sociedad, vende (*purchase agreement*) el derecho de multipropiedad. A los compradores, socios multipropietarios, les entrega el club un certificado (*Membership Certificate*), que es el título que acredita el derecho del multipropietario. Los certificados extendidos por los miembros fundadores del club, a veces reciben la denominación de *Holiday Certificate*, son títulos nominativos a favor del miembro admitido, multipropietario o *time owners*, al que se reconoce en el título su derecho al *weekly period*. Los beneficiarios, en este caso multipropietarios, tienen sobre el bien objeto del *trust* un *equitable interest* o *personal property*. Ya hemos dicho que del derecho real es titular el *trustee*.

El derecho del multipropietario es transmisible: puede disfrutar él mismo su *timeshare*, arrendar su derecho, transmitirlo por testamento, ser objeto de reventa o cesión. Como los títulos de dominio permanecen en poder de las sociedades inglesas propietarias, cualquier transferencia de los certificados no devengará impuestos ni honorarios fuera de Inglaterra.

Está prevista la duración temporal de la multipropiedad, cuyo plazo se suele fijar alrededor de veinte años. A lo largo de estos veinte años, conforme a un calendario semanal que comprende los veinte años, el número de la semana asignado a cada derecho nos indica, en la columna correspondiente, qué día comienza esa semana en cada uno de los veinte años. Al final de este plazo, los apartamentos o villas e instalaciones de todo el complejo que integran la multipropiedad se venden, y los multipropietarios (*membership of the club*) tendrán derecho a la cuota de liquidación que les corresponda en la liquidación final.

c) *El modelo italiano*

Una tercera variedad de multipropiedad societaria, muy difundida en Italia, se realiza de la siguiente doble forma:

- La sociedad propietaria del inmueble emite «acciones privilegiadas», las cuales confieren sólo el derecho de socio y el de voto en las asambleas extraordinarias, con el derecho especial de usar gratuitamente una parte del inmueble según precisas y predeterminadas modalidades cronológicas. La acción es privilegiada en cuanto al contenido del derecho que atribuye. En este caso, el privilegio es el derecho especial al disfrute en régimen de multipropiedad.

La sociedad propietaria, una vez vendidas totalmente las acciones privilegiadas, asigna —normalmente en ejecución de una cláusula contenida en el contrato de venta de las acciones privilegiadas— a cada multipropietario un paquete de acciones ordinarias proporcional a las acciones privilegiadas que ya poseían.

- La otra modalidad es la que se articula mediante la emisión de acciones impropias, los llamados bonos de disfrute o títulos, que confieren al multipropietario bonista el derecho a ocupar el inmueble de la sociedad en el período de tiempo predeterminado.

En nuestro Derecho las dos fórmulas anteriores se consideran factibles. Es bien sabido que el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas permite la creación de acciones privilegiadas y el artículo 39 ha previsto la existencia de los bonos de disfrute, que pueden conferir todos los derechos propios del accionista menos el de voto. En cuanto a la naturaleza de la sociedad más adecuada a la multipropiedad, podría pensarse, *de iure condendo*, en la sociedad civil particular del artículo 167 del Código Civil, que tendría por objeto el uso de cosas determinadas. En la sociedad civil

el derecho del socio multipropietario a utilizar los bienes sociales resultaría del artículo 1.695, número 2, del Código Civil, que autoriza al socio para servirse de las cosas que componen el fondo social con los límites que el precepto señala: el interés de la sociedad y el uso a que tienen derecho los demás socios.

#### IV. SUBTIPOS

El mundo económico, declara CONFORTINI, inventa cada día técnicas más refinadas y complejas de multipropiedad, lo que hace más arduo cada intento de investigación analítica. Dentro de las dos grandes clasificaciones, la societaria y la inmobiliaria, existen numerosos subtipos, variedades contractuales, figuras complejas, a las que parcialmente nos referiremos a continuación:

a) Existe una modalidad de carácter temporal que surge por razones de financiación. En ocasiones el inmueble se construye con capital propio del multipropietario y en parte con el de una entidad de crédito, la que para recuperar las sumas invertidas se reserva la propiedad temporal (veinte años) de la mayor parte de las fracciones espaciotemporales en las que se ha dividido el disfrute del inmueble, por ejemplo, cuarenta de las cincuenta y dos semanas anuales, percibiendo las rentas que derivan del alquiler de los apartamentos. Una vez recuperada por el prestamista la suma anticipada, el derecho del multipropietario se extiende a la totalidad de las fracciones espaciotemporales del inmueble, adquiriendo la forma de propiedad individual. En Francia se tienen noticias de operaciones financieras de este tipo, al principio de los años setenta, por la Banque de L'Union Immobilière, y en Italia, nos asegura CONFORTINI, haberse practicado recientemente por la ISAR, sociedad que forma parte del grupo ENI.

b) Derechos de multipropiedad permutables o fungibles. El derecho de multipropiedad en este caso tiene naturaleza fungible, legitimando al titular a ocupar unidades inmobiliarias gestionadas por la misma sociedad vendedora o por otra vinculada a ella ubicadas en distintos lugares geográficos, las Bermudas o los Alpes, v. gr., lo que permite la elección de distintos puntos turísticos o alternar mar y montaña. Algunas sociedades multipropietarias disponen de un servicio computarizado (*timeshare exchange o exchange programme*) con este fin a disposición de sus socios o condueños que les permitirá variar los lugares de vacaciones y combinar las estancias conforme a un amplio programa que abarca cincuenta o más países. El ejercicio del derecho de permuta puede ser total o limitado a

algunos días del período a que se tiene derecho y requiere la solicitud o preaviso dentro del plazo señalado por la sociedad, lo que a través de las computadoras hace factible atender las numerosas solicitudes y programar todos los años la permuta o combinación de derechos entre los multipropietarios.

En nuestro Derecho, de acuerdo con las conclusiones del I Simposio sobre Propiedad Horizontal, Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante, 1972, no existe obstáculo para llegar a la fungibilidad de derechos, separando el dominio del uso y aprovechamiento y encomendar éste a una sociedad administradora con amplias facultades.

c) La que se puede denominar multipropiedad rotativa. La multipropiedad puede consistir en el derecho a disfrutar un inmueble durante un período sujeto a rotación anual, de tal modo que las semanas contratadas no son fijas, cada año cambian, ocupando posiciones distintas: el primer año la posición C, el año siguiente la D, y así van ocupando las distintas posiciones previstas en una tabla de rotación (*Rotation Schedule*).

d) Multipropiedad de naturaleza compleja o mixta, que viene a crear situaciones de coexistencia de propiedad individual, condominio y multipropiedad. La sociedad promotora del conjunto inmobiliario o urbanización vende una parte de ellos en multipropiedad y otra la gestiona como hotel, aparthotel o residencia. Esta es la forma de multipropiedad al parecer más difundida en Italia.

f) Existe otra clase de multipropiedad, denominada hotelera, que se caracteriza por la circunstancia de que las unidades inmobiliarias, objeto del disfrute por turnos, forman parte de un complejo hotelero. Este tipo de multipropiedad puede revestir la forma societaria o en régimen de condominio y la titularidad de los edificios pertenecer a una o varias personas o sociedades.

g) Según reciente fórmula aparecida en Italia, el adquirente multipropietario tiene opción a utilizar directamente el bien en el período convenido o ceder su disfrute a la sociedad vendedora, normalmente por un período de tres a cinco años, mediante una contraprestación. La obligación de la sociedad vendedora suele garantizarse con fianza bancaria.

h) Una modalidad de multipropiedad hotelera de naturaleza personal y duración temporal confiere al multipropietario o beneficiario incorporado a un título, llamado de prestaciones, el derecho a ocupar durante treinta años, a razón de un número de días por año natural, una habitación para una o dos personas en un hotel o aparthotel determinado y el derecho a otras prestaciones, sauna, pensión completa, uso de instalacio-

nes deportivas. El derecho es transmisible, y normalmente se pacta que su no utilización anual supondrá la pérdida del año inutilizado.

Si el edificio objeto de multipropiedad es un edificio futuro, al tiempo de contratar el multipropietario, en garantía de la obligación de construir, es frecuente estipular fianza bancaria. También para asegurar el cumplimiento de las prestaciones, por parte de la sociedad promotora-hotelera, se constituye hipoteca a favor de los multipropietarios.

i) Presenta especialidades la ocupación de inmuebles por períodos de tiempo cuando se destinan a estancia de jubilados o residencias de la tercera edad. En primer lugar, teniendo en cuenta la avanzada edad de estas personas, parece más adecuado el carácter personal del derecho y su duración temporal. En segundo lugar, habrá que tener en cuenta, en la multipropiedad de residencias de la tercera edad (*Residences du troisième âge*), los distintos servicios y prestaciones relativas a transportes, cuidados domésticos, salones de televisión, pasatiempos, vigilancia médica, que deben ser costeados por los jubilados, lo cual no plantea problema jurídico alguno. En cambio, sí plantea el problema humano del aumento de gastos, desproporcionados respecto al incremento de las pensiones.

j) El criterio del lugar de residencia del promotor y adquirente de la multipropiedad permite hacer algunas consideraciones. Ante todo, el hecho de que en España la multipropiedad es por ahora actividad prácticamente reservada a los promotores extranjeros, e igualmente es infrecuente que la adquisición de derechos traspase los círculos turísticos extranjeros. Nos encontramos aún en la primera fase importadora de la institución. Viene a ser más bien la inmigración del turismo extranjero con equipaje completo, en el que incluyen sus contratos peculiares, que al aplicarse en toda la tierra, se han convertido en contratos o figuras jurídicas internacionales. Por consiguiente, para los españoles la multipropiedad es poco conocida y no bien comprendida. A su entendimiento, se opone nuestra formación jurídica tradicional asentada en los esquemas dogmáticos del Derecho continental europeo.

Atendiendo a la residencia del promotor, distinguimos:

1) *Promotor extranjero:*

- Multipropiedad societaria extranjera. En este caso, una sociedad extranjera, constituida con arreglo a las normas del país de que se trate, transmite, también conforme al Derecho extranjero, acciones u otros títulos a los adquirentes multipropietarios. Este es el tipo de multipropiedad más común en España.
- Multipropiedad inmobiliaria extranjera. Una sociedad, domicilia-

da e inscrita en país extranjero, constituye conforme al Derecho español la multipropiedad comunitaria por cuotas indivisas, en escritura ante Notario español, y transmite las cuotas de la comunidad, igualmente en escritura española, pudiendo los adquirentes inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad.

## 2) *Promotor español:*

Como queda dicho, constituye hoy rara hipótesis, siendo más probable la sociedad española con participación mayoritaria extranjera.

Si la venta de los derechos de multipropiedad se efectúa a favor de personas no residentes, los fedatarios deben tener en cuenta que las adquisiciones no precisarán autorización administrativa, si se trata de actividad empresarial y se realizan con aportación dineraria exterior. En caso contrario, necesitarán autorización administrativa, que se concedería por tener naturaleza de inversión turística.

k) Figura no totalmente asimilable a la multipropiedad es la *multi-location*, variedad de multipropiedad societaria, conforme al modelo de arrendamiento de temporada periódico, durante el número de años preestablecido. El derecho del multiarrendatario es transmisible y se halla incorporado a un título, lo que facilita su cesión.

## BIPROPIEDAD

No es la bipropiedad una modalidad de multipropiedad: su semejanza es más bien nominal. En Francia, se conoce con el nombre de *bipropriété* un contrato oneroso atípico, que contiene dos transmisiones: la propiedad, a una persona, y el derecho de disfrute a término, a favor de otra.

El promotor vende el «disfrute» de un apartamento, no el usufructo, por un período de cuatro años a una persona. Este derecho de disfrute parece ser de naturaleza personal. Y vende a otro comprador o segundo cliente la propiedad del mismo inmueble, con derecho de disfrute a término suspensivo, cuando expiren los cuatro años, que constituyen el plazo concedido al comprador de este derecho.

El vendedor fija el precio de venta como si el apartamento estuviera ocupado cuatro años, efectúa la minoración correspondiente al plazo del derecho de disfrute, que, ya se ha dicho, no es un derecho de usufructo, por lo que la propiedad transmitida no es nuda propiedad ni existe reserva de dominio. En realidad, consiste en la combinación del derecho

de disfrute temporal y la propiedad con derecho de disfrute a término suspensivo. El escaso interés despertado por la bipropiedad en Francia, hace pensar a los juristas franceses que sea una fórmula a abandonar.

### MULTIPROPIEDAD INMOBILIARIA O COMUNITARIA: CONCEPTO Y OBJETO

Se conoce con el nombre de multipropiedad inmobiliaria, la que teniendo como soporte físico un bien inmueble, se configura *sub specie* de comunidad. Al tratar de las clases de multipropiedad veíamos, como división primordial, las dos grandes categorías, formadas por la societaria o accionaria y la inmobiliaria o comunitaria. A la multipropiedad de accionistas o socios ya le hemos dedicado alguna atención en páginas anteriores. Nos corresponde hacerlo ahora con la otra clase de multipropiedad.

El condominio constituye, sin duda, la forma más importante de multipropiedad por varias razones. Por ser la forma más difundida de multipropiedad en Norteamérica (*co-ownership*) y en la mayor parte de los países de Europa continental, donde es realidad práctica: Austria, Suiza, Holanda, Bélgica, España. En estos países, el condominio se aplica como única forma de multipropiedad o coexiste con otras formas menos utilizadas. Este es el caso también de Italia. Por razón del claro predominio doctrinal, sobre todo entre los juristas italianos, que ven en la multipropiedad una forma de comunidad, concretamente de copropiedad. Así, GRANELLI, DI PRISCO, CAPPARELLI y SILVESTRO, DE CUPIS, DANUSSO, ALPA, PAGANO.

Estas dos razones o hechos, la extensión práctica de la multipropiedad en forma de condominio y el favorable voto doctrinal con que cuenta, contrastan con el hecho contradictorio de la abundante y severa crítica de que es objeto por los juristas, quienes frecuentemente aportan razones en dirección anticondominio, aunque muchos de ellos interpretan esta figura como hipótesis de comunidad, precisamente la configuración por ellos criticada.

Hoy, las normas que regulan el condominio constituyen el ordenamiento jurídico fundamental de la multipropiedad, por la extensión que la multipropiedad inmobiliaria ha logrado. En defecto de un estatuto jurídico, no existiendo un modelo propio, la práctica hace uso de las técnicas tradicionales, sociedad y comunidad, y ésta, pese a todas las críticas, es el mal menor de preferente uso.

En Francia, la historia de la multipropiedad se inicia bajo la forma de

copropiedad, el llamado método *grenobloise de construction en copropriété*, que es el sistema de construcción conocido en España con el nombre de «en régimen de comunidad». Esto es, construcción por los condueños del terreno, procediendo a la división del inmueble por pisos en régimen de propiedad horizontal, con adjudicación de los pisos en proporción a sus cuotas. Dicho de otra manera por MANUEL DE LA CÁMARA, cesación de *pro indiviso* sobre una finca urbana mediante la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal y subsiguiente adjudicación de las viviendas.

Pues bien, los inconvenientes del estado de indivisión (hipoteca de cuotas indivisas, regla de unanimidad para determinados actos) conducen a la constitución de una sociedad entre los futuros copropietarios. Nace otro método, conocido por el *methode Paris*. La sociedad formada por los futuros condueños construye el inmueble y, finalmente, se divide entre los socios en régimen de condominio. En Francia, por tanto, la evolución ha sido de la multipropiedad comunitaria a la accionaria.

En España e Italia, la multipropiedad inmobiliaria se configura de acuerdo con el condominio romano. El multipropietario adquiere una participación *pro indiviso* del inmueble, que le confiere fundamentalmente el derecho al uso durante el tiempo contratado. La comunidad de multipropietarios suele formar parte de la comunidad general del complejo inmobiliario en régimen de propiedad horizontal. Es la técnica «pluricomunal» de Bélgica, donde la comunidad horizontal se subdivide en las comunidades de multipropietarios. Nacen dos comunidades, lo que la doctrina expresa con la frase de una comunidad dentro de otra comunidad. Las partes privativas y comunes se encuentran en estado de comunidad; son comunes tanto las así llamadas, como las privativas, aunque forman dos comunidades, siendo privativo el uso del apartamento en multipropiedad. Lo que en la propiedad horizontal es parte privativa, aquí es condominio *pro indiviso* de los multipropietarios de cada apartamento o villa.

He aquí algunas definiciones comunitarias de la multipropiedad. La de TRABUCCHI en sus *Instituzioni di Diritto civile*: derecho de copropiedad, en sí perpetuo en cada titular, pero ejercitable por turnos entre los varios titulares en períodos de tiempo alternos. CASELLI, en su reciente obra *La multiproprietà problemi giuridici* (Milán, 1983), la configura como derecho real de disfrute sobre un bien común, que se constituye mediante un contrato atípico consensual. Decididamente a favor del condominio se manifiesta TAMBORRINO, quien afirma que el derecho del multipropietario es un derecho real transmisible, que consiste en una cuota de copropiedad en la comunidad de una unidad inmobiliaria con

derecho de disfrute por turnos predeterminados en el título de adquisición. «Como la unidad inmobiliaria.—añade este autor— forma parte de una comunidad en propiedad horizontal, participa en la comunidad según las normas generales de la Ley.» G. TERZAGO nos da una definición descriptiva: derecho de propiedad de varios sujetos, quienes disfrutan del inmueble común en períodos diversos y sucesivos por mutuo acuerdo; es una comunidad con división temporal del disfrute; el ejercicio del derecho de propiedad pleno, absoluto y perpetuo se desarrolla en períodos anuales limitados y recurrentes.

El condominio es tanto una solución teórica, como un medio práctico por el que los juristas tratan de encauzar el fenómeno de la multipropiedad. El derecho del copropietario en régimen de multipropiedad se caracteriza por ser un derecho real, absoluto e inmediato. Hay una relación directa entre el titular del derecho de disfrute y el inmueble. La duración del derecho es perpetua, no es vitalicio ni depende de la vida de otra persona, como en el caso de la accionaria, que depende de la vida de la sociedad. Es un derecho transmisible, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Y el contenido del derecho es el disfrute de un inmueble por períodos de tiempo.

La validez del pacto sobre el uso *ad tempus* o por turnos del bien común no ofrece duda. Los artículos del Código Civil no impiden el disfrute *ad tempus* entre los copropietarios, quienes libremente y de conformidad con lo establecido en los artículos 392 y 398 del mismo Código, podrán convenir el disfrute periódico. El multipropietario presta su consentimiento al uso periódico en el momento de adquirir el derecho, lo que tampoco plantea dificultad alguna.

En consecuencia, la copropiedad de uso *ad tempus* es una concepción segura y clara, a diferencia de la propiedad temporal, complicada e inexplicable; el derecho comienza en una persona, pasa a otra y más tarde, en un período sucesivo, no se sabe cómo, vuelve a la primera. La multipropiedad es, en armonía con los códigos y doctrina, propiedad de varios sujetos predisuestos al uso en períodos diversos y sucesivos.

En la multipropiedad, lo temporal no es el derecho, sino el disfrute del derecho, el ejercicio parcial del derecho. No debe hablarse de propiedad *ad tempus*; la expresión adecuada es uso *ad tempus*. La crítica a la propiedad temporal, es decir, a la existencia de un número indeterminado de propiedades temporales y sucesivas, constituye el punto de partida, a juicio de CONFORTINI, de todas las teorías interpretativas de la multipropiedad, bajo la configuración del condominio con uso por turnos del inmueble.

Dentro de las teorías de tendencia comunitaria, algunas asimilan to-

talmente la multipropiedad a la comunidad; otras matizan el tipo de comunidad: romana o proindiviso, prodiviso (ROCA GUILLAMÓN), comunidad especial (ALPA, GRANELLI, DANUSSO, BENACCHIO). DE CUPIS ve en la multipropiedad un supuesto de comunidad caracterizado por la existencia de un pacto irrevocable relativo al uso turnario. Y PELOSI habla de institución afín a la comunidad y la sitúa idealmente en una zona intermedia entre la propiedad temporal y la comunidad.

En defensa de la comunidad y en contra de las tesis que sostienen, en virtud de la autonomía de la voluntad, que la multipropiedad es una forma de propiedad o un derecho real atípico, se rechaza el argumento de la inexistencia de comunidad basado en que las unidades inmobiliarias no se venden al mismo tiempo, es decir, que el derecho no se adquiere contemporáneamente por los multipropietarios del inmueble, los cuales no pueden acordar el uso por turnos, como ocurre en la comunidad. Este argumento es inaceptable, sostienen los comunitarios, si pensamos que la venta del primer derecho de multipropiedad deja las demás fracciones espacio-temporales en poder del vendedor, constituyéndose la comunidad en la persona del vendedor a partir de este momento. Es el caso de la copropiedad de un solo propietario o copropiedad consigo mismo, que la práctica registral admite inscribiendo el inmueble y los distintos pisos como inscripción transitoria, mientras los pisos no sean vendidos, a favor del promotor.

No se trata de una nueva forma de propiedad, en opinión de TAMBORRINO. La multipropiedad es tan sólo un modo de utilizar la comunidad por turnos, para vender unidades inmobiliarias integrantes de una propiedad horizontal. Esto es, una ulterior pulverización del derecho de propiedad, que, por tanto, cuenta ya con antiguos precedentes, como los acuerdos entre coherederos de herencias indivisas.

Lo relevante es el derecho del condueño, no la cuota. No se puede decir que la cuota se concreta en el derecho al turno. Es el derecho el que da lugar a la cuota, y no al revés. Siguiendo la teoría dominante, la cuota es el módulo de participación en la comunidad, no tan sólo en el derecho al turno. «La cuota —dice PUGLIATTI— es el *quantum* del derecho o expresión aritmética de la participación en la cosa. Cuota y derecho son conceptos distintos.»

Puede apreciarse la unión de multipropiedad y comunidad, en cuanto en todos los países donde es realidad práctica la multipropiedad inmobiliaria, acompañan al contrato de multipropiedad los estatutos o conjunto de normas de índole comunitaria, que regulan tanto las relaciones verticales entre los multipropietarios sucesivos del mismo apartamento, como

las horizontales entre los multipropietarios contemporáneos de otros inmuebles pertenecientes a la misma comunidad.

Otro argumento a tener en cuenta, favorable a la teoría del condominio, es la aplicación de los preceptos o régimen de la comunidad en Francia, España, Italia, Norteamérica. Y los autores que —en posición minoritaria— niegan la existencia del condominio, no lo hacen sin vacilaciones. La inseguridad de sus posiciones hace que terminen reconociendo la conveniencia de aplicar las normas del condominio, en defecto de normas propias, y la existencia de intereses de naturaleza comunitaria, aunque sean indirectos, lo que llaman ambiguamente comunidad de intereses. Todo ello prueba que las opiniones anticomunitarias, si no ven la comunidad, al menos, la intuyen. CONFORTINI defiende, fuera del condominio, la existencia de derechos autónomos con objetos distintos a favor de los multipropietarios. Se expresa, en este sentido, la definición del contenido del derecho. Escribe: «No podrá prescindir de la consideración de que la misma unidad inmobiliaria está destinada, en tiempos diversos, a formar objeto de otros derechos». Luego podemos deducir que existe objeto común, objeto inmediato común: el espacio o inmueble. El tiempo en la multipropiedad desempeña la función de delimitar el objeto, pero no es el objeto, porque no es objeto del derecho. La existencia de un objeto común es uno de los puntos claves para el estudio de la naturaleza del derecho.

La negativa al reconocimiento del inmueble como objeto directo y único del derecho, ante la imposibilidad de considerar el tiempo como objeto, recurren a la infructuosa distinción de objeto inmediato y objeto mediato. El objeto inmediato sería la fracción espacio-temporal, es decir, la propiedad semanal del inmueble cada año. Y llaman objeto mediato al apartamento o villa. Tal distinción, por ser dos objetos, llevaría consigo un doble orden de poderes y relaciones sobre y entre los dos objetos. Otra dificultad es que no siempre están los dos objetos, porque en los días del turno o semana contratada sólo existe un objeto, coinciden el objeto mediato e inmediato. Los demás días del año, fuera del turno, habría un objeto presente, el mediato (inmueble) y un objeto futuro, el inmediato, en situación expectante. Como se ve, la construcción es suficientemente barroca.

«La propiedad —dice PUGLIATTI— sólo puede tener por objeto cosas o bienes en sentido jurídico.» El tiempo no es una cosa. Ya hemos hecho referencia a lo que es el tiempo (abstracción, idealidad). lejos de ser un bien inmaterial susceptible de utilidad.

Por tanto, el tiempo carece de autonomía jurídica; precisa del objeto del derecho a que se refiere.

El objeto de la multipropiedad puede afirmarse que es un objeto complejo, cualificado temporalmente, en cuanto le integran dos elementos: el inmueble y el temporal. La unión de las dimensiones espaciales y la temporal forman un solo ente objetivo.

Frente a la fórmula del objeto doble, mediato e inmediato, resulta más claro pensar en un único objeto, por lo que no cabe distinguir entre mediato e inmediato. Así, no existirán dos poderes ni dos órdenes de relaciones jurídicas. El inmueble y su función temporal constituye el único objeto del derecho de multipropiedad.

Este único objeto, que jurídicamente forma un todo, tiene naturaleza periódica. El inmueble tiene presencia continua, está presente durante todo el tiempo del contrato. En cambio, la dimensión temporal sólo aparece en los días del intervalo temporal previsto, lo que determina que si bien en la realidad el inmueble tiene presencia continua ante el derecho por la cualificación temporal, su presencia es discontinua o periódica a causa de su naturaleza compleja. El inmueble se hace presente ante la perspectiva jurídica la semana del año contratada; el resto del año está jurídicamente oculto, y aunque exista es invisible, porque falta la cualificación temporal predeterminada. Por lo que, en cuanto a la tradición de la cosa vendida, tendrá lugar cuando llegue el primer período y el multipropietario ocupe el apartamento, que es cuando existe el objeto del derecho; antes producirá efectos obligacionales.

Al preguntarnos ¿cuál es el objeto del contrato?, ¿qué es lo que adquiere el multipropietario?, la propiedad del inmueble por una semana, nos muestra que la conjunción inmueble-tiempo, la cuatridimensionalidad del objeto, puede ser aplicada al condominio. En cualquier caso, es el intervalo crónológico del inmueble, las dimensiones comunes del inmueble y la individual temporal. El análisis teórico nos permite contar las dimensiones comunes y la diferente.

El inmueble es común (*eundem rem*) y pertenece a varios titulares (*plures*). Dominio plural sobre el mismo espacio inmobiliario. Existe, por consiguiente, comunidad espacial. No es común la dimensión temporal, en su función de señalar el momento del uso o disfrute del espacio y en la otra de delimitación objetiva. Cada multipropietario tiene su propia dimensión temporal.

En resumen, el tiempo cumple la triple función de: la duración perpetua y continua del derecho, sin interrupciones que serían inexplicables; delimitación del objeto: tales días, tal semana; y el cuándo del uso del inmueble común.

Puede explicarse la multipropiedad de esta manera, con objeto único y periódico. Este objeto es común, luego hay comunidad con caracterís-

ticas propias diferenciales, que hacen de la multipropiedad una comunidad especial. La existencia de comunidades especiales es buena prueba de la amplitud conceptual, lo que podría llamarse elasticidad del condominio, similar al contenido flexible, de amplios confines, que se predica de la propiedad individual.

Llegamos así a los distintos tipos de copropiedad, al tema de las copropiedades, formas de copropiedad con características propias. En la comunidad de multipropietarios se observan varias peculiaridades: la individualización temporal del objeto periódico y común, a que acabamos de referirnos; predeterminación del uso por turnos; cotitularidad simultánea y ejercicio sucesivo; situación de indivisión forzosa, y destino turístico del inmueble.

## I. USO «AD TEMPUS» PREDETERMINADO

La multipropiedad esencialmente es el disfrute o uso de un bien inmueble por períodos de tiempo. La multipropiedad comporta el pleno ejercicio del derecho de propiedad en el intervalo pactado previamente.

La facultad de disfrute es una de las dos facultades que, según el Código Civil, forman el contenido-tipo de la actividad del propietario. La facultad de disfrute del propietario consiste en la posibilidad de obtener de la cosa la utilidad de que es capaz según CANDIAN, v. gr., habitando una casa, percibiendo los frutos de una finca, usando un objeto, viene a ser lo que los economistas llaman valor de uso de una cosa.

La noción de disfrute, a que hace referencia el Derecho positivo, es amplia, comprende tanto la utilización directa, a veces denominada disposición física o material, para poner en evidencia la posibilidad de una modificación física de la cosa, y también hipótesis de utilización indirecta, mediante la cesión del uso a otras personas, constitución de derechos personales de disfrute, que no conllevan ejercicio de la facultad de disposición.

PUGLIATTI distinguía en el año 1935 (*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935) entre «actividad de disfrute», extensión del derecho subjetivo, y «facultad de disfrute», que forma parte del contenido del derecho y sirve para legitimar la actividad del titular.

La multipropiedad presupone un modo de disfrute de la propiedad, por el que se delimita *a priori* el ámbito de la facultad de disfrute, en cuanto impone a los multipropietarios la obligación de usar (*facere*) *ad tempus* dentro de cada período anual. Es una autolimitación contractual a la facultad libre de disfrute y utilización de la cosa, fija cual debe ser la conducta del multipropietario en orden al uso del inmueble. Es

una hipótesis clara de uso impuesto, que se caracteriza por comprender aquellas competencias del propietario que no producen modificación de la condición jurídica de la cosa, ni afectan a la esfera de la facultad de disposición.

Con NICOLO BASSANELLI podemos afirmar que el uso predeterminado no atañe a la propiedad como derecho, sino al comportamiento sobre el objeto de la propiedad, a la relación propietario-cosa.

En la propiedad, la facultad de disfrute es diversa de la que tiene lugar en otros derechos personales o reales de disfrute. El arrendatario, usufructuario o comodatario tienen una facultad de disfrute confinada, delimitada *a priori*, por eso el nombre de derechos menores o limitados en abstracto. Este elemento límite hace diferente la facultad de disfrute en estos derechos de la del propietario, no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo (límites de destino, conservación, diligencia). Por el contrario, como característica peculiar del derecho de propiedad, señala MESSINEO la indeterminación de los poderes del propietario. SCIALOJA define la propiedad como señorío indeterminado. Esta indeterminación distingue el derecho de propiedad de los otros derechos reales de disfrute, en los que el titular tiene determinados poderes y facultades.

¿Cómo es la noción de disfrute en el condominio? En el condominio es posible el uso promiscuo de la cosa común, es decir, el uso simultáneo por todos de toda la cosa, uso contemporáneo y total. Cuando la naturaleza de la cosa común no permite esta forma de uso, se acude a otras formas aproximativas o supletorias: la división espacial del disfrute entre los condueños (la finca rústica, cuyo cultivo puede dividirse entre los condueños) o la división temporal, asignando a los condueños turnos o fracciones temporales de disfrute. En esta hipótesis de división espacial o temporal, el uso, en opinión de BASSANELLI, no atañe al derecho, sino al comportamiento del condueño en relación con la cosa. Surge por voluntad de los condueños una relación que atribuye a cada condueño el derecho y la obligación correlativa de respetar el uso *ad tempus*, señalando el disfrute de la cosa común por acuerdo entre los partícipes.

La doctrina civil denomina disfrute directo tanto al promiscuo como al fraccionado, sea especial o temporal, e indirecto cuando el directo resulta imposible o perjudicial a los intereses de los condueños, mediante cesión del bien a otras personas (utilización jurídica).

Aunque es frecuente el uso directo contemporáneo, a veces se practica el uso por turnos, estableciendo los días de disfrute por los condueños del servicio o bien común. En ocasiones, es el único medio para regular el disfrute de la cosa común; el turno se acuerda por los condueños en forma de reglamento, que contiene las previsiones necesarias.

Así, aparece el uso por turnos en algunas comunidades especiales, como la de aprovechamiento de aguas; incluso en la propiedad horizontal, en relación con el disfrute de los elementos comunes, v. gr., terrazas, plazas de aparcamiento. Se trata, en estos casos, de espacios insuficientes para el uso contemporáneo por todos los condueños, por lo que el aprovechamiento se realiza a través del turno o alternancia.

La insuficiencia del bien común para el uso promiscuo suele dar nacimiento al uso fraccionado. En la multipropiedad, el origen es diferente. De aquí que no puedan asimilarse las comunidades en las que aparece el uso fraccionado tan sólo por esta circunstancia. Veremos que no existe plena identidad entre las comunidades de uso temporal fraccionado.

La utilización por algún condueño o grupos de condueños de un bien común, es decir, el uso individual de bienes comunes, es algo que acontece en las comunidades de casas por pisos de España, Italia y Francia. En este país, los Tribunales han declarado que el derecho de *jouissance exclusive* de una parte común no implica derecho de propiedad sobre esta parte, v. gr., jardín, local común. También han tenido ocasión de pronunciarse sobre las reparaciones y gastos de las partes comunes de uso exclusivo del comunero, decidiendo cuáles corresponden al comunero y cuáles son a cargo de la comunidad.

En la multipropiedad, el uso exclusivo por fracciones temporales o turnos es un requisito esencial previo. El inmueble queda sometido a un programa en orden al disfrute del bien. Es un programa impuesto por mutuo acuerdo de los interesados (autoprogramación) sobre el uso y confines privados, no es un programa legal con el fin de asegurar la función social de la propiedad. El turno circunscribe el derecho de cada partícipe. No es un límite restrictivo, excepcional, de interés público. Es una delimitación previa del uso. En este sentido, puede considerarse necesario e indeclinable, con palabras de N. IRTI (*Proprietà e impresa*, Nápoles, 1965).

DE CUPIS caracteriza el uso por turnos por ser un pacto irrevocable. El límite, en este caso, determina el contenido del derecho con el significado del término confín, utilizado por CASTÁN, siguiendo a la doctrina italiana. Los confines acotan los poderes del propietario (CASTÁN TOBEÑAS: *La propiedad y sus problemas actuales*, 1963). De aquí el encuadramiento de la multipropiedad en la llamada propiedad conformada.

Como venimos diciendo, el turno delimita el comportamiento, el *agere* del multipropietario. La definición de límite de ZANOBINI parece ajustarse a la situación del multipropietario, «inhibición en el ejercicio de alguna facultad que por sí misma podría formar parte del derecho de propiedad».

Reciben el nombre de «vínculos» una de las especies de limitaciones

de la propiedad, de las que derivan deberes positivos o negativos en interés de los particulares (deberes de interés privado), preordenados a asegurar en relación con el bien a que se refieren la consecución del estado de pertenencia del bien, impidiendo el ejercicio de la facultad de modificar la forma o sustancia, o tienden a mantener el actual destino, impidiendo el ejercicio de la facultad de cambiar el destino del bien.

Los bienes «vinculados» no pueden, según el vínculo que les afecta, ser enajenados (vínculo urbanístico) o alterado el destino (edificios con un fin determinado). Los vínculos son restricciones que cumplen una función conservativa, en cuanto reducen la libertad de disponer o usar el bien. En la multipropiedad, el uso *ad tempus* es un vínculo impuesto mediante un acto de Derecho privado, preordenando el uso del inmueble, de otro lado; luego veremos otro vínculo de la multipropiedad tendente a mantener el destino turístico del inmueble.

La multipropiedad presupone el período en el sentido etimológico griego. El multipropietario quiere y adquiere una semana, el derecho a ocupar el apartamento en esa fracción de tiempo, en que se ha dividido previamente el uso. Esta división temporal previa permite adquirir el uso de una fracción temporal. En la multipropiedad, el origen del turno o fraccionamiento temporal del uso no es la insuficiencia del bien común, del apartamento a repartir, que obliga a los multipropietarios a turnarse como forma necesaria o más conveniente de uso. La existencia del turno en la multipropiedad se explica como especialidad del objeto del derecho. Al multipropietario le interesa adquirir su semana (objeto de disfrute limitado), no le interesan otras semanas; por eso se organiza el disfrute en régimen de multipropiedad, para satisfacer la demanda de alojamiento de una o más semanas en vacaciones.

La similitud de este derecho y los aprovechamientos colectivos de aguas no impide sentar diferencias. Se asemejan en el disfrute *ad tempus*, en la división temporal del disfrute del bien. Tanto en los aprovechamientos colectivos de aguas como en la multipropiedad, se da el disfrute directo por división temporal del bien.

Puede aplicarse a la multipropiedad, como lo hacen SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO («La propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo», *RCDI*), las diferencias que las comunidades de aguas presentan respecto a la comunidad romana. Según ellos, en las comunidades de aguas la cuota ideal romana se concreta en un turno, de tal manera que sin perder el carácter de comunero es, a la vez, propietario individual y exclusivo no de una cuota abstracta, sino de un cuerpo concreto y determinado de bienes, de tal suerte que su cuota es una parte concreta del todo con propia individualización y determinación. Su diferencia con la

comunidad de tipo romano radica en que en ésta la idea matriz es la de un todo divisible, mientras que en la comunidad por tandas la idea es exactamente la contraria, partes individuales conectadas con un todo indivisible. En la propiedad por tandas, el todo lo es en función de las partes. Efectivamente, en la multipropiedad y aprovechamientos colectivos de aguas la cuota tiene un significado más concreto e individualizado que en otras comunidades. El derecho al turno, característico de las comunidades de aguas y multipropiedad, es el derecho al disfrute individual y exclusivo *ad tempus*.

Pero el turno en las comunidades de aguas tiene su origen en la escasez del agua, que desde antiguo ha planteado el problema del agotamiento de los recursos hidráulicos, adoptando las soluciones precisas; entre ellas, en cuanto a utilización, se previene la distribución o reparto, estableciendo los turnos de días y horas que el usuario puede disponer al año. La escasez o insuficiencia del agua destinada a riego hace imposible el riego promiscuo, simultáneo y total. Si el volumen del agua lo permitiese, no habría aprovechamientos sucesivos, serían simultáneos, con horarios a voluntad del usuario. La alternancia o uso *ad tempus* es una restricción al uso o consumo del bien. El turno viene impuesto por razones cuantitativas del bien común. No es una autolimitación consustancial a la comunidad.

En la multipropiedad, el turno es una autolimitación. Surge por voluntad de los condueños, quienes adquieren temporalmente el uso con arreglo a sus días de vacaciones.

Si en la comunidad de aprovechamientos colectivos de aguas y otras comunidades de disfrute por turnos, el fundamento de esta forma de disfrute es la imposibilidad objetiva previa del uso común simultáneo, en la comunidad de multipropietarios se funda en razones subjetivas, que confieren al inmueble el destino singular de residencia secundaria, la ocupación anual durante un corto plazo, los días de vacaciones.

Escribe ROCA GUILLAMÓN que la privación temporal de la facultad de disfrute forma parte del contenido, en esta específica forma de propiedad, porque sin ella no sería posible el cumplimiento de la función que las partes se propusieron al realizar el negocio genético de la situación jurídico real creada.

El propósito del multipropietario es el uso *ad tempus* del inmueble, la semana o los pocos días del período temporal adquirido. El multipropietario compra esos días pensando que son los únicos que le interesan. El usuario de la comunidad de aguas, si hubiera agua suficiente, haría uso simultáneo con otros comuneros, consumiría más agua, utilizaría otros turnos. El multipropietario no quiere más turnos, porque no tiene tiempo

para ocupar el apartamento en otras épocas del año. El multipropietario compra el turno de sus vacaciones, que es el único que puede utilizar. El uso *ad tempus* surge de la vinculación del inmueble a un destino predeterminado, el de ser residencia temporal. Se ha repetido que la utilización periódica del inmueble es nota esencial de la multipropiedad, por ser la forma de uso directo que permite destinar el apartamento o villa a residencia de vacaciones, sucesivamente, de varias personas.

Hay otro aspecto conocido, el uso periódico predeterminado se diferencia del uso *ad tempus* de otras comunidades, en las que constituye un *posterius*, a consecuencia del acuerdo entre los comuneros, una vez formada la comunidad. En la comunidad de multipropietarios, el uso *ad tempus* es un *prius*, se ingresa aceptando el programa de disfrute, no es algo que sobreviene, es el disfrute preestablecido en consonancia con el destino del inmueble.

## II. COTITULARIDAD SIMULTÁNEA Y EJERCICIO SUCESIVO

El *dominium*, como señorío sobre la cosa, es un derecho pleno y exclusivo; según la línea trazada por la tradición romanista, basada en el famoso pasaje del *Digesto* (13,6,5,15), no admitía que la propiedad o la posesión perteneciera al mismo tiempo íntegramente a varias personas —*duorum quidem (vel plurium) in solidum dominium vel possessionem esse non posse*—; el condueño no era propietario pleno, *dominus in solidum*, sino tan sólo de una parte de la propiedad del bien (*totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*).

La dificultad del Derecho romano de conciliar el dominio exclusivo con la pluralidad de dueños, en opinión de algunos autores, no se plantea en la multipropiedad, pues la exclusividad del dominio se conserva intacta, cada multipropietario tiene el disfrute exclusivo de la vivienda. Y como sus derechos no son contemporáneos, es innecesario el recurso a la propiedad *pro indiviso pro parte* o al expediente de la cuota (en el sentido de propiedad de la cuota), con el fin de armonizar la unidad de objeto con la pluralidad de sujetos. La objeción a la coexistencia de varias propiedades no existe cuando las propiedades no son simultáneas.

En Norteamérica, la multipropiedad se puede constituir en forma comunitaria por cuotas (*Tenancy in Common*) o por transmisión de la pertenencia o propiedad plena (*The estate in fee simple*), derecho real subjetivo, inmobiliario pleno, perpetuo, durante el intervalo temporal preestablecido. En este caso, cada multipropietario es propietario independiente, no es copropietario, nace la llamada propiedad cuádrimensio-

nal. Teoría que con este nombre o anónima comparten varios autores. En Italia es defendida por CONFORTINI, TERZAGO, MAZZU.

En España, LACRUZ BERDÉJO (*Elementos de Derecho civil*, Madrid, 1979) sostiene que los multipropietarios no forman una comunidad, son propietarios independientes, cada uno de su período de tiempo. La multipropiedad, conforme a esta doctrina, es un supuesto de coexistencia de distintas propiedades exclusivas; la cotitularidad, en este caso, se reduce pura y simplemente a un concurso de derechos. De propiedad plena y exclusiva califica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS la propiedad por períodos: Y en este sentido se expresa ROCA GUILLAMÓN, para quien la presencia de varios derechos distintos excluye la idea de comunidad. Por tanto, pueden ser obviados los inconvenientes que de la aplicación del concepto de comunidad pudieran derivarse.

Acorde con esta interpretación, la multipropiedad sería, utilizando una expresión de BARASSI, «una suma de propiedades». Como las propiedades no son contemporáneas, argumentan, cada derecho se puede ejercer con entera exclusividad; no puede pensarse en derechos parciales o divididos, como ocurre en la comunidad. Todos los derechos de los multipropietarios son compatibles; un derecho no se opone al derecho de los demás partícipes. En suma, para esta tesis, la multipropiedad es un concurso o reunión de derechos de propiedad plenos y absolutos sobre la misma cosa.

Los principios clásicos del condominio, como los de la propiedad, sufren diversas oscilaciones. La alteración estructural del condominio no está muy lejos de las modificaciones concretas que experimenta la propiedad individual. Vuelve la vieja cuestión de si los copropietarios son o no propietarios. Para VALLET DE GOYTISOLO y otros autores extranjeros, el quid estriba en decidir si la cotitularidad de los condueños produce alteración o modificación de sus derechos. La tesis de la multipropiedad como concurso de propiedades individuales sugiere aplicar a la multipropiedad considerada como comunidad, la teoría de la propiedad plúrima total, definida por SCIALOJA: «Propiedades conceptualmente iguales en su esencia, pero limitado su ejercicio». En la multipropiedad, la limitación no será, si se quiere, por la concurrencia de otros derechos simultáneos ejercientes en cuanto a la facultad de disfrute, pero sí está limitado el ejercicio del derecho por el uso *ad tempus*, que es un vínculo con el significado restrictivo antedicho. El multipropietario tiene el ejercicio del derecho preordenado y limitado por el uso *ad tempus*, por tanto, no se puede afirmar que es propietario individual, pleno y absoluto.

La autonomía del multipropietario no es comparable a la del propietario individual, es una autonomía en dependencia de la de los otros

partícipes y, en consecuencia, sujeta a posibles interferencias. La actividad del multipropietario aparece limitada por la presencia continua del derecho de los otros titulares; alteración de la cosa, modificaciones y mejoras, principios de mayoría o unanimidad.

Es cierto que las relaciones llamadas verticales entre los multipropietarios del mismo apartamento son cronológicamente sucesivas, lo que permite la compatibilidad y exclusividad del uso de la cosa en mayor medida que suele darse en la comunidad. La multipropiedad limita el ejercicio del derecho al tiempo adquirido y, por otra parte, la autonomía del multipropietario no es plena, es evidente que sus poderes son menores que los que tendría si la cosa le perteneciera a él solo. Por lo que es inaceptable la asimilación de multipropiedad a la propiedad individual. Dos graves objeciones: el inmueble es común y el contenido del derecho es limitado.

¿Es comparable la propiedad de una semana a la propiedad de las cincuenta y dos semanas del año?

Una cosa es la propiedad individual del apartamento y otra la multipropiedad del mismo apartamento, con derecho a ocuparlo una de las cincuenta y dos semanas del año. El derecho del multipropietario está sujeto a limitaciones inexistentes respecto al propietario individual: modificación del apartamento, mejoras, obras interiores, agrupación de fincas, relaciones internas de los multipropietarios, externas de todos los multipropietarios, lo que plantea la representación y el litis consorcio, los derechos de cada multipropietario, como derechos entre condueños, o si se reputan derechos independientes, como *iura vicinitatis*, y, en definitiva, el conjunto de obligaciones contenidas en el contrato y estatutos de multipropiedad, que constituyen su régimen jurídico diferenciado.

La comunidad supone, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, unidad de la cosa y pluralidad de sujetos (*plures eunden rem*). El dominio debe ser simultáneo, conforme a la jurisprudencia. El dominio sucesivo no es comunidad o es una comunidad atípica. La multipropiedad sería una suma de derechos, si los derechos no son simultáneos. Si los derechos no son simultáneos quiere decirse que nacen y se extinguen cada año, según esté presente o ausente la semana contratada. Esta conclusión no difiere de la teoría de los derechos renacientes de la propiedad temporal, cuya crítica ya se ha hecho, aunque aquí se trate de fundarla en el objeto de naturaleza periódica. Por otra parte, observamos que junto al derecho discontinuo o periódico del multipropietario, se da la situación de exclusividad de los derechos, es decir, en cada intervalo cronológico sólo existe un derecho, el del multipropietario de ese intervalo, negando necesariamente que en el mismo intervalo puedan existir

otros derechos. Conforme a esta doctrina, en cada período anual no puede existir más que un solo dominio, que por ser único es exclusivo.

Los derechos de los otros multipropietarios «vecinos» aparecen y reaparecen antes o después. Es el renacimiento cíclico de propiedades, la sucesión infinita de propiedades presentes y futuras, con todas las dificultades insalvables de la propiedad temporal.

Si en cada intervalo cronológico existe un solo derecho, los demás multipropietarios serán titulares de un derecho expectante. Esta conclusión es fácticamente inadmisibles. A excepción del disfrute discontinuo, el ejercicio de los demás poderes del derecho de propiedad podrá ejercitarse en cualquier momento. El multipropietario de la semana del 1 al 7 de agosto podrá reivindicar el apartamento el día 1 de enero, el 4 de febrero impugnar un acuerdo comunitario y el 5 de junio demandar al administrador del inmueble o exigir responsabilidades al presidente de la comunidad.

En la multipropiedad, el objeto, ya se ha dicho, es el inmueble, y éste es común. El tiempo es una cualificación jurídica voluntaria del inmueble (NICOLÓ). Son comunes las tres dimensiones espaciales, pero no lo es la dimensión temporal.

La cualificación temporal determina que el inmueble no exista como objeto del derecho de disfrute fuera del período temporal, pero sí existe jurídicamente en relación al ejercicio de otras facultades dominicales. La suspensión parcial del ejercicio de un derecho no es equiparable a la inexistencia del derecho. Lo que está claro que falta es el disfrute contemporáneo. El disfrute sucesivo, junto a la falta de otras características propias de la comunidad de corte romano, hacen pensar en la naturaleza especial de la comunidad de multipropietarios. La realidad confirma la concepción elástica del condominio. ROCA SASTRE hace referencia a la variedad de modalidades que presenta la comunidad. Desde el patrimonio social —que entre los socios constituye comunidad— hasta el condominio o comunidad romana, existen tipos intermedios de comunidad con características específicas y régimen variado. El pensar que la multipropiedad es una comunidad especial o un *tertium genus* entre comunidad y propiedad individual no es novedad. De antiguo ya se planteó en relación al condominio. PUGLIATI se pregunta: ¿es una propiedad atenuada o constituye un derecho diverso, un derecho fraccionario?

En opinión de JUAN ROCA GUILLAMÓN, el esquema de la vieja propiedad dividida se adapta o, al menos, se aproxima bastante al planteamiento de la fórmula de promoción inmobiliaria que se conoce con el nombre de multipropiedad. Según este autor, la naturaleza jurídica de la multipropiedad puede establecerse a partir de la idea de que se trata de un su-

puesto de concurrencia de varios derechos cualitativamente iguales sobre una misma cosa o entidad jurídica (objeto mediato). En la propiedad dividida de origen germánico, concurren varios derechos de propiedad sobre una misma cosa; no es propiedad, sino conjunto de propiedades. Cada derecho tiene un objeto inmediato (el turno) y otro mediato (la cosa material). «El soporte físico —escribe ROCA GUILLAMÓN— evidencia la comunidad de intereses, que será preciso disciplinar.»

En relación con esta interesante concepción debemos tener en cuenta algunas ideas. El sistema positivo de nuestro Código Civil es el de la comunidad romana o indivisa, al igual que en otros Códigos, como el italiano. En nuestro Derecho, la principal forma de la llamada propiedad dividida es la enfiteusis. JERÓNIMO GONZÁLEZ denominó copropiedad *pro indiviso* a la propiedad horizontal, teoría aislada doctrinalmente y desconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

Las formas de propiedad dividida, aseguran algunos autores (SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA), son realmente derechos reales. Según SÁNCHEZ ROMÁN, el dominio no es más que uno con todos los derechos que le integran; la descomposición del dominio da lugar a derechos distintos; a excepción del condominio, toda propiedad dividida es propiedad limitada. La llamada propiedad dividida, a juicio de estos autores, constituye tan sólo un derecho real limitado.

En la enfiteusis, la doctrina predominante considera al concedente propietario y al enfiteuta titular de un derecho real limitado. «El más amplio de los *iura in re aliena* y el más próximo al derecho de propiedad», dice CARIOTA FERRARA de la enfiteusis. «No se puede reconocer al concedente o al enfiteuta una propiedad plena», afirma PUGLIATI Y el derecho del concedente, aunque se denomina propiedad, se reduce a bien poco; a una simple titularidad formal, a la que se añade el derecho de crédito al canon o pensión.

Las preguntas ¿existe la comunidad *pro diviso* en nuestro Derecho positivo?, ¿es una comunidad?, ¿por qué normas se rige?, probablemente nos llevarían a respuestas negativas o nos trasladarían al campo de los derechos menos plenos, de los derechos reales sobre cosa ajena que, por otra parte, presentan ejemplos de ejercicio discontinuo, como las servidumbres de este nombre, servidumbre personal de caza, de palco.

El condominio es propiedad plena, con el significado limitado que tiene la palabra plena en nuestra época. Según nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de marzo de 1929, la comunidad es una variación o accidente de la propiedad individual; es dominio en cosa propia, de acuerdo con otras sentencias. El reconocimiento de la propiedad a favor

de otra u otras personas es criterio de distinción de la servidumbre y del condominio.

La multipropiedad configurada como servidumbre implicaría la existencia de doble titularidad, dueño de la finca y titular del derecho de servidumbre. Si la servidumbre fuera de las personales, conforme al artículo 531 de nuestro Código Civil, deberá establecerse en provecho de una o más personas. Por lo que mejor adaptación tendría la forma de servidumbre real voluntaria discontinua atípica, al amparo del artículo 594 del Código Civil. Servidumbre recíproca a favor y sobre cada fracción espacio-temporal, con el inconveniente de la doble titularidad, que no podría recaer en los mismos multipropietarios.

Igual obstáculo ofrecen los derechos reales de disfrute, usufructo, uso y habitación, que precisan doble titularidad, por ser derechos sobre cosa ajena, además de las dificultades particulares de cada uno de ellos: el usufructo, por no ser perpetuo, y los derechos de uso y habitación, no hipotecables (art. 108, 3, de la Ley Hipotecaria, y de dudosa transmisibilidad, a la vista del art. 525 del Código Civil).

Sin embargo, Portugal ha elegido lo que denomina *direito de habitação periódica* para configurar la multipropiedad; se trata de un derecho de habitación especial, regulado por Decreto-ley de 31 de diciembre de 1981, contrapuesto al derecho de habitación codificado. Se caracteriza por ser perpetuo, enajenable y gravable.

Se ha esgrimido, por último, en contra del condominio, la inaplicabilidad del derecho de acrecer (*ius adscrescendi*) entre los multipropietarios. Argumento rechazable, en razón de que el acrecimiento en los actos *inter vivos* puede estimarse inadmisibles, aunque exista condominio.

«El acrecimiento o derecho de los multipropietarios a adquirir la parte vacante de los otros, con anterioridad a la adquisición, es impensable —escribe ANGEL LUCINI CASALES (*El derecho de acrecer en los negocios jurídicos 'inter vivos'*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor FEDERICO DE CASTRO, 1976)— en aquellos negocios en los que la adquisición se perfecciona por el consentimiento simultáneo de las partes, como la compraventa.»

El acrecimiento posterior a la adquisición, que LUCINI CASALES llama impropio, como acrecimiento contractual o pacto de acrecer, que estipula el incremento o expansión del derecho de los multipropietarios por falta de uno o varios de ellos. «Este pacto —a juicio de BELTRÁN DE HEREDIA (*El derecho de acrecer*. Edit. R. de D. P., 1956)— sería un pacto contrario al principio de libertad de disposición, y su admisión en la constitución de usufructo (art. 521 del Código Civil), derecho de naturaleza

temporal, hace inaplicable el precepto a la multipropiedad de duración perpetua.»

Otra hipótesis es la renuncia liberatoria del multipropietario. Figura regulada por el artículo 395 del Código Civil, la obligación de todo copropietario de contribuir a los gastos de conservación de la cosa exime a quien renuncie a la parte que le pertenece en el dominio. En este supuesto, se admite el incremento de la cuota de los condueños o multipropietarios, por ocupación de *res nullius* (GONZÁLEZ PALOMINO) o por razón de acrecimiento (SCAEVOLA, BELTRÁN DE HEREDIA, JERÓNIMO GONZÁLEZ).

### III. INDIVISIÓN

La multipropiedad es un condominio definitivo. Comunidad de aguas, medianería, elementos comunes de la propiedad horizontal, son excepciones al principio general de petición del cese del estado de indivisión, cuyos orígenes se remontan a la legislación de las *Doce Tablas*: «nadie puede ser compelido a permanecer en el estado de comunidad de bienes». Este principio tiene su fundamento, según los textos de PAPIANO y PAULO, en las discordias y luchas de los copropietarios: «No obstante —nos dice JERÓNIMO GONZÁLEZ—, fue fortificándose la regla que obligaba a continuar en la indivisión por exigencia de la naturaleza del objeto común.»

«Ya en el pasado siglo —continúa don JERÓNIMO— se encuentran consideraciones y principios generales que tratan de justificar la ineficacia de la *A. communi dividundo*: unas veces se presume la existencia de servidumbres recíprocas entre los copropietarios, en otros casos se apela a los derechos de vecindad (*iura vicinitatis*) y constantemente se alude a las ventajas de la indivisión.»

En la multipropiedad, los distintos derechos de los multipropietarios forman una unidad orgánica vinculada a la realización de un fin determinado. Puede considerarse como un ejemplo de lo que llama BARASSI comunidad de fin (*comunioni di scopo*). El fin se inserta en el negocio, de tal modo que delimita el comportamiento de los multipropietarios. El establecimiento del régimen de multipropiedad presupone la indivisión; sería un contrasentido admitir la disolución en cualquier momento, incompatible con la finalidad de disfrute que motivó la comunidad, y que la cosa común es indivisible. Se sabe al tiempo de contratar que el apartamiento no podrá dividirse materialmente entre los treinta o cuarenta partícipes que componen la comunidad. En consecuencia, la naturaleza de la comunidad de multipropietarios, las importantes inversiones inmobilia-

rias, servicios y equipamientos, exigen una situación de permanencia y estabilidad contraria, desde luego, a la divisibilidad.

Argumento original a favor de la indivisibilidad perpetua del bien procede de la interpretación de la multipropiedad, que considera el apartamento o inmueble delimitado jurídicamente dividido por tiempos de disfrute. El inmueble, desde el punto de vista jurídico formal, ya está dividido por unidades de tiempo. Las fincas, de esta manera, pueden dividirse por unidades de superficie o de tiempo: podemos dividir un fundo por metros o por días. La multipropiedad no es un caso de bien indivisible; conforme a esta tesis es un supuesto de bien ya dividido. Aunque no se haya practicado división espacial, existe división temporal del bien, que es otra forma de realizar la división, aplicando otras unidades de medida, las temporales: el día, semana. Por tanto, la división es innecesaria e improcedente: no se puede hablar de dividir lo que ya se dividió. El inmueble en multipropiedad ya se dividió al constituirse este derecho.

En nuestro Derecho, al igual que el francés e italiano, el condominio se considera situación transitoria. El criterio del Código Civil, de acuerdo con el Derecho tradicional, basado en las Leyes de Partida, que decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno que cuando son de varios, aparece en el artículo 400, que reconoce a todo copropietario el derecho a pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común (artículo de carácter imperativo, según Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1929 y 17 de mayo de 1958). Nulidad absoluta del pacto de no dividir, que ya lo era en el *Digesto*, y naturaleza irrenunciable de la acción de división, según la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1968).

Se admite tan sólo el pacto de indivisión limitado a diez años, el mismo plazo del artículo 681 del Código Civil italiano. El pacto de indivisión deberá constar en escritura pública, por aplicación del artículo 1.280, pudiendo prorrogarse por sucesivas prórrogas de diez años. El acuerdo de prórroga deberá ser unánime, porque, en otro caso, podría disolverse la comunidad a petición del condueño disidente.

Completan la regulación del Código los artículos 401 y 402. Si la cosa es indivisible, no mediando convenio, se procederá a la adjudicación o venta, y el acto de división, en cuanto a su forma de realización, queda a voluntad de los partícipes.

En resumen, los condueños podrán pedir siempre la división, admitiéndose:

- a) El pacto de indivisión temporal y prorrogable.
- b) El convenio en cuanto a la forma de realizar la división.

Uno de los grandes inconvenientes que presenta la multipropiedad en forma de condominio es éste, la imposibilidad de mantener la indivisión teóricamente, por la amenaza de la *A. communi dividundo*, consagrada en los citados preceptos de nuestro Código Civil. De acuerdo con ellos, sus pobres posibilidades se reducen al pacto de indivisión o al acuerdo sobre el modo de dividir.

La necesidad de reforma del Código Civil en este punto, de manera que haga flexible la división y admita hipótesis de comunidades indivisibles, se ha puesto de manifiesto por los civilistas desde antiguo, sin que hasta la fecha se haya logrado. En cambio, en Francia, el artículo 815 del Código de Napoleón ya ha sido reformado.

En nuestro Derecho, en tanto no se reforme el Código o la multipropiedad tenga su propio estatuto, la tabla de salvación puede ser el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal. Precepto que hace referencia a la posibilidad de indivisión de un piso o local, lo que se viene llamando departamento procomunal.

Caben dos interpretaciones, en síntesis, del artículo 4:

a) Interpretación restrictiva. Los autores que sostienen que la propiedad del departamento procomunal está ligada *ob rem* a la titularidad del piso o local privativo. El departamento procomunal como titularidad *ob rem* de una parte privativa, que es el supuesto práctico más frecuente. Otra posición considera que el artículo 4 hace referencia a un elemento común por destino, que no precisa de cuota ni debe configurarse como finca independiente (M. FERNÁNDEZ BUGALLAL: «Tres experiencias manresanas». *RCDI*, núm. 534). JOSÉ POVEDA DÍAZ (*Los elementos procomunales en la propiedad horizontal*. Madrid, 1983) sostiene la naturaleza de elemento común, cuyo uso o servicio puede ser total o parcial.

La indivisión en base al artículo 4, conforme a la interpretación estricta o tesis de la indivisión de interés general, que también comparte J. ROCA GUILLAMÓN, será admisible sólo en el supuesto de que haya sido concebida en servicio o utilidad de los demás multipropietarios del edificio o urbanización titulares de derechos sobre otros apartamentos.

b) Interpretación amplia. Cualquier elemento o dependencia de un edificio que no constituya elemento común esencial por su naturaleza puede constituirse en pro indivisión, excluyendo la acción de división (MANUEL DE LA CÁMARA: *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal y I Simposio sobre Propiedad Horizontal*. Cámaras O. de la P. U. de la Zona de Levante, Valencia, 1972).

El departamento procomunal puede constituir una titularidad independiente, si así se especifica en el título, configurándose como finca inde-

pendiente. La indivisión en interés de los propietarios, de que habla el citado precepto, se refiere a los condóminos del departamento procomunal, y no a la generalidad de los propietarios del inmueble, puesto que se admite que el departamento procomunal no pertenezca a todos los copropietarios del inmueble o complejo inmobiliario. Acertadamente, SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO consideran aplicable el artículo 4, comentado, a la multipropiedad, como solución del Derecho positivo español a la indivisión continua, y los estatutos de la comunidad podrán referirse a este precepto.

La Dirección General de los Registros ha contemplado, en el caso de la Resolución de 18 de mayo de 1983, la existencia de una comunidad orgánica o funcional, conforme a la argumentación del Notario recurrente. Y llega a conclusiones hipotecarias tan excepcionales como la agrupación de fincas sin cierre de folio de las fincas agrupadas, por pertenecer a dos comunidades dichas fincas. Conclusión perpleja: si una finca pertenece a diez comunidades, podrá tener diez folios en el Registro, y las operaciones sucesivas relativas a esa finca, ¿dónde deberán reflejarse?

En cuanto al Derecho comparado, en Suiza se admite la indivisión cuando la cosa común está afecta a un fin duradero; en otro caso, no podrá convenirse por plazo superior a diez años. En USA, en los supuestos de *co-ownership* o *tenancy in common* de multipropiedad, la indivisión permanente se admite sólo en los Estados en que así lo disponen sus *Condominium Acts*.

En relación al Derecho francés, la nueva redacción del artículo 815 del Code, modificado por la Ley número 76-1286, de 31 de diciembre de 1976, prevé la derogación del principio de disolución de la comunidad por acuerdo entre los comuneros: «... la división puede ser siempre promovida, a menos que haya sido prorrogada por decisión judicial o pacto». Hasta la Ley del año 1976, el estado de indivisión en Francia era, como en España, una situación accidental, precaria y temporal, así la calificaba el Código de Napoleón: *état précaire*.

Frente a ello, la doctrina de antiguo expresó su disenso (AUDRY y RAU, DELHAY, DELOMBE). «El antiguo artículo 815 del Code —según LAURENT— se refería al caso en que la indivisión resulte de una comunidad de hecho sin el consentimiento de los interesados, comunidad incidental, v. gr., la hereditaria. Por el contrario, como en el caso de las sociedades, para las comunidades que tengan su origen en un acuerdo libre y con un fin determinado, el Juez podrá decidir que el artículo 815 no es aplicable a este tipo de comunidades.»

La jurisprudencia francesa, que, en general, aplicaba el artículo 815 a algunos casos de comunidad voluntaria, recurría a la categoría de «so-

ciudad de indivisión», con lo que eludía afrontar directamente el problema del ámbito de aplicación de la norma.

Por otra parte, se observaba la doble tendencia a disminuir la precariedad del estado de indivisión y la adjudicación a un solo partícipe de la explotación mercantil o agrícola común.

Después de la citada Ley de 1976, modificada por otra de 10 de junio de 1978, la división puede aplazarse si todos los copropietarios acuerdan la indivisión por plazo que no exceda de cinco años. En este caso, no puede pedirse la división anticipada más que por justos motivos. El pacto de indivisión se puede renovar por tácita reconducción.

Si los condueños no están de acuerdo pueden pedir la intervención judicial. Como se ve, el legislador francés, en lugar de establecer un verdadero estatuto de la indivisión, se ha limitado a reformar una serie de artículos del Code.

Por lo que hace a Italia, el artículo 1.111 del Código Civil reconoce a cada comunero el derecho a pedir la disolución de la comunidad. Establece el pacto de indivisión decenal, si se estipula por un término mayor, se entiende reducido a diez años, y permite, por graves circunstancias, que la autoridad judicial pueda ordenar la disolución del condominio antes del tiempo convenido. Por lo que esta norma constituye un obstáculo insuperable a la estabilidad de la situación jurídica de la multipropiedad. PELOSI, en contra de ALLARA, considera dudosa la aplicabilidad a la multipropiedad de lo dispuesto en el artículo 1.112 del mismo Código Civil, que exceptúa de la división aquellas cosas que divididas no puedan servir al uso a que se destinan.

Como se ve, el panorama de la indivisión permanente en relación con la multipropiedad en nuestro Derecho positivo y en los Derechos francés e italiano es francamente sombrío. Es uno de los puntos que el legislador deberá tener presente a la hora de reformar los códigos o regular el derecho de multipropiedad.

Ante tales inconvenientes, la doctrina pone en tela de juicio la configuración comunitaria, que por carecer de personalidad jurídica y de un órgano deliberante no responde con eficacia a todas las necesidades prácticas. Es muchas veces preferible crear sociedades civiles, lo que dependerá de los intereses e intenciones del número de socios y de los problemas que deban resolver las personas integrantes de la comunidad. A propósito de esta insinuación, el contrato de sociedad civil, que tenemos en el olvido, podría aplicarse útilmente a variadas situaciones.

## IV. PUBLICIDAD REGISTRAL

En defecto de un estatuto propio, la práctica jurídica de las zonas de turismo ha tenido que afrontar el problema de la construcción de esta figura, y ante el silencio del Derecho positivo utiliza dos formas principalmente: sociedad y comunidad *pro indiviso*.

La naturaleza del derecho del socio multipropietario hace que no sea inscribible en el Registro de la Propiedad. El derecho del socio es un derecho personal de disfrute. El poder del socio es mediato y relativo, entre él y el inmueble se interpone la sociedad, titular del patrimonio social, y, en consecuencia, titular registral del inmueble en régimen de multipropiedad. En el Registro aparecerá la sociedad como propietaria del inmueble y el socio no podrá inscribir su derecho por carecer de eficacia real.

Es bajo la forma de comunidad *pro indiviso* como tiene acceso la multipropiedad al Registro. Ya se ha dicho que en España e Italia la multipropiedad adopta la forma del condominio romano por cuotas, ingresa en el Registro y logra la seguridad jurídica que le proporciona la inscripción.

El multipropietario adquiere una participación *pro indiviso* del inmueble que le confiere fundamentalmente el derecho al uso durante el tiempo contratado. El apartamento o villa queda dividido en cuotas numeradas y a cada cuota corresponde un derecho.

En el caso de la multipropiedad la conveniencia de acogerse a la protección registral se acentúa tanto por su naturaleza jurídica imprecisa como por la falta de regulación por el Derecho positivo. El contrato de multipropiedad y los estatutos o conjunto de obligaciones de trascendencia real adquieren la necesaria publicidad y eficacia a través del Registro.

No ha sido la naturaleza incuestionable del Derecho el antecedente de la inscripción registral. Para honra del Registro de la Propiedad español y de quienes le servimos, se ha elegido deliberadamente la forma de comunidad *pro indiviso* con el fin de que fuera inscribible. No porque fuera esta forma la que más se ajustara a la naturaleza del Derecho, ROCA GUILLAMÓN así lo ve; la razón práctica de haberse escogido el modelo de comunidad *pro indiviso* es la mayor facilidad de acceso al Registro de la Propiedad de la situación de comunidad *pro indiviso*.

La comunidad *pro indiviso* da lugar a la creación de las distintas comunidades de multipropietarios, tantas como apartamentos o villas existan sujetos a este régimen. Junto a estas comunidades está la de los elementos o partes comunes del complejo inmobiliario. Por tanto, la comunidad general, que suele ser comunidad horizontal, se subdivide en las comunidades de multipropietarios: una comunidad dentro de otra comunidad. Son comunes también las partes privativas de la propiedad hori-

zontal. El apartamento o villa aquí es condominio proindiviso de los multipropietarios.

Las cuotas numeradas o derechos de multipropiedad, en cuanto a su configuración registral, podrían recibir la consideración de finca independiente o constar en la inscripción de la finca matriz, antigua cuestión experimentada con la propiedad horizontal. La práctica registral acertadamente concede a las distintas cuotas o titularidades de multipropietarios folio propio como fincas independientes. Sirven de apoyo positivo a esta práctica, por vía analógica: el artículo 8.º, número 5, referente a la propiedad horizontal; la inscripción del derecho del comunero o copartícipe de los aprovechamientos de aguas privadas de carácter colectivo según previene el artículo 66 del Reglamento Hipotecario; y especialmente el artículo 68 del mismo Reglamento, reformado este precepto por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 sobre inscripción de cuota indivisa de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos. Este precepto, como se sabe, permite practicar la inscripción de la transmisión de cuota de comunidad destinada a garaje en folio independiente, que se abrirá con el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota, procedimiento que descongestiona el folio general de la comunidad del garaje y tiene la eficacia de aclarar el historial de cada participación. La inscripción de multipropiedad sigue este procedimiento registral. Lástima que el artículo 68 reformado no haya recibido una redacción más abierta, de tal modo que pudiera aplicarse directamente, no por analogía, a otras comunidades.

Por tanto, los asientos a practicar en la multipropiedad son:

a) Inscripción de finca matriz, que contendrá la descripción del apartamento o villa en multipropiedad, cargas, valor, constitución del régimen de multipropiedad, en su caso, obra nueva y constitución de propiedad horizontal, división en cuotas numeradas proindiviso, estatutos de uso y disfrute y acta de inscripción a favor del promotor.

b) Inscripción independiente de cuota o derecho de multipropiedad al menos bajo dos números: el número de la finca matriz y el número de la cuota transmitida. Si el título comprende la venta de varias cuotas, la finca tendrá el número de la matriz y el de todas las cuotas vendidas.

Por lo demás, esta inscripción no ofrece especialidad alguna. Se trata de la inscripción del título de transmisión del derecho del promotor, titular registral según la matriz al multipropietario adquirente. En los estatutos se suele expresar que la cuota constituye un derecho real oponible *erga omnes*, y que el titular podrá disponer de ella gravándola, cediéndola o arrendándola, de conformidad con lo establecido por el artículo 392 y siguientes del Código Civil. Pueden contener los estatutos prohibición temporal de ceder la cuota o derecho en algunos supuestos o condicionar

la cesión a algún hecho, como la venta previa por el promotor de todos los derechos de multipropiedad.

c) Nota al margen de la finca matriz de las cuotas transmitidas indicando el número de cuota, libro, folio y fecha (art. 68 del Reglamento).

#### A) *¿Hipoteca del multipropietario*

Una cosa, escribe ROCA SASTRE, es hipotecar la finca común y otra hipotecar sus participaciones indivisas como valores patrimoniales aislados. Es como en materia de comunidades de aguas, que se distingue entre la gruesa y el turno.

La apertura de folio especial al derecho del multipropietario hace posible hipotecar este derecho con independencia del derecho de los otros condueños. En otro caso, es decir, de inscripción conjunta de todos los derechos en el folio de la matriz, Podría constituirse hipoteca solidaria al amparo de los artículos 123 de la Ley Hipotecaria y 218 del Reglamento. En esta hipótesis se constituiría una sola hipoteca sobre todo el apartamento en multipropiedad, sin necesidad de distribución entre los distintos derechos, conforme a los preceptos citados.

La inscripción separada de cada derecho de multipropiedad, que es la práctica usual y aconsejable, determina la creación de hipotecas independientes, tantas hipotecas como derechos de multipropiedad. La inscripción independiente de multipropiedad y su hipoteca evita todas las dificultades que pueden nacer en el momento de la ejecución del crédito hipotecario cuando se ha hipotecado todo el apartamento y alguna o algunas cuotas indivisas, constando todos los derechos bajo el mismo folio.

Aunque cada derecho figure inscrito en folio aparte, todos los multipropietarios pueden constituir una hipoteca sobre la totalidad del apartamento o villa común; entonces el acreedor hipotecario podrá dirigir su acción contra el apartamento hipotecado, que deberá enajenarse conjuntamente. Esta hipoteca de todas las participaciones indivisas tiene más atractivo para los acreedores.

La hipoteca de las cuotas de multipropiedad presenta el inconveniente común a todas las hipotecas de cuotas indivisas, esto es, la inseguridad de los efectos retroactivos de la división, de acuerdo con el artículo 399 del Código Civil. Por esta razón el artículo 77 de los estatutos del Banco Hipotecario (Real Decreto de 3 de noviembre de 1928) dispone que no serán admitidos en hipoteca las propiedades que estuvieren *pro indiviso*, a menos que consientan la hipoteca todos los condueños.

El artículo 399 del Código Civil establece la eficacia retroactiva de la división, efectos *ex tunc*, por lo que un sector doctrinal sostiene que la

hipoteca y los actos de disposición del condueño deben entenderse sujetos a la condición suspensiva de la efectiva adjudicación en la partición, faltando la cual sería ineficaz. Así la hipoteca del multipropietario, como hipoteca de un bien común, sería una hipoteca condicional porque dependerían sus efectos del hecho futuro de la división y puede llegar a no tener eficacia por desaparición del inmueble hipotecado o grave deterioro. Mediante el mecanismo de la subrogación real se procurará excluir el carácter aleatorio de la hipoteca. El acreedor hipotecario, si admite como garantía el derecho del multipropietario, deberá prever en el contrato de hipoteca las incidencias, que dejarían su derecho sin garantía.

En Italia la hipoteca de un bien común constituida por un condueño tiene el valor de una reserva de la garantía («prenotazione della garanzia»). Y, adjudicado al condueño un bien distinto del hipotecado, la hipoteca no se extingue con el fin de estimular el crédito a favor del condueño. La hipoteca permanece cambiando su objeto. Se exige como condición de la subrogación real que la hipoteca sea nuevamente inscrita. La subrogación real aparece más fundada cuando se liquida el derecho del condueño hipotecante en todo o en parte con dinero.

#### B) *Derechos de adquisición preferente*

En este apartado haremos una somera referencia a los derechos de tanteo y retracto en relación con la multipropiedad sin pretender estudiar la problemática de estos derechos por no ser objeto del trabajo.

a) Tanteos y retractos legales. En la multipropiedad se fracciona de intento la propiedad, por lo que, como en el caso de la propiedad horizontal, carece de sentido el derecho de retracto en cuanto concentraría la propiedad, que es lo que no se quiere.

Los tanteos y retractos legales, ya se sabe, producen efecto contra tercero, aun sin estar inscritos, al amparo del artículo 37, 3.º, de la Ley Hipotecaria, criticado por la doctrina. En la práctica será frecuente la renuncia válida al retracto de comuneros del artículo 1.522 del Código Civil. Así se hacía antes de la vigente Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el derecho de tanteo del artículo 396 del Código Civil.

b) Tanteos y retractos convencionales. Tampoco entraremos aquí en un profundo estudio sobre la controvertida naturaleza de estos derechos. Partimos de la posibilidad de constituirse como derechos reales. En ocasiones los derechos de adquisición preferente se estipularán con el fin de evitar que formen parte de la comunidad otras personas.

En cuanto al retracto convencional, considerado como derecho real

en base al artículo 1.510 del Código Civil, requiere la constatación registral para perjudicar a tercero.

La naturaleza real del tanteo convencional como variante de un mismo derecho con el retracto, conforme a la argumentación de ROCA SASTRE y Sentencia de 17 de septiembre de 1931 del Tribunal Supremo, su inscripción en el Registro aparece admitida por Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de septiembre de 1966 como derecho con eficacia *erga omnes*. De esta resolución y de la de 19 de septiembre de 1974 se deduce la posibilidad de inscripción limitada (ver comentario de TIRSO CARRETERO, *R. C. de D. I.* núm. 506). La inscripción del tanteo convencional, como no cierra el Registro, podrá inscribir la venta, si bien sujeta a la efectividad del derecho de adquisición preferente, así el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de febrero de 1973 (a consultar el trabajo de RAMÓN DE LA RICA, «El derecho de tanteo», en *R. C. de D. I.* número 534).

### C) Estatutos de la multipropiedad

El derecho de disfrute constituido en el contrato de multipropiedad encuentra en los estatutos que le acompañan el complemento normativo del mismo derecho. Se trata de normas predispuestas por el vendedor, con las que se trata de regular la utilización del inmueble, y las normas de comportamiento de cada multipropietario, a semejanza de los estatutos de la propiedad horizontal. En cuanto a la naturaleza jurídica de los estatutos, se encuadra dentro de los actos normativos. RUSCELLO sugiere la denominación de «negocio reglamentario», que atendiendo a sus efectos es obligatorio o preventivo.

El multipropietario adquirente, como en un contrato de adhesión, deberá aceptar en bloque los estatutos. Por ser contratos celebrados conforme a modelo o formulario, se aplicará la doctrina de tales contratos, verbigracia, artículo 1.288 del Código Civil. En tales estatutos se contienen las obligaciones positivas y negativas que integran el programa de utilización del inmueble por el multipropietario; un inventario detallado de los muebles, utensilios y ajuar de que está dotado cada apartamento, y demás obligaciones relativas al pago de los gastos, destino del apartamento, que el multipropietario declara asumir. Forman, por tanto, un conjunto de límites externos fundados en la tutela de un interés privado, y su objeto es regular las relaciones de contigüidad o vecindad inmediata de los multipropietarios. GIORGIANNI (*Corso de Diritto civile*, 1958-59) considera reales la mayor parte de las obligaciones que contienen los estatutos, en cuanto gravan al propietario como tal.

La contradicción que representan los estatutos, que presuponen la

conurrencia de varios sujetos, cuando en la realidad el promotor es el único propietario, hace preferible hablar de instrucciones para el uso periódico del inmueble o reglas para el disfrute en multipropiedad, expresiones menos comprometidas. Naturalmente, la contradicción no se salva por el sencillo cambio de nombres.

El hecho de que el promotor vendedor, persona ajena a la comunidad de multipropietarios, predisponga unilateralmente los estatutos, pone en tela de juicio tanto la eficacia de ellos y su modificación ulterior por los multipropietarios, como la usurpación de una función propia de la junta de propietarios.

El contrato de multipropiedad confiere a su titular el derecho y las obligaciones correlativas al disfrute del inmueble. Su contenido resulta tanto del mismo contrato como de los estatutos. De aquí la importancia de los estatutos, aún mayor si tenemos en cuenta que en la multipropiedad no existen otras normas, por lo que contrato y estatutos forman la regulación del estatuto privativo de la multipropiedad, que para conocimiento y efectos respecto a terceros deberán ser inscritas en el Registro de la Propiedad. Así se hace en la práctica, inscribiéndose en el folio de la finca general, como expresión del régimen de multipropiedad.

Los estatutos, por consiguiente, son parte del contrato. El carácter contractual de los estatutos posibilita la aplicación de la disciplina del Código Civil sobre ineficacia y resolución de los contratos.

La nulidad de alguna cláusula no llevará consigo la nulidad total del contrato, salvo en el caso de que las partes hubieran considerado esa cláusula como motivo principal para la celebración del contrato (artículos 1.266 y 1.269 del Código Civil). El incumplimiento de las obligaciones contenidas en los estatutos, v. gr., impago de gastos, utilización del inmueble para un fin distinto del convenido, producirán los efectos propios del incumplimiento de las obligaciones.

En cuanto a las sanciones contempladas en los estatutos contra el multipropietario que ha incumplido, el sistema de sanciones contenido en los estatutos, plantea, a veces, la valoración relativa a la validez y eficacia de algunas de las cláusulas sancionadoras.

A continuación exponemos las particularidades más relevantes del contenido de los estatutos de la multipropiedad:

A) Obligación de usar el inmueble conforme a su destino. El apartamento o villa deberá usarse únicamente como alojamiento durante el período señalado, excluyéndose cualquier otro uso. El destino a uso residencial turístico (*Investment in a holiday home*) o destino hotelero, según algunos estatutos, constituye característica esencial de todos los tipos de multipropiedad. No resulta fácil imaginar el cambio de destino previsto

sin desnaturalizar la multipropiedad, que tendrá lugar cuando el multipropietario no utilice el inmueble como residencia turística, sino para un uso diverso.

En la multipropiedad, el inmueble cumple una singular función económica, el destino turístico a residencia de temporada satisface la necesidad de alojamiento en zonas de turismo.

La obligación de usar la finca conforme al fin económico pactado se traduce en un vínculo de destino con función conservadora y contenido negativo, el de no alterar ese destino. A este respecto, la doctrina italiana (TABET, FRAGALI, CONFORTINI) plantea la distinción entre «límite» y «obligación». Estos autores ven en el caso del usufructuario y del comodatario, la titularidad de un «derecho de disfrute limitado», que implica el deber de realizar el destino económico del bien. En estos casos, el vínculo de destino no es un límite al derecho subjetivo de disfrute, es tan sólo una obligación negativa: la de no realizar actos o desarrollar actividades que comprometan el destino económico fijado al bien.

El «límite» aparece respecto a la situación jurídica del arrendador, del nudo propietario y del comodante, quienes no pueden realizar actos de destino del bien mientras dure el derecho de disfrute de otros. Límite, pues, para el nudo propietario y obligación negativa para el usufructuario.

El criterio que propone GIORGIANNI para distinguir el límite de la obligación puede encontrarse investigando si se trata de una limitación interna del derecho subjetivo, de modo que el sujeto esté privado de alguna facultad, o si el sujeto se encuentra respecto a otro sujeto en posición de no poder ejercitar alguna de las facultades que le pertenecen. En el primer caso, la privación de facultades tiene como consecuencia la absoluta ineficacia del acto. En el segundo, el acto es válido y eficaz, pero el titular obligado deberá soportar las consecuencias negativas de la violación de la obligación.

Por aplicación de esta doctrina, el acto infractor de destino realizado por el usufructuario sería válido y eficaz, aunque sujeto a las consecuencias negativas de la violación de la obligación, resolución del contrato, extinción del usufructo. En cambio, el acto realizado por el nudo propietario, modificando el destino de la cosa usufrutuada, es ineficaz, por carecer de la facultad o poder de destino.

En la hipótesis de multipropiedad societaria prevalece la opinión doctrinal de que el socio multipropietario tiene la «obligación» de conservar el destino económico del inmueble, correlativamente, para la sociedad genera la «limitación» del poder de destino. El socio de la multipropiedad no tiene limitado el contenido de su derecho de disfrute, está vinculado con una obligación de contenido negativo.

Por lo que atañe al multipropietario inmobiliario o condueño titular único del derecho real de disfrute del apartamento, no existiendo la dualidad de personas de la multipropiedad societaria —sociedad y socio— y ostentando un derecho de naturaleza real, abundan los argumentos favorables a la configuración del vínculo de destino del multipropietario condueño, como «obligación negativa» de no modificar el destino económico pactado. Vínculo impuesto al multipropietario preordenado a asegurar el destino actual del bien, impidiendo el ejercicio de la facultad de cambiar el destino del inmueble. En consecuencia, la función conservadora de mantener el destino actual del inmueble restringe la libertad de uso del multipropietario.

B) Obligación de abstenerse de realizar innovaciones materiales, mejoras y alteraciones que puedan perjudicar al uso de los sucesivos multipropietarios. Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, dispone el artículo 394 del Código Civil, de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los demás partícipes utilizarlas según su derecho. Obligación contenida también en el artículo 1.695 del mismo Código, que limita el uso del socio de las cosas que componen el fondo social, por el interés social y el derecho de sus compañeros. Esta regla viene reforzada en la multipropiedad por ser norma estatutaria.

La modificación del apartamento, obras interiores y, en general, cualquier alteración de su estado físico precisará el acuerdo unánime de los multipropietarios. La modificación material del apartamento por subdivisión choca con la naturaleza indivisible de esta comunidad. La agregación a otros apartamentos implica modificación de cuota, por lo que necesitará el consentimiento de todos los multipropietarios afectados, aplicándose la Ley de Propiedad Horizontal.

Parece admisible la realización de mejoras útiles para el mejor disfrute, con los límites señalados y siempre que no alteren la naturaleza y destino del inmueble.

La obligación de conservar del multipropietario implica su responsabilidad civil por pérdida o deterioro culpable.

C) Obligación de pagar los gastos. La obligación de pagar las sumas necesarias para el disfrute de la cosa constituye una regla característica de todas las formas de disfrute, por aplicación del principio *cui commoda eius incommoda*, v. gr., en el comodato, usufructo, anticresis, servidumbre.

La única particularidad a la que debe hacerse referencia en la multipropiedad es la circunstancia del destino especial (turístico) del inmueble objeto de disfrute, que amplía el concepto de gastos necesarios, entre los que deben comprenderse los relativos a servicios que por sí mismos no podrían considerarse como necesarios, pero que resultan ser esenciales

al uso normal del inmueble en multipropiedad; piénsese en los de funcionamiento y conservación de las instalaciones deportivas o de recreo, de las que suelen estar dotados este tipo de complejos inmobiliarios.

Los gastos que deberá pagar el multipropietario son los individuales que corresponden al disfrute exclusivo del inmueble o unidad inmobiliaria independiente, y los comunes o relativos a los servicios cuyo disfrute es común, en proporción a su cuota.

Los gastos susceptibles de individualización: gas, electricidad, pequeños desperfectos (*electricity and minor breakages*), se determinan al final de cada período de ocupación y se exigen, separadamente de los comunes, el día de salida, en que termina el período cronológico, procedimiento similar a la práctica hotelera.

Se consideran gastos de administración (*management fee*):

- a) Los gastos comunes (*community charges*): mantenimiento de cañerías de agua, alcantarillado, jardinería, instalaciones eléctricas, servicio de seguridad y vigilancia.
- b) Gastos de instalaciones deportivas y recreativas: el más típico, golf.
- c) Gastos de servicio de limpieza y lavandería (*maid and laundry service*).
- d) Gastos correspondientes a los seguros de robo e incendio, honorarios de administración.
- e) Y los extraordinarios de fondo de reserva y suscripción a otros servicios, como el de intercambio semanal internacional (*timeshare exchange*).

En los estatutos se prevé que una vez elaborado el presupuesto de gastos por la empresa administradora, los que corresponden a cada multipropietario deberán estar abonados antes de determinada fecha, extendiendo el administrador recibo de pago, cuya presentación será requisito indispensable para poder ocupar la vivienda, así como el hallarse al corriente de los anteriores pagos.

El incumplimiento de la obligación de satisfacer las cantidades precisas para los gastos de la comunidad (*community costs*) o individuales del apartamento objeto de multipropiedad incide sobre este contrato y puede causar la resolubilidad.

En caso de impago, las sanciones se extienden a devengo de interés de demora, pérdida del derecho de ocupación durante el año correspondiente, así como la privación del derecho a arrendar o ceder, que pasaría al administrador, quien podría alquilar la vivienda la semana o período del derecho para resarcirse de los gastos. En todos los países, la sanción

más común al impago es la pérdida del derecho a ocupar la vivienda mientras no esté libre de deudas.

En el caso del multipropietario socio, el incumplimiento reiterado de la obligación de pago de gastos conduce a la expulsión del socio.

La privación del uso del piso, si tenemos en cuenta el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, que encomienda esta decisión a la autoridad judicial, plantea la eficacia de tal norma estatutaria, que dispone la privación del uso sin intervención judicial y por plazo indefinido, que puede exceder del límite legal de los dos años.

El apercibimiento o requerimiento de pago deberá dirigirse sólo al multipropietario moroso, y no a los demás multipropietarios del mismo apartamento. Teniendo en cuenta la diferenciación de derechos, está legitimado pasivamente el multipropietario que incumple, los otros no pueden ser sancionados. Así se configura en los estatutos de multipropiedad. Esta sanción podrá alcanzar al multipropietario en el supuesto de que éste hubiera alquilado o cedido la vivienda y el ocupante incumpliera la obligación de pago.

Cuando un piso pertenece *pro indiviso* a varias personas, la obligación de pagar los gastos comunitarios debe ser asumida por todos ellos, por aplicación del artículo 393 del Código Civil. La acción deberá dirigirse contra todos los copropietarios, por existir un litisconsorcio pasivo necesario, conforme a la doctrina jurisprudencial, de que es necesario demandar a todos aquellos que tengan interés en la cuestión controvertida y cuyos derechos pudieran verse afectados por la resolución que recaiga en el pleito (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1956 y 19 de diciembre de 1959).

En contra de la opinión de ZANÓN MASDEU, que considera solidaria la responsabilidad del pago de los gastos del piso por los copropietarios, TOMÉ PAULÉ («Régimen procesal de la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1965) sostiene que la obligación de pago corresponde a los partícipes en proporción a sus cuotas.

En la multipropiedad puede defenderse el carácter mancomunado de la obligación de pago de los gastos, cada multipropietario responde de sus gastos y en proporción a su cuota. Esta cuota, que tiene cada multipropietario, da la medida de su responsabilidad independiente.

La ejecución del crédito podrá dar lugar al embargo de la cuota del multipropietario deudor, como embargo de un bien en *pro indiviso*.

D) Obligación de devolver el inmueble al final de cada período y al vencimiento del contrato, si es temporal o concurre alguna causa extintiva. Se alude a dos obligaciones: la de entrega al final de cada período anual y la de devolución al final del plazo, si la multipropiedad es tem-

poral o concurre, en otro caso, alguna causa extintiva del derecho, verbigracia, nulidad, resolución.

Esta última obligación de restituir al final del contrato, en la forma comunitaria de duración perpetua, sólo tendrá lugar en los supuestos de ineficacia del contrato. La causa de esta obligación es la falta de título por parte del multipropietario para poseer la vivienda. Una vez extinguido su derecho debe restituir por carecer de título. Es la obligación inherente a todos los supuestos de extinción del título que permitía detentar la cosa. El multipropietario devuelve cuando ya no es multipropietario.

El derecho a ocupar el inmueble durante una parte del año obliga al multipropietario a entregar la vivienda, cuando su intervalo cronológico ha transcurrido, al multipropietario siguiente. Se trata de una obligación periódica, que se repetirá anualmente al final de cada período. La naturaleza periódica del derecho de disfrute implícitamente obliga a la devolución periódica del apartamento. Su incumplimiento dará lugar a la correspondiente responsabilidad por daños y perjuicios, incluso a la resolución del contrato por su carácter sinalagmático.

F) Vivienda amueblada. El destino hotelero, es decir, la ocupación por pocos días al año, y el uso por turnos determinan la necesidad de que la vivienda en multipropiedad comprenda todo lo necesario para su inmediato funcionamiento, por tanto, que comprenda los muebles y equipo adecuados para el uso previsto.

En opinión de SÁNCHEZ MARTÍN y MARTÍNEZ CASTO, el mobiliario debe considerarse inmuebles por destino (art. 334, núms. 4 y 5, del Código Civil), de modo que vivienda y muebles forman un único objeto con destino común.

Los estatutos declaran que la copropiedad del apartamento o villa implica también la copropiedad de los enseres, equipamiento y mobiliario, inventariado en anexo adjunto. El inventario de muebles y enseres tiende a garantizar la posibilidad de ejercicio del derecho de todos los multipropietarios. Es una medida de control con el fin de que no falten las cosas necesarias para el ejercicio del derecho.

El inventario (*House inventory*) suele ser muy completo: detalla las piezas que existen en cada habitación, y comprende los muebles, utensilios, ropas, vajilla, cristalería, cubertería, de que está dotada la vivienda.

Al ocupar la vivienda, el multipropietario deberá firmar la conformidad al inventario que en ese momento se halle en la vivienda, y que le será presentado por el administrador. Al desocupar la vivienda, al final de su período, se procederá a comprobar dicho inventario, siendo el ocupante responsable de los daños causados y debiendo abonar en el acto al administrador los gastos de sustitución del material dañado. Si el

daño es debido a fuerza mayor o deterioro por el uso, la reposición será de cargo de todos los multipropietarios a prorrata.

G) Asistencia a la junta de la comunidad general. Si la multipropiedad forma parte de una comunidad en régimen de propiedad horizontal, se plantea la representación de los multipropietarios en tal junta, si deberán nombrar todos los multipropietarios un representante para asistir y votar en las juntas, interpretando en sentido imperativo el artículo 14 de la Ley de Propiedad Horizontal, o, por el contrario, estimar que el nombramiento de un representante en los casos de *pro indiviso* es una facilidad legal, no una obligación. Esta última parece la interpretación más acorde con la naturaleza del derecho de multipropiedad, lo que permitiría la representación individual.

H) Administración compleja mediante sociedad especializada (*specialist management company*). La empresa administradora suele ser una sociedad designada en el contrato o estatutos, aceptada por el multipropietario al contratar. Esto plantea la revocación del administrador por los multipropietarios, que parece posible por no tratarse de un mandato irrevocable, depende de los términos del contrato.

A la sociedad administradora incumbe la administración de todo el complejo inmobiliario, que va desde el interior de cada vivienda, de modo que sea posible el normal funcionamiento, a todos los servicios comunes deportivos y recreativos. A la administración de una comunidad en propiedad horizontal, se añade la administración hotelera del conjunto inmobiliario.

Pueden enumerarse las siguientes competencias del administrador:

- Velar por el régimen de disfrute.
- Funcionamiento y mantenimiento de instalaciones y servicios.
- Conservación y custodia del inmueble, gestión de seguros e impuestos.
- Efectuar pagos y realizar cobros.
- Las relativas al presupuesto e inventarios.
- Servicio de limpieza.
- Arrendamiento de viviendas, gestión remunerada (según estatutos, 10 por 100).

J) Calendario semanal (*weekly period chart*). Con este nombre nos referimos a la parte de los estatutos que contiene la división de cuotas o derechos y los períodos temporales. Constituye, por tanto, el conjunto de cláusulas relativas al régimen de multipropiedad.

La adquisición de la cuota *pro indiviso* del apartamento da derecho a su disfrute durante la semana del año correspondiente a su cuota. Cada cuota determinada da derecho a un período también individualizado.

La propiedad de la vivienda se divide en 50 cuotas iguales del número 1 al 50, ambos inclusive. Las cuotas se individualizan por números.

El año se divide en fracciones temporales. La más común es la semana, que también se identifica por números. Cada semana del año se concreta a qué días corresponde: semana 1, 5 de enero; semana 2, 12 de enero... El año se divide en 52 semanas, correspondiendo a cada cuota la semana de igual número (para unificar las numeraciones).

Por consiguiente, si hacemos coincidir el número de cuota con el número de semana, el derecho tendrá un solo número. Este número, con el número de la finca matriz, formará el número de finca o cuota independiente, y representa la parte proporcional del derecho (módulo cuantitativo), igual o desigual a los otros derechos, según se haya preestablecido.

La vivienda permanecerá desocupada de dos a cuatro semanas al año, para atender a su mantenimiento y conservación (*for maintenance*). Con el fin de proceder a la limpieza de la vivienda y cuidado de ropas, los períodos semanales se disponen, con diferencia horaria de algunas horas, para dicho fin. Así, los períodos semanales, v. gr., comienzan a las 4 p.m. del sábado y terminan a las 10 a.m. del sábado siguiente.

Presentan los períodos semanales algunas variedades:

a) Plan semanal fijo. Cada derecho un número, que comprende una o varias semanas, y el precio correspondiente, que oscila de acuerdo con la temporada: alta, baja o media. Ejemplo de plan semanal fijo (*fixed week plan*): número 1 - semanas 3, 4, 5, 6 - precio.

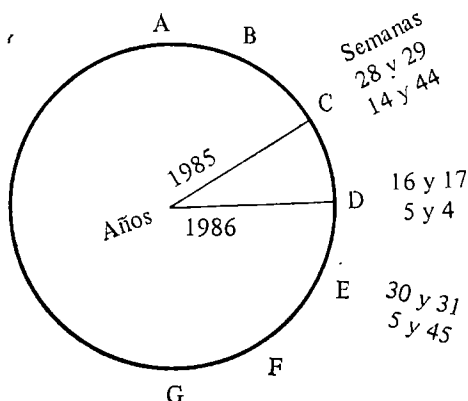
b) Combinación de semanas fijas y separadas, v. gr., número 8 - semanas 25, 26, 43 y 44 - precio.

c) Semanas rotativas, conforme a una tabla de rotación semanal (*Rotation schedule*) preestablecida por el vendedor. Supongamos que forman cada derecho de multipropiedad cuatro semanas. El multipropietario de las semanas 28 y 29 tendrá también las semanas 14 y 44, en total, las cuatro semanas de su derecho. Las dos primeras semanas están separadas de las otras dos con el fin de ocupar dos temporadas diferentes del año.

En una circunferencia se fijan puntos que corresponderán a las posiciones de los derechos. Doce derechos de cuatro semanas cada uno hacen 48 semanas. el total de la multipropiedad, porque las cuatro restantes se excluyen de la tabla de rotación por dedicarse al cuidado y conservación de la vivienda.

El primer año, 1985, el derecho ocupará en la circunferencia la posición C, que es la de las semanas mencionadas; el año siguiente, 1986,

la posición D, semanas 16 y 17, 51 y 4, y continúa la rotación como aparece en el diagrama, en el sentido de las agujas del reloj.



d) Intercambio de semanas. Otra variante es el intercambio o canje (*to swap*) de semanas. El multipropietario podrá permutar su semana o algunas de las semanas de las que es titular, por otras pertenecientes a otros multipropietarios integrados en la misma organización. Este servicio de ámbito mundial (*worldwide exchange*) está mecanizado electrónicamente. El canje de semanas hace posible, v. gr., que el multipropietario de cuatro semanas en Corcubión pueda pasar, en el mismo año, dos en Galicia y otras dos semanas en Hawaii.

JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA

### BIBLIOGRAFIA BASICA

- G. CASELLI: *La Multiproprietà. Problemi giuridici*, Milán, 1983.  
 PAGANO: «Multiproprietà a pianificazione urbanistica», *Rev. Giuridica dell'Edilizia*, julio-agosto 1982.  
 M. CONFORTINI: *Multiproprietà*, I, Padua, 1983.  
 LEZZA y SELVAROLO: «Un modello de proprietà: La 'multiproprietà'», *Rev. Giuridica dell'Edilizia*, 1977.  
 J. ROCA GUILLAMÓN: «Consideraciones sobre la llamada 'multipropiedad'», *Revista de Derecho Notarial*, 1983.  
 SÁNCHEZ MARÍN y MARTÍNEZ CASTO: «La propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, octubre 1975.  
 DEWAS CLEMENT: *La Multipropriété*, París, 1974.  
 M. ALAIN HERVIEU: «La Multipropriété est-elle une réalité?», *Act. Juridique-Prop. Im.*, enero 1973.

- M. DOYON y M. ZURFLUH: «La propriété a tamps partage et ses problèmes», *Act. Juridique-Prop. Inm.*, 1976.
- A. EINSTEIN: *The Meaning of Relativity*, Princeton University Press, 1946.
- S. ALEXANDER: *Space, Time and Deity*, Londres, 1934.
- DAGOS-SPITERY: «A la recherche de la multipropriété», *Semaine Juridique*, 1973.
- H. MARGENAU: *La naturaleza de la realidad física. Una filosofía de la ciencia moderna* (traducción), Madrid, 1970.
- BAS C. VAN FRASSEN: *Introducción a la filosofía del tiempo y del espacio* (traducción), Barcelona, 1978.
- DUBORD: *Time-Share Condominiums: Property's Fourth Dimension*. 32 Maine Law Review, 1980.
- ROODHOUSE: «Fractional Time Period Ownership of Recreational condominiums», *Real Estate Law Journal*, IV, 1975.
- HANS REICHENBACH: *La filosofía científica* (3.ª reimpresión), México, 1981.
- BERTRAND RUSSELL: *A B C de la Relatividad* (traducción), Barcelona, 1981.



# Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Evolución histórica de los principios básicos informantes del derecho de hipoteca:* A) Derecho romano: 1) Sistema de responsabilidad personal. 2) Sistema de garantía real. 3) La fiducia y la prenda, antesala de la hipoteca. 4) La hipoteca en sentido estricto: carácter solidario. 5) La indeterminación y la solidaridad favorecidas por la clandestinidad del sistema. B) Derecho histórico español hasta el siglo XVI: 1) Hasta las Leyes de Partidas. 2) Legislación de Partidas. 3) Legislaciones forales. 4) Conclusiones de este período. C) Desde las Leyes de Toro a la primera Ley Hipotecaria: 1) Hasta el establecimiento de los Oficios de Hipotecas. 2) La Real Pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768. 3) Los Proyectos de Código Civil de 1836 y 1851. 4) La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861.—III. *Vigencia actual de los principios básicos de la hipoteca definidos en la Ley Hipotecaria:* A) La hipoteca solidaria y la regla de distribución: 1) Concepto y caracteres de la hipoteca solidaria. 2) Fundamento de la regla de distribución. 3) Derecho comparado: a) Derecho alemán. b) Derecho suizo. c) Portugal. d) Francia. e) Italia. 4) Nuestra posición. B) La hipoteca solidaria en origen: 1) Pacto estableciendo la solidaridad de la hipoteca. 2) Carácter solidario de la hipoteca hasta la aparición de terceros. 3) Hipoteca por todo el valor de la finca. 4) Hipoteca subsidiaria o condicional subsidiaria. 5) Hipoteca cambiaria: a) Una sola letra con hipoteca sobre dos o más fincas. b) Varias fincas en garantía del pago de varias letras. c) Regla de distribución y fijación de las letras de que responde cada finca. C) Los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario, ¿son casos de hipoteca solidaria? 1) El artículo 217. 2) El artículo 218. 3) Una cuestión común a ambos. D) Hipoteca solidaria sobrevenida y alteraciones al principio de distribución de la responsabilidad: 1) Agrupación de fincas hipotecarias: a) Régimen legal. b) Derecho comparado. c) Opiniones doctrinales. d) Postura de la Dirección General. e) Nuestra posición: 1.º) Pacto de extensión de la hipoteca a las fincas agrupadas: a') Lo que se incorpora a la finca es un elemento común o procomunal. b') ¿Cabe incorporar como elemento común una finca hipotecada? 2.º) Ejecución de finca hipotecada agrupada: a') Si la hipoteca se constituyó con pacto de extensión a las fincas que se incorporen. b') Si no hay pacto o no produce efectos. 2) División de fincas hipotecadas: a) Régimen legal. b) Opiniones doctrinales. c) Postura de la Dirección General: 1.º) Naturaleza de la «breve mención» del artículo 46 del Reglamento Hipotecario. 2.º) Ante una eventual adjudicación del crédito hipotecario, ¿dónde debe

inscribirse? 3.º) Efectos de la división para el acreedor que no la ha consentido. 4.º) Cancelación parcial de la hipoteca. 5.º) ¿Puede el acreedor, por sí solo, cancelar parcialmente? d) Nuestra opinión: 1.º) División de finca hipotecada e hipoteca solidaria: a') ¿Puede el acreedor perseguir la finca primitiva? b') Persecución de todas las fincas resultantes. c') Persecución de solo alguna o algunas por la totalidad del crédito. d') Persecución de solo alguna o algunas por parte del crédito. e') Pago voluntario por el tercer adquirente de la totalidad del crédito. f') Pago en vía ejecutiva. 2.º) Repercusiones registrales: a') ¿Dónde queda inscrita la hipoteca? b') ¿Dónde se inscribe una eventual adjudicación o cesión del crédito hipotecario? c') ¿Se puede cancelar parcialmente la hipoteca? 3.º) Repercusiones procesales: a') Persecución de la finca originariamente hipotecada: a'') Inexistencia de valor a efectos de subasta. b'') Hipoteca de cuota indivisa estando libres las demás cuotas. c'') Si el adjudicatario de la porción gravada decide no inscribir la finca resultante. d'') Si hipotecado un elemento de una propiedad horizontal se desvincula un elemento común. e'') Persecución del resto de las fincas. b') Cancelación de la hipoteca ejecutada. c') ¿Dónde se inscribe el Auto de adjudicación de la finca originaria? E) La igualdad de rango en la hipoteca: 1) La hipoteca en garantía de créditos pluripersonales: a) Terminología. b) Naturaleza. c) Ejecución y cancelación parcial de estas hipotecas. 2) Las llamadas hipotecas con igualdad de rango: su actualidad: a) El débito. b) La hipoteca: 1.º) ¿Es posible constituir una hipoteca unitaria en garantía de los distintos reconocimientos de deuda? 2.º) ¿Es posible constituir hipotecas distintas por cada reconocimiento pactándose la igualdad de rango? 3.º) Variantes de la hipoteca unilateral.

## I. INTRODUCCION

Durante la discusión en el Parlamento del Proyecto que fue luego, en febrero de 1861, nuestra primera Ley Hipotecaria, y en cuyo artículo 119 se introducía como novedad el *principio de distribución* de responsabilidad entre las varias fincas hipotecadas en garantía de un solo crédito, se suscitó una reñida polémica entre los señores ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER (1).

Entendía el primero que con el sistema propuesto quedaba destruido o, al menos, modificado el *principio de indivisibilidad* de la hipoteca, por cuya razón impugnó el artículo.

El señor PERMANYER le contestó que aquél confundía *indivisibilidad* con *solidaridad*. La solidaridad de las obligaciones se da cuando un solo crédito se asegura en garantía con varias fincas, de tal modo que responden todas y cada una por el todo del crédito asegurado, y esto —decía el señor PERMANYER— es lo que el Proyecto ha condenado y prohibido en beneficio del crédito territorial. En cambio, la Comisión expresaba que el principio de indivisibilidad de la hipoteca, secular desde los romanos, consistente en la subsistencia de la misma, mientras no haya sido

(1) Está detallada en el tomo I de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, II Congreso Internacional de Derecho Registral, Editorial Castalia, 1974. págs. 157 y ss.,

cumplida la obligación, sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, no podía ser objeto de disputa y por ello ya lo había adoptado el Proyecto de Código Civil (2).

Por su parte, don NICOLÁS CANALES E IBÁÑEZ (3), que fue comentarista de la Ley de 1861 y de su reforma de diciembre de 1869, al analizar el nuevo texto, precisaba que aunque se ha querido ver en el artículo 119 el *principio de especialidad*, adoptado por la Ley, frente al tradicional *principio de generalidad*, no es ese principio el que consagra, sino el *principio de determinación* de la hipoteca: la especialidad significa que se hayan de hipotecar bienes inmuebles o derechos reales individualmente y no en general; la determinación, que si es una sola la finca o derecho real hipotecado, se marque la cantidad porque haya de responder, y si son más, se prefije la porque cada uno haya de quedar obligado.

En cualquier caso, había una exigencia previa, sin la cual las nuevas ideas resultarían inútiles: «Para llevar a cabo tan grave reforma, se necesita dar a los registros de hipotecas una organización adecuada al importante y delicado servicio que tienen por objeto», decía el Ministro don JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ DE LA HOZ, al presentar al Congreso el fallido Proyecto de 1858 (4). Y, como ya había expresado don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA (5), tenía que partirse del *principio de publicidad* de las hipotecas, desconociéndose para lo sucesivo las hipotecas generales y clandestinas y estudiar la conveniencia de suprimir las hipotecas legales.

Ahora bien, a esta precisión técnica de los conceptos o principios básicos señalados —objeto de momento de simple apunte y en los que trataremos de profundizar más adelante—, es decir, distribución frente a indivisibilidad, especialidad frente a generalidad, determinación frente a solidaridad y publicidad frente a clandestinidad, se llega tras una larga evolución histórica en la que han jugado factores condicionantes del concepto actual de hipoteca e incluso del alcance sustantivo del propio Registro de la Propiedad. Responde, por otra parte, a la necesidad de cubrir un concreto objetivo que, como veremos, se reitera, casi obsesivamente, en los trabajos preparatorios, informes y discusiones que desembocaron en nuestra primera Ley Hipotecaria. Nos referimos a la necesidad, como expresa el Preámbulo, de «proporcionar sólida base al crédito territorial, hoy deprimido».

---

(2) Se refería al artículo 1.798 del Proyecto de 1851.

(3) *Legislación Hipotecaria Española*, tomo II. José L. Guevara. Madrid, sin fecha. Páginas 222 y ss.

(4) *Leyes Hipotecarias y Registrales*, cit., pág. 117.

(5) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de don FLORENCIO GARCÍA GOYENA. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Zaragoza, 1974, tomo II, pág. 927.

Pero ¿cómo y, si es posible, por qué se ha llegado a la definición formal de este paquete de principios o conceptos básicos informantes del derecho real de hipoteca, que, como dice RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ (6), con sus actuales perfiles, como tipo definitivamente integrado, no aparece hasta la Ley Hipotecaria de 1861?

Este va a ser un primer intento en nuestro trabajo: tratar de hacer un análisis, desde los orígenes, del cambio operado en la figura central de un sistema de garantías que partiendo de la idea de responsabilidad personal y solidaria, en su sentido más literal y primitivo, pasa por un largo período histórico de coexistencia de la responsabilidad personal con la responsabilidad real, general y solidaria —en el que prima, sobre toda otra consideración, la protección a ultranza de los intereses de los acreedores—, para desembocar en un sistema de alta perfección técnica, apoyado en los conceptos de especialidad y publicidad, y en el que la noción de solidaridad se convierte en un residuo histórico, puesto que el fundamento ya no es exclusivamente la protección del acreedor, sino el impulso y vigorización del crédito territorial.

Este bosquejo, en el que pretendemos enlazar los principios básicos de la hipoteca con su circunstancia histórica, lo estimamos conveniente porque, como dice el propio BALLARÍN (7), la consecuencia jurídica representa, en todo caso, un juicio de valor, formulado desde un determinado nivel de civilización y con los límites de cierta cultura. Y para don ALFONSO DE COSSÍO (8), cuando de disposiciones normativas se trata, la promulgación es sólo noticia de nacimiento; la génesis hay que rastrearla en sentido retrospectivo, pulsando en la tensión Economía-Derecho.

De todas maneras, la aceptación de las nuevas ideas, lógicamente, no fue igual en todos los Códigos y Leyes Hipotecarias elaborados a partir del pasado siglo. Como tampoco lo han sido las valoraciones de la doctrina. A todo ello nos referiremos en su momento. Baste por ahora apuntar, como ya puso de relieve don NICOLÁS CANALES E IBÁÑEZ, al comentar el artículo 121 de la primitiva Ley, que el sistema, al incorporar los principios de especialidad y determinación, aunque ventajoso para el crédito territorial, no lo es tanto para el primer acreedor hipotecario, porque hace más difícil el cobro de su deuda con la concurrencia de acreedores posteriores de la misma clase, con prelación sobre la cantidad que, por el mayor valor de las fincas, exceda de la que para su crédito se fijó a cada

---

(6) *La Hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 20.

(7) *Ob. cit.*, pág. 76.

(8) *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1975, pág. 12.

una (9). Es decir, este comentarista, en el umbral mismo de la Ley que implantaba los nuevos principios, intuyó algo que un siglo después aparece inequívocamente confirmado: que en el contrato de hipoteca siguen mandando e imponiendo sus condiciones los acreedores prestamistas.

Y en este punto enlazamos con lo que pretendemos pueda ser, en alguna medida, fruto práctico de nuestro trabajo. No se trata de someter a revisión aquellos principios básicos que, después de más de un siglo de vigencia inalterada en este punto de nuestra legislación hipotecaria, no necesitan ninguna clase de particular apología. Esto queremos decirlo con toda claridad: aquellos principios y, en particular, el carácter excepcional de la idea de solidaridad en su aplicación a la hipoteca, deben ser mantenidos. Pero es indudable que tampoco podemos desconocer las circunstancias de la cambiante realidad a la que el Derecho debe servir y que tal vez exijan modalizar en algunos aspectos la aplicación de aquellos conceptos básicos, no todos institucionales, sino algunos, como la indivisibilidad de la hipoteca, mantenidos exclusivamente con la finalidad de favorecer a los acreedores (10).

Pensemos, de una parte, en la escasa aplicación de la idea de *segunda hipoteca*. Por encima de los principios y del deseo de vigorizar el crédito territorial, razones de orden financiero la convierten en objeto casi desconocido. Y las pocas que se inscriben suelen serlo como ampliación de garantía del mismo acreedor de la primera o solución desesperada y utópica para acreedores que no tienen otras posibilidades de cobro. Fuera de estos casos, son pocos los acreedores que prestan sobre fincas ya hipotecadas. Al contrario, procuran distribuir sus créditos entre el mayor número posible de fincas de sus deudores con el fin de cubrir, sin ningún riesgo, la suma asegurada. Con ello, la idea inicial del principio de distribución como factor de vigorización del crédito territorial, se vuelve contra sí misma y resulta inútil. La cláusula de prohibición de nuevas hipotecas, lugar común en las escrituras de préstamo hipotecario, aunque permanentemente rechazada por los Registradores, funciona, al menos, como efecto psicológico sobre los hipotecantes, temerosos de que su incumplimiento provoque una ejecución anticipada de la primera hipoteca. Pero es que, además, como dice VICENTE GUILARTE ZAPATERO (11), jurídicamente, la peor situación del segundo acreedor hipotecario se manifiesta claramente si tomamos en consideración que está supeditada a una posible resolución independiente de la voluntad de su titular y que,

---

(9) Obra y tomo citados, págs. 219 y ss.

(10) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo IV-1.º, págs. 192 y 193.

(11) *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1966, página 119.

inevitablemente, se producirá cuando la primera hipoteca vaya a la ejecución.

De otro lado, es patente la fundamental alteración operada en la *finca como elemento objetivo de la hipoteca* en su concepto jurídico. El concepto de predio, referido a la casa en su acepción tradicional y más especialmente a las fincas rústicas cultivables, como objeto de la garantía hipotecaria, si no ha sido prácticamente eliminado, al menos, ha pasado a representar estadísticamente una posición de segundo plano, ante los nuevos conceptos de finca surgidos de las Leyes del Suelo y del Derecho urbanístico: solar o parcela urbana; edificios en régimen de propiedad horizontal; propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo sobre sus elementos (12); conjuntos inmobiliarios, de iniciativa pública o privada, donde aparece superado no ya el concepto tradicional de finca material, sino el de finca especial de la propiedad horizontal, pues la pluralidad de fincas lo es en sentido material, es decir, hay varios edificios y varias parcelas y no ya pisos dentro de un edificio, y, además, una multiplicidad de titularidades (13); los llamados elementos procomunales (14); la configuración registral de las nuevas titularidades *ob rem* e incluso de las obligaciones *propter rem*, consecuencia de la existencia de servicios comunes (15); las nuevas fincas resultantes de la agrupación de elementos pertenecientes a edificios distintos e incluso sujetos a distinto régimen (16); las urbanizaciones con edificaciones adosadas, frente a la llamada propiedad horizontal tumbada (17); la inscripción de edificios en construcción o meramente proyectados, con la complicada red de relaciones jurídicas que empieza a manifestarse en la llamada fase de prehorizontalidad (18); la aparición de nuevas formas de garantía, ante la crisis de determinados títulos valores; como la letra de cambio, es decir,

---

(12) Puede verse el trabajo de PEDRO SÁNCHEZ MARÍN y PEDRO MARTÍNEZ CASTO sobre este tema en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 106, 1975, págs. 817 y ss.

(13) Estimamos de la máxima actualidad e importancia sobre esta materia el trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, PABLO VIDAL FRANCÉS y JESÚS ALVAREZ BELTRÁN: «Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad», en el tomo *Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983, páginas 3 y ss.

(14) El tema está ampliamente tratado en el libro de JOSÉ POVEDA DÍAZ *Los elementos procomunales en la propiedad horizontal*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983.

(15) Además del trabajo citado de GARCÍA, VIDAL y BELTRÁN es fundamental la Resolución de 21 de octubre de 1980.

(16) Autorizadas por la Resolución de 27 de mayo de 1983.

(17) Entre otras, Resolución de 2 de abril de 1980.

(18) Resolución de 5 de noviembre de 1982.

la conocida como hipoteca cambiaria (19); las nuevas hipotecas unilaterales, a favor de una multiplicidad de acreedores, con pretendida igualdad de rango, etc.

Este simple apunte de problemas revela que estamos ante una nueva realidad, representativa, a su vez, de una nueva sociología de la convivencia, de la concepción de la casa como habitáculo y, de rechazo, de las relaciones de vecindad, que por todo ello se han hecho más interdependientes en el campo del Derecho.

Pero el problema jurídico no es nada más que el reflejo de la realidad económica fundamentalmente. Como dice RAFAEL ARNAIZ EGUREN (20), la vieja concepción de la accesión del vuelo al suelo, que parte de la base del mayor valor de este último, pierde significación ante el coste económico y la permanencia de las edificaciones; lo que realmente se contempla como objeto de tráfico es algo más que el suelo: la *unidad urbana* terminada, que se desvincula claramente en muchas ocasiones de la superficie sobre la que se asienta. El objeto del Derecho se concibe más como un *espacio cúbico edificado o edificable*, que como un trozo de superficie, objeto de profundas modificaciones físicas y jurídicas hasta que es susceptible de edificación, surgiendo una serie de elementos, atribuibles unos a un titular individualizado y otros cuya atribución debe realizarse en régimen de comunidad.

Ante estas nuevas realidades jurídicas y económicas, puede fácil y razonablemente colegirse que la aplicación de aquellos principios básicos de la hipoteca pueda revelarse necesitada de modalidades que vengan a satisfacer el moderno tráfico jurídico y sus complejos intereses en juego. Pensemos, por vía de ejemplo, el supuesto tan habitual en que se opera con una o varias fincas ya hipotecadas que son objeto de profundas modificaciones físicas —agrupaciones, segregaciones, nuevas agrupaciones, declaraciones de obra nueva, nuevos edificios o locales con régimen específico, etc.—. La fácil declaración, general en la doctrina a la vista del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, de que para el primitivo acreedor o acreedores esas modificaciones es como si no se hubiesen producido, choca ante una compleja realidad jurídica y económica que desborda to-

---

(19) El tema de la hipoteca cambiaria ha dado lugar ya a una amplia bibliografía, recogida sustancialmente en nuestros trabajos siguientes, aparecidos en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*: M. GONZÁLEZ LAGUNA: «La hipoteca cambiaria», núm. 533 de 1979, y A. MANZANO SOLANO: «La identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio», núm. 546, 1981, y «Cancelación de la hipoteca cambiaria», núm. 552, 1982.

(20) «Algunas consideraciones en torno al Derecho de Propiedad Inmobiliaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 560, enero-febrero de 1984, páginas 68 y 69.

talmente aquella idea, pensada principalmente, según creemos (21), para los casos de hipoteca de predios rústicos que, aunque sean objeto de modificaciones hipotecarias, mantienen íntegra su realidad física esencial y, por tanto, sin grandes alteraciones, su valor económico. En cambio, en el caso del ejemplo, que puede ser el de cualquier conjunto inmobiliario, se produce un claro desequilibrio que favorece a los primitivos acreedores hipotecarios, en perjuicio del crédito, no sólo territorial, sino del crédito que no busca más garantía que la personal del prestatario complementada con la simple información del contenido registral por alguno de sus habituales medios.

La CARTA DE ROMA, conclusiones del V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en la capital italiana en noviembre de 1982, declara en su punto 14 que «para evitar la exigencia de garantías desorbitadas respecto al importe de los préstamos, debe procurarse la valoración objetiva de los bienes, que conceda a los prestamistas la confianza necesaria e incrementa, en consecuencia, la capacidad de crédito del deudor en beneficio de éste y de la sociedad» (Declaración II: «Aspectos financieros del derecho real de hipoteca»).

En fin, el cuadro, brevemente expuesto, de problemas que, indudablemente, plantean un importante reto a algunas de las modalidades de aplicación de los principios o conceptos básicos afectantes al esquema tradicional del derecho real de hipoteca, creemos que justifica nuestro intento de bucear en las razones históricas de los mismos y de buscar, a la vista de esos problemas que la realidad de hoy plantea, fórmulas actuales de aplicación.

Como escribió TIRSO CARRETERO, es necesaria la confrontación de los principios hipotecarios con las más recientes orientaciones jurídicas, dándose prevalencia al problema sobre el sistema y superando la «aburrida polémica» entre la jurisprudencia de conceptos y la de intereses, que debe sustituirse por la jurisprudencia de problemas y la jurisprudencia de principios (22).

---

(21) Como dice RAFAEL BALLARÍN (*ob. cit.*, págs. 390 y 391) ya la disposición de 1768 se formula y promulga en el marco del reformismo agrario y la legislación desamortizadora de Carlos III, y con razón se ha señalado la conexión entre la Ley de 1861 y la legislación desamortizadora.

(22). «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», *Revista de Derecho Registral*, CINDER, núm. 1, 1974, pág. 60.

## II. EVOLUCION HISTORICA DE LOS PRINCIPIOS BASICOS INFORMANTES DEL DERECHO DE HIPOTECA

Quizá debamos empezar haciendo algunas aclaraciones:

— Que cuando hablamos de *principios* informantes del derecho de hipoteca, no nos estamos refiriendo necesariamente a los principios del sistema hipotecario en su conjunto, sino, más específicamente, a la suma de conceptos jurídicos, ya esbozados en la introducción, que en cada momento han constituido el perfil esencial del derecho real. Y decimos *necesariamente* porque si, v. gr., hablamos de *principio de publicidad*, aludimos a un principio general del sistema; pero si hablamos de *principio de indivisibilidad* o de *solidaridad hipotecaria*, nos referimos indudablemente a caracteres específicos del régimen de la hipoteca en un momento determinado.

Como precisa JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ (23), en esta línea, a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 concreta a la hipoteca el principio de especialidad, es evidente que su actuación alcanza no sólo a la hipoteca, sino todo el ámbito de los derechos reales.

— Que no es nuestro propósito hacer una historia de la hipoteca, sino intentar extraer de esa historia —a partir de Roma y de nuestros Derechos históricos— aquellos datos que revelan la influencia dominante de unos u otros de los que hemos llamado principios básicos, según las condiciones económicas y sociales del momento, porque, como dice LACRUZ (24), los sistemas hipotecarios encuentran su razón de ser en la utilidad efectiva que prestan a la economía y a la sociedad del país.

En este intento de buceo histórico vamos a distinguir tres períodos: La fase del Derecho romano, que representa el punto de partida; nuestro Derecho histórico hasta principios del siglo xvi, porque, en nuestra opinión, es en este momento —que coincide con las Leyes de Toro, Cortes de 1505— cuando, por el incremento de las transacciones y de la vida económica general, se siente la urgente necesidad de creación de un órgano adecuado de publicidad que, lógicamente, resulta incompatible con las

---

(23) *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 738, Marcial Pons, 1982.

La teoría simplificadora de los principios acercaría ambos puntos de vista: Para ANGEL SANZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 31, Academia Matritense del Notariado) sólo hay dos principios comunes a todo sistema: la publicidad de los derechos y la seguridad del tráfico. Para ABELARDO GIL MARQUÉS hay un solo principio: el de organización del tráfico, que supone contemplar si la institución cumple la misión para la que fue creada, más allá de sus aspectos científicos («Crítica actual de los llamados principios hipotecarios», en *Revista de Derecho Registral*, editada por el CINDER, núm. 2, año 1974, págs. 134 y ss.).

(24) *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, 1968, págs. 62 y 63.

ideas que habían informado el derecho real hasta aquel momento, y un tercer período, hasta la publicación de la primera Ley Hipotecaria en 1861, en la que se consagran los conceptos hoy vigentes todavía. A partir de ese momento, no cabe ya hacer historia, sino solamente un análisis de la adaptación o no a los problemas de la vida actual. Esto es lo que intentaremos en la segunda parte de este estudio, sin pretensión, claro está, de agotar una problemática que se presenta extensa y en continuo cambio.

#### A) DERECHO ROMANO (25)

A diferencia de lo que ocurrió en Roma, en los *antecedentes griegos* encontramos un sistema bastante perfeccionado que es contrario a la afectación general y solidaria, porque en la época de mayor cultura, la hipoteca aparece organizada bajo tres bases o principios: identificación de la finca (*especialidad*), fijación de la suma asegurada (*determinación*) y *publicidad* (una columna situada en la finca atestiguaba la existencia del gravamen), aunque se trataba de una publicidad de carácter local y no existía un registro público.

En Roma, y como lógica consecuencia de su desenvolvimiento cultural, encontramos una primera fase de garantía personal y solidaria, a la que sigue otra de garantía real, dominada por las notas de *generalidad* y *solidaridad*; si bien el paso de una a otra ofrece las figuras intermedias de la fiducia y la prenda, origen de la hipoteca, con la que aparece confundida durante un largo período histórico, que en nuestro Derecho llega hasta las *Partidas*. Veremos por separado, brevemente, cada una de ellas.

##### 1. Sistema de responsabilidad personal

Ofrece dos variantes, que se corresponden con las dos modalidades de este tipo de garantía primitiva: la primera, centrada exclusivamente en la persona del deudor (personal simple), que va desde los primeros tiempos de Roma hasta el año 428, en que se publica la *Lex Petilia Papiria de nexis*, y la segunda, en la que, con el deudor, se obligan como deudores solidarios o meros fiadores otras personas, que dura hasta los últimos tiempos de la República (personal compleja).

(25) Hemos seguido, principalmente, los siguientes textos: *La historia de la hipoteca*, que aparece en el tomo I de la ya citada obra de don NICOLÁS CANALES E IBÁÑEZ, págs. 15 a 146; *Manual de Derecho Romano*, de JUAN PACCHIONI, Turín, 1935, versión española, tomo I; el *Digesto y las Instituciones*, de JUSTINIANO, texto en dos tomos de M. ORTOLÁN, Madrid, 1877.

En efecto, durante la Monarquía y los primeros años de la República, las XII Tablas regularon un procedimiento de ejecución personal —*personal*, en sentido literal— contra los deudores insolventes, que la historia ha calificado de feroz, pues implicaba la *manus injectio* o aprehensión por el acreedor, que podía vender a su deudor y hasta darle muerte. Y si los acreedores eran varios, podían partirlo en pedazos..., ¡y no cometían fraude, aunque las partes cortadas fueran más o menos grandes! (26).

Aquí nos encontramos ya con dos datos, dentro de la brutalidad y primitivismo del sistema: *a)* supuesta la posible división en partes del cuerpo del deudor insolvente, todas responden *solidariamente* del pago de las deudas, y *b)* estamos ante el más remoto antecedente conocido de división de *la cosa* ofrecida en garantía, por vía de ejecución. Y el hecho de que se hable de inexistencia de fraude, aunque las distintas partes de la división no estuvieran en proporción a las deudas, revela o apunta ya la idea de equivalencia entre la deuda y la respectiva parcela de valor del objeto o bien que sirve de garantía, que una vez superadas las concepciones sobre afección general e indeterminación, llevarán un día al principio de distribución de responsabilidad.

La segunda variante se da cuando con el deudor se obligan terceros de modo personal, directo e inmediato. Aquí parece estar el origen de la solidaridad personal y pasiva y de las cauciones o fianzas, garantías subsidiarias de terceros distintos del verdadero deudor.

## 2. Sistema de garantía real

La superación del sistema de responsabilidad personal se sitúa en la *Lex Petilia Papiria de nexis*, hacia el año 428 de la fundación de Roma, según el testimonio de TITO LIVIO. Por influencia del Derecho natural, se llega al principio de que son los bienes y no las personas los que deben responder inmediatamente de las deudas. Otros autores explican el cambio desde un punto de vista más jurídico, como una simple modificación

---

(26) El carácter sangriento del proceso establecido por la Tabla XII, *De rebus creditis*, era tal que algunos autores han querido explicarlo por vía simbólica, creyendo inconcebible tanta ferocidad. Pero AULIO GELIO, TERTULIANO y QUINTILIANO aceptan el texto al pie de la letra: si el deudor no pagaba en treinta días era conducido ante el Magistrado, *in ius ducito*, y si a pesar de ello no pagaba, el acreedor podía llevarle a su casa, encadenarle y ponerle hierros en los pies, aunque —eso sí— no podían exceder de 15 libras.. Si durante los sesenta días siguientes a este secuestro no había acuerdo o transacción, el acreedor lo exhibía ante el Magistrado durante tres días de mercado, y, si aún no pagaba, podía venderlo, matarlo y hasta partirlo en pedazos.

del *nexum*: el deudor sólo podía empeñar *per aes et libram* sus bienes, pero no su persona (27).

En el sistema de ejecución forzosa o real, introducido por los Pretores, que coexistió con la primitiva personal, encontramos una forma de *garantía general y solidaria*. La *missio in possessionem* o *pignus praetorium* implicaba la transferencia de la posesión al acreedor de todos los bienes; como pago, podía venderlos, y esta venta se hacía en su conjunto y no especialmente o por lotes (*venditio bonorum*) (28).

No obstante, este procedimiento tenía graves consecuencias para la persona del deudor: la pérdida de su personalidad jurídica o *existimatio*, que pasaba al acreedor por el acto de adjudicación, y la Ley Julia le dio la posibilidad de evitarlo, si bien el deudor tenía que ceder voluntariamente todos sus bienes a los acreedores (*bonorum cessio*). A la cesión seguía la venta universal de los bienes, si bien, al conservar el deudor su personalidad, se mantenía íntegro el derecho de los acreedores a perseguirle de nuevo si adquiría otros bienes. Aunque el deudor de buena fe gozaba del beneficio de competencia (29), o derecho a quedarse con los bienes necesarios para su subsistencia, esto suponía una *responsabilidad general y solidaria*, permanentemente renovada.

Por último, con los dos procedimientos anteriores coexistió el de la prenda judicial (*pignus capio* o *pignus ex iudicata capio*), que se ofrece como importante excepción al principio de responsabilidad general y solidaria. Aquí es el Magistado quien, por medio de sus *viatores apparitores* o *executores*, embargaba los bienes necesarios para el pago de las deudas, incluso siguiendo un orden: muebles, inmuebles y créditos.

Esta forma de ejecución ofrece características propias que en el futuro adoptarán las leyes hipotecarias: *a)* sólo alcanza a la parte necesaria para cubrir la deuda; *b)* la ejecución se hace de cada cosa por separado y no en conjunto; *c)* ya no surge un acreedor considerado sucesor universal en vida del deudor, y *d)* el acreedor sólo entra en posesión de los bienes en caso de contumacia o fuga del deudor (30).

En realidad, como podemos observar, todos estos procedimientos no son propiamente garantías para el caso de incumplimiento, sino medidas

(27) Según el testimonio de GAYO el sistema se fue dulcificando desde la publicación de las *Leyes Juliae*, en las que el deudor insolvente ya no se convertía en esclavo, aunque se hallara en servidumbre, apremio menos vejatorio que el de las XII Tablas.

(28) La *missio in possessionem* no suponía la pérdida del dominio ni de la posesión civil de la cosa, sino sólo posesión natural (*Inst.*, Libro XX, Tít. I, Ley 26. *Digesto*, Libro XLIII, Tít. IV). No constituía, por tanto, un verdadero derecho real. Sin embargo, JUSTINIANO dio a la prenda pretoria los mismos efectos que a la convencional.

(29) *Digesto*, Ley 1, Libro VII, Título LXXI.

(30) *Digesto*, Libro VIII, Título XXIII.

de ejecución en sí mismas. Falta en ellos un período previo, en el que la garantía es sólo una posibilidad que desaparece en caso de cumplimiento de la obligación.

### 3. *La fiducia y la prenda, antesala de la hipoteca*

En la fiducia romana aparece ya esa fase inicial de garantía. La responsabilidad deja de ser general y solidaria y aparecen las notas de *especialidad* e incluso de *determinación*, aunque, como vamos a ver, resultaba inútil en aras de lo que podía constituir un eventual apoyo al crédito del deudor.

Se trata, en cualquier caso, de una garantía desorbitada, ya que el deudor que ofrece la cosa en garantía a su acreedor tenía que transferirle el dominio quirritario, a través de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, con el pacto (fiducia) de que una vez pagada la deuda el acreedor debía devolverle el dominio de la misma cosa (*sub fiducia, sub lege remanicipationis*). Y si el deudor no pagaba el comiso se extendía incluso a aquella parcela de valor en cambio que excedía del importe ya determinado de la obligación (*hyperocha*).

En realidad, la fiducia desbordaba la idea misma de fase de garantía y situaba la relación acreedor-deudor en el terreno del vencimiento anticipado.

El *pignus*, en cambio, no transmitía la propiedad de la cosa dada en garantía, sino sólo la posesión: se trataba más bien de un embargo preventivo que no permitía al acreedor ni quedarse con la cosa en pago ni venderla para cobrarse hasta que más tarde obtiene el *ius distrahendi*. La entrega de la cosa sólo tenía lugar en el *pignus real*, porque ante la dificultad de desplazamiento de ciertos bienes se desarrolló también el *pignus convencional* o meramente obligacional, que sería el origen de la hipoteca. En caso de incumplimiento el acreedor estaba protegido por el *interdicto Salviano* o *adipiscendae possessionis*, que le daba derecho a la *distractio pignoris*.

Sin embargo, tanto la fiducia como la prenda, aunque suponían un claro avance en la concreción de la garantía (*especialidad*) y en el alcance de la obligación asegurada (*determinación*), tenían graves inconvenientes.

En la fiducia, si el deudor no pagaba perdía la cosa, generalmente de más valor que la deuda u obligación, con lo cual, como decíamos, la determinación resultaba inútil; no podía rescatarla de un tercero, pues la cesión hecha por el acreedor, como dueño que era, no permitía el ejercicio de acciones reales; por último, el deudor, privado de dominio y posesión, no podía percibir los frutos de la cosa.

Similares eran los perjuicios que la prenda ocasionaba al deudor, pero fundamentalmente en orden al alcance de la responsabilidad, aunque conservaba dos acciones reales —la pignoraticia contra el acreedor, una vez pagada la deuda, y la reivindicatoria, contra terceros poseedores—, no podía ofrecer la cosa como garantía de otros compromisos u obligaciones, con lo cual quedaban mermadas sus posibilidades de obtención de crédito.

#### 4. *La hipoteca en sentido estricto: carácter solidario*

La hipoteca nació por la necesidad de buscar fórmulas de equilibrio entre los intereses del acreedor (conservación de su acción personal contra el deudor y la real contra la cosa, cualquiera que fuese su poseedor) y los intereses del deudor (conservación del dominio y posesión de la cosa, percepción de frutos fomentando su producción y posibilidad de ofrecerla en garantía varias veces).

Así como el acreedor contaba con el *interdicto Salviano* en la prenda, que le permitía vender la cosa dada en garantía, el Pretor Servio concedió una acción real sobre los bienes introducidos en la finca arrendada para su cultivo (*invecta et illata*) a favor del dueño o arrendador como garantía del pago de la renta contra los terceros poseedores. Esta fue la llamada *acción Serviana*, extendida después a todos los casos de prenda sin desplazamiento (*actio quasi Serviana* o *Serviana utilis*, llamada *actio in rem hypothecaria* en la *Compilación de Justiniano*) (31).

VALLET DE GOYTISOLO (32) señala que cuando a la titularidad de la prenda llegó a unirse sustancialmente la posibilidad de instar la venta de la cosa pignorada para satisfacer con su precio la obligación, se pudo pensar en la posibilidad de aislar esa facultad de la posesión de la cosa, naciendo una nueva forma de garantía: primero mediante la retrotradición de la cosa en la fiducia; luego creando directamente la garantía por mera convención, es decir, prenda sin posesión o hipoteca.

De todas formas, la distinción entre prenda e hipoteca aparece confusa, ya que era indiferente que las cosas dadas en garantía fuesen muebles o inmuebles, si bien la prenda requería la tradición en los muebles y la posesión en los inmuebles; en cambio la hipoteca quedaba constituida por el simple pacto (33).

(31) CATÓN en su *De re rustica* explica que la cosa estaba siempre ligada a la obligación real a que se hallaba afecta y con ella pasaba a cuantos la adquirieran, a título singular o universal.

(32) *Estudios sobre garantías reales*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 400.

(33) En la Ley 6, Título I, Libro XX del *Digesto* se lee que la prenda y la hipoteca sólo se diferenciaban en el sonido: *inter pignus autem et hypothecam*

Fue ULPIANO (34) el que deslindó marcadamente prenda e hipoteca sobre la base del desplazamiento posesorio: *pignus quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit...* Y JUSTINIANO (35) sitúa la prenda entre los contratos reales y la hipoteca entre los consensuales, sin más solemnidad que el consentimiento.

En orden al alcance y naturaleza de la responsabilidad, es de observar que la garantía, además de sobre muebles e inmuebles, podía recaer *sobre patrimonios enteros*. En este último caso estamos ante una modalidad de *hipoteca solidaria*: la afectante a un conjunto de bienes que, perteneciendo al deudor al tiempo del vencimiento de la obligación, permite el ejercicio sobre cualquiera de ellos de la *actio in rem hypothecaria*. Se trata, desde luego, de una solidaridad impuesta por el carácter general de la hipoteca misma que nada tenía que ver con la hipoteca solidaria inscrita —vigente, como veremos, en el Derecho alemán— al faltar un órgano adecuado de publicidad. JUAN PACCHIONI hace notar (36) cómo estas hipotecas generales o sobre todas las cosas presentes y futuras de una persona estaban muy en uso en Roma, como accesorias de toda hipoteca singular, favorecidas por la falta de solemnidades y de publicidad. Pero a esto nos referimos brevemente a continuación.

##### 5. *La indeterminación y la solidaridad favorecidas por la clandestinidad del sistema*

La separación de prenda e hipoteca se hace bajo el signo de la clandestinidad. Roma no creó ningún registro público para la toma de razón de las hipotecas, ni de las nacidas por ministerio de la ley de ciertos contratos, ni de las que estipulaban las partes. Todo se reducía a un problema de prueba de su existencia y de su fecha (37).

Es cierto que existieron unos libros —los llamados *tabulae*, *codex accepti* y *codex expensi*— en los que algunos autores han querido ver un antecedente del registro de hipotecas. Quizá porque la obligación derivada del *nexum* de pagar una cantidad de dinero no se consideraba cumplida hasta que dicha cantidad se inscribía como tal en el registro doméstico, *per aes et libram*, es decir, dada por una parte y recibida por la otra, obli-

*tantum sonus differt*. Y en la Ley 13 siguiente del mismo Título se utilizan ambos términos como sinónimos cuando se dice que el esclavo que tenía pendiente su libertad del cumplimiento de una obligación podía ser dado en hipoteca, aunque terminara la prenda.

(34) *Digesto*, Ley 9, Título VII, Libro XII.

(35) *Instituciones*, Título XIV, 4, Libro III. Gayo y Ley 4, Título I, Libro XX del *Digesto*.

(36) Cit., págs. 438 y ss.

(37) *Digesto*, 20, 1. *De Pignoribus*, 4, GAYO.

gación derivada de la *expensilatio*. Pero en realidad se trataba de libros que hoy llamaríamos de Debe y Haber: *expensi*, entregado, y *accepti*, recibido. Sus asientos, según el testimonio de GAYO (38), sólo tenían eficacia contra el que los había hecho.

La hipoteca, pues, se constituía en la clandestinidad. Incluso se podía constituir entre ausentes, sin solemnidad alguna, sin fecha y hasta sin firma de los interesados. Para evitar precisamente las hipotecas fingidas una Constitución del Emperador LEÓN exigió bien instrumento *publice confectum*, es decir, bajo la autoridad de un Magistrado o Notario público (*pignus publicum*), o bien firma de tres testigos de buena reputación (*pignus cuasi publicum*). Si no se observaban estos requisitos el *pignus* se consideraba privado y no gozaba de preferencia (39).

Pero, en definitiva, los romanos no establecieron un sistema público de registro. Como dice VALLET DE GOYTISOLO (40), el Registro de la Propiedad, en su actual significación de medio de actuar la garantía sin desposesión, fue elaborado a orillas del río Rhin, hasta alcanzar la idea de sustituir la mera convención por la inscripción en el mismo como forma generatriz de la garantía real. Los romanos se limitaron a remitir el problema al Derecho penal, tipificando como delito el estelionato y declarando incurso en él a los que daban como libres bienes hipotecados y a los que hipotecaran de nuevo, sin manifestarlo, los que ya lo estaban (41).

JUAN PACCHIONI (42) explica que faltaba en todo el Imperio, con la única excepción de Egipto, un adecuado sistema de publicidad tanto para las transmisiones de propiedad como para la constitución de derechos reales, lo cual constituyó una grave laguna del sistema hipotecario romano que los Emperadores trataron de remediar, aunque sólo en la época moderna se ha comprendido plenamente la importancia de este problema económico y jurídico.

Rigió, desde luego, en Roma el principio *prior in tempore potior in iure*, determinándose la prioridad por la fecha, no del crédito garantido, sino del contrato constitutivo de la hipoteca, y la regla jugaba sólo entre acreedores hipotecarios ordinarios, pues no afectaba a los que tenían hipoteca privilegiada o tácita, como eran la *hipoteca general* del fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes en garantía de los impuestos, la hipoteca dotal frente a los acreedores del marido y la hipoteca en garantía del crédito nacido de una *versio in rem* y cuando mediante convención hipotecaria se haya creado o aumentado una hipoteca anterior.

(38) *Institutiones*, Comentario III.

(39) Ley 11, Título XIV, Libro VIII, Código JUSTINIANO.

(40) *Ob. cit.*, pág. 401.

(41) *Digesto*, Ley 36, Título VIII, Libro XIII.

(42) *Ob. cit.*, pág. 439 del tomo I.

En resumen, podemos decir que en el Derecho romano, al dominar de una parte la *clandestinidad* del sistema por la falta de un órgano adecuado de publicidad y de otra parte las *hipotecas generales*, directamente pactadas o como accesorias de las hipotecas singulares, la garantía hipotecaria está caracterizada por las notas de *solidaridad e indeterminación*. El *principio de especialidad* no aparecerá históricamente hasta que se sienta de forma urgente e inaplazable la necesidad de creación del registro público. Y el de *determinación*, hasta que el sistema alcance un elevado nivel de desarrollo técnico.

## B) DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL HASTA EL SIGLO XVI

### 1. *Hasta las Leyes de Partidas*

El sistema de garantías fue sustancialmente el ya indicado mientras la Península Ibérica fue una provincia romana a la que se impusieron no sólo la lengua y costumbres de Roma, sino también sus leyes.

En materia de hipotecas fue nula la influencia del Derecho germánico. Ni el *Código de Eurico*, encarnación del elemento germánico, ni el *Código de Alarico*, expresión del romano, introducen novedad en la materia.

En la legislación visigótica el *Fuero Juzgo*, que como todos los Códigos posteriores, incluido el de Partidas, no habla nunca de hipoteca, sino sólo de prenda, ofrece como particularidades en la materia que venimos estudiando la regulación de un sistema de distribución de los bienes entre los varios deudores, el establecimiento de la prioridad entre acreedores sobre la base del orden de antigüedad de las respectivas demandas y, quizá como residuo del sistema romano de responsabilidad personal directa, un medio de ejecución, consistente en la entrega al acreedor del deudor insolvente para que pagara con sus servicios (43).

En el *Fuero Real* se regularon los llamados *peños de toda la buena*, o sea, de toda la hacienda o caudal, que constituye lo que después se llamó *hipoteca general*. Aunque era de esencia que la cosa dada en prenda pasase a manos del acreedor, esto sólo ocurría cuando aquélla consistía en cosas singulares o determinadas. Había otras prendas —las luego llamadas hipotecas generales y legales— en las que los bienes en que consistían permanecían en poder del deudor.

Las hipotecas generales eran siempre convencionales o expresas. Las legales, en cambio, operaban *ministerio legis*, recogiendo el *Fuero Real* dos casos de hipoteca legal, que era además general y solidaria: a) el de los bienes de los obispos y prelados, que respondían de los daños que

(43) Título VI del Libro V, «De pignoribus et debitis», en especial su Ley 5.<sup>a</sup>

ocasionasen a la Iglesia, y b) el de los bienes del que tenía bajo su administración o custodia fondos públicos, o del Rey, como dice la Ley del Fuero (44).

Aunque se trataba de hipotecas que hoy llamaríamos en garantía de obligaciones de hacer o no hacer, era claro su carácter general y solidario. Pero es que además en la Ley 243 de las de Estilo —colección de las decisiones reales para la aplicación del *Fuero Real*— se contiene la siguiente norma interpretativa: el deudor que hubiera constituido la llamada «prenda convencional de todos los bienes» no podía enajenarlos hasta que tuviera pagada la deuda. Es decir, primaba el interés del acreedor sobre toda otra consideración, como pudiera ser el fomento del crédito del deudor. Y como decía al comentarla don NICOLÁS CANALES (45), aunque limitada a los empeños convencionales, venía a establecer una especie de interdicción contra el deudor, contrariando el principio de que la prenda general, como no se concrete a bienes determinados, no debe ser obstáculo a la enajenación. Con ello se reforzaba el *principio de solidaridad* de la garantía.

## 2. Legislación de «Partidas»

Define tres clases de *peños* (46):

- a) Los que hacen los hombres entre sí de su voluntad, empeñando sus bienes unos a otros por razón de alguna cosa que deban dar o hacer.
- b) Cuando los juzgadores mandan entregar a alguna de las partes en los bienes de su contendiente por falta de respuesta, por razón de rebeldía, por juicio que es dado entre ellos o por cumplir mandamiento del Rey; y
- c) Los que se hacen calladamente, sin decir ninguna cosa.

Los dos primeros se corresponden con la posterior división entre hipotecas voluntarias y judiciales. Estas dos formas de *peño* se hacían *por palabras*, según dicen las *Partidas*, y en cuanto a las judiciales, hay que destacar que se trataba de un verdadero apremio —«que tales peños o prendas como éstas se hacen como por apremio»—, hoy sustituido por la anotación preventiva.

La tercera categoría de prenda es la llamada hipoteca tácita y luego

(44) Título XIX, Libro III, Leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª

(45) *Ob. cit.*, tomo I, pág. 53.

(46) Resumimos de la *Partida* 5.ª, Título XIII, Ley 1.ª El texto consultado es la Glosa del Licenciado GREGORIO LÓPEZ, año de 1555, págs. 82 y ss. Edición facsímil del *Boletín Oficial del Estado*.

hipoteca legal. En este grupo las *Partidas* incluyen una gran variedad de hipotecas, tanto *generales como especiales*, privilegiadas o no (47).

En cambio las *Partidas* no establecieron *ninguna clase de publicidad* para las hipotecas. Al contrario, a pesar de exigir, por imitación del Derecho romano, la tradición o posesión, verdadera o fingida, para adquirir el dominio, establecieron expresamente que cuando se empeñaban los títulos acreditativos del dominio de una cosa inmueble se entendiera empeñada la cosa misma (48).

### 3. *Legislaciones forales*

Vamos a destacar muy brevemente algunos aspectos interesantes de las legislaciones aragonesa, catalana y navarra.

La *legislación aragonesa* fue la más desarrollada legislación foral en materia de hipotecas, admitiendo varias formas de garantía real: la convencional, la judicial, *la general* y *la especial*, regulando incluso una hipoteca general tácita a favor de los legatarios. *La prenda general* no impedía la enajenación de los bienes, salvo los obligados al fisco. *La especial* sí, pero la práctica era que pudieran venderse aunque sujetos al gravamen (49).

La *legislación catalana* reguló una hipoteca tácita a favor de la mujer para asegurar la restitución de la dote y el esponsalicio.

Tal vez el dato más destacable de la legislación catalana es que ofrece un *antecedente de registración de bienes*, en el que algunos autores han querido ver el origen del Registro de la Propiedad en España. Se trata de la Pragmática del Rey Don Pedro del año 1339, que ordenó *escribir o anotar* los bienes de los criminales a fin de que durante el procedimiento

(47) *Partida* 5.ª, Título VIII, Ley 5.ª, y Título XIII, Leyes 23, 24, 26, 28 y 33.

Entre las *hipotecas generales privilegiadas* se encontraban las del fisco y las de las mujeres casadas en todos los bienes del marido como garantía de la dote; y *no privilegiadas* eran las de los menores en los bienes de sus guardadores, de los legatarios en los del testador, del marido en los del que prometió dote, de los hijos en los del padre o madre que pasó a segundo enlace en garantía de la reserva, o en los bienes de la madre viuda que contrae nuevo matrimonio y en los del padrastro hasta que dieran cuentas, y la de los hijos en los bienes del padre usufructuario por los que recibió de la madre del hijo y enajenó.

Entre las *hipotecas especiales privilegiadas* pueden citarse: la establecida a favor del que dio dinero para edificar o reparar un edificio o nave, a favor del huérfano que anticipó dinero para comprar alguna cosa, y a favor del que estipuló que lo comprado con su dinero quedara empeñado para el pago; y *no privilegiada especial* era la establecida a favor del arrendador de una finca urbana en todo lo introducido en ella, y si fuere rústica, de lo que, con conocimiento del dueño, haya entrado el arrendatario.

(48) *Partida* 5.ª, Título XIII, Ley 14.

(49) Fueros II a V y Observancias I, III y IX, «De Pignoribus».

no pudieran enajenarlos ni donarlos. Y llama la atención el uso de la palabra *anotar*, propia de la moderna técnica hipotecaria.

Por último, de la *legislación navarra*, en la que hay escasas disposiciones, debemos destacar la minuciosa regulación que hace de las formas y solemnidades de la *prenda general de todos los bienes* (50).

#### 4. Conclusiones de este período

Podemos intentar unas primeras conclusiones, en esquema, situándonos históricamente a comienzos del siglo xvi, en el intento de buscar la situación de los que venimos llamando principios básicos de la hipoteca, afectantes fundamentalmente a la constitución y alcance de los mecanismos de ejecución de la garantía:

a) La hipoteca, como garantía de carácter real, aparece dominada por la nota de *generalidad*, recayendo sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor.

b) A la nota anterior se une la de *indeterminación* de la responsabilidad en cuanto a los bienes objeto de la garantía. No existe aún el más somero atisbo de la noción de distribución de la responsabilidad entre los varios bienes objeto de hipoteca.

c) Consecuencia de las dos notas anteriores es la de *solidaridad*, con posibilidad de ejercicio de la acción hipotecaria indistintamente sobre cualquiera de los bienes de los deudores.

d) Aunque, como hemos visto en las *Partidas*, existieron también las *hipotecas especiales*, su número era muy escaso entre las legales y prácticamente nulo entre las convencionales por la presión de los acreedores.

e) También es cierto que en algunos casos se pactaba hipoteca especial sobre bienes ciertos, pero de poco servía, pues *la ejecución alcanzaba a la totalidad*, aunque excediese del importe de la deuda.

f) Por último, *ausencia de publicidad*, de un sistema capaz de organizarla adecuadamente, inconveniente acentuado por el carácter tácito de muchas hipotecas generales, particularmente las de origen legal.

Es decir, hasta este momento histórico —finales del siglo xv, comienzos del xvi— la hipoteca se organiza, casi exclusivamente, en beneficio de los acreedores, sin atender su ordenación a la idea de fomento del crédito territorial. Como dice RAFAEL BALLARÍN (51), hay una cierta correspondencia entre el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 104 de la Ley Hipotecaria. La ordenación de la hipoteca en beneficio exclusivo del

(50) Fuero General, Capítulos I a IV, Título XVI, Libro III.

(51) *Ob. cit.*, pág. 73.

acreedor venía a reforzar el principio civil de la responsabilidad patrimonial universal. En el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, en efecto, sólo tiene cabida la nota de reipersecutoriedad, quizá como residuo histórico de lo que la hipoteca quiso ser exclusivamente durante largos siglos.

### C) DESDE LAS «LEYES DE TORO» A LA PRIMERA «LEY HIPOTECARIA»

Con el descubrimiento de América, la expansión generada por el Imperio y la crisis del feudalismo, desde comienzos del siglo XVI se siente fuertemente la necesidad de robustecer el crédito territorial. Esta necesidad —aparte de otras consecuencias, como es la de llegar a un deslinde pleno entre prenda e hipoteca— no puede satisfacerse sin acabar con el concepto de *clandestinidad*, instaurando el *principio de publicidad* de las cargas primero y de las transacciones después, lo cual va a llevar directamente a la creación del órgano que la haga efectiva: el moderno Registro de la Propiedad.

Curiosamente, la misma palabra *hipoteca* la encontramos por primera vez en la Ley LXII de las de Toro (52), formadas en las Cortes de 1505, con el alborar del siglo.

Vamos a tratar de precisar, distinguiendo los siguientes momentos dentro de este apartado más general:

#### 1. *Hasta el establecimiento de los Oficios de Hipotecas*

Las primeras disposiciones empiezan por atacar la clandestinidad con medidas extrarregistrales, imponiendo a los que establecieran censos o tributos sobre fincas anteriormente sujetas a tales gravámenes, que lo declarasen así, bajo pena de pagar «el dos por tanto» (53).

Más tarde se acuerda la llevanza de un libro en las cabezas de jurisdicción donde se registrasen los contratos de censos, tributos, imposiciones e hipotecas, que luego se extiende a las ventas, apareciendo por primera vez los términos *registro*, *registrar* y *registrador* (54).

(52) En dicha Ley se lee: «... donde en la obligación hay *hipoteca*, o donde la obligación es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no menos». El texto lo hemos tomado de los *Comentarios a las Leyes de Toro*, del Licenciado JUAN ALVAREZ DE POSADILLA, Madrid, 1796, Imprenta de la Viuda de Ibarra, pág. 338. Este texto se corresponde, por otra parte, con la Ley V, Título VIII, Libro XI de la *Novísima Recopilación* (tomo V, pág. 196 de la edición facsímil del *Boletín Oficial del Estado*).

(53) Cortes de Madrid de 1528 y Pragmática del mismo año. Se reitera en las Cortes de Valladolid de 1548 y 1558. Estas cuatro disposiciones se recogen luego en el Libro X, Título XV, Ley II de la *Novísima Recopilación* (tomo V, página 76 de la edición antes citada).

(54) Cortes de Toledo de 1539 y Pragmática del mismo año.

El sistema de publicidad adoptado era, desde luego, muy imperfecto, pues se limitaba a las hipotecas convencionales y especiales, quedando fuera de registro las hipotecas llamadas legales, generales o indeterminadas, expresas o convencionales, e incluso las judiciales.

## 2. La «Real Pragmática de Carlos III» de 31 de enero de 1768

La Real Pragmática de 1768, creadora de los Oficios o Contadurías de Hipotecas (55), y sus disposiciones complementarias (56) suponen un considerable avance, más que en orden a los efectos de la registración, que eran meramente negativos (57), en orden a la organización de lo que sería el moderno Registro de la Propiedad. Esta previsión era indispensable para la implantación de los principios que ante la nueva realidad social y económica iban a regir en lo sucesivo el derecho real de hipoteca.

El establecimiento de un órgano de publicidad de esta naturaleza tropezaba con no pocas dificultades, derivadas de la concepción social y económica imperante. Don VICENTE HERNÁNDEZ DE LA RÚA, en su interesante libro *Comentarios a las disposiciones legales vigentes sobre registro de instrumentos y derecho de hipotecas*, publicado hacia mediados del pasado siglo (58), así lo pone de relieve, explicando que la excesiva publicidad perjudicaba al crédito de las personas que tenían que tomar prestado sobre sus bienes. Por eso TREILHARD, en su discurso en las Cámaras francesas sobre el proyecto de Ley de Hipotecas, decía que los reyes de los siglos XVI y XVII fueron incapaces de dar a las hipotecas la publicidad suficiente, porque la publicidad impedía a los poderosos consumir la riqueza de los crédulos ciudadanos, que suponían la realidad donde encontraban

---

(55) Se corresponde con la Ley III, Título XVI del Libro X de la *Novísima Recopilación* (tomo V de la edición facsímil citada, pág. 106 y ss.), que es el texto que utilizamos, más comprensivo, al recoger las disposiciones posteriores complementarias, insertas en el propio texto, hasta 1804, año inmediatamente anterior al de su publicación. De todos modos, el texto, también facsímil, de 1768 puede verse en el tomo I de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, obra ya citada, págs. 41 y ss.

(56) Hay que destacar la Instrucción de 14 de agosto de 1767, inserta en la Ley III, citada en la nota anterior, y las dos disposiciones integrantes de la Ley IV de los mismos Título y Libro de la *Novísima*, es decir, la Resolución de Carlos III al Consejo de 27 de septiembre de 1777 y la Cédula del propio Consejo de 10 de marzo de 1778.

(57) «... que sin preceder la circunstancia del registro, ningún Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fe...»; «... expresando al fin de ellos que no harán fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito» (números 2 y 16 del texto citado de la *Novísima Recopilación*).

(58) En Madrid, en 1853, Imprenta que fue de Operarios.

brillo y esplendor. Y ese brillo de los poderosos contribuía al brillo del trono; debilitarlo era disminuir el respeto de los pueblos.

Había otras razones que suponían, igualmente, dificultades añadidas al normal funcionamiento de la institución. Destacaban las de orden fiscal, ya que el registro de instrumentos hacía públicas las enajenaciones y había que huir del mismo para evitar el pago de las *alcabalas*.

Pero veamos con un poco de orden un par de puntos relacionados con nuestro estudio, directamente sobre el texto, reveladores del importante avance de la Real Pragmática de 1768:

a) En la relación de *actos inscribibles* se sigue manteniendo el criterio, en cuanto a la hipoteca, de limitar el registro a las *convencionales* y *especiales*: «...fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienés (raíces o considerados por tales)...; en general, todos los instrumentos que tengan *especial* y *expresa hipoteca* o gravamen con expresión de ellos». Se añade —lo cual era novedad entonces— «su liberación o redención» para significar el alzamiento de la hipoteca u otra carga real afectante a las fincas, es decir, la idea de cancelación por extinción del derecho inscrito.

En *Cataluña* el Edicto de 1774 —al que nos vamos a referir también en el siguiente apartado— dispuso igualmente la inscripción de las *hipotecas generales voluntarias*, aunque la Pragmática, como acabamos de ver, se había limitado a las expresas y especiales. En opinión de MARINA LÓPEZ y MERCÉ TATJER, que han estudiado recientemente el citado Edicto de 1774 (59), la inserción de las hipotecas generales traía consigo la inviabilidad de los Oficios como registros de inmuebles gravados, y cabe pensar que fue una solución admitida en relación con la situación de no prelación de las hipotecas especiales sobre las generales, es decir, la responsabilidad absoluta e ilimitada de las personas con respecto a los actos económicos realizados.

b) Se sientan las bases del carácter de *Derecho común de la legislación hipotecaria* y de la competencia del Registro de la Propiedad fundada en el principio de *circunscripción territorial*.

En el primer aspecto, la Real Pragmática dispuso la observancia de sus normas «en todos los pueblos cabezas de partido de estos mis reinos..., según el señalamiento que harán las Audiencias y Cancillerías». En *Cataluña* la publica el mencionado Edicto de 1774 con la diferencia apuntada y la que veremos seguidamente.

---

(59) En su trabajo «Observaciones sobre la historia de los Oficios de Hipotecas en Cataluña (1768-1861)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 560, enero-febrero de 1984, págs. 133 y ss.

En efecto, el Edicto de 1774 dispuso que en aquella región la inscripción se hiciera en tres Registros: el del lugar de la cosa, el del lugar del contrato y el del domicilio de los otorgantes.

Las dudas, que fueron muchas, sobre este fundamental problema del lugar en que debería hacerse la inscripción o toma de razón fueron resueltas en el sentido de que «con distinción y claridad se tome la razón respectiva al pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas... y si las hipotecas estuvieren situadas en distintos pueblos se anotará en cada uno las que le correspondan». Y más concretamente, «que todos estos registros y toma de razón deben hacerse indistintamente, no en las capitales donde se hallan los Cuerpos, Comunidades y acreedores respectivos, sino en los correspondientes Oficios de Hipotecas destinados a este efecto en las cabezas particulares del partido donde están situadas las mismas hipotecas, porque lo contrario produciría grandísima confusión y perjuicios sucesivos» (60).

Indudablemente, el principio de especialidad, tal como hoy lo entendemos —precisión de los datos relativos a la finca, a los derechos inscritos y a los titulares registrales—, requería previamente determinar de modo inequívoco el Oficio o Registro en que debían practicarse las inscripciones o toma de razón. De lo contrario, como ya se decía entonces, se produciría grandísima confusión y perjuicios sucesivos para la seguridad jurídica. En aras de esa seguridad se optó por el sistema de *circunscripción territorial o lugar de situación de las fincas*, entendemos que con buen criterio, por tratarse de una circunstancia siempre fija, frente al carácter, necesariamente aleatorio, del lugar del domicilio o de celebración del contrato.

La bondad del sistema elegido se revela en el hecho de que fue recogido y mantenido por las sucesivas Leyes Hipotecarias. Sin este sistema, por otra parte, resultaba inútil intentar sustituir el principio de las hipotecas generales por el de especialidad y determinación de las fincas gravadas.

### 3. *Los Proyectos de Código Civil de 1836 y 1851*

El primer trabajo legislativo sobre reforma de la legalidad en materia de hipotecas, acordado por el Ministerio de Gracia y Justicia, aparece en el Proyecto de Código Civil español, redactado por los jurisconsultos TAPIA, VIZMANOS y AYUSO en 1836, que, como es sabido, no llegó ni a discutirse en las Cortes (61). No obstante, hay en el mismo algunos as-

(60) Leyes III, preámbulo, y IV, punto 3, Título XVI, Libro X de la *Novísima Recopilación*.

(61) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, cit., págs. 64 y ss.

pectos interesantes que indican ya la línea del Derecho hipotecario en formación y que destacamos:

a) Aunque aparecen confusas las nociones de *indivisibilidad* y *solidaridad*, es clara la formulación de los efectos que producen estos principios:

- «...están sujetos a la seguridad y cumplimiento de la obligación porque se constituye (la hipoteca) todos y cada uno de los bienes hipotecados» (art. 1.722).
- «La hipoteca es por su naturaleza indivisible... La finca o fincas hipotecadas subsisten siempre sujetas a la hipoteca mientras no se liberten de este gravamen...» (arts. 1.722 y 1.724).

b) La *segunda hipoteca* aparece prohibida: «Una vez hipotecada una finca, no puede hipotecarse de nuevo a no ser que su valor alcance a cubrir ambas obligaciones» (art. 1.729).

Queremos destacar ya esta idea de equivalencia entre la obligación asegurada y valor de los bienes dados en garantía, rota en tantos casos por la realidad actual. Pero ésta será materia a desarrollar más adelante.

c) Ante la ausencia de un órgano adecuado de publicidad, se recoge la obligación de manifestar el gravamen en caso de venta de finca hipotecada y se recuerda que el Código Penal castiga al que omita esta manifestación por estelionato (art. 1.730).

d) La *hipoteca convencional*, que exige escritura y toma de razón, ha de recaer sobre bienes específicos y determinados (arts. 1.751 y 1.752), rechazándose por tanto las hipotecas generales, con la excepción que veremos.

e) Se reconoce la *hipoteca legal tácita* a favor del fisco, a favor del vendedor que ha entregado la cosa y no ha recibido el precio y a favor del legatario (arts. 1.755 a 1.761).

f) La *hipoteca judicial* exige toma de razón, como cualquier otra especial, si bien puede extenderse si es necesario a todos los bienes del condenado. Este es el único caso de *hipoteca general* que se acepta (artículos 1.765 y 1.766).

En cuanto al *Proyecto de Código Civil de 1851*, es, sin duda alguna, el precedente de mayor importancia de nuestra primera Ley Hipotecaria. Sus títulos XIX y XX suponían una profunda transformación de nuestra legislación hipotecaria en la materia que venimos exponiendo desde el momento que se adoptan, sin lugar a dudas, los dos principios básicos de *publicidad* y *especialidad de las hipotecas*. Según el testimonio del propio

GARCÍA GOYENA (62), las concordancias, motivos y comentarios relativos a estos dos títulos «son obra de don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, que ha trabajado tanto como yo en la formación del Código Civil y más que yo en la materia de hipotecas».

Pues bien, siguiendo fundamentalmente los comentarios de LUZURIAGA, vamos a ver las novedades y aspectos más importantes del Proyecto de 1851:

a) Quizá la aportación más importante del Proyecto fue la adopción de forma absoluta del *principio de publicidad*. Según LUZURIAGA (63), se ha procurado la publicidad más absoluta siguiendo el sistema alemán y rechazando el sistema mixto, que prescribe la publicidad para las hipotecas voluntarias y deja ocultas las legales. El texto del artículo 1.786 era contundente: «La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el registro público y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero». Y tan sólo la cuarta disposición transitoria declara subsistentes los privilegios que la legislación vigente otorgaba a los menores y a la mujer casada, sin sujetarlos a inscripción, para evitarles perjuicios en derechos ya adquiridos.

b) Consecuencia de la publicidad absoluta es el desarrollo del *principio de especialidad*, ya que aquélla no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales. Comenta LUZURIAGA (64): «No se otorga hoy ninguna escritura sin obligar a su cumplimiento todos los bienes de los contratantes; esta cláusula de rutina está en todos los formularios de los escribanos; ¿y puede haber quien asegure que esta fórmula no constituye una hipoteca general? Sin la especialidad es imposible conocer la verdadera situación de un inmueble que hubiera de servir de objeto de una obligación». El artículo 1.784 lo recogía así: «No puede constituirse hipoteca sino sobre bienes inmuebles, especial y expresamente determinados».

c) No se recoge en cambio en el Proyecto el *principio de determinación*, aunque, a nuestro juicio, aparece apuntado en el artículo 1.785 desde el momento que, con la vista puesta en el crédito territorial, parcela el valor en cambio de la finca gravada, que no debe exceder del duplo del importe conocido o presunto de la obligación. Para LUZURIAGA (65) el Proyecto no ha querido ir tan lejos como el sistema alemán, «que lleva el rigor de la especialidad de las hipotecas hasta el último punto, presen-

---

(62) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, cit., tomo II, pág. 927.

(63) *Ob. cit.*, pág. 931, comentario a los artículos 1.782 a 1.786.

(64) La misma cita anterior.

(65) La misma cita anterior.

tando cada inmueble en el registro público un verdadero balance de su situación», porque no es prudente improvisar un sistema absoluto, según decía.

Se insiste aquí en la idea de equivalencia o correlación económica entre la obligación y el valor de la finca gravada. Por lo demás, los recelos en la aplicación del principio de determinación desaparecerán con la Ley de 1861.

d) El *principio de indivisibilidad*, apuntado ya en nuestra legislación de *Partidas* (66), siguiendo la tradición romana, y consagrado en las legislaciones francesa y alemana, es un punto —decía LUZURIAGA (67)— que no admite discusión. «La hipoteca es indivisible, y como tal subsiste toda sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes», era la proyectada redacción del artículo 1.798.

e) A diferencia de lo que hace, como vimos, el Proyecto de 1836, no se formula, ni siquiera por vía indirecta —como hará después el artículo 123 de la Ley Hipotecaria—, el concepto o *principio de solidaridad hipotecaria*. Y es lógico que así sea, porque aún no habían superado los redactores del Proyecto la idea de *generalidad* de las hipotecas como fuente normal de la *solidaridad* (68), y las nociones de *indivisibilidad* y *solidaridad* aparecen confundidas, como lo prueban las discusiones parlamentarias que precedieron a la Ley de 1861, a que nos referíamos en la introducción. Sólo en esta Ley se recogerá, con específica formulación, el principio o concepto de *indivisibilidad* o subsistencia íntegra de la hipoteca hasta su cancelación, aunque se reduzca la obligación asegurada, como traducción hipotecaria del principio civil, que concede al acreedor el derecho a no recibir parcialmente las prestaciones en que consista su obligación —hoy art. 1.169 del Código Civil, en relación con el art. 1.860

---

(66) *Partida* 5.ª, Título XIII, Ley 5.ª

(67) *Concordancias, motivos.*, cit., pág. 939, comentarios a los artículos 1.798 a 1.807.

(68) Una prueba de lo que decimos se encuentra en el «Informe sobre registro de hipotecas», dictamen sobre el Proyecto del Fiscal del Supremo Tribunal de Justicia, don JOAQUÍN JOSÉ CASADO, fechado en Madrid en 1849. Decía el señor CASADO que contra las hipotecas generales se alega la dificultad de su concurrencia con las especiales, cuya seguridad disminuyen al someterlas al arbitrio del *hipotecario general*, que puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los predios gravados. Y es curiosa la solución que propone: que se declare subrogado al *hipotecario especial* en lugar del general que haya sido pagado, de modo que aquél pasaría a ser hipotecario general; o bien, que el general debe dirigirse primero contra los predios no sujetos a hipoteca especial y sólo después contra éstos, pero por orden inverso de su antigüedad. Con esta solución —estimaba el Fiscal—, aun existiendo hipotecas generales, puede calcularse la seguridad de las especiales desde su imposición: basta examinar el importe de la obligación principal asegurada y compararla con los bienes sobre los que no pese todavía ninguna hipoteca o con el valor excedente de las que ya la tienen sobre sí. Y concluía: la especialidad no es condición de un buen sistema hipotecario

del mismo—, y su diferencia con la *solidaridad* o posibilidad del acreedor de repetir, por la totalidad de la suma asegurada, contra cualquiera de las fincas gravadas.

#### 4. *La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*

Como antecedentes inmediatos deben citarse el Decreto de 1855, que mandó redactar una nueva Ley de Hipotecas, y el Proyecto de Bases de 1858.

El Real Decreto de 8 de agosto de 1855 y la Orden del mismo mes, cuyo preámbulo es bien conocido entre hipotecaristas, acentúan la necesidad de búsqueda de fórmulas de equilibrio entre los intereses del deudor y del acreedor: las leyes actuales —decía— «ni facilitan la adquisición del dinero a los dueños de la propiedad inmueble» (posición del hipotecante: vigorización del crédito territorial), «ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales» (posición del acreedor: seguridad en la recuperación del préstamo).

En cuanto al Proyecto de 11 de febrero de 1858 (69), había propuesto la desaparición de las hipotecas tácitas generales y la obligación de hacer públicas todas las hipotecas por medio de la inscripción. Toda hipoteca —disponía— será necesariamente especial, sin perjuicio de que se adopten las disposiciones convenientes para preservar en lo sucesivo los derechos protegidos en la actualidad por las hipotecas legales (art. 1.º, bases 2.ª y 3.ª).

Como hemos apuntado más arriba, la *Ley Hipotecaria de 1861* consagra los conceptos o principios básicos de la hipoteca actualmente vigentes y que por tanto han permanecido inalterados en las sucesivas leyes. Vamos a tratar de seguir su peripecia legislativa, único camino para intentar descubrir su justificación social y técnica. Distinguiremos los siguientes momentos:

a) En la *presentación del Proyecto al Senado* por el Ministro de Gracia y Justicia don SANTIAGO FERNÁNDEZ NEGRETE (70) se puso de manifiesto la urgencia de la misma, y como principal razón se argumentó por el Ministro la necesidad que tenía la agricultura de obtención de recursos para desarrollarse, recursos que, según decía, «los proporciona el crédito territorial, a la sombra de una buena legislación hipotecaria».

(69) Presentado al Congreso por el Ministro don JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ DE LA HOZ, en realidad, se trataba del Proyecto de Ley de Bases del Ministro SEIJAS LOZANO, que, presentado al Congreso el 6 de junio de 1857, fue retirado, cerradas las Cortes, tras el cambio de legislatura, por el Real Decreto de 5 de febrero de 1858.

(70) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, cit., págs. 131 y 132.

Como apuntábamos en la introducción, es el crédito territorial el motor de la reforma y fundamentalmente las fincas rústicas el elemento objetivo posible de la hipoteca que se toma en consideración para hacerlo realidad.

b) De la *discusión en el Senado* (71) destacaremos la resistencia a acabar con las hipotecas legales tácitas, encarnada por el señor GÓMEZ DE LA SERNA, que reclamaba la no inscripción de las hipotecas a favor de las mujeres casadas por razón de dote, parafernales y arras; en favor de los hijos por bienes reservables y por los de su peculio que los padres usufructúen o administren, y las análogas de fueros o leyes especiales.

El señor LUZURIAGA fue tajante en su contestación: el sistema está viciado, porque la existencia de hipotecas ocultas falsea el gran principio de la Ley discutida y defrauda la esperanza que había hecho concebir a los que habían pensado fundar en ella el crédito territorial.

c) De la *discusión ante el Congreso* (72), de enorme interés, pues allí se libró la batalla de la que nacerían los principios básicos del sistema a los que venimos refiriéndonos, vamos a recoger los siguientes puntos:

1.º En la presentación del Proyecto, una vez dictaminado por la Comisión, ésta se justificaba explicando que, así como a beneficio del crédito se habían efectuado grandes progresos, era vergonzoso para España que la riqueza territorial viera alejarse de sí los capitales que debieran secundarla.

Es decir; frente al criterio tradicional de organizar las garantías en beneficio casi exclusivo de los acreedores, se afirma la necesidad de proteger y vigorizar el valor de los bienes que constituyen su seguridad.

2.º Como apuntábamos también en la introducción, el señor ORTIZ DE ZÁRATE atacó el *principio de divisibilidad de la hipoteca*, que establecía el Proyecto, calificándolo de nuevo y desconocido en España. El derecho que hasta ahora tenía el acreedor hipotecario —decía— sobre todas y cada una de las diferentes fincas hipotecadas para reclamar el pago de todo el capital o parte de él y de sus réditos, se echa por tierra al obligarle a señalar en cada una de ellas la cantidad que ha de responder; lo cual es, además, contrario al Proyecto de Código Civil, que estableció la responsabilidad de todas las fincas por todo el capital. Y no comprendía que se rechazase la divisibilidad en caso de división de la finca hipotecada y, en cambio, se impusiese en el contrato de hipoteca.

En opinión del señor PERMANYER, el Proyecto sancionaba el tradicional *principio de indivisibilidad* de la hipoteca y, como decíamos, lo que ocurría es que el señor ORTIZ DE ZÁRATE confundía los conceptos de

(71) *Leyes Hipotecarias...*, cit., págs. 135 y ss., y 153 y ss.

(72) *Ibidem*.

*solidaridad e indivisibilidad*. No vamos a insistir en lo ya dicho. Pero es de resaltar la claridad de ideas del señor PERMANYER cuando, al rematar su alegación en este punto, decía que para evitar los excesos y desmedidas exigencias de los capitalistas es por lo que el Proyecto ha ordenado sabiamente que, siendo varias las fincas que se ofrezcan en garantía por un solo crédito, se determine la parte de gravamen de que habría de responder cada una. Y eso —concluía el señor PERMANYER— sin perjuicio aún no sólo de la indivisibilidad de la garantía, sino también de la solidaridad del gravamen a que quedan sujetas todas las fincas obligadas por un solo crédito, mientras estos bienes continúen siendo propiedad del deudor y obligado, pues entonces responden lo bienes todos y cada uno por la totalidad del crédito (73).

3.º Sobre las *hipotecas legales*, también se entabló un dúo dialéctico entre los señores ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER, ya que no veía claro el primero que, al sujetarlas a inscripción, pudieran subsistir. La novedad —decía el segundo— no es la supresión de las hipotecas legales, sino la radical reforma de aquello que venía siendo un grave obstáculo al acrecentamiento del crédito territorial, siendo absolutamente necesario subordinar su eficacia a las formalidades de inscripción, una vez que ha aparecido en Europa esa gran institución salvadora del crédito territorial que ha introducido en la riqueza inmueble el elemento de la publicidad. Los que antes tenían derecho a hipoteca legal, continuarán, teniéndolo, aunque ese derecho haya de quedar sujeto a nuevas condiciones: que han de ser hipotecas especiales y públicas.

De todas formas, la Ley mantuvo, aunque con limitaciones, el carácter tácito de las hipotecas por contribuciones y seguros.

4.º Y un último aspecto queremos destacar de la discusión de la Ley en el Congreso, objeto también de enfrentamiento entre los señores ORTIZ DE ZÁRATE y PERMANYER. Se trataba de la llamada *tasa de la hipoteca*, es decir, la proporción que debe existir entre el crédito asegurado y el valor de los bienes ofrecidos en garantía. En algunos casos se establecía que habrían de ser del triple valor de lo que se recibe, y ORTIZ DE ZÁRATE opinaba que en ningún caso debía fijarse ese límite y que la Ley no tenía por qué colocarse entre la voluntad de los contratantes y establecer las condiciones en que ha de tomarlo el que necesita dinero.

PERMANYER le replicó que, en el fondo, estaba de acuerdo con él y, por ello, el Proyecto no establecía nada en cuanto a las hipotecas voluntarias. Pero en cuanto a las legales, que habrán de reducirse a especiales

---

(73) El mantenimiento de esta idea de la solidaridad primaria, en tanto no aparezca un tercero, quedó plasmado en los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria, que permanecen inalterados («... repetir contra ellos con perjuicio de tercero. »; « ... pero sin prelación »).

y expresas, será necesario buscar esa proporción, porque si no sería imposible la reforma, proporción que, en la mayoría de los casos, habrá de fijar el prudente arbitrio judicial.

Como vemos, la búsqueda de equilibrio, puramente económico, entre la obligación asegurada y la finca gravada, fue ya preocupación de los redactores de la primera Ley Hipotecaria.

d) Por último, nos vamos a referir a la *Exposición de Motivos y Fundamentos del Proyecto de Ley* (74), que lleva fecha de 6 de junio de 1860.

Se sienta como principio incuestionable la aceptación de un sistema hipotecario que tiene como base *la publicidad y la especialidad rigurosa de las hipotecas*, desechándose tanto el antiguo sistema de las hipotecas ocultas, contrario al crédito territorial, y que, en lugar de buscar como garantía del deudor su crédito real, prefiere más bien su crédito personal, así como el sistema que admitiendo la publicidad de las hipotecas como una de sus bases, al lado de ella conserva hipotecas ocultas.

No obstante, no vamos a reiterar ideas expuestas ya en las citas de los trabajos preparatorios de la Ley. Vamos a concretarnos a aquellos conceptos de la Exposición de Motivos que, en la materia que venimos estudiando, suponían una auténtica revolución del sistema: llevar hasta sus últimos extremos el principio de especialidad, con la implantación de los *principios de determinación y distribución*. Los legisladores de 1861 dieron el paso que no se atrevió a dar ni el avanzado Proyecto de 1851, por miedo, como veíamos que comentaba LUZURIAGA, a improvisar un sistema demasiado absoluto en el que cada inmueble presenta en el registro público un verdadero balance de su situación.

Nosotros distinguiríamos dos partes en las palabras, en este punto, de la Exposición de Motivos. De un lado, el planteamiento del problema, su condicionamiento económico y filosófico. Y de otra parte, la solución técnico-hipotecaria que los legisladores ofrecen.

En el primer sentido, la Exposición de Motivos explica: «cuando se hipotecan varias fincas a la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas a una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se extiende por igual el derecho hipotecario del acreedor; resulta de aquí que el deudor ve minorado su crédito territorial mucho más de lo que en realidad han desmerecido su riqueza y la garantía que aún le ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas a que se hallan afectos: indirectamente, se protegen las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de

---

(74) *Leyes Hipotecarias* ..., cit., págs. 223 a 336.

seguro éxito, multiplican, sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipoteca».

La solución al grave problema planteado, la encuentra la Exposición de Motivos en la aplicación de la regla o principio de distribución: «A estos inconvenientes ha ocurrido el Proyecto proponiendo que cuando sean varias las fincas que por un solo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una tiene que responder; de este modo, la carga real no se extiende a todo el valor de la finca, sino solamente a una cifra que puede ser muy inferior a su verdadero valor, quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario, que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada...».

Esta es la situación *inter partes*. Pero ¿qué ocurre si la finca o fincas se enajenan, apareciendo un tercer poseedor de las mismas, o si se constituye sobre ellas una nueva hipoteca? «Enajenada la finca a un tercero —dice la Exposición de Motivos— o constituida sobre ella una hipoteca nueva, el tercer adquirente o hipotecario no deberá ser inquietado por la obligación personal del deudor. Al acreedor le quedará siempre expedita la acción real para reclamar contra los demás bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor, hasta donde alcancen sus respectivas hipotecas, y respecto a la suma a que no alcancen, como su acción es meramente personal, no podrá ni perjudicar a las enajenaciones ni pretender que queden sin efecto cualesquiera otras cargas reales que se hayan impuesto sobre la finca» (75).

Como vemos, la Exposición de Motivos explica, con palabras de una perfección técnica difícilmente superable, que la Ley no sólo acepta el principio de especialidad de las hipotecas, frente al de generalidad de nuestro Derecho histórico, sino que exige, además, la determinación del valor en cambio de la finca gravada, de cada finca gravada cuando son varias las que se hipotecan en garantía de un solo crédito que, sin sufrir alteración alguna en su unidad desde el punto de vista civil (76), va a tener una garantía fraccionada y determinada sobre cada una de las fincas,

---

(75) Don NICOLÁS CANALES E IBÁÑEZ (*ob. cit.*, pág. 222) explicaba, con la precisión de los números, el funcionamiento del nuevo sistema: A recibe de B un préstamo de 10.000 y lo garantiza con hipoteca sobre cuatro fincas, que quedan gravadas, cada una, por 2.500. A recibe de C otro préstamo garantizado también con hipoteca sobre una cualquiera de las cuatro fincas. B ejecuta su hipoteca, por falta de pago, reclamando de cada finca las 2.500 de que responde; la tasación arroja para tres fincas un valor superior a las 2.500 y para una de ellas sólo de 1.250. Pues bien, B podrá repetir por las 1.250 restantes que dejara de cobrar de su crédito, contra las demás fincas obligadas, pero sólo en virtud de acción personal y sin prelación sobre C, respecto de la finca que A hipotecara también a favor del mismo C.

(76) ROCA SASTRE, *obra y tomo citados*, págs. 546 y ss.

a través de la regla de distribución. Esto va a liberar al hipotecante de las negativas consecuencias que le imponía la presión solidaria, nacida no sólo de la regla de generalidad, sino también de lo que podríamos llamar especialidad primaria, limitada exclusivamente a la concreción de las fincas gravadas.

La regla de determinación y distribución va a permitir, por otra parte, al hipotecante-deudor, al menos en teoría, disponer de un mayor crédito territorial, en la medida en que la carga real no se va a extender a todo el valor de la finca, ofreciendo el sobrante como garantía de nuevos préstamos. Y decimos «en teoría» porque, como apuntábamos en la introducción, las imposiciones de los prestamistas —que siguen mandando en el contrato de hipoteca— han limitado, de hecho, la importante función que podían haber cumplido las segundas hipotecas.

Debemos destacar también de los párrafos transcritos de la Exposición de Motivos, cómo aparece delineada la figura del *tercer poseedor de finca hipotecada*, lógica consecuencia de la regla de determinación. El tercer poseedor no va a ser inquietado por la obligación personal del deudor. En cambio, mientras no aparezca dicho tercer poseedor, el acreedor, a pesar de la regla de distribución, podrá repetir contra cualquiera de las fincas gravadas por la totalidad del crédito, como ya había dicho el señor PERMANYER en la discusión ante el Congreso: el acreedor tendrá *acción real hipotecaria sobre cada finca* por la cantidad a que venga ligada, y sólo *acción personal contra el deudor*, no contra el tercer poseedor, para cobrar de las restantes lo que una o más no hayan podido cubrir. Contra las fincas que el deudor haya transmitido a otras personas, a terceros, el acreedor no podrá ejercitar acción personal alguna.

Si las reglas de distribución y determinación de la hipoteca se establecen en beneficio del hipotecante, de su crédito territorial, el *principio de indivisibilidad de la hipoteca* lo es en beneficio del acreedor. La Exposición de Motivos lo explica así: «El derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo fue entre los romanos. Este principio secular, admitido en todas las naciones, no puede ser objeto de disputa... Existiendo la hipoteca sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, subsistirá íntegra mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantida, y permanecerá íntegramente sobre la parte de bienes que quede en el caso de que otra parte haya desaparecido. Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es también que cuando una finca hipotecada se divida, subsista la hipoteca también íntegramente sobre cada una de las nuevas fincas, a no ser que el acreedor y el deudor voluntariamente estipulen que se distribuya entre ellas la hipoteca. Cuando en estos términos se hace

la distribución, la antigua hipoteca queda extinguida y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo. Por esto, pagada la parte del crédito con que está gravada alguna de ellas, queda ésta libre, y, por el contrario, cuando es una sola la finca hipotecada, o cuando siendo varias no está distribuida entre ellas la hipoteca, ni señalada la parte a que queda afecta cada una, no podrá el dueño exigir que se libere ninguno de los bienes hipotecados ni una parte de ellos, por grande que sea la cantidad que haya pagado, mientras no haya sido satisfecha toda la deuda».

La *generalidad y solidaridad* consiguiente del Derecho tradicional en materia de hipotecas eran contrarias al crédito territorial. La *especialidad y determinación* lo favorecen. Pero ¿en qué medida el *principio de distribución* de la responsabilidad, impuesto obligatoriamente (77), atacaba al viejo *principio de indivisibilidad* de la hipoteca, que recogería incluso el Código Civil en su artículo 1.860?

De la Exposición de Motivos parece resultar que el principio, como tal, permanece intacto. La distribución se impone como previa, de tal modo que lo que en realidad se exige es una determinada modalidad en la inscripción de la garantía, con vistas a la vigorización del crédito territorial y a la aparición de terceros, que va a dar lugar a la ficción legal de entender constituidas tantas hipotecas como fincas gravadas. Pero una vez inscritas, la indivisibilidad actúa respecto de cada finca con plena eficacia. Por ello, la división unilateral de la finca o fincas gravadas no altera la subsistencia íntegra de la hipoteca sobre todas ellas. Y si el acreedor consiente la nueva distribución, no es que la antigua hipoteca se divida, sino que, como dice literalmente la Exposición de Motivos, «la antigua hipoteca queda *extinguida* y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo». Respecto de las nuevas hipotecas, vuelve a actuar en plenitud el principio de indivisibilidad. Por eso, pagada la parte de crédito con que están gravadas algunas de ellas, se puede exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la misma finca, cancelación mal llamada parcial, pues es la hipoteca total, aunque no única, en garantía del mismo crédito, la que se cancela (78).

---

(77) La Instrucción que siguió a la Ley, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a inscripción (CANALES E IBÁÑEZ, *ob. cit.*, pág. 220), exigía que no se otorgue ninguna escritura de hipoteca o de imposición de censo o capital o réditos sobre fincas diferentes, sin señalar en ella la parte que haya de corresponder a cada una y que los Notarios exijan a los otorgantes que hagan la distribución.

(78) Tal vez, por ello, sea excesiva la afirmación de la Resolución de 12 de marzo de 1936 de que la determinación de la responsabilidad hipotecaria de cada finca «trunca el principio de indivisibilidad, para someterse al de especialidad».

Precisamente es ésta consecuencia del principio de indivisibilidad —los efectos de la división de la finca gravada sin consentimiento del acreedor—, la que hemos puesto en la introducción, en alguna medida, en tela de juicio, ante el nuevo concepto de finca, que rompe en muchos casos el equilibrio deuda-garantía, y que nos ocupará más adelante.

Por último, destacamos de la Exposición dos justificaciones que afectan a la *relación de la deuda con el tercer poseedor*.

En primer lugar, la no concesión al fiador real de los beneficios de orden y de excusión se explica por no avenirse con la naturaleza del crédito real. En cambio, se concede el beneficio de excusión al tercer poseedor de los bienes hipotecados: el acreedor habrá de reclamar el pago del deudor, y sólo si no lo verifica en el breve plazo de diez días puede dirigirse contra el tercer poseedor, al que, a su vez, se reconoce el derecho de desamparar los bienes.

En segundo lugar, la Exposición de Motivos afirma que no cabe duda, en el caso de que la finca hipotecada se enajene para pagar con su importe un plazo vencido estando los demás todavía pendientes, que la enajenación debe hacerse quedando subsistente la hipoteca por la cantidad que reste por satisfacer. Y si son varios los terceros poseedores, que sean requeridos todos simultáneamente.

\* \* \*

Los artículos 119 a 133 de la Ley de 1861 recogen esta doctrina de la Exposición de Motivos.

La Ley de 21 de diciembre de 1869 hizo las siguientes modificaciones:

- Suprimió del artículo 127 el plazo de los diez días para la reclamación previa contra el deudor, y estableció la forma judicial o notarial del requerimiento. Es el primer párrafo del artículo 126 de la vigente Ley Hipotecaria.
  - *Item* en cuanto a los artículos 128 y 129. El primero es hoy el segundo párrafo del artículo 126. El segundo es el tercer párrafo del mismo artículo 126.
  - El artículo 132 es hoy el artículo 127, párrafos tercero y cuarto.
  - El artículo 133 es hoy el artículo 127, párrafos quinto, sexto y séptimo.
  - Los artículos 119 a 125 se han mantenido inalterados en la Ley actual, tal como estaban en la Ley de 1861.
- La Ley de 1909 tampoco modificó estos artículos.

\* \* \*

### III. VIGENCIA ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS BASICOS DE LA HIPOTECA DEFINIDOS EN LA LEY HIPOTECARIA

Hasta aquí hemos intentado hacer un bosquejo —hubiéramos deseado que con un mínimo de rigor— sobre la peripecia histórica seguida por los que hemos llamado principios o conceptos jurídicos básicos informantes del derecho real de hipoteca. Esa peripecia alcanza hasta la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, nuestra primera Ley Hipotecaria. A partir de ahí —como decíamos al plantear el esquema seguido—, ya no cabe hacer historia, porque las Leyes Hipotecarias posteriores han recogido fielmente en la materia la herencia que aquélla les legó.

Lo que sí cabe —como también anunciábamos— es intentar un análisis de la adaptación o no de esos principios a la realidad económica y social del momento. La doctrina lo ha venido intentando y a ella acudirémos cuando sea necesario. A la Dirección General de los Registros y del Notariado corresponde el mérito, en los últimos años particularmente, de la definición y aceptación de aquellos supuestos —a algunos de los cuales nos referíamos en la introducción— que han venido evidenciando la necesidad de contemplar variantes o modalidades en la aplicación de los conceptos jurídicos tradicionalmente informantes de la hipoteca.

Nosotros, ante una problemática que, como la realidad de la vida actual, se presenta variada y en constante cambio, tenemos una doble pretensión: en primer lugar, despertar, si fuera posible, la conciencia de los estudiosos hipotecaristas en relación con el problema mismo que venimos planteando, es decir, la búsqueda de las coordenadas en que hoy debe moverse el binomio hipoteca-principios jurídicos. En segundo lugar, intentar buscar y plantear algunos —sólo algunos— de los problemas concretos que ponen de relieve aquella conveniencia. Como hemos visto en la evolución histórica, la aplicación y definición misma de esos principios ha respondido en cada momento a las exigencias socioeconómicas, es decir, a los verdaderos problemas planteados por una determinada realidad. Esta condicionante es hoy patente y así lo ha entendido la doctrina más avanzada, que rechaza la prevalencia dialéctica de la *jurisprudencia de conceptos y de intereses*, frente a la más dinámica *jurisprudencia de problemas y de principios*, sin que, como escribió TIRSO CARRETERO (79), sea lícito a la doctrina eludir la confrontación de los principios hipotecarios con las más recientes orientaciones jurídicas.

En este terreno principios-problemas, vamos a estudiar, en primer

---

(79) Ver nota número 22 anterior.

lugar, la hipoteca solidaria en relación con la regla o principio de distribución de la responsabilidad, cuyo fundamento trataremos de investigar, distinguiendo entre una solidaridad que llamamos *en origen* o inicial y una solidaridad *sobrevenida*. En el primer aspecto, estudiaremos la posibilidad legal del pacto estableciendo la solidaridad, las figuras afines de la hipoteca sobre todo el valor de la finca y de la hipoteca condicional subsidiaria, así como la nueva figura de la hipoteca cambiaria y su relación con los principios tradicionales básicos, para terminar con una referencia a determinados supuestos dudosos de hipoteca solidaria, es decir, los casos de hipoteca de participaciones *pro indiviso* o de derechos integrantes del dominio y de hipoteca de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Bajo la rúbrica de hipoteca solidaria sobrevenida y lo que estimamos supone o puede suponer alteraciones al principio de distribución de responsabilidad, trataremos de estudiar los graves problemas que hoy plantea la agrupación o agregación, en su caso, de fincas hipotecadas cuando alguno de sus componentes o elementos es un edificio en régimen de propiedad horizontal o finca integrante del mismo y, en general, cuando la agrupación choca con las modernas concepciones urbanísticas y la nueva idea de finca como espacio cúbico o volumétrico frente al histórico de finca plana. Y en segundo lugar, bajo esta misma rúbrica, estudiaremos las mismas cuestiones con referencia a los otros dos supuestos de modificación de entidades hipotecarias, o sea, la división o segregación de fincas hipotecadas.

Por último, vamos a intentar lo que es casi una primera aproximación, por las características con que se presenta, a un problema de máxima actualidad: el de las hipotecas a favor de distintos acreedores, por créditos diferentes, constituidas por un solo deudor con pretendida igualdad de rango. Como el problema se ofrece, en cierto modo, como variante al más general y tradicional de la hipoteca en garantía de créditos pluripersonales, nos ha parecido oportuno hacer previamente un resumen de las más interesantes cuestiones que esta última plantea y en las que habrá de apoyarse necesariamente todo estudio fundado del problema actual.

Con este esquema, como hemos apuntado, no se agotan los problemas que el mundo de hoy plantea a una figura como la hipoteca, fuertemente asentada en unos principios decantados tras largos siglos de historia. Simplemente, lo aceptamos como punto de partida.

## A) LA HIPOTECA SOLIDARIA Y LA REGLA DE DISTRIBUCIÓN

1) *Concepto y caracteres de la hipoteca solidaria*

Históricamente, como hemos visto, la solidaridad de la hipoteca era una consecuencia de las notas de generalidad e indeterminación. Es cierto que, en algunos casos, se pactaban hipotecas especiales, pero, según veíamos que comentaba LUZURIAGA (80), incluso en éstas, lo habitual era incluir una cláusula de rutina, por la que quedaban obligados todos los bienes del hipotecante, quedando aquéllas convertidas en hipotecas generales, a su vez.

Sustituido el principio de generalidad por el de especialidad de las hipotecas, hoy el concepto de solidaridad hay que referirlo necesariamente a la hipoteca sobre fincas ciertas y determinadas inscritas.

En este sentido, podemos definir la hipoteca solidaria como aquella por la que quedan sujetas varias fincas a la vez, en garantía de un mismo crédito, sin determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, pudiendo el acreedor repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas gravadas o contra todas ellas simultáneamente. Sería una definición sacada, *a contrario sensu*, de los artículos 119 y 123 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 1.722 del ya citado Proyecto de Código Civil de 1836, que no había superado aún la idea del principio de generalidad de las hipotecas, contenía una definición de la hipoteca solidaria, al establecer que la hipoteca «sujeta a la seguridad y cumplimiento de la obligación porque se constituye todos y cada uno de los bienes hipotecados».

ROCA SASTRE (81) recoge la clasificación de las hipotecas en *especiales y solidarias*, definiendo estas últimas de la siguiente manera: «cuando una misma hipoteca pesa sobre dos o más bienes inmuebles sin distribución de responsabilidad hipotecaria entre ellos».

En el Derecho comparado, al que nos referiremos más detalladamente en seguida, encontramos definida la hipoteca solidaria, entre otros textos, en el artículo 1.132 del Código alemán, según el cual «si en garantía de un crédito existe una hipoteca sobre varias fincas, cada finca responde por todo el crédito; el acreedor puede intentar la satisfacción a su voluntad, a costa de cada una de las fincas, en todo o en parte». La doctrina califica esta hipoteca de *solidaria o Gesamthypothek*.

Por último, el artículo 15 de la Ley de 1871, reguladora del sistema tabular italiano o de folio real, llama *hipotecas simultáneas o solidarias*

---

(80) *Concordancias...*, cit., pág. 931.

(81) *Ob. cit.*, IV, 1.º, pág. 208.

a aquellas que «pueden ser inscritas simultáneamente sobre dos o más cuerpos tabulares».

Conforme a estas definiciones, la hipoteca solidaria ofrece los siguientes *caracteres*:

a) *El acreedor puede repetir contra cada una de las fincas gravadas o contra todas a la vez, en perjuicio de tercero, por la total cantidad asegurada* No tienen eficacia, por tanto, los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria, que están basados en la regla o principio de distribución de la responsabilidad hipotecaria.

La Resolución de 17 de julio de 1935, en su último considerando, después de destacar que «el procedimiento se entabló y siguió contra la finca primitiva, que era hipotecada», señala «que al dividirse, sin acordarse la distribución del crédito, pudo el acreedor, en fuerza de la indivisibilidad de la hipoteca, obrar, en cierto modo, como si no se hubiese llevado a efecto».

b) *No cabe liberar ninguna de las fincas hipotecadas, en caso de pago parcial*, cualquiera que sea la parte del crédito que el deudor haya satisfecho, y esto ocurre independientemente de que existan o no terceros poseedores de los bienes gravados. Es decir, tampoco aquí tienen aplicación los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 de su Reglamento, de modo que ni el hipotecante ni el tercer poseedor pueden exigir la cancelación parcial de la hipoteca, cualquiera que sea la parte de crédito satisfecha.

MORELL Y TERRY se pregunta (82) si modifica el artículo 124 de la Ley Hipotecaria lo dispuesto en el artículo 1.169 del Código Civil, en cuanto que concede al acreedor, a menos que el contrato expresamente lo determine, el derecho a no recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Y estima que no hay más remedio que entenderlo así: cuando el acreedor no consiente la entrega parcial de la prestación, el deudor no puede pagar parcialmente y no cabe, por ello, que pueda exigir la cancelación parcial, ni eligiendo ni sin elegir, a pesar del último inciso del artículo 124, que, por tanto, queda limitado al caso en que el deudor se halle autorizado para verificar pagos parciales o cumplir parcialmente la obligación, o aquel en que el acreedor admita, aun sin hallarse autorizado, la entrega parcial.

Ahora bien, en el mismo caso del artículo 124 de la Ley Hipotecaria, ¿es válido el pacto de no admitirse cancelaciones parciales? MORELL Y TERRY dice que esta cuestión está relacionada con la anterior. Si no se admite al deudor el derecho de realizar entregas parciales, es claro

---

(82) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo IV, págs. 28 y 29, Editorial Reus, 2.ª ed., 1930.

que tampoco ha de poder exigir cancelaciones parciales, ni antes ni después de vencer la obligación; ni el tercero, en su caso, podrá pedir esa cancelación parcial antes del vencimiento de la deuda.

La Resolución de 27 de agosto de 1912, sin distinción alguna, considera válido el pacto de no poder pedir el deudor cancelaciones parciales, subsistiendo íntegra la hipoteca sobre todas las fincas mientras no sea totalmente pagada la deuda.

Ahora bien, este pacto, que es un reflejo de la unidad del crédito frente al principio hipotecario de distribución o división de la garantía, no beneficia gran cosa al acreedor con relación al tercero, pues, como dice el propio MORELL, el tercero, en todo caso, sólo ha de responder de las cantidades que determinadamente se impusieron sobre las fincas o derechos que pasaron a su poder.

c) Consecuencia de lo dicho, en la hipoteca solidaria *rige en su plenitud el tradicional principio de indivisibilidad o tota in toto et tota in qualibet parte*.

El principio de distribución o divisibilidad hipotecaria ni determina ni impone la división del crédito, que sigue siendo uno en el orden civil y en cuanto a su ejecución o efectividad, y no sólo por acción personal, sino también por acción real hipotecaria si el vencimiento es único; lo que exige e impone es la división en la forma de prestar la garantía. Es el principio de especialidad el que ha vencido al de generalidad, el de determinación al de solidaridad, aunque esto suponga quebrantar el principio de que lo accesorio sigue a lo principal.

Pero la indivisibilidad, aceptada la ficción legal de que la distribución de responsabilidad da lugar al nacimiento de tantas hipotecas como fincas, permanece intacta con respecto a cada finca, que es lo mismo que decir con respecto a cada hipoteca. Es decir, la indivisibilidad actúa respecto de cada hipoteca como entidad registral. De modo que cuando, por virtud de la distribución, quedan constituidas tantas hipotecas como fincas, la indivisibilidad actúa respecto de cada una de ellas. Un pago parcial del crédito asegurado con la hipoteca que grava esa finca, no da lugar a una cancelación parcial (es el caso de los artículos 122 y 125, primer inciso, de la Ley Hipotecaria). El pago total, en cambio, da derecho a exigir la cancelación mal llamada parcial, pues lo que se cancela es la hipoteca total, que junto con otras hipotecas, producto de la distribución, constituyen la garantía de un solo crédito (caso del art. 124 de la Ley Hipotecaria).

Cuando se producen modificaciones físicas en la finca hipotecada (caso del art. 123 de la Ley Hipotecaria), el principio de indivisibilidad actúa, como decimos, en toda su plenitud: sólo el pago total de la deuda

da derecho a exigir la cancelación de la hipoteca única y solidaria que grava por el todo todas las fincas —casos de división y segregación— o partes de fincas —casos de agrupación y agregación—, que tienen su origen en la única hipotecada (caso del art. 125, segundo inciso, de la Ley Hipotecaria). Todo ello sin perjuicio del consentimiento del acreedor (caso del propio art. 123 de la Ley Hipotecaria), que, indudablemente, puede aceptar la liberación de alguna de las fincas gravadas con la hipoteca solidaria única, y en este supuesto estaríamos ante una verdadera cancelación parcial.

MORELL Y TERRY (83) distingue entre una indivisibilidad física —aunque la finca se divida..., sobre cualquier parte que quede— y otra jurídica —aunque se disminuya la obligación—. Pero el principio de indivisibilidad de los artículos 122 y 125 sólo es aplicable —dice— cuando el crédito o la obligación es uno y una la finca sobre que grava. La regla de distribución —tantas hipotecas como fincas— obliga a entender la indivisibilidad en este sentido, o sea, respecto de cada una de las fincas hipotecadas. Esta es la regla, en opinión de MORELL, a la que reconoce dos excepciones: 1.<sup>a</sup>, el caso del párrafo 1.º del artículo 125 de la Ley Hipotecaria, cuando se halla hipotecada una sola finca, pues entonces es también indivisible el crédito hipotecario, y 2.<sup>a</sup>, cuando la finca hipotecada se dividiere en dos o más y no acordasen distribuir entre ellas el crédito voluntariamente el deudor y el acreedor, pues en este caso subsiste la indivisibilidad de origen, aunque, según MORELL, el no llevar consigo la división de la finca la distribución de la responsabilidad, implica una anomalía en el sistema de la Ley Hipotecaria. El acreedor conserva íntegro e indivisible su crédito sobre cada fracción y sobre todas ellas, pero los intereses del deudor se perjudican y el tercer adquirente de alguna de las nuevas fincas la recibe con la responsabilidad indeterminada que le afecta.

## 2) *Fundamento de la regla de distribución*

Las razones que movieron al legislador de 1861 para rechazar la hipoteca solidaria, exigiendo la distribución de la responsabilidad, constan en la Exposición de Motivos y constituyen un texto clásico a cuya argumentación es difícil sustraerse. Comoquiera que lo hemos recogido más arriba (ver II, C, 4, letra *d*), donde distinguíamos entre el condicionamiento económico y filosófico del problema y su solución técnico-hipotecaria, lo damos aquí por reproducido.

---

(83) *Obra y tomo citados*, pág. 26.

La doctrina, en general, ha apoyado la aplicación del principio de divisibilidad o distribución hipotecaria.

MORELL Y TERRY (84), al comentar los artículos 119 a 121 de la Ley de 1909 (189 a 191 del Reglamento de 1915) y las palabras de la Exposición de Motivos, dice que se estableció una verdadera ficción y se sacrificó la unidad del crédito a la diversidad de fincas hipotecadas, resultando en realidad tantas hipotecas como fincas y quebrantando, en aras del crédito territorial, el principio de que lo accesorio sigue a lo principal. Sin embargo, entiende que no por ello la Ley debe ser criticada, ya que hay que rendirse a la evidencia: las diversas fincas constituyen ante el Registro diversas unidades, sin que la unidad del crédito hipotecario baste para ligarlas y convertirlas en una. Cada finca, cada unidad, puede transmitirse y gravarse con independencia de las demás, y el principio de determinación del gravamen no podía considerarse cumplido respecto de tercero sino marcando la responsabilidad especial a que cada finca debía quedar sujeta.

CAMPUZANO (85) se limitaba a comentar que es una «consecuencia del principio de especialidad, que requiere la determinación exacta y precisa de las responsabilidades que pesan sobre cada finca, y por eso, sin duda, se estableció la obligatoriedad de la distribución en forma tan rígida e imperativa». A la regla reconocía una sola excepción: la del artículo 190 del Reglamento de 1915 (217 del actual), que, en nuestra opinión, como veremos, no lo es.

GALINDO (86), al comentar las palabras de la Exposición de Motivos, dice que no ve tan palpables las ventajas de la innovación que no pueda sufrir serias impugnaciones. Por de pronto existe un mal: que la Ley Hipotecaria intervenga y arregle y limite la contratación entre personas que ni por edad, capacidad, debilidad o interés social necesitan de la protección especialísima de las leyes. Permiten éstas —sigue diciendo—, atendiendo sólo al principio de libertad, que el usurero desuelle a su víctima, y le coarta el que asegure del modo que le plazca ese contrato, olvidando el principio de libertad que le dio la vida.

Entre los autores más modernos, ROCA SASTRE (87) apoya la distribución con una serie de argumentos, como son el favorecer el crédito territorial, evitar engaños y maquinaciones fraudulentas, que la solidaridad no es de gran utilidad al acreedor y no se presume en nuestro Dere-

(84) *Obra y tomo citados*, pág. 9.

(85) FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA: *Legislación Hipotecaria*, Madrid, Reus, 1925, págs. 483 y ss.

(86) LEÓN GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, 4.ª ed., Madrid, 1899, tomo III, páginas 253 y ss.

(87) *Ob. cit.*, págs. 523 y ss., tomo IV-1.º

cho que la indivisibilidad no es de esencia en la hipoteca. Y termina apoyándose en los principios de especialidad y publicidad.

LA RICA (88) destacaba que el principio de especialidad, denominado también de determinación por algunos autores, impuso, desde los albores del régimen inmobiliario, que cuando una responsabilidad afectase a una pluralidad de fincas o derechos, fuese aquélla distribuida, especificándose de modo inequívoco la parte correspondiente a cada finca o derecho gravado.

PUIG BRUTAU (89), en pocas palabras, recoge las ideas que venimos reiterando de crédito único, división de la garantía y equivalencia económica, cuando dice: «se trata de lograr que el valor de cada uno de los bienes gravados sólo quede afectado en la medida necesaria para que entre todos garanticen el crédito único».

La DIRECCION GENERAL ha apoyado sin restricciones esta postura, por razones idénticas a las del legislador de 1861. Así, la Resolución de 16 de marzo de 1929, en su último considerando, destaca que «nuestra Ley Hipotecaria ha prohibido *las hipotecas solidarias y las subsidiarias*, es decir, las que gravan simultánea o sucesivamente, con el mismo crédito y sin distribución de su cuantía, a varios inmuebles, no porque sean radicalmente nulas, y así lo demuestra el contenido del artículo 123, al permitir que el acreedor repita por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido otra, sino por no aminorar el crédito territorial del deudor, ni proteger las immoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de seguro éxito, multiplican sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo con hipoteca...».

La Resolución de 12 de marzo de 1936, ya citada (90), además de afirmar que la determinación de la hipoteca trunca el principio de la indivisibilidad para someterse al de especialidad, declaró: « viniendo a ser la hipoteca sobre varias fincas, respecto de derechos inscritos con posterioridad, *mancomunada y no solidaria* entre ellas, sin admitirse, como en otros países, estipulación opuesta, con el fin de favorecer el crédito territorial, dejando un margen libre en su valor» (segundo considerando). MORELL Y TERRY (91) había afirmado con anterioridad que la doctrina del artículo 119 de la Ley Hipotecaria se había introducido no precisamente en beneficio del deudor, sino más bien en interés del crédito

(88) DON RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 2.ª Parte, Modificaciones. Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1949, pág. 259.

(89) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III-3.º, 2.ª ed., págs. 141 y siguientes, Bosch, 1974.

(90) Ver anterior nota 78.

(91) *Ob. cit.*, pág. 14, tomo IV.

territorial. Por esta razón, en relación con el *pacto entre deudor y acreedor estableciendo la solidaridad de la hipoteca* sobre todas las fincas, o sea, la indeterminación entre ellas, entendía que debía ser rechazado, aunque reconocía el abuso de los acreedores pidiendo agrupaciones de fincas, al efecto de constituir la hipoteca sin verificar la distribución.

Por último, citaremos la Resolución de 4 de noviembre de 1968, en la cual se declaró por la DIRECCION GENERAL (segundo considerando) que la exigencia contenida en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria de fijar la cantidad o parte de gravamen que recae sobre cada una de las fincas hipotecadas, no se entiende cumplida por «el hecho de que en otra de las estipulaciones se haya señalado la parte de precio que en la compraventa corresponde a cada finca», que no es suficiente para que «el Registrador haya de presumir o interpretar que esas mismas cantidades se toman como base para la distribución, máxime cuando no se hace ninguna referencia o remisión a ellas en la citada cláusula».

### 3) *Derecho comparado*

a) *Derecho alemán*.—De las cuatro formas legales para gravar con deuda por capital una finca —hipoteca con cédula, hipoteca ordinaria sin cédula, hipoteca de seguridad y deuda territorial—, la hipoteca ordinaria, con o sin expedición de cédula, al gravar varias fincas, puede tener carácter solidario o determinarse la responsabilidad especial de cada uno de los inmuebles gravados (arts. 1.113 a 1.203 del Código de 18 de agosto de 1896).

Es decir, en Alemania, a diferencia de España, *la hipoteca es solidaria, como regla general, cuando afecta a varias fincas*. Pero el acreedor está autorizado para distribuir la cuantía del crédito sobre las fincas singulares, de manera que cada finca responda solamente por la suma asignada. De modo que, en Alemania, la división del crédito entre las fincas sólo exige el consentimiento o intervención del acreedor. Para que la solidaridad tenga expresión en el Registro, se dispone que al inscribir una de estas hipotecas, se haga constar de oficio la corresponsabilidad de las otras fincas. Pero no es lícito gravar varias fincas con hipotecas autónomas por razón de un mismo crédito en toda su cuantía.

La hipoteca solidaria es frecuente, en Alemania, en las regiones donde predomina el *minifundio rústico*, como el Palatinado. Se da también en la ciudad (92), y el caso más corriente es aquel en que el propietario de varias casas, sobre las que pesan ya gravámenes muy altos, se ve obligado a hipotecarlas todas juntas para ofrecer una mayor base de garantía. Otra

(92) Véase Roca: *Ob. cit.*, págs. 532 y 533, tomo IV-1.º

fuente de hipoteca solidaria es la *parcelación de fincas*. En las *ventas de solares*, lo corriente es que el vendedor se obligue a distribuir la hipoteca que le corresponda, en garantía del precio aplazado, entre los varios solares que se forman por parcelación de la vendida, o a eximir de responsabilidad hipotecaria las parcelas revendidas por el comprador, previo abono del tanto correspondiente.

En la hipoteca solidaria alemana, como decíamos, el acreedor tiene derecho de libre elección de finca y *distribución del crédito* cuando se trate de precisar la responsabilidad. Como dice HEDEMANN (93), este derecho se muestra en su plenitud al tiempo de la *ejecución forzosa*. El acreedor determina libremente cuál de las fincas quiere ejecutar y las demás quedan libres. Más todavía: esta liberación automática de las otras fincas lleva consigo, contra la tendencia constante en el Derecho de hipotecas alemán, el avance de los puestos hipotecarios de rango posterior, que cubren el vacío producido. Por tanto, la suerte de estos acreedores hipotecarios posteriores depende, en gran medida, de la elección que aquél haga.

La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* recogía en 1941 (94) un comentario de la *Revista de la «Akademie für Deutsches Recht»* —sobre un trabajo de WILHELM SCHÜTZ— contrario a la hipoteca solidaria, en el que, citando a dicho autor, se dice, en resumen: 1.º Que el método, propuesto por los abolicionistas, de dividir el crédito hipotecario y repartirlo sobre las diversas fincas, puede dar resultados satisfactorios en los casos en que las fincas guarden cierta independencia entre sí. Pero muchas veces se trata de fincas que contienen negocios verticales de una empresa industrial, por ejemplo, una mina y una fábrica. En esta hipótesis, se inutilizaría una finca con la pérdida de otra, forzosa consecuencia de su independización. 2.º Proponen los abolicionistas la agrupación de todas las fincas hipotecadas en una sola, procedimiento que fracasa si las diferentes fincas pertenecen a distintos propietarios. 3.º No se puede impedir nunca que una sola finca hipotecada se divida después en varias fincas (con lo que —parece dar a entender— de todas formas surge la hipoteca solidaria).

b) *Derecho suizo* (95).—El Código Civil suizo, cuando la hipoteca por un mismo crédito afecte a varios inmuebles, distingue según que estos bienes pertenezcan o no al mismo propietario, o de ser éstos varios, según sean o no deudores solidarios.

Cuando los propietarios hipotecantes de las varias fincas sean dis-

---

(93) *Ibidem*.

(94) Número 158, julio de 1941, pág. 501, bajo la rúbrica «Problemas hipotecarios en Alemania. El problema de la hipoteca sobre varias fincas».

(95) Tomado de ROCA: *Obra y tomo citados*, págs. 530 a 533 y 554.

tintos o los codeudores correspondientes no sean solidarios, «cada inmueble debe ser gravado por una parte determinada del crédito garantido, debiéndose efectuar la distribución de la garantía proporcionalmente al valor de los varios inmuebles, salvo convención contraria» (art. 798 del Código Civil suizo).

En otro caso, surge la *hipoteca solidaria*, por la cual el acreedor goza de la facultad de satisfacerse por el todo sobre cada uno de los bienes gravados (WIELAND). Varios inmuebles pueden ser gravados por el mismo crédito cuando pertenezcan al mismo propietario o a deudores solidarios. En este caso, *cada inmueble garantiza la totalidad del crédito mientras no sean enajenados*, pues caso de enajenación de uno o de algunos habrá reparto proporcional de la garantía (arts. 833 y 846).

Si el acreedor garantido por una hipoteca colectiva o solidaria tiene derecho a conservar íntegramente su hipoteca sobre cualquiera de los inmuebles, consintiendo en desgravar los demás, no le es permitido hacerlo en *caso de ejecución*, en que debe proceder simultáneamente a la realización de todos los inmuebles, de modo que se haga posible el pago de los acreedores posteriores, contribuyendo cada inmueble proporcionalmente al pago de la deuda (art. 816). No puede el acreedor proceder a la ejecución arbitraria de algunos inmuebles, dejando intactos los demás, cosa posible en el Código francés. El Código suizo no admite la indivisibilidad de la hipoteca, aunque sea solidaria.

En el Derecho suizo, pues, si una porción del inmueble gravado es vendida, o si la enajenación afecta a uno de los varios inmuebles gravados pertenecientes a un mismo propietario, o *si el inmueble es objeto de división*, salvo pacto en contrario, es partida o distribuida, proporcionalmente a su valor, entre las diferentes fracciones de lo hipotecado. El acreedor que no acepte este reparto puede, dentro de un mes a contar del día en que ha devenido definitiva, exigir el reembolso dentro del año. Cuando los adquirentes cargan con la parte de deuda asignada a sus parcelas, el deudor primitivo es liberado, a menos que el acreedor no declare por escrito, dentro del año, que no entiende renunciar a sus derechos contra él.

En cuanto a la *segunda hipoteca*, el artículo 812 del Código Civil suizo dispone que el propietario de un inmueble constituido con prenda inmobiliaria —que es el nombre común a las instituciones de garantía— no puede renunciar válidamente a la facultad de gravarlo con otros derechos reales. Es decir, como en Derecho español, es nula la cláusula prohibitiva de segundas hipotecas.

c) *Portugal* (96).—El artículo 696 del Código Civil establece la

---

(96) Las fuentes del Derecho portugués son el Código Civil de 26 de noviembre de 1966 y el Código del Registro Predial de 28 de marzo de 1967.

*indivisibilidad de la hipoteca*, salvo pacto en contrario, subsistiendo por entero sobre cada uno de los bienes gravados y sobre cada una de las partes que los constituyan, aunque la cosa y el crédito, sean divididos o éste se encuentre parcialmente satisfecho. En opinión de ANGEL DE LA FUENTE JUNCO (97), este artículo parece contemplar de entrada que sean varias las cosas o bienes hipotecados en garantía de un crédito, sin que, en tal supuesto, haya distribución de responsabilidad.

La idea de equivalencia económica entre la deuda y su garantía resulta del artículo 697, que establece que, *en caso de ejecución*, no podrán ser afectados otros bienes del patrimonio del deudor hasta que haya sido reconocida la insuficiencia de la garantía.

Por último, es interesante la disposición del artículo 721 del Código Civil portugués, que reconoce al *tercer adquirente de los bienes hipotecados* que inscribió su título y que no es personalmente responsable del cumplimiento de las obligaciones garantizadas, el derecho de purga o liberación de la hipoteca, bien pagando íntegramente a los acreedores hipotecarios, bien declarando que está presto a entregarles la cuantía por la que obtuvo los bienes o aquélla en que los estima en las adquisiciones gratuitas o sin fijación de precio.

d) *Francia* (98).—Ya antes de la reforma de 1955, se exigía en Francia que la *hipoteca convencional* se refiriera a bienes determinados, pero la jurisprudencia había entendido la exigencia con gran amplitud y estimaba válida la *hipoteca sobre todos los inmuebles de una persona* en un determinado municipio o distrito, a condición de indicar sumariamente su naturaleza.

*Las hipotecas legales, los privilegios generales y la hipoteca judicial* afectaban a todos los inmuebles presentes y futuros del deudor.

Tras la última reforma, toda hipoteca debe ser inscrita para ser oponible a terceros y se exige la precisión de la deuda asegurada y la determinación del inmueble gravado.

En cambio, no se ha establecido la necesidad de *distribución de la responsabilidad hipotecaria* entre las varias fincas que responden a un solo crédito. Esta falta de especialización determina la inseguridad de los ulteriores acreedores hipotecarios.

La *ejecución de la hipoteca* ofrece la particularidad de que la venta

---

(97) *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, tomo I, pág. 137. II Congreso Internacional de Derecho Registral. Centro de Estudios Hipotecarios, 1974.

(98) El Derecho francés está formado principalmente por la Ley de 25 de marzo de 1855 y el Decreto de 4 de enero de 1955. Resumimos del tomo II de *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, a cargo de A. DE LA FUENTE JUNCO y M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS. Centro de Estudios Hipotecarios, 1974. páginas 131 y 139.

del inmueble en pública subasta determina la purga de todas las hipotecas, sean de rango inferior o superior a la que se ejecuta. El importe del inmueble, una vez abonadas al tercer poseedor las mejoras que se le deban, se distribuirá entre los distintos acreedores, según su rango —*droit de preference*—, determinado por arreglo amistoso unánime o, en otro caso, por procedimiento especial —*procedure d'ordre*—.

e) *Italia* (99).—Hemos de distinguir los dos sistemas hipotecarios que, como es sabido, se aplican en Italia: el de folio personal y el de folio real o tabular.

En el *sistema de folio personal* rige el *principio de especialidad* y la doctrina entiende que los términos del Código excluyen la posibilidad de la hipoteca solidaria. Sin embargo, la especialidad no tiene el alcance y valor de los sistemas de desenvolvimiento técnico, pues, en opinión de ANGEL DE LA FUENTE JUNCO (100), tras visitar los Registros italianos, en el Registro no hay ya una descripción detallada de las fincas, sino ni siquiera una alusión amplia.

En el *sistema real o tabular o fondiario*, que rige en las provincias italianas de origen austríaco incorporadas al Reino de Italia en la mitad del pasado siglo, la finca y los derechos reales están perfectamente delimitados en sus características y extensión, es decir, rige el *principio de especialidad*.

Sin embargo, una excepción se encuentra en las llamadas *hipotecas simultáneas o solidarias*, que gravan dos o más fincas o cuerpos tabulares, respondiendo cada una del todo del crédito hipotecario. El acreedor tiene la facultad de proceder a la satisfacción de su crédito sobre todas y cada una de las fincas hipotecadas (art. 15 de la Ley General). Ahora bien, esta facultad electiva del acreedor en las hipotecas simultáneas tiene su importancia a efectos de los acreedores posteriores al ejecutante. Y la Ley tabular, para evitar el daño económico de los *segundos acreedores*, en el supuesto de que se ejecute la totalidad del crédito sobre una de las fincas, concede a los acreedores perjudicados el derecho de subrogarse en el crédito del ejecutante sobre otra de las fincas hipotecadas, subrogación que debe ser inscrita para ser eficaz y no alcanza a los acreedores preferentes.

Otro supuesto de hipoteca simultánea se produce en el caso de *divi-*

---

(99) Son fuentes del sistema de folio personal el Código Civil de 16 de marzo de 1942 y la Ley del Impuesto Hipotecario de 25 de junio de 1943. Y del sistema tabular el Real Decreto de 28 de marzo de 1929, que declaró vigente la Ley de 25 de julio de 1871 del sistema austríaco, y el Código Civil italiano de 1942.

(100) En el tomo III de *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*, a cargo también de P. CABANILLAS, P. MARTÍNEZ DE LA CUEVA y M. AMORÓS GOSÁLVEZ, Centro de Estudios Hipotecarios, 1974, pág. 110.

*sión de un cuerpo tabular*, formándose cuerpos tabulares independientes, pues la hipoteca que lo gravaba subsiste por entero sobre todos los bienes vinculados y sobre todas sus partes (art. 2.809 del Código Civil de 1942).

#### 4) *Nuestra posición*

No obstante cuanto acabamos de exponer en relación con el tema básico hipoteca solidaria-regla de distribución, la perspectiva que dan más de ciento veinte años de aplicación de la Ley, las enseñanzas del Derecho comparado y de la doctrina y las profundas transformaciones operadas en la propiedad, principalmente urbana e industrial, hacen conveniente, a nuestro juicio, tener en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones:

a) El propósito del legislador de que el dueño «pudiese levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario, que no perjudicará al antiguo en lo que alcance al valor de la cantidad hipotecada, pero que tendrá preferencia sobre otros créditos», puede decirse que no ha tenido éxito. Dificilmente pueda fijarse en más de un cinco por ciento el número de fincas con *segunda hipoteca*, y aun éstas son, en la mayoría de los casos, ampliaciones de la primera por el mismo acreedor, o superposiciones de garantía en favor de acreedores, generalmente Bancos o Cajas de Ahorro, que, como apuntábamos en la introducción, tratan de asegurar créditos dudosos.

La razón o razones de este fracaso, como de otros preceptos bien intencionados de la Ley Hipotecaria —caso del artículo 140, sobre pacto de limitación de responsabilidad al importe de los bienes hipotecados—, hay que buscarla en el rechazo de los acreedores y, en general, de las instituciones financieras a la aceptación de garantías poco sólidas, como es la segunda hipoteca —pendiente siempre de la ejecución de la primera—, prohibida incluso por vía estatutaria, o de acuerdos del Consejo, en la mayoría de aquéllas. Y nos remitimos a lo demás ya dicho sobre el particular en la introducción.

b) La exigencia de la distribución se basa en la existencia de varias fincas, que, a veces, lo son sólo en el Registro o que tienen una función económica conjunta como parte de una empresa. Ello obliga a agrupar fincas, en ocasiones, sólo para salvar el escollo del artículo 119 de la Ley Hipotecaria.

c) La realidad económica y social exige atender al adecuado equilibrio entre la deuda asegurada con hipoteca y el inmueble o inmuebles objeto de ésta. En este sentido, además de tener en cuenta los anteceden-

tes que veíamos de nuestros Derechos históricos, el Derecho comparado quizá pueda ofrecer soluciones con la admisión limitada en origen de algunos casos de hipoteca solidaria, así como la imposición de la distribución entre las nuevas fincas resultantes de la división de la primeramente hipotecada, a la vista de su desmesurado crecimiento económico, como veíamos, por ejemplo, en los Derechos alemán y suizo.

d) La aparición de nuevas formas de garantía real, como la llamada hipoteca cambiaria o en garantía del pago de letras de cambio, desconocida por el legislador de 1861, plantea graves problemas de coordinación entre la Ley Hipotecaria, que exige la distribución, y el Código de Comercio, que no admite pagos parciales de la letra. Nos referiremos a esta cuestión más detalladamente en seguida.

e) Tampoco parecen suficiente razón en el juego solidaridad-determinación de la hipoteca, los posibles acuerdos fraudulentos que perjudiquen a un tercer poseedor, ya que cabe facultar al Juez para que, a petición del interesado y si fuese posible, distribuya la deuda, a falta de acuerdo entre las partes, como veíamos en el Derecho comparado.

f) Por último, la distribución no es, en todo caso, una consécuencia necesaria del principio de especialidad. En este sentido, podemos decir, con autor tan poco sospechoso en la materia como don JERÓNIMO GONZÁLEZ (101), que «no siempre está distribuido el crédito hipotecario con tal rigor que pueda determinarse exactamente la cantidad que grava la finca en cada momento; una emisión de títulos al portador garantizados con hipoteca grava a varias fincas sin especificar los números de las obligaciones a que, respectivamente, están afectas. Pagadas o amortizadas algunas, pero sin practicar la cancelación correspondiente, que a veces no es posible, todas las fincas responden del resto».

## B) HIPOTECA SOLIDARIA EN ORIGEN

Vamos a plantearnos aquí algunas ideas sobre lo que pudiera ser una solidaridad hipotecaria en origen, es decir, nacida en el momento mismo de la constitución de la hipoteca, dejando para más adelante los casos de solidaridad sobrevenida, consecuencia generalmente de las modificaciones operadas en la entidad física de la finca primeramente hipotecada.

Por separado, estudiaremos a continuación los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario, considerados a veces como supuestos de excep-

---

(101) *Principios hipotecarios*, pág. 262, editado en 1931, en Madrid, por la Asociación de Registradores de la Propiedad.

ción a la regla de distribución de la responsabilidad hipotecaria del artículo 119 de la Ley.

En el primer sentido, incluimos los siguientes casos:

1) *Pacto estableciendo la solidaridad de la hipoteca*

En los Derechos alemán y suizo hemos visto cómo la hipoteca cuando grava varias fincas en garantía de un solo crédito es, en general, naturalmente solidaria y lo posible es el pacto de distribución, que, en cualquier caso, puede hacer el acreedor por sí solo. También es indivisible, salvo pacto, la hipoteca sobre varias fincas en Portugal.

En el Derecho español, como apuntábamos más arriba (III, A, 2), la Resolución de 12 de marzo de 1936 declaró el carácter mancomunado y no solidario de la hipoteca sobre varias fincas, respecto de derechos inscritos con posterioridad, sin admitirse, como en otros países, estipulación opuesta, tesis que, como igualmente señalábamos, había mantenido ya MORELL Y TERRY. Por tanto, de Derecho constituido, no es válido el pacto entre deudor y acreedor estableciendo la solidaridad en origen de la hipoteca que grava varias fincas.

2) *Carácter solidario de la hipoteca hasta la aparición de terceros*

La regla de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas gravadas del artículo 119 de la Ley obedece, como hemos visto, en la mentalidad de sus autores, a una razón última: el fomento del crédito territorial, la posibilidad de segundas y ulteriores hipotecas sobre la misma finca. Veámoslo en la discusión parlamentaria de la Ley de 1861 (más arriba, II, C, 4, c), el señor PERMANYER afirmaba la solidaridad del gravamen a que quedan sujetas todas las fincas obligadas por un solo crédito mientras los bienes continúen siendo del deudor y obligado, pues entonces responden los bienes todos y cada uno por la totalidad del crédito. Y el señor PERMANYER era uno de los máximos defensores de la regla de distribución. O sea, que en tanto no se produce registralmente el hecho hipotecario de la aparición de otro interesado —adquirente de la finca o de otro derecho real sobre ella—, la regla de distribución no funciona, o funciona limitadamente, si se quiere. Los artículos 120 y 121 de la Ley Hipotecaria, que no hacen sino traducir las palabras de la Exposición de Motivos, son muy claros al respecto: «Fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos *con perjuicio de tercero...*», y «... si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del

crédito, puede el acreedor repetir por la diferencia *contra las demás fincas hipotecadas* que conserve el deudor en su poder, pero *sin prelación*, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que después de inscrita la hipoteca hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas».

Por tanto: mientras no haya terceros interesados, si la finca ejecutada no basta para cubrir el crédito, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de las demás (*solidaridad*) para el cobro de lo que le falte. En cambio, si hay terceros interesados, podrá repetir contra las demás, pero sólo por la cantidad a que estén afectas (*regla de distribución*), con preferencia respecto de dichos terceros, porque en cuanto a la diferencia, si la hubiere, los terceros son preferentes.

Ocorre, pues, que esta solidaridad natural en origen o primaria de toda hipoteca es, necesariamente, limitada, al estar condicionada a la posible aparición de terceros. MORELL Y TERRY (102), al estudiar los efectos de la determinación de la hipoteca sobre varias fincas, precisaba que si bien con la regla de distribución surgen tantas hipotecas como fincas, mientras todas sigan en poder del deudor hipotecante y no haya nuevos gravámenes inscritos, esto es, mientras no haya tercero, puede el acreedor repetir contra todos los inmuebles gravados, cobrando en unos lo que no alcance en otros. Al entablar el acreedor su reclamación —decía— puede ocurrir: a) Que las fincas continúen en poder del deudor, sin haberse impuesto después sobre ellas ningún otro gravamen; en este caso, el acreedor puede cobrar, con el exceso de valor de alguna de las fincas, la parte de crédito que no alcance a cubrir el valor de las demás, subsistiendo la solidaridad entre las fincas hipotecadas. b) Que las fincas sigan en poder del hipotecante, pero que hubiese impuesto sobre ellas derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca de que se trate; en este segundo caso, se aplica literalmente el artículo 121 de la Ley Hipotecaria. c) Que alguna de las fincas haya pasado a un tercer poseedor: éste sólo responde de las cantidades asignadas a ella.

### 3) *Hipoteca por todo el valor de la finca*

MORELL Y TERRY (103) plantea el problema de si, frente al principio de determinación de la hipoteca que exige precisar el importe de la responsabilidad de cada una de las fincas gravadas, es posible constituir una hipoteca que absorba todo el valor de la o las fincas.

(102) *Ob. cit.*, págs. 14 y 19, tomo IV.

(103) *Ibidem.*

Más tajantemente, CHICO Y ORTIZ (*obra y tomo citados*, pág. 750) afirma que, aunque la distribución se haya verificado, no produce efectos si no existen terceros.

Evidentemente, no se puede negar a las partes, en el campo de la autonomía de la voluntad, ese derecho: las fincas valen un millón y se presta un millón. Pero, como aclara dicho autor, es indispensable precisar el valor que a cada finca se asigna, de modo que cuando se diga que la finca vale un millón, no puede pretender el acreedor, si se vende en tres millones, que todo ese valor es suyo, pues para el tercero no puede existir la indeterminación de lo que en su día puede valer, sino que ha de conocer, clara y concretamente, la cantidad de que el inmueble debe responder.

#### 4) *Hipoteca subsidiaria o condicional subsidiaria*

Llama así MORELL Y TERRY (104) a la hipoteca creada sólo para el caso de que resulte insuficiente al pago del crédito el valor de las fincas hipotecadas en primer término, dada la cantidad que, en cumplimiento de la regla de distribución del artículo 119 de la Ley Hipotecaria, se les asignó. Resalta —dice— la naturaleza de la hipoteca subsidiaria cuando se impone sobre una finca, sobre la misma finca, con el siguiente tenor: vale dos millones y debe responder de millón y medio, y subsidiariamente por todo su valor.

Sobre la validez de este tipo de hipoteca, se pronuncia negativamente y entiende que, en este caso, la *determinación* que exige el artículo 119 de la Ley Hipotecaria se convierte en *solidaridad* de la hipoteca sobre todas las fincas gravadas, que es precisamente lo que la Ley quiso evitar.

La DIRECCION GENERAL, como ya vimos, en la Resolución de 16 de marzo de 1929 declaró la prohibición, derivada de la propia Ley Hipotecaria, de constituir hipotecas tanto *solidarias como subsidiarias*, es decir, las que gravan simultánea o sucesivamente, con el mismo crédito y sin distribución de su cuantía, a varios inmuebles (último considerando).

La Resolución de 12 de marzo de 1936 contiene, en sus considerandos tercero y cuarto, una doctrina muy clara sobre esta variedad de hipoteca, que por su interés vamos a reproducir:

«Considerando que al constituirse doña... fiadora y solidariamente responsable de la parte que no alcance a cubrir la hipoteca de don..., constituyendo fianza hipotecaria sobre la finca que ya hipotecó con éste, es indudable que *tanto la hipoteca principal como la subsidiaria tienen por finalidad el aseguramiento de un solo crédito* —si bien con subordinación a un orden de ejecución— que impediría al tercer adquirente de la finca dada ahora en garantía saber con seguridad las responsabilidades

(104) *Ob. cit.*, pág. 21, tomo IV.

que por tal concepto se pueden hacer efectivas sobre ella, quedando subordinado el derecho al ejercicio de facultades extrañas o al resultado de sucesos que deterioren o destruyan la de su marido.»

«Considerando que en este juego de personas, derechos y condiciones es necesario que el Registro muestre siempre a los terceros, con precisión y exactitud, la naturaleza y circunstancias de las relaciones inscritas sin desnaturalizar el carácter de la hipoteca, y en tal sentido, al no poder constituirse ésta como nó sea para asegurar algún crédito actual, eventual o futuro, ha de admitirse que en el caso presente las dos fincas vienen, en definitiva, a garantizar una misma obligación principal con una doble y agotadora distribución de responsabilidad, o ha de sostenerse que la hipoteca discutida es un seguro contra la contingencia del menor valor de la primera, suposición inadmisibles en tal concepto, o que es *una fianza de otra de carácter real*, figura jurídica que no cabe dentro del articulado de nuestro Código Civil.»

##### 5) *Hipoteca cambiaria*

Del problema general de la hipoteca cambiaria y de la mayor parte de las cuestiones puntuales que plantea, nos hemos ocupado en trabajos anteriores (105). Ahora vamos a limitarnos a un breve examen de las relaciones de la figura con los principios básicos que venimos estudiando.

El artículo 119 de la Ley Hipotecaria, recogido ya en la Ley de 1861, ha impedido la creación de hipotecas solidarias en origen, según venimos reiterando. Sin embargo, la postura del legislador de 1861 no tomó en consideración —ni pudo hacerlo— la posibilidad de ciertas hipotecas frecuentes en la práctica de hoy, como son las hipotecas en garantía del pago de letras de cambio o cambiarias, hoy definitivamente admitidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado: Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973, de 31 de octubre de 1978, de 18 de octubre de 1979 y de 23 de octubre de 1981, como más importantes.

Muchas son las cuestiones que plantea este tipo de hipotecas, por lo que la Dirección General, en la Resolución de 26 de octubre de 1973, hacía un llamamiento a la labor creadora de Notarios y Registradores de la Propiedad. En lo que ahora nos afecta, la mayoría de los problemas surgen al tratar de coordinar las leyes hipotecarias, que exigen la distribución de responsabilidad entre las varias fincas gravadas, y las leyes mercantiles, que no admiten pagos anticipados ni parciales de la letra.

Partiendo de la base de que la hipoteca cambiaria es la constituida en garantía del pago cambiario de la letra, ello significa, a nuestro juicio,

---

(105) Remitimos a los tres estudios citados en la nota 19.

que el régimen jurídico del pago es el regulado en el Código de Comercio, según el cual la letra ha de ser pagada el día de su vencimiento, sin término de gracia o cortesía (arts. 455 y 458), no quedando liberado el deudor por pago anticipado si resultase no haber pagado a persona legítima (art. 490), y, sobre todo, sin que el tenedor pueda ser obligado a percibir el importe antes de su vencimiento (art. 493), ni parcialmente, salvo acuerdo entre portador y librado (art. 494); la consignación sólo cabe en el supuesto de falta de justificación de la personalidad del tenedor (art. 492, 2.º).

Pues bien, sin perder de vista estos preceptos básicos, vamos a distinguir los siguientes supuestos:

a) Que se garantice el pago de *una sola letra con hipoteca sobre dos o más fincas*. En este caso, creemos que se producen los siguientes efectos:

1.º No rige el artículo 120 de la Ley Hipotecaria ni su antecedente el 119, ya que estos preceptos, como hemos reiterado, suponen imponer un pago parcial, lo cual va en contra del artículo 494 del Código de Comercio.

2.º Tampoco es aplicable el artículo 124 de la Ley Hipotecaria ni su desarrollo en el artículo 221 del Reglamento, preceptos fundados igualmente en pagos parciales, como consecuencia de la distribución, no vinculantes en la letra (106).

3.º Aun cuando voluntariamente se hubiese distribuido la responsabilidad, ello no afectará al tenedor de la letra al tiempo de exigir su pago, quien podrá negarse a aceptar pagos parciales, pudiendo, en consecuencia, ejercitar su acción contra todos los bienes hipotecados, con plena aplicación, en su concepto más tradicional, del principio de indivisibilidad como fuente de la solidaridad.

La posición contraria nos llevaría a distorsionar el régimen jurídico de la letra en punto tan esencial como es el pago, mientras que la distribución de la responsabilidad hipotecaria, lejos de ser esencial a la hipoteca, como venimos reiterando, se justifica por razones más bien extrañas a la propia hipoteca, como es el fomento del crédito.

Podría argumentarse en contra aduciendo que también el artículo 1.169 del Código Civil establece que no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista su obligación, pero

---

(106) En *Cancelación de la hipoteca cambiaria* (cit. nota 19) habíamos sostenido ya la inaplicabilidad a esta modalidad de hipoteca del artículo 221 del Reglamento Hipotecario.

no hay que olvidar que el adquirente del bien hipotecado es causahabiente del hipotecante, mientras que el adquirente o endosatario de una letra de cambio tiene, como señala JOAQUÍN GARRIGUES (107), «un derecho autónomo e invulnerable a las excepciones oponibles a los poseedores precedentes».

b) Que se hipotequen *varias fincas en garantía del pago de varias letras de cambio*. Es el supuesto contemplado en las Resoluciones de 26 de octubre de 1973, 18 de octubre de 1979 y 23 de octubre de 1981.

Frente a la tesis de «tantas hipotecas como letras», que había mantenido EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (108), la Dirección General, en la Resolución de 18 de octubre de 1979, estableció que «no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria». El Registrador había calificado como defecto subsanable «no distribuirse la responsabilidad hipotecaria, de acuerdo con el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, por cada letra y en cuanto a cada finca, lo que igualmente exige el principio de especialidad, pues siendo varias las letras emitidas, han de entenderse constituidas tantas hipotecas cuantas sean aquéllas, como se desprende, por un lado, del artículo 155, párrafo 2.º, de la misma Ley, y, por otro, de la propia naturaleza de la letra de cambio».

El recurrente argumentó, entre otras cosas, que «la posibilidad de la hipoteca única en garantía del pago de diversidad de títulos está expresamente reconocida por el precepto citado (art. 155 de la Ley Hipotecaria)».

El Registrador informó sobre la base del carácter independiente de cada obligación cambiaria, lo que llevaría a considerar tantas hipotecas como letras y, a su vez, a tener que «distribuirse la responsabilidad por cada una de éstas sobre cada una de las fincas hipotecadas».

La DIRECCION, en su cuarto considerando, después de admitir la hipoteca única en garantía de varias obligaciones, se limitó a añadir: «por lo que no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria».

Se observa, por consiguiente, que, tanto en la argumentación del Registrador como en la postura de la Dirección, la necesidad o no de distribuir la responsabilidad es consecuencia de una postura previa: la existencia de una o de varias hipotecas.

c) Precisamente, entendemos que merece consideración aparte un problema que no ha sido objeto de recurso y que completa el cuadro de

(107) *Instituciones de Derecho mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 1953, pág. 309.

(108) «Comentarios a las Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973», número 501, 1974, pág. 339.

lo que acabamos de decir: *si la distribución de responsabilidad debe ir acompañada de, la fijación de las letras de que responde cada finca.*

En la práctica no se produce esta determinación, lo que nos lleva a considerar lo que ya señalaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ (ver anteriormente, en este mismo apartado III, 4, letra f) ), que no siempre está distribuido el crédito hipotecario con tal rigor que pueda determinarse exactamente la cantidad que en cada momento grava la finca. Una emisión de títulos al portador —hoy habría que decir una emisión de varias letras de cambio— garantizados con hipoteca grava a varias fincas, sin especificar los números de las obligaciones —o las letras respectivas— a que están afectas. Pagadas algunas, pero sin practicar la cancelación correspondiente, que a veces no es posible, todas las fincas responden del resto.

A nuestro juicio, abundando en esta idea de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la no determinación de las letras de que responde cada finca produce consecuencias negativas, como son:

1.<sup>a</sup> Que pagadas algunas letras, todas las fincas responden del resto, pudiendo, en consecuencia, el tenedor dirigirse contra todas ellas, si bien hasta la responsabilidad máxima atribuida cuando estén en poder de tercero.

2.<sup>a</sup> Que, en dicho caso de pago parcial, caben manipulaciones fraudulentas —las mismas que justificaban la supresión de las hipotecas solidarias— entre el que cobró las letras y alguno de los dueños de las fincas gravadas, cancelando su responsabilidad, y pudiendo perjudicar a los tenedores de las restantes letras, así como a los propietarios de las otras fincas.

3.<sup>a</sup> Que, igualmente, el tercer poseedor de la finca hipotecada puede, al elegir unas u otras letras para su pago, perjudicar al resto de los tenedores.

No se nos oculta que la distribución por letras ofrecerá dificultades en ciertos casos, especialmente si las letras son emitidas por cantidades notoriamente desiguales, difíciles de ajustar a los valores de las fincas. Pero estas dificultades no son mayores que los problemas que plantea la actual situación y, en todo caso, no existen cuando se trate de letras de igual valor y vencimientos periódicos.

#### C) LOS ARTÍCULOS 217 Y 218 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, ¿SON CASOS DE HIPOTECA SOLIDARIA?

Vamos a ver por separado estos dos artículos, terminando su problemática con una cuestión común que suelen plantear ambos textos.

### 1) *El artículo 217 del Reglamento Hipotecario*

Al permitir la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos integrantes del dominio o participaciones *pro indiviso* de una finca o derecho, sin necesidad de distribuir entre los mismos la responsabilidad hipotecaria, se ha venido considerando que estamos en presencia de un supuesto de hipoteca solidaria. Claramente hay que decir que ello no es cierto, en base a las razones que luego expondremos.

Antes de recoger algún comentario doctrinal sobre este artículo, digamos que su génesis hay que buscarla en una rectificación del legislador a la doctrina sentada por la Dirección General en Resoluciones de 26 de junio y 27 de diciembre de 1909 y 22 de marzo de 1915.

En el cuarto considerando de la primera de las resoluciones citadas, la Dirección fundamentaba su postura en «el precepto del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que exige determinar la extensión del derecho que haya de inscribirse, y demanda, cuando se trata de fincas poseídas en común, que se fije con toda claridad y precisión la porción ideal o parte a que haya de afectar el derecho inscribible, doctrina aún más aplicable al caso actual por virtud de lo prevenido en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria».

En la Resolución de diciembre del mismo año de 1909, la Dirección General insiste, en el único considerando, que al haber contraído los deudores obligaciones mancomunadas simples y no solidarias, «debió hacerse constar la parte de cada uno de ellos, como condueños, que quedaba especialmente gravada por capital, intereses y costas».

Por último, la Resolución de 1915 se reitera «en el sentido de que habiendo contraído los deudores hipotecantes obligaciones mancomunadas simples y no solidarias, debió hacerse constar en la escritura la responsabilidad especial que por capital, intereses y costas ha de gravar a cada una de las partes pertenecientes a los distintos condueños, como si se tratara de hipotecas diferentes».

Pero frente a esta postura doctrinal impecable, se impuso la realidad económica. Nadie está interesado en garantizar su crédito con cuotas indivisas o derechos integrantes del dominio. Incluso alguna entidad de la importancia del Banco Hipotecario de España, lo tiene expresamente prohibido, salvo que se hipoteque la finca en su totalidad (109).

Consecuencia de ello fue la redacción del artículo 190 del Reglamento Hipotecario de 1915, cuyos términos recoge literalmente el actual artículo 217. MORELL Y TERRY (110) se refería a este precepto calificán-

---

(109) Artículo 77 de los Estatutos de 3 de noviembre de 1928

(110) *Obra y tomo citados*, pág. 10.

dolo como «una saludable excepción». A continuación añadía: «Claro que si el acuerdo de los interesados no existe o no se hace constar su existencia, se impone la distribución. Ha podido hacerse algo más. Se explica la conveniencia de la distribución de la responsabilidad entre derechos diferentes; no se explica entre las distintas participaciones indivisas de una misma finca, y mucho menos si son iguales. La responsabilidad forzosamente debe ser proporcionada a la participación».

ROCA SASTRE (111), comentando el precepto, dice que «si hay una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, no hay que distribuir, ya que o bien se hipoteca la finca en sí o bien una participación global resultante sobre la misma». Destaca, además, que «falta una norma que prohíba esta hipoteca conjunta cuando alguno de los derechos integrantes o cuotas indivisas ya se halle aisladamente hipotecado, puesto que así se evitaría la distorsión que respecto de la hipoteca conjunta puede producirse si aquella hipoteca aislada anterior va a la ejecución».

En todo caso, es evidente que no estamos en presencia de una hipoteca solidaria, ya que le falta la característica esencial a este tipo de hipotecas: la posibilidad del acreedor de perseguir todos y cada uno de los bienes hipotecados, mientras que aquí no puede dirigirse individualmente contra cada derecho, por la misma razón que no puede el acreedor, en caso de hipotecarse el pleno dominio, perseguir sólo uno de sus derechos integrantes. Consecuencia de ello es que la tasación, a efectos de subasta, debe hacerse por la totalidad de la finca o derechos hipotecados y no por cada uno de ellos.

Por último, señalaremos que, a nuestro juicio, estos efectos se producen independientemente del carácter solidario o mancomunado de la deuda, a pesar de la doctrina, antes apuntada, de las Resoluciones de 27 de diciembre de 1909 y 22 de marzo de 1915 (112).

## 2) *El artículo 218 del Reglamento Hipotecario*

Se trata de una novedad del Reglamento de 1947, que se inspiró para ello en la excepción del artículo 217. Literalmente, se refiere a la posibilidad de que los *condueños o diversos propietarios* de un edificio en régimen de propiedad horizontal puedan constituir esta hipoteca unitaria.

---

(111) *Ob. cit.*, IV-1.º, pág. 536.

(112) En relación con las variantes que puede ofrecer el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, es de señalar que el artículo 322 de la Compilación de Cataluña regula la hipoteca constituida conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada.

Pero, evidentemente, también podrá constituirla el propietario único del edificio.

LA RICA (113) nos dice que «así constituida la hipoteca, *que realmente es única*, aun cuando sean múltiples los deudores o hipotecantes e incluso las obligaciones garantizadas, *la distribución resulta innecesaria* y, además, perturbadora, puesto que el hipotecarista no puede hacer efectivo su derecho dirigiendo su acción contra cada piso separadamente, sino contra la totalidad del edificio. Equivale a una hipoteca normal sobre una casa, impuesta por todos los condueños de la misma».

El mismo autor nos dice que «hay que tener muy en cuenta que esta hipoteca de todos los pisos de un edificio *no es una hipoteca solidaria*, en que cada piso responda también de la responsabilidad de los demás, *ni una hipoteca subsidiaria*, en que cada piso responda defectivamente de la responsabilidad que no lleguen a cubrir los demás, sino que *es una hipoteca unitaria*, es decir, una sola hipoteca constituida sobre toda la casa como una unidad registral. En consecuencia, llegado el caso de ejecución, el acreedor no puede ejecutar los pisos con separación, sino solamente la totalidad del edificio». El propio artículo 218, al final, así lo establece expresamente: «El acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho, en estos casos, dirigiéndose contra la totalidad del edificio».

ROCA SASTRE (114) nos dice que «se trata, en definitiva, de una especie de hipoteca ordinaria o normal, aunque ofrezca alguna peculiaridad, como lo demuestra la existencia misma de dicho artículo 218 del Reglamento Hipotecario...».

BUENAVENTURA CAMY (115) llama a las hipotecas constituidas al amparo de los artículos 217 y 218 del Reglamento, «excepcionales hipotecas solidarias en cuanto a los deudores». Y agrega a continuación: «Ahora bien, en esta especial *solidaridad de deudores*, como la hipoteca continúa siendo indivisible, la ejecución de ella, cuando proceda, habrá de realizarse contra la totalidad de la finca integrada por los varios derechos, las varias participaciones o los varios pisos, dirigiéndose simultáneamente la ejecución contra todos los deudores, sin permitirse así la facultad alternativa, concedida al acreedor por el artículo 1.144 del Código Civil, de que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, o lo que es lo mismo, y en este caso, contra cualquiera de las partes que, integrando la totalidad de la finca, estén comprendidas en la hipoteca del conjunto».

---

(113) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1.ª Parte, Innovaciones. Colegio de Registradores, Madrid, 1948, págs. 213 y ss.

(114) *Obra y tomo citados*, pág. 539.

(115) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., tomo VI, pág. 538.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (116) plantea el tema de si el acuerdo de los dueños, referido en el artículo 218, habrá de adoptarse por unanimidad o por simple mayoría, estimando que como la materia de dicho acuerdo no tiene encaje en la norma 1.<sup>a</sup> del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y sí, por el contrario, en la norma 2.<sup>a</sup>, es suficiente la mayoría para su validez, pudiendo los disidentes acudir a los medios que se establecen en la norma 3.<sup>a</sup> si se consideran gravemente perjudicados.

En nuestra opinión, la solución a este problema no está en la Ley de Propiedad Horizontal, sino en la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 138 exige que la hipoteca voluntaria sea impuesta «por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan», lo que excluye la posibilidad de sustituir ese consentimiento individual por uno colectivo.

En resumen, de todo lo dicho resulta:

a) La hipoteca del artículo 218 del Reglamento Hipotecario, a nuestro juicio, *no es una hipoteca solidaria, sino unitaria*.

b) La especialidad registral consiste en el modo de practicar los asientos, lo cual carece de trascendencia a los efectos que estamos examinando.

c) La especialidad procesal consiste en tener que perseguir el edificio en la totalidad y no poder perseguir los pisos separadamente.

d) Si algún piso o departamento estuviera hipotecado con anterioridad y se ejecutara esta hipoteca anterior, habría que cancelar parcialmente la hipoteca unitaria posterior, conforme al principio de purga o liberación.

e) En este último caso, si hubiese sobrante, cualquiera que fuese su importe, habría de aplicarse al pago de la hipoteca unitaria posterior, con lo que podría resultar perjudicado el propietario de dicho piso o departamento y beneficiados los demás.

En base a ello, no parece aconsejable la constitución de estas hipotecas unitarias si alguno de los pisos o departamentos estuviera anteriormente hipotecado, siendo de lamentar que el Reglamento no lo haya dispuesto así expresamente.

### 3) *Una cuestión común a ambos textos*

Los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario plantean el problema común de si es posible la inscripción parcial de la hipoteca sobre

---

(116) *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, pág. 1127.

los derechos integrantes del dominio o participaciones *pro indiviso* del mismo, o sobre la totalidad de la casa en régimen de propiedad horizontal, en el supuesto de que fuese denegable el asiento por defectos atribuibles a uno solo de los hipotecantes, como pueden ser falta de capacidad, poder insuficiente, no haber obtenido la pertinente autorización judicial, interrupción parcial del tracto, etc.

A nuestro modo de ver, la hipoteca de los artículos 217 y 218 del Reglamento Hipotecario es una *hipoteca unitaria*, lo cual significa la imposibilidad de alterar los términos legales de dichos artículos. En consecuencia, pactada, al amparo del artículo 217, «una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos», o, al amparo del artículo 218, «una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca», no cabe acudir al párrafo cuarto del artículo 434 del propio Reglamento, permitiendo que el presentante o el interesado puedan manifestar su conformidad en que se despache el documento parcialmente, sin operación alguna en cuanto al hipotecante defectuoso.

La razón está, a nuestro juicio, en que no es posible modificar la voluntad negocial por la voluntad de inscripción. La voluntad negocial es constituir, sobre una finca o casa en propiedad horizontal, una sola hipoteca, y ésta no surge, dado el carácter constitutivo de la inscripción, hasta que se practica el asiento. Si el presentante pudiese modificar la inscripción en este punto, modificaría también la voluntad negocial, lo cual es inadmisibile.

A mayor abundamiento, debe considerarse que normalmente el hipotecante es también deudor, por lo que si la hipoteca se mantuviese en su totalidad sobre los otros hipotecantes, éstos vendrían a ser, en parte, hipotecantes no deudores por la porción no inscrita, y esto, evidentemente, no puede presumirse como querido por las partes.

#### D) HIPOTECA SOLIDARIA SOBREVENIDA Y ALTERACIONES AL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El *principio de indivisibilidad*, que, como ya hemos expresado, no es de esencia en la hipoteca, pues responde a la finalidad esencial de protección a ultranza de los intereses del acreedor, meta única de la figura durante un largo período histórico de su evolución, como hemos visto, debe ceder ante el *principio de especialidad*, de naturaleza institucional. Este último responde a la necesidad de vigorizar el crédito territorial, sin menoscabo de los intereses de los acreedores, y es presupuesto indispensable de la concepción técnica moderna de la institución registral. La especialidad registral, en materia de hipotecas, se hace efectiva a través

de un proceso —la *determinación hipotecaria y la distribución de responsabilidad*— que trata de buscar la plena seguridad jurídica y que tiene como trasfondo económico y social un justo equilibrio entre la deuda, su garantía y los intereses de terceros.

Ese equilibrio supone, en el fondo, que la forma jurídica debe correr paralela a la realidad económica y social que la justifica. Cuando el equilibrio se rompe, principalmente, en nuestro caso, por la aparición de un nuevo concepto de finca, que exige operar reiteradamente en su entidad física y que determina profundas transformaciones en su estimación económica, observamos que la norma jurídica o jurídico-hipotecaria se ve claramente desbordada por esa realidad.

Nosotros vamos a intentar, en este punto, un estudio actualizado del comportamiento de los principios básicos tradicionales de la hipoteca ante las modificaciones de la finca como entidad material, en los casos concretos de agrupación y división, siguiendo la terminología habitual.

### 1) *Agrupación de fincas hipotecadas*

La *agrupación* de fincas es un negocio jurídico unilateral, por el que el titular o titulares de dos o más fincas inscritas las reúnen formando una sola con unidad física o jurídica, la cual se inscribe con número diferente (ver nuevo art. 45, último párrafo, del Reglamento Hipotecario)

Como variante de este negocio existe el de *agregación*, por el cual puede incorporarse a una finca inscrita, sin alterar su numeración, otra u otras fincas o partes de fincas inscritas, siempre que la extensión de éstas no exceda del quinto de la superficie de la finca a la que se agregan (así debe entenderse a la vista del nuevo art. 48 del Reglamento Hipotecario, reformado por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982).

Respecto a estos negocios nos interesa ahora destacar:

— Que es la voluntad del propietario o propietarios la única que decide la agrupación o agregación.

TIRSO CARRETERO (117) pone de relieve cómo la Dirección General, en los casos de modificación de entidades hipotecarias conectadas con actos dispositivos posteriores, suele centrarse en estos últimos. Sin embargo, es necesario distinguir netamente entre la modificación registral de la finca —negocio jurídico unilateral en el que no hay más interesado que el que la realiza y formaliza— y el acto dispositivo que puede seguirla, como la venta, venta con hipoteca en garantía del precio aplaza-

(117) «Comentarios a la Resolución de 27 de febrero de 1978», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 528, 1978, págs. 986 y ss.

do, títulos de cesión de comunidad, etc. —negocio jurídico bilateral o plurilateral, con varios interesados— (118).

— Que, en consecuencia, no es precisa la intervención de los titulares de derechos reales sobre las fincas de origen, quienes no pueden impedir la agrupación o agregación, si bien éstas dejan intactos sus derechos, afecciones o gravámenes.

Con estas breves ideas por delante, vamos a distinguir los siguientes aspectos del problema:

a) *Régimen legal*.—Sustantivamente, se aplica el artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria, que excluye de la extensión de la hipoteca a las mejoras que consistan en «agregación de terrenos, excepto por accesión natural».

Este precepto permanece inalterado, si bien con diferente número, desde la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, y coincide con lo dispuesto en los artículos 1.877 del Código Civil y 109 de la propia Ley Hipotecaria, que extienden la hipoteca a las accesiones naturales, quedando, *a sensu contrario*, excluidas las agrupaciones y agregaciones voluntarias.

En el aspecto tabular, estas operaciones se regulan por los artículos 45, para la agrupación, y 48, para la agregación, del Reglamento Hipotecario, que han sido nuevamente redactados por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982. La novedad consiste en la posibilidad de agrupar fincas de distintos propietarios y la de agregar a una finca otra u otras, y no sólo partes de finca (119).

b) *Derecho comparado* (120).—En *Derecho alemán* se distingue entre:

— *Adscripción*, cuando se une una finca, llamada integrante, a otra finca, llamada principal; las cargas de ésta se extienden a la primera, pero no a la inversa.

— *Reunión* de varias fincas en una sola, en cuyo caso, los gravámenes que individualmente les afecten no se extienden o comunican a la finca total unificada.

En *Derecho suizo*, la reunión en un solo inmueble de varias fincas pertenecientes a un mismo propietario no puede llevarse al Registro si

(118) La Resolución de 12 de febrero de 1958 rechazó la inscripción de las modificaciones registrales de finca otorgadas por la adjudicataria «en vacío» que sólo tiene el mandato testamentario para la transmisión a otra persona de la finca.

(119) Antecedente inmediato de la agregación de fincas enteras es la Resolución de 14 de marzo de 1975, que ya la autorizó.

(120) Tomado de LA RICA: *Libro Homenaje*, editado por el Colegio Nacional de Registradores, 1974, tomo II, pág. 500.

existen garantías inmobiliarias o cargas territoriales anteriores, salvo que los acreedores consientan la reunión o unificación.

c) *Opiniones doctrinales*.—ROCA SASTRE (121) se limita a decirnos que siempre constituyen un foco de problemas —que, por cierto, no enumera— las agrupaciones de fincas gravadas, aconsejando, para «dulcificar» el tema, la descripción en el folio de la finca agrupada de todas las parcelas de origen, evitando con ello, a su juicio, «dar la impresión de que con estos gravámenes quedan contaminadas todas las fincas componentes de la única finca resultante de la agrupación».

El mismo autor (122), después de destacar que la hipoteca continúa gravando incólume sobre la finca originariamente hipotecada, sin extenderse a las demás agrupadas o agregadas, añade que «como la agrupación no afecta para nada al derecho del acreedor hipotecario, de ahí que si éste procede a la ejecución y se enajena forzosamente la finca hipotecada que se agrupó, entonces se producirá una desagrupación de la misma». (Lo que no nos dice es cómo se desagrupa, en base a qué títulos, y cómo se resuelven los graves problemas que la desagrupación puede llevar consigo, que trataremos de esbozar más adelante.)

LA RICA (123) contempla el caso del acreedor hipotecario sobre finca que, posteriormente a la hipoteca, se desagrupa. Ejecutada y vendida la finca gravada, surge del Registro la dificultad para inscribirla al tratarse de una finca que no existe registralmente, pues ha pasado a formar parte de otra nueva. Se impone, en este caso, «desunificar», es decir, separar de la finca agrupada la porción objeto de la ejecución judicial para que vuelva a formar finca independiente. Lo más lógico es que volviese a revivir la finca registral, con su antiguo número y en el mismo folio, opinión que apoya en la autoridad de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, quien, en sus explicaciones en la Universidad Central, afirmaba que todavía existía la finca que se agrupa, siendo necesaria esa ficción para no vulnerar artículos fundamentales de nuestra Ley que prohíben la inscripción de un título relativo a una finca carente de inscripción, de tal manera que aunque hayan desaparecido los antiguos números y las antiguas fincas para formar otra, todavía han de tener esa existencia ficticia a los efectos de los derechos reales constituidos con anterioridad a la unificación.

Insiste este autor en el tema señalando el caso de que sobre la finca total agrupada por unificación de dos solares colindantes, uno de ellos hipotecado, se hubiese levantado una casa. «Se comprenderá —dice— la imposibilidad no sólo de volver a abrir el historial registral de este solar

(121) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 430.

(122) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 551.

(123) En «La unificación de fincas y sus problemas», en el citado *Libro Homenaje*, tomo II, págs. 495 y ss.

parcial, sino también de que el adjudicatario o comprador pueda materialmente concretar los límites de su derecho de dominio. La única solución es resucitar la antigua finca hipotecada, inscribir en su folio el título de adjudicación o venta y poner nota marginal en la unificada haciendo constar la desunificación. Pero todo esto puede ser demasiado para que el Registrador lo realice *ex officio*, sin declaración de voluntad de los interesados o suplida por el Juez. El legislador debiera prever estos problemas. A falta de regulación legislativa es aconsejable que los letrados, al promover la ejecuciones hipotecarias, tengan muy en cuenta —termina LA RICA— las modificaciones sufridas por la finca, a fin de formular los pedimentos adecuados para facilitar la misión del Registrador.»

CAMY (124), después de destacar que «tampoco es óbice para la agrupación el que el dominio de las fincas esté limitado por algún derecho real, el cual subsistirá sin ser afectado por la agrupación», añade: «Pero si existiesen algunos de estos derechos reales limitativos, y a pesar de que éstos se trasladen a la nueva finca, la finca matriz no se extingue totalmente por la agrupación, ni en virtud de la nota marginal expresiva de ello se cierra tampoco en forma total su folio registral, el cual continúa vigente parcialmente». «Este efecto de cierre del folio registral... sólo procede, en principio y salvo importantes excepciones, en cuanto a la titularidad dominical que pasa al nuevo folio, en el cual ha de continuar necesariamente.»

d) *Postura de la DIRECCION GENERAL.*—Sorprendentemente, un tema tan importante, tan frecuente en la práctica y con tan escasa regulación legal, casi nula, no ha dado lugar a resoluciones. La explicación quizá esté en que el crédito hipotecario, normalmente, se sigue pagando en vía voluntaria, por lo que los problemas derivados de su ejecución forzosa casi desaparecen.

La única Resolución directamente referida al tema que hemos encontrado es la de 8 de julio de 1914, en la que se declaró que «cuando se reúnen formando agrupación varias fincas que pertenecen a distintos dueños en común y pro indiviso, una de las cuales está gravada con hipoteca, es necesario determinar la porción indivisa que en la agrupación tienen los condueños y *la parte o porción de ella que queda gravada con la hipoteca constituida sobre una de las fincas con anterioridad a la agrupación*».

En realidad, nos parece que no fue acertada la solución de la Dirección General, en cuanto a la hipoteca se refiere, ya que ésta continúa gravando sólo la finca de origen, sin que la agrupación signifique que se

---

(124) *Ob. cit.*, tomo IV, pág. 493.

ha cambiado el bien hipotecado, y que, por tanto, la hipoteca no se extiende a una cuota indivisa de la finca agrupada. Para ello sería necesario el consentimiento del acreedor.

e) *Nuestra posición.*—Los problemas de técnica tabular, en cuanto al modo de practicar la agrupación, están resueltos en el Reglamento Hipotecario, artículos 45 y 48, según hemos visto. El artículo 44, referente a las fincas discontinuas, es el que ha provocado un mayor número de resoluciones, junto con el tema, hoy resuelto, de si era posible la agrupación de fincas de distintos propietarios.

Creemos que el foco central del problema radica, de una parte, en la interpretación del pacto de extensión de la hipoteca a las fincas que se incorporen, y de otra, en la ejecución de la hipoteca con la consiguiente desagrupación. Los veremos por separado:

### 1.º *Pacto de extensión de la hipoteca a las fincas agrupadas*

La vieja terminología usada por los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria y 1.877 del Código Civil, según la cual, la hipoteca sólo se extiende a los terrenos agregados por accesión natural, excluyendo, *a sensu contrario*, los que se agreguen por cualquier otra causa, debe ser actualizada interpretándose en el sentido de que la hipoteca no se extiende a la finca agrupada o agregada, sea o no terreno, es decir, que no cabe extender la hipoteca al piso, local, plaza de garaje, etc., libre, por el hecho de agruparse o agregarse a otro hipotecado. Y es que la visión plana o superficial del legislador de 1861 ha sido sustituida hoy, como apuntábamos en la introducción, por la visión cúbica o volumétrica de la finca.

El problema, sin embargo, está cargado de complejidad, ya que el hecho mismo de la agrupación —prescindiendo de que alguna de las fincas objeto de la misma esté o no hipotecada— no podemos decir que sea pacífico o, al menos, lo haya sido hasta fechas muy recientes. Vamos a citar sólo tres resoluciones que aseveran este planteamiento:

— La Resolución de 11 de mayo de 1978 planteó el problema de la posible *agrupación de dos edificios colindantes*, uno de ellos constituido en régimen de propiedad horizontal y el otro no. La Dirección General aceptó esta posibilidad, mediante la modificación del régimen de propiedad horizontal, aunque las dos únicas plantas del segundo edificio resulten unidas a elementos privativos de las del primero, sin que sea obstáculo que el artículo 8, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal se refiera exclusivamente a la agrupación de pisos o locales situados dentro del

mismo edificio, ni tampoco que una de las fincas, y no la otra, esté incluida en un polígono del Instituto Nacional de la Vivienda y afecta a un derecho de reversión, aunque este derecho hubiera de concretarse a la correspondiente parte de la finca agrupada. Incluso aceptó la Dirección la posibilidad de que se mantengan los mismos porcentajes en todos los elementos privativos del primer edificio, aunque sólo algunos se incrementen en superficie, y, por tanto, en valor, al poder ser fijados por el propietario único. Presupone, por último, la Dirección (séptimo considerando) que cuando una finca hipotecada se agrupa con otra —sea o no terreno, decimos nosotros— que no lo está, la hipoteca que grava a la primera no se extiende a la otra porción agrupada, en base al artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria.

TIRSO CARRETERO (125) apuntó ya cómo era problema mucho más urgente y frecuente el de la agrupación de pisos o locales de dos edificios distintos, especialmente plantas destinadas a garaje o aparcamiento, allí donde resulta conveniente la agrupación de dos o más locales con esta finalidad, y, en cambio, no resulta conveniente refundir en una sola propiedad el conjunto de los dos o más edificios en los que se sitúa. A este problema, a su juicio, no daba clara solución la Dirección General, pues el artículo 8, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, al referirse exclusivamente a la agrupación de pisos o locales *dentro de un mismo edificio*, permitía la interpretación positiva y la negativa, por lo cual estimó que el tema quedaba abierto.

— La Resolución de 27 de mayo de 1983, en efecto, atacó y resolvió el problema de la *agrupación de locales de distintos edificios*, o más concretamente: si es o no inscribible la agrupación registral de cinco fincas urbanas subterráneas distintas que, de hecho, constituyen un solo garaje, pero tres de las cuales son locales integrados en sendos edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, encontrándose algunas de las plazas de aparcamiento «a caballo» de las teóricas líneas de separación entre las fincas.

La Dirección ha reconocido la existencia de un vacío legal que ni siquiera la Ley de Propiedad Horizontal pudo prever. Este vacío impone *construcciones jurídicas que no violenten los principios hipotecarios registrales, particularmente el de especialidad*, siendo indudable que, en el caso del recurso, la agrupación realizada constituye un todo orgánico o unitario que puede figurar como una unidad registral.

La particularidad del recurso, según la Dirección General, está en

---

(125) En sus comentarios a la referida Resolución de 11 de mayo de 1978, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 533, julio-agosto de 1979, páginas 925 y ss.

que un mismo local o finca independiente forma parte, a la vez, de su respectiva propiedad horizontal y también de la nueva finca creada por agrupación, dificultad que formalmente puede salvarse a través de la coexistencia del antiguo folio registral, referido al local integrado en una propiedad horizontal, y del nuevo folio, donde constará la total finca resultante de la agrupación, manteniendo los tres locales integrados en la misma su número y cuota en relación al edificio de que forman parte, y sin que la nueva finca agrupada requiera que se le dé número correlativo ni se le fije cuota.

— La Resolución de 2 de abril de 1980, por último, se había mostrado ya favorable, en las llamadas *urbanizaciones privadas*, a estas agrupaciones excepcionales, cuya característica general es la de que, no obstante la agrupación, una o varias o todas las fincas agrupadas no se extinguen totalmente desde el punto de vista sustantivo, sino que subsisten a ciertos efectos, y en el orden registral su folio particular anterior no queda cerrado.

Aunque en dichas urbanizaciones la especialidad registral exigiría —dice la Dirección General— que a cada edificio independiente se le abriera el correspondiente folio registral, al constituir unidades orgánicas y urbanísticas es posible abrir un *folio general* para toda la urbanización, con elementos comunes y reglas; un *folio separado* a cada uno de los edificios o bloques, con su régimen de propiedad horizontal y relacionado con el folio general, y un *folio separado* a cada uno de los pisos o locales de cada bloque (125 bis).

(125 bis) JOSÉ MANUEL GARCÍA, PABLO VIDAL y JESÚS ALVAREZ, en su trabajo sobre *Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad* (citado en la nota 13), han puesto de relieve la complejidad de las relaciones jurídicas generadas por el fenómeno urbanístico, que hace necesaria no sólo una urgente y actualizada ordenación sustantiva, sino también fórmulas imaginativas para su constatación registral.

En el conjunto urbanístico o inmobiliario se ha superado, según dichos autores, no sólo el concepto tradicional de finca —material o funcional—, sino también el de finca especial de los edificios en régimen de propiedad horizontal, apareciendo una pluralidad de fincas o elementos arquitectónicos que, sin perjuicio de tener su propia ordenación jurídica, se encuentran integrados en el conjunto por medio de lo que llaman «puntos de conexión»: existencia de elementos comunes (zonas ajardinadas, piscina, locales sociales, zonas recreativas, etc.), produciéndose una múltiple titularidad *ob rem* sobre los mismos como consecuencia de la titularidad de elementos privativos; existencia de obligaciones comunes o *propter rem* de los titulares, consecuencia de su integración en el conjunto, haya o no elementos comunes, aunque sí servicios comunes; existencia incluso de obligaciones *propter rem* no derivadas de la voluntad particular, sino del plan urbanístico de la zona. Esta complejidad aconseja la creación de una entidad gestora, con personalidad jurídica y funciones superiores a las que puedan corresponder a las Juntas de Propietarios de los edificios que, en su caso, estén constituidos en régimen de propiedad horizontal dentro del conjunto. Lo cual lleva a la necesidad de fijar una doble cuota: la específica de dicho régimen y la que llaman. «cuota

Como vemos, la nueva realidad urbanística desborda no sólo la terminología, sino la esencia misma de las declaraciones formuladas por el legislador decimonónico. Cuando las fincas objeto de las operaciones a que nos venimos refiriendo están gravadas con hipoteca, el problema, lógicamente, se complica.

Nosotros vamos a detenernos brevemente en dos supuestos que consideramos de máxima actualidad y que pueden ser más conflictivos en el campo de la agrupación de fincas hipotecadas. Son los siguientes:

a') *Lo que se incorpora a la finca es un elemento común o, en su caso, procomunal* (126).—La hipoteca se extiende a esta nueva incorpo-

de interés en el conjunto», que habrá de ser regulada de manera más flexible, de modo que no impida su modificación posterior.

La inscripción de elementos comunes, si tienen propia individualidad, puede dar lugar a varias fincas separadas, aunque es más práctico que consten en una sola, que puede ser una finca funcional formada por elementos discontinuos y de diversa naturaleza; pero lo más característico es que su titularidad es *ob rem*, conectada en cada momento con la titularidad de cada finca privativa en la proporción de su cuota. Por eso, es conveniente que la inscripción se haga a favor de quienes son y en lo sucesivo sean propietarios de cada una de las fincas del conjunto, evitando la reiterada constancia en ese folio de cada transmisión, pues en el de cada parcela o elemento arquitectónico es donde se encontrará la titularidad de los elementos comunes, dada la remisión a la misma en el folio de éstos.

La constatación registral del conjunto ofrece distintas variantes: constitución sobre una sola finca registral en la que se recoja todo el régimen (parcelas, anejos, elementos comunes, obligaciones *propter rem*, cuotas, etc.), con apertura de folio nuevo a cada una de las parcelas o elementos arquitectónicos que recogerá su propio régimen y la referencia al del conjunto; y apertura de folio también propio a los elementos comunes. Cabe igualmente que se mantenga la individualidad de cada parcela, quedando sólo por practicar la inscripción de elementos comunes, si bien la inscripción del conjunto se hará en forma extensa en la de una de aquéllas.

(126) Sobre el equívoco concepto del elemento procomunal —piso o local independiente, privativo; elemento común accidental; o *tertium genus* sobre la base de distinguir elementos comunes esenciales y convencionales— puede verse el citado trabajo de POVEDA DÍAZ, págs. 47 y ss. Para este autor el elemento procomunal es aquel piso o local susceptible de aprovechamiento independiente que, en lugar de destinarse a elemento privativo, se deja como elemento común, con el fin de obtener un beneficio para la comunidad. Por tanto, es un elemento común accidental o por destino, de uso o servicio total o parcial; su régimen jurídico es el de la copropiedad romana con dos especialidades, la indivisibilidad y la ausencia de los derechos de preferente adquisición; y su titularidad viene determinada *ob rem* por la titularidad de un elemento privativo y en la proporción que señala la cuota de participación en el inmueble.

En relación con la exclusión de la acción de división y de los derechos de preferente adquisición, la Resolución de 18 de mayo de 1983 confirma plenamente la tesis de POVEDA DÍAZ. Planteado el problema de si es inscribible una escritura en la que el propietario único del edificio subterráneo constituye una comunidad funcional, organizada y permanente y en la que se conviene la exclusión de la acción de división y del derecho de retracto de comuneros, la Dirección resolvió afirmativamente, señalando, entre otras, las siguientes notas: este tipo de comunidad se separa de la incidental o romana por su carácter duradero; la comunidad romana, normalmente, se origina de modo involuntario y de ahí que el Derecho

ración por aplicación del artículo 396 del Código Civil y del artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que hacen inseparables jurídicamente el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con la copropiedad sobre los elementos comunes, pertenencias y servicios.

Como ejemplo que corrobora lo anterior, piénsese en que los propietarios de un edificio o conjunto inmobiliario deciden adquirir un terreno colindante para instalación deportiva, y que previa su agrupación y modificación del título constitutivo, lo convierten en elemento común. La hipoteca que se constituyó con anterioridad a esta incorporación sobre uno de los elementos privativos, al amparo del artículo 107, 11.º, de la Ley Hipotecaria, alcanzará también a las partes en copropiedad, que son su anejo inseparable, tales como los elementos, pertenencias y servicios comunes (126 bis).

No es posible, en el caso anterior, pensar en una desagrupación o desafectación del elemento común, que exigiría la unanimidad de los propietarios, incluso del adjudicatario o cesionario, en su caso, de la finca hipotecada (art. 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), y que produciría el absurdo de un elemento común a todos los dueños, excepto a uno, el adjudicatario.

Llegamos, por este camino, a una solución semejante a la del Derecho alemán, donde la hipoteca de la finca principal se extiende a la integrante o accesoria.

Lo mismo ocurrirá si se adquiere uno de los pisos del edificio, previa modificación del título, para convertirlo en elemento común, con destino, v. gr., a la vivienda del portero, o cualquier otra operación semejante de incorporación de un elemento común.

---

estímule su desaparición a través de la acción de división, mientras que la comunidad funcional pactada responde a un destino común y, en tanto subsista esa situación objetiva, no cabe el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los partícipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente querida; y éste es el caso de la comunidad especial de garaje pactada que responde a un fin lícito y está ínsita en la realidad social de nuestra época.

RAFAEL RIVAS TORRALBA, en la recensión que hace del libro de POVEDA DÍAZ en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (núm. 560, enero-febrero de 1984, páginas 236 y 237), al comentar los problemas de la desafectación como elemento común de la vivienda destinada a portería, configurándola como finca independiente y fijando su cuota, intuye la cuestión, que nosotros venimos planteando, de la incidencia que sobre la venta del elemento común desafectado puede tener la existencia de gravámenes sobre los elementos privativos, pues como, con una clara visión del problema, afirma, al desafectar un elemento común y convertirlo en privativo, resulta forzoso atribuirle una cuota que necesariamente disminuirá proporcionalmente las cuotas de los elementos privativos preexistentes con lo que se disminuye la garantía del acreedor. A algunas de las interrogantes que plantea hemos intentado ofrecer nuestra modesta solución.

(126 bis) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Ob. cit.*, pág. 1126.

b') *¿Cabe incorporar como elemento común una finca hipotecada?* Sería la operación inversa, que plantea graves problemas. En principio, no hay precepto alguno que lo prohíba expresamente, pero la situación jurídica que se produciría es absurda, puesto que quedaría hipotecado por sí solo un elemento común, contra lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil, que establece que las partes en copropiedad no pueden ser gravadas sino juntamente con la parte determinada privativa de que son anejo inseparable.

La solución menos problemática es prohibir esa incorporación de finca hipotecada como elemento común, pues lo contrario nos podría llevar a tener que desagrupar, lo cual no siempre es posible, sin olvidar que ello supone modificación del título constitutivo, para lo que —insistimos— es necesaria la unanimidad de los propietarios. En ningún caso cabe que el Registrador de oficio reponga las cosas al estado anterior a la incorporación, con lo que el acreedor hipotecario o su causahabiente, el adjudicatario, habría sido afectado en su derecho, ya que al pretender inscribir su adjudicación, se verá sorprendido por una denegación basada en la inexistencia de la finca.

Igual criterio, a nuestro juicio, debe mantenerse en el caso de las *titularidades ob rem*, sobre cuya admisión registral se ha pronunciado recientemente la DIRECCION GENERAL, entre otras, en las Resoluciones de 20 de diciembre de 1973, 19 de diciembre de 1974, 11 de mayo de 1978, 21 de octubre de 1980 y 3 de septiembre de 1982. No cabe pactar una titularidad de este tipo sobre una finca hipotecada, puesto que en caso de ejecución habría que desvincular, lo que no siempre es posible y, en todo caso, es contrario al régimen jurídico pactado para la propiedad. Por el contrario, si a una finca hipotecada se le incorpora una titularidad *ob rem*, debe extenderse a ella la hipoteca, por las razones señaladas en el apartado anterior.

Por último, en el contexto más general de este apartado, podemos preguntarnos qué ocurre *si se ha pactado expresamente que la hipoteca se extienda a las fincas que se le unan o incorporen*. En principio, el pacto es totalmente válido y producirá sus efectos siempre que:

- La parte incorporada o unida pertenezca al hipotecante; no olvidemos que el nuevo artículo 45 del Reglamento Hipotecario permite la agrupación de fincas de distintos dueños.
- Aun perteneciendo al mismo dueño, lo sea con idéntico régimen jurídico. Agrupada una finca privativa con otra ganancial, aunque el negocio lo realice uno solo de los cónyuges, amparándose en el artículo 1.384 del Código Civil, no se extiende la hipoteca a la parte libre.

- No se perjudiquen los derechos adquiridos con anterioridad a la agrupación, que han de ser respetados, aunque sean posteriores a la hipoteca, puesto que la publicidad registral juega por medio del folio real, por lo que el adquirente de un derecho sobre la finca libre no podía conocer —y, por tanto, no puede perjudicarlo— el pacto de extensión de una hipoteca que estaba inscrita en otro folio. Piénsese en la agrupación de dos fincas hipotecadas, ambas con pacto de extensión, a las que se incorporen. Evidentemente, cada hipoteca continúa gravando incólume sobre su parte, sin estar afectada por la posible extensión de la otra, extensión que sólo podrá jugar como segunda hipoteca de la específicamente inscrita.

## 2.º Ejecución de finca hipotecada agrupada

Como hemos venido señalando, tanto la doctrina como la Dirección General, en base al artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria, insisten en que el acreedor no se ve afectado, ya que al ejecutarse la hipoteca se produce una *desagrupación*.

Algún autor, como LA RICA (127), después de decir que «la ejecución hipotecaria determinará la desunificación y la inscripción del correspondiente título transmisivo en el folio y número primitivos, debiéndose de hacer constar, al margen de la inscripción de agrupación, la nueva desintegración de la finca», añade: «Todas las anteriores operaciones registrales deberán solicitarse en los títulos inscribibles, pues, como implican nuevas modificaciones de fincas, es muy dudoso que el Registrador pueda practicarlas de oficio, sin la declaración de voluntad correspondiente». Y reconoce que estos problemas «degeneran en situaciones jurídicas de muy dudosa solución y que pueden modificar objetivamente los derechos del acreedor».

Nosotros distinguimos:

a') *Si la hipoteca se constituyó con pacto de extensión a las fincas que se incorporen.*—Cumpliendo dicho pacto los requisitos que señalábamos, es posible ejecutar la hipoteca sobre la total finca agrupada, pidiéndoselo así al Juez de instancia, único competente para calificar el pacto, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1973. Caso de que la petición prospere, se adjudicará la finca en su totalidad y no habrá, por tanto, que desagrupar.

b') *Si el pacto de extensión no existe o no produce efectos.*—Enton-

---

(127) En el citado *Libro Homenaje*, pág. 499.

ces habrá lugar a la tan citada desagrupación, que el Juez ordenará en el auto de adjudicación, a petición de parte.

Pero aun en este caso, la desagrupación no se producirá cuando no sea física, jurídica o registralmente posible:

— *Físicamente*, no es posible la desagrupación en el caso, citado por LA RICA (128), de dos solares agrupados, uno libre y otro hipotecado, sobre cuya agrupación se construye un edificio, posteriormente dividido en régimen de propiedad horizontal. Igual podría decirse de una fábrica u otra construcción.

— *Jurídicamente*, no será posible la desagrupación cuando alguna norma así lo establezca. Por ejemplo, los artículos 95 y 96 de la Ley del Suelo, que pueden determinar la indivisibilidad de una parcela, aunque se haya formado por agrupación de dos, impidiendo volver a la situación original. Lo mismo puede decirse respecto de la prohibición de dividir fincas de reemplazo, como consecuencia de una agrupación, según la Ley de Concentración Parcelaria (arts. 44 a 47 del Texto Refundido 12-enero-1973). O bien, cuando sea precisa una modificación del régimen de propiedad que no dependa sólo del titular de la finca hipotecada, como ocurre en el caso del régimen de propiedad horizontal u otro urbanístico.

— *Registralmente*, también es imposible si la porción a desagrupar fue una parte procedente de una finca inscrita, cuya parte nunca tuvo folio propio, por lo que no es posible volver a la situación registral anterior.

En todos estos casos u otros similares, en que la desagrupación no es posible, es claro que entran en grave crisis los principios básicos de la hipoteca, que, como hemos venido reiterando, se justifican por la necesidad de buscar un adecuado equilibrio entre los intereses del acreedor, el fomento del crédito territorial y la protección del hipotecante, sobre el telón de fondo de una determinada realidad económica y social.

Estas crisis se ponen de relieve en el hecho de que las modificaciones físicas de entidades registrales hipotecadas, en algunos casos provocarán un crecimiento desmesurado en la base económica del bien hipotecado ante las nuevas realidades urbanas, pero en otros, como acabamos de ver, se está alterando gravemente la situación del acreedor hipotecario sin su consentimiento, conocimiento o intervención. Y esto es grave para una institución tan sólida como la hipoteca, por lo que el legislador deberá atender a estas situaciones.

Mientras ello ocurre, creemos que la calificación del Registrador debe

---

(128) Ver nota 123.

impedir el acceso al Registro de la Propiedad, y siempre, salvo superior criterio de la Dirección General, de aquellos actos en claro perjuicio del acreedor, en tanto éste no manifieste su conformidad a los mismos.

## 2) *División de fincas hipotecadas*

Al igual que la agrupación, la *división* de fincas es un negocio jurídico unilateral por el que el titular de una finca inscrita la fracciona en dos o más, que se inscriben bajo número diferente.

También existe una variante de este negocio, el denominado *segregación*, por el que se separa parte de una finca inscrita para formar otra independiente, que se inscribe bajo número nuevo, quedando el resto de la finca matriz inscrito con su número originario (128 bis).

En consecuencia:

- Basta la voluntad del dueño, titular registral, para realizar la división o segregación. (Nos remitimos a lo que decíamos al recoger esta misma característica de la agrupación, en relación con el comentario de TIRSO CARRETERO a la Resolución de 27 de febrero de 1978, al cual nos vamos a referir reiteradamente en este apartado.)
- No es precisa la intervención de los titulares de derechos reales sobre la finca matriz, quienes no pueden impedir la división o segregación, si bien éstas dejan intactos sus derechos.
- Si la finca originaria está gravada con hipoteca, ésta no queda dividida, surgiendo una hipoteca solidaria en los términos que veremos.

Como hacíamos para la agrupación, sentados estos breves apuntes, vamos a detenernos en los siguientes aspectos del problema:

a) *Régimen legal*.—En el aspecto sustantivo, son básicos el artículo 405 del Código Civil y el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Ambos preceptos responden a una misma filosofía: la división no perjudica a terceros, en nuestro caso, el acreedor hipotecario, el cual conserva intacto su derecho de hipoteca. Pero, en cambio, parten dichos artículos de supuestos no idénticos: el artículo 405 del Código Civil se refiere

---

(128 bis) La Resolución de 26 de septiembre de 1979 declaró que la diferencia entre segregación y división presenta en algunas ocasiones límites borrosos, aunque, en general, la descomposición de la finca como entidad hipotecaria es completa en la división, sin quedar resto, a diferencia de lo que ocurre en la segregación. No obstante, la Resolución rechazó la posibilidad de restos registrales no colindantes, al tratarse en el caso del recurso de dos segregaciones de parcelas por toda la zona central de la matriz.

a la división de una cosa común a varios propietarios como medio para disolver la comunidad, mientras que el artículo 123 de la Ley Hipotecaria se refiere sólo a la división de la finca, sin considerar que haya o no disolución de comunidad.

Otros preceptos atinentes al caso son los artículos 124 y 125 de la Ley Hipotecaria y 1.860 del Código Civil, citados ya en varios puntos anteriores de este estudio.

Desde el punto de vista tabular, el régimen de estas operaciones está regulado por el artículo 46 del Reglamento Hipotecario, para la división, y el artículo 47 del mismo, para la segregación, este último redactado nuevamente por la reforma de 1982.

b) *Opiniones doctrinales.*—Entre los antiguos hipotecaristas, GALINDO (129) resaltaba que «para la hipoteca siempre se considerará la finca como una, sin que su división lleve consigo la distribución del crédito, a no convenirse el acreedor y el deudor», aunque agregaba que «debería obligarse al acreedor a convenir en la división de la hipoteca, porque además de las razones de orden público que se alegan en pro de la distribución de la cantidad prestada, obligados están todos a hacer aquello que a otros beneficia sin perjuicio propio».

MORELL Y TERRY (130) se limita decir que «la división de una finca hipotecada no lleva consigo, pues, la división del crédito hipotecario entre las nuevas fincas que se forman, lo cual constituye una anomalía en el sistema de la Ley Hipotecaria», como apuntábamos más arriba.

Más extensamente, CAMPUZANO (131), después de reconocer, por imperativo legal, «la no división de la hipoteca cuando se divida la finca», agrega que, «en puros principios doctrinales, pueden sostenerse las dos opiniones de que dividida la finca hipotecada no debe dividirse el crédito, a no ser que haya acuerdo entre los interesados, y de que dividida la finca debe dividirse también el crédito hipotecario...». «Los que sostienen la primera de dichas opiniones —sigue diciendo— se fundan en que el acreedor que recibió en garantía de su crédito la hipoteca de un predio, vería violado su derecho si dividida la finca por el deudor, éste, por su solo arbitrio, y sin previo convenio, pudiera señalar a cada nueva porción la parte de crédito de que debía responder. Los que sostienen el segundo criterio, de que dividida una finca debe dividirse el crédito hipotecario, se fundan en la necesidad de proteger el crédito territorial, a fin de que quede perfectamente especificada la responsabilidad que pesa sobre cada finca y evitar que la incertidumbre del gravamen retraiga a los terceros de la contratación sobre los inmuebles.

(129) *Obra y tomo citados*, pág. 267.

(130) *Obra y tomo citados*, pág. 27.

(131) *Ob. cit.*, pág. 489.

Además, se llega a sostener que tal distribución no debiera requerir la conformidad del acreedor, puesto que ello representa una cortapisa para el tráfico, sino que para hacer compatibles todos los intereses, el deudor pudiera exigir del acreedor la división del crédito entre las nuevas fincas, resolviéndose las divergencias en un procedimiento judicial sencillo.» Argumenta, por último, que por la no división del crédito resulta que *el principio de especialidad queda sometido al arbitrio del mutuo acuerdo del acreedor y el deudor*, siendo injusta la solución del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, ya que se pueden irrogar perjuicios a otros acreedores posteriores sobre algunas de las fincas divididas.

Más modernamente, ROCA SASTRE (132) destaca que «nuestra Ley Hipotecaria sienta en esta materia el criterio básico de la irrelevancia o intrascendencia para el crédito hipotecario de la circunstancia de que la finca gravada se divida en varias, aunque sea por vía de segregación de porción de ella, y en este sentido sigue la regla clásica, que proclama *hypotheca est tota in toto et in qualibet parte*, o lo que es lo mismo, *pignus, propter suam, indivisibile est*. Por consiguiente, añade el mismo autor, «al acreedor hipotecario, en general, ha de tenerle sin cuidado tal división, en todas sus manifestaciones y variantes, del bien hipotecado, pues se trata de operaciones que no pueden serle oponibles, de manera que para él y a su voluntad, tales actos son una *res inter alios acta*.

Entre los civilistas, GUILARTE ZAPATERO (133) nos dice que «si la cosa gravada es objeto de división, los titulares de cada una de las partes en que se ha dividido aquella carecen de facultad frente al titular de la garantía para que se distribuya el crédito entre las distintas partes... En todo caso —y resaltamos esta última opinión de GUILARTE, en relación con lo que diremos más adelante—, la realización de valor de la cosa puede perseguir la venta de ésta en su integridad».

Finalmente, citemos a PUIG BRUTAU (134), para quien «ante el caso de división de fincas que ya están hipotecadas, la Ley no quiere imponer a los acreedores las dificultades y trámites de una distribución obligatoria. Lo que es oportuno exigir antes de la constitución del gravamen sería inoportuno exigirlo cuando la finca gravada ha de ser objeto de división o segregación por conveniencia del propietario, que son operaciones que corresponden al destino normal de la propiedad inmueble y que han de poder realizarse con el mínimo de dificultades».

c) *Postura de la Dirección General.*—De la problemática y resoluciones que iremos citando resulta la siguiente doctrina:

(132) *Ob. cit.*, IV-1.º, pág. 554.

(133) *Comentarios al Código Civil*, pág. 374, tomo XV, EDESA, 1983

(134) *Obra y tomo citados*, pág. 149.

1.º *Naturaleza de la «breve mención» del artículo 46 del Reglamento Hipotecario.*—Dividida una finca en dos o más suertes o porciones, se inscribirá cada una de éstas como finca nueva y bajo número diferente, haciéndose *breve mención* de esta circunstancia al margen de la inscripción de propiedad de la finca que se divida, y en las nuevas inscripciones, la procedencia de la finca y los gravámenes que tuviera antes de la división, según dicho texto.

La Resolución de 5 de enero de 1939 nos dice que «más que mención de un derecho inscrito, equivale, para todos los efectos legales, a la *transcripción de la inscripción de hipoteca*, análogamente a lo que se realiza con la referencia que en las inscripciones concisas se hace a las circunstancias generales de la extensa, que no por consignarse dejan de tenerse por existentes, mecanismo propio de los sistemas de Registro basados en la inscripción y no en la transcripción del título».

2.º *Ante una eventual adjudicación del crédito hipotecario, ¿dónde debe inscribirse?*—De las Resoluciones de 27 de febrero de 1875 y 3 de agosto de 1893 resulta que debe inscribirse en los folios de las fincas resultantes.

La última resolución citada declara que puede el «Registrador consultar el registro o matriz del que son como derivaciones las fincas segregadas, y conocidas éstas merced a las notas de segregación, inscribir el documento en los Registros que les están destinados, que es la operación procedente, dados el artículo 123 de la Ley y la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1875».

3.º *Efectos de la división para el acreedor que no la ha consentido* — Sobre si está o no está dividida la finca para el acreedor hipotecario que no ha consentido la división, la mencionada resolución (segundo considerando) nos dice que «si el citado principio (de indivisibilidad) reputa como uno e indiviso lo que en realidad de verdad está fraccionado y dividido, es lógico permitir al acreedor que, tomando por base esa ficción legal, se atenga, cuando por una u otra causa necesite describir el inmueble, a lo que resulte del título constitutivo de su hipoteca y prescindir de los cambios que con posterioridad haya sufrido la finca».

Se refiere también la resolución (cuarto considerando) a «la necesidad de armonizar el principio de indivisibilidad con la libertad del propietario de fraccionar su heredad, armonía que se logra reputando uno con respecto al acreedor, lo que es múltiple con relación al dueño...».

4.º *Cancelación parcial de la hipoteca.*—Sobre si es posible respecto a alguna o algunas de las fincas segregadas o divididas, la Resolución de 5 de enero de 1939 admitió la cancelación en cuanto al resto de la finca matriz, quedando subsistente la inscripción de hipoteca sobre la porción segregada.

La Resolución de 12 de julio de 1945, por su parte, declaró inscribible una escritura en la que después de dividir en tres la primitiva finca hipotecada, efectuar segregaciones de estas nuevas fincas, describir los restos quedados como consecuencia de las segregaciones y agrupar estas fincas restos para formar una nueva, consiente el acreedor que la hipoteca grave solamente la finca formada por agrupación, que se describe debidamente, procediendo a cancelar el gravamen respecto de los demás inmuebles.

Pero en estos casos, como aclaró TIRSO CARRETERO-(135), no se planteó la dificultad que hubiera supuesto la falta de intervención de deudor y de dueño de la finca en que el gravamen se concentra, a lo cual nos vamos a referir a continuación.

5.º *¿Puede el acreedor por sí solo cancelar parcialmente?*—La respuesta afirmativa supone aceptar que puede el acreedor por sí solo elegir las fincas que han de quedar libres y las que han de permanecer gravadas.

La Resolución de 17 de marzo de 1969 resolvió el caso de un acreedor quien, unilateralmente, procede a cancelar el gravamen sobre todas las nuevas fincas creadas, excepto una, sin que comparezcan los dos deudores mancomunados, ni tampoco los actuales dueños de los inmuebles o terceros poseedores. La Dirección, «en base a que de la cancelación parcial resulta indirectamente una distribución del crédito hipotecario», exigió, «además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen, en forma arbitraria e incluso desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular».

BUENAVENTURA CAMY (135 bis) considera evidente la necesidad de intervención del acreedor y del deudor o del tercero o terceros poseedores porque siendo la hipoteca un derecho real nacido de un contrato, en lo no regulado especialmente habrán de aplicarse las reglas generales de las obligaciones y contratos que nos llevan a las normas de la novación modificativa, para la cual la Dirección General (Resoluciones de 19 de enero de 1900 y 10 de noviembre de 1906) requiere la intervención de ambas partes.

---

(135) Comentarios a la Resolución de 17 de marzo de 1969, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 475, noviembre-diciembre de 1969, pág. 1666.

(135 bis) Comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969, en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1969, págs. 399 y ss.

TIRSO CARRETERO (136), aunque estima que la modificación de descripción de la finca vendida no implica necesariamente un caso de novación, cree que, en efecto, es un caso de novación modificativa, como la asunción de deuda, la que puede abrir el camino del consentimiento unilateral de cancelación parcial y concentración del crédito en la finca propiedad de quien previamente haya asumido, expresa o tácitamente (?), la deuda hipotecaria total.

PÉREZ y ALGUER (137) afirman que si en la hipoteca solidaria está en manos del acreedor dirigirse contra una sola finca o contra todas (artículos 120 a 123 de la Ley Hipotecaria), es racional que baste su voluntad para distribuir la hipoteca conjunta sobre varias fincas en una serie de hipotecas simples sobre cada una. No obstante, observando el caso de ser varios los propietarios de las fincas, esa distribución unilateral podría implicar renuncia total o parcial al gravamen de algunas de las fincas y siempre modificación de todas, y perjudicaría acaso el interés eventual que tiene el propietario que paga de subrogarse en el crédito y, consiguientemente, en la hipoteca sobre las demás fincas. Por todo ello, piensan que es más prudente la solución que, basada en la letra del artículo 123 de la Ley Hipotecaria, proposición 1.<sup>a</sup>, decida la necesidad del asentimiento de todos los propietarios gravados.

d) *Nuestra opinión.* Si el acreedor acuerda la división de la hipoteca con el deudor o, en su caso, con el tercer poseedor o con el hipotecante por deuda ajena, tal como permite el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, estamos en presencia de tantas hipotecas como fincas y, en definitiva, se aplican las reglas previstas para los supuestos de distribución de responsabilidad, fundamentalmente los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario. Aquí no hay ninguna particularidad, como no sea la circunstancia de que la distribución es posterior a la constitución de la primitiva hipoteca, implicando una modificación de la misma.

Nosotros vamos a concentrarnos en el supuesto, realmente conflictivo, que se da si el acreedor no consiente la división de la hipoteca. Y para una mejor exposición, distinguimos tres apartados principales: uno, general, en cuanto que la división de la finca hipotecada, según opinión común, provoca el nacimiento de una hipoteca solidaria, y dos, más específicos, relativos a las repercusiones registrales y procesales de la división. Pero, en cualquier caso, este esquema no tiene más valor que

---

(136) Comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969 (reseñado en la nota 135), pág. 1667.

(137) La cita la tomamos directamente del comentario de TIRSO CARRETERO a la Resolución de 17 de marzo de 1969, pág. 1665.

el puramente sistemático o didáctico, pues los problemas se entremezclan continuamente.

1.º *División de finca hipotecada e hipoteca solidaria.*—Consecuencia del principio de indivisibilidad, si se divide la finca hipotecada o se segrega una porción de ella, es la aparición de una hipoteca solidaria, tal como la definíamos anteriormente.

A nuestro juicio, este efecto fundamental exige una serie de precisiones, que vamos a intentar concretar en las cuestiones que siguen:

a') *¿Puede el acreedor perseguir la finca primitiva?*—La consecuencia apuntada —división de la finca igual a hipoteca solidaria— tiene su fundamento legal en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, que permite al acreedor repetir, por la totalidad de la suma asegurada, contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez (137 bis).

Esta afirmación, sin embargo, tendría que ser matizada en el sentido de que sólo es cierta si el acreedor decide perseguir las fincas surgidas de la división o segregación, todas o parte de ellas; pero, en nuestra opinión, cae por su base si el acreedor decide perseguir la finca tal como se hipotecó. En este caso, al ser una la finca hipotecada y ejecutada, no cabe hablar de hipoteca solidaria, que, por definición, supone la existencia de varias fincas, que responden todas de la totalidad del crédito.

La posibilidad de perseguir la finca originaria se justifica por la propia esencia de la hipoteca, que sujeta, directa e inmediatamente, *los bienes sobre que se impone*, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, según establece el artículo 104 de la Ley Hipotecaria. Y el artículo 1.858 del Código Civil destaca también como esencia de la hipoteca el que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas *las cosas en que consiste* para pagar al acreedor.

En base a estos preceptos, nos parece claro que la facultad atribuida al acreedor hipotecario por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria de poder repetir contra cualquiera de las nuevas fincas o contra todas a la vez, debe interpretarse en el sentido de que efectivamente puede hacerlo, pero sin por ello perder *la facultad esencial a la hipoteca de poder perseguir los bienes tal y como se hipotecaron*. Lo contrario supondría imponer al acreedor una modificación objetiva de la hipoteca sin su consentimiento ni intervención, lo cual es inadmisibile. Además, el derecho a perseguir parte de las fincas resultantes no es, a nuestro juicio, un derecho tan absoluto como se ha venido estimando, según luego examinaremos.

---

(137 bis) Para CHICO Y ORTIZ (*obra y tomo citados*, pág. 742) el derecho del acreedor continúa recayendo sobre la finca preexistente a efectos de ejecución, y cita en su apoyo los artículos 405 y 535 del Código Civil, que prevé la división material de la finca.

Son también argumentos de orden legal, en favor del mantenimiento de la facultad de perseguir la finca originariamente hipotecada, los siguientes artículos del Código Civil:

- el artículo 1.166: el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, cualquiera que sea su valor;
- el artículo 1.203, 1.º: la variación del objeto implica modificación de la obligación, y
- el artículo 1.204: la obligación no se extingue al ser sustituida por otra, si no se ha pactado expresamente, a menos que ambas sean incompatibles.

La Dirección General, en su Resolución de 17 de julio de 1935, declaró que «entablado y seguido el procedimiento contra la finca hipotecada, que luego se dividió en dos sin acordarse la distribución del crédito, pudo el acreedor, en fuerza de la indivisibilidad de la hipoteca, obrar, en cierto modo, como si la división no se hubiera llevado a efecto, dentro de lo que resultaba de la certificación».

Más tajante fue la Resolución de 3 de agosto de 1893 cuando declaró que «la división de la finca hipotecada, mientras no lleve consigo la de la hipoteca por expreso consentimiento del acreedor, *no puede afectar en ningún sentido al derecho de éste*, en primer término, a virtud del principio de indivisibilidad, consagrado por el artículo 122, y además por tratarse de un hecho que no hay razón alguna para presumir es por dicho acreedor conocido» (138).

Aceptado, pues, no el carácter forzoso o necesario, sino la posibilidad de que, por división de la finca hipotecada, aparezca una hipoteca solidaria, habría que delimitar el alcance de la misma dentro de las facultades que al acreedor otorga el artículo 123 de la Ley Hipotecaria. Los apartados que siguen nos servirán a este fin.

b') *Persecución de todas las fincas resultantes*.—La facultad del acreedor hipotecario de perseguir todas las fincas resultantes de la división o segregación afectantes a la primeramente hipotecada no tiene límites, tanto si dichas fincas están en poder del deudor o de terceros, ya que no coloca a ningún dueño en posición desventajosa respecto a otros.

c') *Persecución de sólo alguna o algunas por la totalidad del crédi-*

---

(138) La Dirección General incurrió aquí en el error de olvidar que el principio de publicidad comprende no sólo el derecho a conocer el contenido registral por quien tenga interés para ello (publicidad formal: arts. 221 y ss. de la Ley Hipotecaria, y 332 y ss. del Reglamento Hipotecario), sino que el sistema funciona sobre la base de que el Registro se presume exacto y conocido por todos (publicidad sustantiva: arts. 32, 34, 35, 38, etc., de la Ley Hipotecaria).

to.—Si todas ellas están en poder del deudor, no hay limitación alguna, por la misma razón antes aducida.

Si están en poder de terceros poseedores, en todo o en parte, y se dirige la acción ejecutiva sólo contra alguno de ellos, esto supone, de alguna manera, que el acreedor acepta la división de la finca y trata de producir indirectamente una distribución del crédito hipotecario, como destacó, según veíamos, la Resolución de 17 de marzo de 1969, exigiendo el consentimiento de acreedor y dichos terceros.

TIRSO CARRETERO (139) se plantea la duda de si efectivamente el acreedor hipotecario puede, sin ninguna restricción, ejecutar aisladamente una de las fincas gravadas con la hipoteca solidaria para satisfacerse del total crédito, porque no debe perderse de vista que si con la solidaridad e indivisibilidad de la hipoteca se persigue que la división de la finca no perjudique al acreedor hipotecario, lo lógico es que pueda ejecutar el todo que se le hipotecó; pero concederle, además, la facultad de ejecutar aisladamente una porción resultante de la división es algo que puede considerarse en general, como «menos», desde el punto de vista del acreedor y del deudor hipotecario; pero es «más», desde todos los puntos de vista, en cuanto existan terceros poseedores de las porciones divididas o acreedores hipotecarios posteriores en éstas. Este «plus», que gratuitamente y sin causa se le concede al acreedor hipotecario, es, precisamente, ese derecho de elección de presa que puede ser fraudulentamente negociable, por la imprecisa o complicada regulación legal de la hipoteca solidaria.

d') *Persecución de sólo alguna o algunas por parte del crédito.*—Si el acreedor sólo tratase de cobrar del tercer adquirente o poseedor la parte que, por ejemplo, el comprador hubiese descontado o retenido, ello podría interpretarse como un consentimiento tácito de la división, con efectos similares a los previstos en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

e') *Pago voluntario por el tercer adquirente de la totalidad del crédito.*—En caso de que uno de los adquirentes de las fincas resultantes de la división pague voluntariamente y en su totalidad la hipoteca, además de la acción civil de reembolso frente a los demás titulares de fincas divididas o segregadas, tendría un derecho de subrogación en la posición del acreedor pagado, que podría hacerse constar en el Registro, en los términos previstos en el artículo 230 del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de cancelar la hipoteca sobre su propia finca, ya sea por con-

---

(139) Comentarios a la Resolución de 17 de marzo de 1969, pág. 1662 (reseñado en la nota 135).

sentimiento expreso del acreedor o por confusión de derechos, una vez inscrita a su favor la subrogación.

ROCA SASTRE (140), al referirse a los efectos de la subrogación del comprador que paga la deuda hipotecaria en la hipoteca solidaria, plantea dos cuestiones (141):

- Si el comprador o tercer poseedor que paga puede ejercitar la acción hipotecaria contra los otros terceros poseedores, sin necesidad de una previa excusión e insolvencia del deudor personal, cuestión que resuelve afirmativamente.
- Si puede dirigirse contra cada uno por el todo o ya entonces la solidaridad se transforma en mancomunidad simple en proporción al valor de cada finca, o bien debe atenderse al grado derivado de la fecha de inscripción del título adquisitivo de cada tercer poseedor. Se inclina por la segunda solución, que es la del Derecho francés, frente a la tercera, seguida por el italiano.

f') *Pago en vía ejecutiva.*—Si el pago se hubiese hecho mediante el remate de la finca en vía ejecutiva, caso de admitirse esta posibilidad, la subrogación ofrece más dificultades, ya que satisfecha la hipoteca, el artículo 131, regla 17.<sup>a</sup>, de la Ley Hipotecaria ordena «la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor».

Sin embargo, creemos que la regla 5.<sup>a</sup> del propio artículo 131 da pie para solicitar y obtener del Juez la subrogación en la hipoteca respecto a las restantes fincas. Lo contrario supondría que el legislador protege sólo a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de hipoteca, olvidándose de los que adquieran, aunque sea en parte, en dominio y soporten la ejecución de toda la hipoteca, repetimos, si llegase a admitirse esta posibilidad.

2.º *Repercusiones registrales.*—Los problemas que en el Registro surgen con la división de una finca hipotecada se derivan, fundamentalmente, de una duda: si el folio de la finca matriz está o no vigente.

Tradicionalmente, se ha interpretado el artículo 46 del Reglamento

---

(140) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 375 y ss. En cuanto a la subrogación en el caso del artículo 118 de la Ley Hipotecaria distingue: 1) con asunción del comprador en el débito personal, no obteniendo carácter de tercer poseedor; 2) con retención de la parte de precio correspondiente al importe del débito: no obtiene tampoco carácter de tercer poseedor porque se ha implicado en el débito, aunque sólo sea *in solutione*; 3) con descuento del precio del importe del débito: obtiene carácter de tercer poseedor, y 4) sin asunción, retención ni descuento: también se convierte en tercer poseedor.

(141) Las recoge también TIRSO CARRETERO en su comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969 (rescénado en nota 135), pág. 1666.

Hipotecario en el sentido de que la apertura de nuevos folios para las fincas resultantes, con número diferente, supondría el cierre del folio de la finca matriz. Pero esto es evidente que sólo puede mantenerse plenamente en tanto que la división no afecte a tercero, el cual conservará los derechos que le correspondían antes de la división, según establecen los artículos 405 del Código Civil y 123 de la Ley Hipotecaria.

En consecuencia, estamos en presencia de una hipoteca que recae sobre una finca inexistente, tanto en la realidad como en el Registro, pero con respecto a la que se mantiene la ficción legal de que continúa existiendo, tanto hipotecaria como tabularmente. Está claro que esta situación tiene que originar problemas, a veces, de extraordinaria gravedad, por lo que cae por su base la común afirmación de que la división «no afecta en ningún sentido al derecho del acreedor», que recogía, entre otras, la citada Resolución de 3 de agosto de 1893.

Entre estos problemas, nosotros vamos a destacar los siguientes:

a') *¿Dónde queda inscrita la hipoteca?*—Aunque la Resolución de 5 de enero de 1939 atribuía a la «breve mención» del artículo 46 del Reglamento Hipotecario, como veíamos, el efecto de una transcripción de la inscripción de hipoteca en las fincas resultantes, nos inclinamos por considerar que la hipoteca continúa inscrita en el folio originario, sin que haya habido un traslado *ministerio legis* a los nuevos folios. No puede olvidarse que la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria exige que «el Registrador hará constar, por nota marginal *en la inscripción de hipoteca*», la expedición de la certificación de cargas a que se refiere dicha regla, por lo que, evidentemente, el folio está vivo, al menos, para la hipoteca.

Sólo cuando fuese materialmente imposible actuar en el folio originario (v. gr., si, como consecuencia de la creación de Registros, la finca matriz quedase en un Registro distinto de aquel en que se haya de practicar la nueva operación), se extendería el asiento en el folio de las nuevas fincas, produciendo las notas marginales o «breves menciones» ese efecto de transcripción a que aludía la Dirección General.

b') *¿Dónde se inscribe una eventual adjudicación o cesión del crédito hipotecario?*—En nuestra opinión, y como consecuencia de lo que acabamos de indicar, en el folio originario, salvo la imposibilidad material señalada, discrepando, en este punto, del criterio de la Dirección, que, en la Resolución de 3 de agosto de 1893, declaró —en base a los artículos 123 y siguientes de la Ley Hipotecaria y a la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1875— que se deberá «inscribir el documento en

los Registros que les están destinados», refiriéndose a los de las fincas segregadas (142).

En su cuarto considerando, la resolución se justifica diciendo «que si se arguyere que procediendo así no se ajusta el Registrador al resultado que arroja el título que se va a inscribir, deshace la objeción la necesidad de armonizar el principio de la indivisibilidad con la libertad del propietario de fraccionar su heredad, armonía que se logra reputando uno con respecto al acreedor, lo que es múltiple con relación al dueño, y, por ende, admitiendo a registro los documentos que el primero otorga bajo aquel concepto y despachándolos cual en realidad deben serlo, para lo que ofrece el Registro datos muy seguros...», refiriéndose a los de inscripción de hipoteca.

Esta postura choca hoy con el criterio de la Dirección General de admitir la inscripción parcial de una división de fincas, según vimos, de acuerdo con la Resolución de 27 de febrero de 1978. Si inscritas sólo parte de las fincas resultantes de la división, se presentase escritura de adjudicación o cesión del crédito hipotecario, nos parece evidente que el lugar adecuado para su inscripción es el folio originario y no uno de las fincas divididas, ya que, parafraseando a TIRSO CARRETERO en sus comentarios a la citada resolución (143), podemos preguntarnos: ¿en qué extraño limbo o nirvana hipotecario quedaría la hipoteca, cuando una nota marginal nos advierte que la finca matriz ha sido dividida en tantas independientes, unas nacidas a la vida registral y otras hipotecariamente abortadas?

La posición contraria supondría, por otra parte, que el Registrador toma partido por la división y que cercena o dificulta la posibilidad del acreedor de perseguir la finca originaria, ya que, en este caso, la hipoteca aparece tabularmente como gravando las fincas resultantes, consecuencia nunca querida por el acreedor hipotecario.

c') *¿Se puede cancelar parcialmente la hipoteca?*—Habría que distinguir entre la posición del deudor y la del acreedor.

La *posición del deudor* está regulada por el artículo 125 de la Ley Hipotecaria, según el cual «no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera sea la del crédito que el deudor haya satisfecho». Esta imposibilidad de exigir el deudor la cancelación de la hipoteca sobre una finca resultante de la división o segregación, juega incluso cuando se haya realizado y aceptado un pago par-

(142) Como dice TIRSO CARRETERO (comentario citado Resolución de 17 de marzo de 1969, pág. 1668), «en el título de ejecución la finca está sin dividir».

(143) Comentarios a la Resolución de 27 de febrero de 1978 (reseñado en la nota 117).

cial, ya que, por aplicación del artículo 122 de la Ley Hipotecaria, «la hipoteca subsistirá íntegra..., aunque se reduzca la obligación garantizada».

La *posición del acreedor* es distinta, ya que, en principio, puede consentir la cancelación parcial. Así, la Resolución de 23 de febrero de 1929 declaró la posibilidad de enajenar como libre la finca segregada, ya que esta cancelación parcial «es una liberación de carácter jurídico, análoga a la llamada remisión de solidaridad pasiva, que no altera la extensión del crédito asegurado, ni implica la constitución de una hipoteca sobre el resto de la finca que sigue gravada».

Dice TIRSO CARRETERO (144) que esta remisión de solidaridad pasiva es la condonación en favor de alguno de los deudores solidarios, que aparece regulada en forma no suficientemente clara en el artículo 1.146 del Código Civil: «La remisión o quita hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores, en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos», texto en cierto modo equivalente al artículo 1.844 del propio Código. «Aclarar el verdadero sentido de este precepto —sigue diciendo TIRSO CARRETERO— nos llevaría muy lejos, por rozar el tema poco claro de la relación entre deudores solidarios, pero no cabe duda que en la relación obligatoria, la liberación por el acreedor de uno de los deudores solidarios puede ser *res inter alia* para los codeudores. Y la cancelación parcial de hipoteca puede obstaculizar esa responsabilidad del deudor liberado respecto a los codeudores, por cuanto la subrogación del deudor pagador del todo no podrá comprender la garantía hipotecaria.»

Por tanto, también aquí estamos ante un nuevo caso en que la división de la finca hipotecada afecta, de algún modo, al acreedor hipotecario.

La Resolución de 5 de enero de 1939 admitió la cancelación parcial en cuanto al resto de la finca matriz, como vimos, quedando la hipoteca subsistente sobre la porción segregada, y la de 12 de julio de 1945 afirmó categóricamente que «en todo momento es facultad del acreedor limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división..., *sobre todo cuando*, por la inexistencia de terceros hipotecarios, se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor al centrar toda la responsabilidad dimanante de la hipoteca en un solo trozo de la finca, sobre el que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios, que se verían notoriamente afectados por tal determinación».

Para TIRSO CARRETERO (145), el «sobre todo cuando...» nos deja en

(144) Comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969, pág. 1661.

(145) Idem, ídem, pág. 1660 anterior (reseñado en nota 135).

la duda de si habiendo terceros hipotecarios, el obstáculo existe o no, así como tampoco se aclara si el tercer poseedor o dueño de la finca no deudor, se ha de incluir en los terceros hipotecarios de que habla la resolución.

A nuestro juicio, parece claro que la excepción a la doctrina sentada por esta última resolución se da cuando existan terceros poseedores o titulares de gravámenes posteriores que pudieran resultar perjudicados por la cancelación parcial. En este caso, es necesario el consentimiento de estos titulares, que es la solución aceptada por la repetida Resolución de 17 de marzo de 1969, puesto que de dicha cancelación parcial «resulta indirectamente una distribución del crédito hipotecario...».

3.º *Repercusiones procesales.*—Nos referimos a ellas en relación con los problemas más importantes ya anotados, distinguiendo los siguientes apartados:

a') *Persecución de la finca originariamente hipotecada.*—La repercusión procesal más importante quizá sea la ya examinada de si el acreedor puede perseguir la finca originariamente hipotecada, tal como resulta de los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.858 del Código Civil, o si se han de perseguir necesariamente las fincas resultantes de la división, como parece dar a entender el artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

Manifestada nuestra opinión favorable a la posibilidad de perseguir la finca originaria, vamos a destacar algunas posibles dificultades en vía de ejecución, como serían:

a'') *La inexistencia del valor a efectos de subasta* en las fincas resultantes, que imposibilitaría acudir al procedimiento judicial sumario y al extrajudicial, puesto que en ambos se exige, con carácter indispensable, la determinación del precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta (véanse arts. 130 de la Ley Hipotecaria y 234 del Reglamento Hipotecario).

b'') *Caso de hipoteca de una cuota indivisa de finca, estando las restantes cuotas libres de cargas.*—Si se disuelve la comunidad y posteriormente se ejecuta la hipoteca, no es posible dirigir la acción contra la cuota-parte originariamente hipotecada, sino que habrá de dirigirse contra la porción adjudicada, por imperativo del artículo 399 del Código Civil, según el cual, «el efecto de la... hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad».

Otra cosa es si la *disolución de la comunidad*, en el caso que contemplamos, es posible *prescindiendo del acreedor hipotecario de cuota*. Nosotros pensamos:

- Que, *desde un punto de vista estrictamente civil*, tiene aplicación el artículo 403 del Código, que concede a los acreedores una doble facultad: concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso, además de impugnarla en caso de fraude y en caso de haberse formalizado no obstante su oposición, y lo que nos interesa destacar, en el orden civil, según resulta de este texto, es la posibilidad de una división válida sin intervención de los acreedores si éstos adoptan la actitud, meramente pasiva, de no oponerse o no impugnar.
- Que, *desde un punto de vista hipotecario*, no es posible estimar suficiente la división si se prescinde del acreedor de cuota: en primer lugar, porque la concreción material del objeto de la hipoteca implica una clara modificación del primitivo contrato que, lógicamente, requiere su concurso; hay una novación objetiva que, conforme a los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 del Reglamento Hipotecario, no sólo exige acuerdo de las partes, sino, además, una nueva inscripción. En segundo lugar, porque así lo reclama el principio de tracto sucesivo en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria: hay un derecho real inscrito que se modifica, y la modificación exige, por virtud del tracto, la previa inscripción (aspecto real hipotecario) y el consentimiento de su titular (aspecto jurídico personal).

c'') Un auténtico caso clínico resultará, de acuerdo con la tantas veces citada Resolución de 27 de febrero de 1978, *si el adjudicatario de la porción gravada hubiera decidido no inscribir su finca resultante*, con lo que el acreedor no podría dirigirse contra la cuota hipotecada, por aplicación literal del artículo 399 del Código Civil (y sin perjuicio de lo que acabamos de decir sobre intervención del acreedor en la disolución), y no podría certificarse de la última inscripción de dominio de la finca resultante, con lo que el despacho de la ejecución se vería seriamente comprometido.

El acreedor tendría que recurrir al procedimiento de rectificación del artículo 40, letra A, de la Ley Hipotecaria, en cuanto que la inexactitud proviene de no haber tenido acceso al Registro una relación jurídica inmobiliaria, obligando al acreedor hipotecario a seguir un juicio declarativo previo, lo que, evidentemente, le perjudica y va en demérito de la seguridad de la hipoteca.

d'') Si habiéndose *hipotecado un piso o local en régimen de propiedad horizontal, se desvinculase un elemento común* (v. gr., la vivienda del portero) para formar otra finca independiente, en cuyo caso la acción habría de extenderse no sólo a la finca originariamente gravada, sino,

además, a la cuota que a aquélla correspondiese en lo que hasta ahora era elemento común. Lo contrario significa disminuir la garantía objetiva de la hipoteca sin consentimiento del acreedor.

e'') Si habiendo perseguido el acreedor alguna de las fincas resultantes sin cobrar su crédito por completo, *pretendiese perseguir el resto* y se encontrase con que, al amparo de la Resolución de 27 de febrero de 1978, no estuviesen inscritas las demás.

Como nadie puede ir contra sus propios actos, ahora el actor no puede pretender ejecutar la finca originaria, que, por otro lado, está parcialmente ejecutada, y la falta de inscripción del resto de las fincas dificulta el despacho de la ejecución dada la inexistencia tabular de las mismas. Una vez más, el acreedor se verá obligado a recurrir al procedimiento de rectificación de errores.

La solución más lógica sería no admitir la inscripción parcial de la división cuando la finca esté hipotecada, y así lo estimó TIRSO CARRETERO en sus comentarios a la resolución citada (146); pero el problema puede plantearse también en caso de segregaciones sucesivas, unas inscritas y otras no, caso frecuentísimo en la práctica, que ha dado origen a la modificación del artículo 47 del Reglamento Hipotecario en la reforma de 1982, en el sentido de que «no será obstáculo para la inscripción de cualquier segregación el que no hayan tenido acceso al Registro otras previamente realizadas».

En definitiva, lo aconsejable, en este caso, para evitar sorpresas desagradables, es dirigir la acción contra la finca originariamente hipotecada.

b') *Cancelación de la hipoteca ejecutada*.—La cancelación de la hipoteca ejecutada, así como la de las inscripciones y anotaciones posteriores, prevista en la regla 17.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y desarrollada en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario y en la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 175 de este último, para los procedimientos de apremio, también puede plantear dificultades.

Pensemos en que constituida hipoteca sobre una finca, con posterioridad se hubiese dividido horizontalmente o constituido una urbanización privada o conjunto inmobiliario. ¿Significa ello que ha de ordenarse y practicarse, necesariamente, la cancelación de las inscripciones de constitución de régimen y los folios abiertos a cada finca particular?

A nuestro juicio, es razonable conceder al adjudicatario la facultad o derecho a pedir la no cancelación de estos asientos. Y ello por una razón de economía jurídica, puesto que lo contrario sería imponer una cancelación no deseada, obligando al adjudicatario a una nueva consti-

---

(146) Ver nota 135 anterior. TIRSO CARRETERO pensaba que, por muchas concesiones que quieran hacerse al principio de voluntariedad, no es razonable admitir la solicitud de inscripción parcial de una escritura de división.

tución de régimen o del *status* del conjunto, con los gastos y dilaciones que ello lleva consigo, sin beneficio para nadie. Esta opinión creemos que encuentra apoyo en la expresión «en su caso», que utiliza la citada regla 17.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

El supuesto más claro se presenta cuando el actor haya decidido perseguir alguna de las fincas divididas. La cancelación, según los citados preceptos, se extiende a las inscripciones posteriores a la de hipoteca, resultando que entre ellas está la inscripción de división, por lo que si se cancela, no podrá inscribirse el auto de adjudicación a favor del rematante, por estar interrumpido el tracto. Luego es evidente que no podrá cancelarse.

Otro supuesto conflictivo surge si ejecutada la hipoteca sobre alguna de las fincas divididas y cobrado íntegramente el actor, se ordenase la cancelación de otra hipoteca posterior a la ejecutada, constituida también sobre la finca originaria. Pues bien, ¿debe cancelarse en su totalidad o sólo en cuanto a las fincas objeto del procedimiento?

En nuestra opinión, sólo en cuanto a ésta, ya que si el actor ha sido satisfecho íntegramente en su crédito y el rematante recibe las fincas sin dicha hipoteca posterior, no vemos razón alguna para que de forma indirecta se beneficien o perjudiquen legítimos intereses que en nada han afectado a los intervinientes en el proceso.

c') Por último, planteamos la siguiente cuestión: *¿Dónde se inscribe el auto de adjudicación de la finca originaria?*—En base a lo que ha quedado dicho, creemos que el adjudicatario puede optar entre pedir la cancelación de la división o segregación, en cuyo caso se inscribirá en el folio originario, o mantener dichas operaciones, inscribiéndose, en este segundo supuesto, en los folios abiertos a las fincas divididas o segregadas, sin que sea necesaria su descripción en el auto, bastando la instancia complementaria del artículo 110 del Reglamento Hipotecario.

Las Resoluciones de 3 de agosto de 1893, 27 de febrero de 1875 y 17 de julio de 1935 dan pie para mantener esta postura.

## E) LA IGUALDAD DE RANGO EN LA HIPOTECA

Es el último de los problemas actuales de la hipoteca de que nos vamos a ocupar en el presente estudio. En él, como veremos, una vez más, la realidad económica y social y la actividad financiera que, en gran medida, lo condicionan, van a exigir nuevas fórmulas en la construcción del derecho real y en las modalidades de ejecución de la garantía.

El tema no es nuevo, desde luego, pero presenta en la actualidad caracteres propios que le dan nueva configuración. Por esta razón, vamos

a hacer, en primer lugar, una breve síntesis de lo que podemos calificar como el problema tradicional de la hipoteca en garantía de créditos pluripersonales, que, sin duda alguna, nos servirá para intentar comprender mejor el problema más actual de las llamadas hipotecas con igualdad de rango, que veremos en segundo lugar.

### 1) *La hipoteca en garantía de créditos pluripersonales*

Antes de la reforma hipotecaria de 1944-46 dio ya origen a una interesante literatura jurídica, de la que deben destacarse dos trabajos: uno del Registrador de la Propiedad JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES: *Créditos hipotecarios del mismo rango* (147), y otro del Notario EMILIO LANA SANCHÍS: *Ensayo sobre créditos hipotecarios de igual rango o simultáneos* (148). Veamos algunos aspectos del problema:

a) *Terminología*.—Era —y sigue siendo—, si no confusa, al menos, variada: la Resolución de 9 de diciembre de 1935 hablaba de «créditos hipotecarios simultáneos», y la de 26 de noviembre de 1917, «de igual rango». Estas dos resoluciones mantuvieron posiciones distintas en cuanto al problema básico, que apuntaremos en seguida.

LÓPEZ TORRES (149), que empieza por distinguir entre créditos hipotecarios de incorporación registral anterior al que se ejecuta, de incorporación ulterior y «de idéntica preferencia o créditos simultáneos», dice que lo más exacto sería hablar de «crédito hipotecario atribuido a dos o más titulares», y lo define como aquel en el que, «por imperativo del principio de especialidad (art. 9 de la Ley Hipotecaria), se exige indicar la extensión del derecho de cada uno de los titulares, pero integrando el derecho real de hipoteca que grava la finca». También, en este sentido, hablan de «hipoteca constituida simultáneamente en favor de dos o más personas», ROCA SASTRE (150) y CHICO ORTIZ (151). Y con mayor rigor técnico, a nuestro juicio, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (152) estudia la que llama «hipoteca en garantía de créditos mancomunados y solidarios».

b) *Naturaleza*.—LÓPEZ TORRES (153) había estimado que al surgir constitutivamente la hipoteca de que son partícipes sus titulares con la especificación de su ámbito económico, pueden suscitarse problemas ju-

(147) Ambos publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en el año 1943, núms. 181, págs. 361 y ss., y 187, págs. 834 y ss.

(148) *Ibidem*.

(149) Trabajo citado, pág. 362.

(150) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 560.

(151) *Obra y tomo citados*, pág. 757.

(152) *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1982, págs. 489 y ss.

(153) Trabajo citado, págs. 362 y 366.

rídicos de gran interés. Pero el constar en la inscripción de la hipoteca la cantidad que en el crédito corresponde a cada acreedor, no implica que se delimiten derechos con propios contornos e independientes totalmente los unos de los otros: *la hipoteca es una en su nacimiento*. Esto no es obstáculo para que sea susceptible de cesión en parte, pero ello no crea una figura novatoria, sino que el cesionario ocupa la posición jurídica del cedente en lo que es un derecho real de hipoteca con carácter unitario.

ROCA SASTRE (154), al que parece seguir CHICO Y ORTIZ (155), entiende que la hipoteca constituida simultáneamente en favor de dos o más personas o acreedores puede ofrecer tres manifestaciones: 1.<sup>a</sup>, estimar que existe una sola hipoteca en bloque o unitaria; 2.<sup>a</sup>, estimar que existen tantas hipotecas distintas como créditos o acreedores, y 3.<sup>a</sup>, estimar que existe una sola hipoteca por cuotas indivisas. Habrá una sola hipoteca en bloque cuando el crédito u obligación garantido sea solidario o en mano común; pero cuando sea mancomunado, bien surgirá una hipoteca por cuotas indivisas o bien se producirán tantas hipotecas parciales como acreedores haya. Si el artículo 1.138 del Código Civil mantiene, respecto de las obligaciones mancomunadas, que «el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros», así también —en opinión de dicho autor— la hipoteca que garantiza esta clase de obligaciones pluripersonales debe presumirse dividida en *tantas partes como acreedores hipotecarios haya, reputándose hipotecas distintas unas de otras*. No obstante, en una nota a pie de página, suaviza ROCA SASTRE su radical postura (156), aclarando que esto no significa que se borre todo nexo o conexión entre los acreedores, «pues dicho artículo 1.138 no dice que *sean* tantos créditos distintos como acreedores, sino que tan sólo *se reputan* tales».

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (157) nos dice que cuando se establece una sola hipoteca en garantía de un solo crédito atribuido mancomunada o solidariamente a varias personas, hay dos cotitularidades: en el crédito, cuyas reglas varían según tenga carácter mancomunado o solidario, y siendo mancomunado, dependerá, a su vez, de que sea divisible o indivisible, y en el derecho real de hipoteca, que supone una comunidad especial sobre un derecho real considerado legalmente como indivisible. Y afirma rotundamente: «Es decir, *en ningún caso, aunque se trate de crédito mancomunado divisible, se entenderá que existen tantas hipotecas*

(154) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 560 y ss.

(155) *Ob. cit.*, págs. 758 y 759.

(156) *Obra y tomo citados*, IV-1.º, pág. 562, nota 1.

(157) *Ob. cit.*, pág. 489.

*como acreedores»* (y se apoya en el artículo 1.860 del Código Civil y en la Sentencia de 10 de marzo de 1947, a la que nos vamos a referir en seguida).

c) *Ejecución y cancelación parcial de estas hipotecas.*—El problema más importante suscitado por este tipo de hipotecas lo planteó, con toda claridad, LÓPEZ TORRES (158) en su citado trabajo de 1943: ante la ejecución instada por uno de los acreedores, independientemente de los demás, ese ejercicio de la acción ejecutivo hipotecaria, ¿debe determinar la subsistencia de la hipoteca a favor de los demás o, por el contrario, debe cancelarse la hipoteca en su totalidad?

Manifestaba dicho autor que si contestamos afirmativamente, en el sentido de estimar subsistente el crédito del acreedor que no procede ejecutivamente, aplicaremos a créditos del mismo rango la solución adoptada para los créditos preferentes; en otro caso, si resolvemos la cuestión planteada en el sentido de ser pertinente la cancelación total, llegamos a la solución legal inherente a los créditos hipotecarios posteriores (ver artículo 131 de la Ley Hipotecaria, reglas 8.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup>, y no se olvide que el artículo 227 del Reglamento, como veremos, no se introdujo hasta el Reglamento de 1947).

Desechado el supuesto del artículo 135 de la Ley Hipotecaria (en los plazos no vencidos, no puede surgir la fuerza ejecutiva de la hipoteca; en cambio, en los créditos simultáneos, el vencimiento es total y en el mismo plazo para los acreedores), se centra LÓPEZ TORRES (159) en el artículo 155 de la Ley Hipotecaria, como precepto que roza el problema, al mantener la subsistencia de los créditos hipotecarios no ejecutados ante el ejercicio de uno de ellos. Afirma el carácter excepcional del mismo, consecuencia de la naturaleza específica de la hipoteca que en él se contiene, distanciada de las restantes voluntarias como emanación de la doctrina del título valor del Derecho mercantil, donde los titulares de los créditos son múltiples y desconocidos, de modo que exigir la intervención de todos los acreedores dificultaría su fuerza ejecutiva. Salvado este supuesto, en los demás casos, cuando se ejercita la acción hipotecaria, donde se coordinan principios de orden procesal e inmobiliario registral, el fraccionamiento de una hipoteca que, en parte, se cancela y, en parte, subsiste puede llevar a resultados perturbadores de los propios acreedores. En resumen, se inclina por la tesis de que *los acreedores tienen que proceder conjuntamente* a la efectividad del crédito hipotecario.

LANA SANCHÍS (160) siguió el mismo criterio, sobre la base de que «como la ejecución del crédito es un acto que interesa a todos los coacree-

---

(158) Trabajo citado, págs. 363 y 364.

(159) *Ibidem.*

(160) Trabajo citado, pág. 843.

dores, *deben obrar conjuntamente* (art. 1.139 del Código Civil), y, en caso contrario, el Juez debe rechazar la pretensión separada de cualquier coacreedor...». No puede el coacreedor reclamar su sola parte, sino el todo, y de esta forma beneficiar a todos los acreedores, ya que si conjuntamente obraron al hacer la entrega del capital, igual posición —termina— deben adoptar para su reclamación.

En consecuencia, estos dos autores se inclinan también en favor del sistema de extinción y *cancelación total de la hipoteca*.

La tesis opuesta, no obstante, es la defendida por ROCA SASTRE (161). A su juicio, la *posibilidad del ejercicio autónomo o aislado de la acción hipotecaria por parte de cada acreedor* en una obligación o crédito mancomunado, es lógica en cuanto implica una situación de hipotecas de igual rango: si el acreedor puede por sí solo ejercitar la acción personal en reclamación de la efectividad de su crédito o porción creditual, igualmente ha de poder ejercitar la acción real hipotecaria derivada de la hipoteca constituida precisamente para reforzar su crédito. «Es indiferente —dice— que exista una hipoteca atribuida en cuotas distintas a los diversos acreedores o que existan tantas hipotecas parciales como acreedores haya, pues en ambos casos hay que reconocer en cada acreedor la facultad de ejercitar de un modo autónomo tanto la acción personal como la real hipotecaria.»

En armonía con esta posición, ROCA SASTRE (162) se inclina por la aplicación a estas hipotecas, por *analogía legis*, del párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria, es decir, el criterio de *subsistencia y cancelación circunscrita*, de tal modo que la ejecución instada por uno de los acreedores no afecta al derecho de los que no hayan procedido a la ejecución.

La Dirección General no siguió, en principio, un criterio muy definido. En la Resolución de 26 de noviembre de 1917 declaró que no es aplicable a los derechos de igual rango el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, referente a la subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante por cualquier acción real o personal; del mismo modo, el párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria no puede tener valor de criterio general para todos los supuestos de división subjetiva u objetiva de los créditos hipotecarios, tanto porque las hipotecas en garantía de títulos al portador son más bien hipotecas de seguridad que hipotecas ordinarias, como por referirse directamente al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de dicha Ley y no al ejecutivo seguido conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(161) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 561 y 563.

(162) *Ob. cit.*, IV-1.º, págs. 570 y ss.

La Resolución de 9 de diciembre de 1935, que, a juicio de LÓPEZ TORRES (163), mantiene un criterio distinto, afirmó que la norma diferencial entre cargas anteriores y posteriores a la que se ejecuta, se quiebra cuando los gravámenes hipotecarios son simultáneos o del mismo rango, por haber adquirido el puesto sin prelación entre sí; la acción para hacer efectiva parte de la deuda lleva necesariamente a la liquidación de hipoteca e insiste en no reconocer carácter general al párrafo segundo del artículo 155 de la Ley Hipotecaria.

Por último, la Sentencia de 10 de marzo de 1947, con toda claridad, negó al acreedor hipotecario mancomunado la facultad de ejercitar aisladamente la acción hipotecaria por su parte creditual. El principal argumento esgrimido fue el principio de indivisibilidad de la hipoteca: siendo un crédito hipotecario con dos acreedores, existe un único gravamen garantizador, y al no ser divisible el derecho de hipoteca, no es lícito a un titular de parte del crédito ejercitar la acción hipotecaria en su solo provecho sobre toda la finca gravada, oponiéndose a ese ejercicio aislado el artículo 1.860, párrafo tercero, del Código Civil.

Aunque el problema, en su contexto general, fue resuelto por el artículo 227 del Reglamento Hipotecario de 1947, al disponer que «se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor» (164), no puede decirse que sea totalmente pacífico en su aplicación a las hipotecas que venimos estudiando.

Para JOSÉ MANUEL GARCÍA Y GARCÍA (165), este artículo 227 tiene aplicación respecto a las hipotecas constituidas a favor de una pluralidad de acreedores mancomunados sobre la misma finca.

Quizá el punto de vista que más se ajusta a la naturaleza del crédito asegurado, en cuanto entraña una situación de comunidad, es el defendido por PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (166). A su juicio, cualquier cotitular, aunque no sea coacreedor solidario, está legitimado por sí solo para ejercitar en beneficio común —con arreglo a los principios de la comunidad de bienes— las acciones que defienden a todos, como las acciones

---

(163) Trabajo citado, pág. 363.

(164) La preocupación de los Registradores de la Propiedad españoles por el problema de los créditos hipotecarios simultáneos o de igual rango se puso de relieve en la Memoria de los Registradores correspondiente al año 1928, que encontramos en el Anuario del año 1929. En la pág. 660, y entre las reformas que entonces se aconsejaban, encontramos lo que probablemente es el primer antecedente de lo que sería el artículo 227 del Reglamento de 1947. En efecto, en dicha Memoria se proponía: «Q) Que las cargas de igual rango queden subsistentes y asimiladas a las preferentes».

(165) *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Civitas, 4.<sup>a</sup> edición, 1983, pág. 319, nota 35.

(166) *Ob. cit.*, págs. 489 y 490.

de devastación. Pero frente a la tesis de ROCA SASTRE —que permite a cada acreedor mancomunado ejercitar el derecho de hipoteca en cuanto a su solo crédito—, cree que este sistema es insatisfactorio para el primer coacreedor que ejecuta si el valor de la finca es insuficiente; pero, además, es especialmente gravoso contra el dueño de la finca hipotecada, que, a pesar de haberse constituido una sola hipoteca, tendría que soportar tantas ejecuciones hipotecarias como coacreedores, iniciales o sobrevenidos por cesión parcial. Por ello, estima que es preferible la tesis de la citada Sentencia de 10 de marzo de 1947; no cabe que cada acreedor ejercite independientemente y en su solo provecho la acción hipotecaria. En cambio, considera preferible aplicar la doctrina que es común a toda forma de comunidad de derechos: pueden accionar o todos los comuneros conjuntamente (que, como vimos, era la opinión de LÓPEZ TORRES) o uno solo en beneficio de la comunidad, procediendo a la consignación de la cantidad obtenida en beneficio de todos (solución ya adoptada por la reseñada Resolución de 26 de noviembre de 1917 y por LANA SANCHÍS).

## 2) *Las llamadas hipotecas con igualdad de rango: su actualidad*

Al estudiar la hipoteca en garantía de créditos pluripersonales o constituida simultáneamente en favor de dos o más personas —de cuya problemática acabamos de hacer una breve síntesis—, ROCA SASTRE (167) hace la siguiente salvedad, sin más comentarios: «No consideramos incluíble aquí la hipoteca constituida por un mismo deudor para garantizar dos obligaciones diferentes a favor de personas distintas, y de cuyo supuesto se ocupó la Resolución de 4 de mayo de 1898».

En realidad, la citada resolución, como explica su segundo considerando, se ocupó del siguiente problema: si entre las inscripciones que pueden cancelarse con arreglo a disposiciones especiales o excepcionales, se encuentra «la de dos hipotecas constituidas por el mismo deudor, sobre la misma finca y en el mismo documento, para garantizar dos obligaciones diferentes a favor de personas distintas» (168).

De todas formas, hay que agradecer a ROCA SASTRE que, con su habitual maestría, nos haya señalado el matiz diferencial de esta moda-

(167) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 567, nota 1.

(168) En su cuarto Considerando declaró: «que no procede la cancelación de la primera de dichas hipotecas en la forma que el Juzgado de Primera Instancia ha mandado practicarla, porque se ha fundado en el supuesto equivocado de ser posterior dicha hipoteca a la que se constituyó a favor de la referida D.ª ..., acreedora ejecutante, y de ser aplicables a su cancelación los requisitos especiales o excepcionales establecidos en los artículos 1.516 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

lidad de hipotecas que resurgen hoy con contenido específico. propio: se trata de la hipoteca constituida a favor de diversas entidades de crédito para garantizar los débitos de un deudor en dificultades financieras.

Estas hipotecas responden a las siguientes características:

- No estamos en presencia de un débito único, sino que son varios débitos, con varios acreedores y un solo deudor.
- El débito garantizado por la hipoteca no es el originario, sino el reconocimiento de deuda que se hace en la misma escritura, sin que ello suponga, según pacto incorporado, novación de los primitivos.
- La hipoteca se constituye como medio de evitar una situación extrema de insolvencia (suspensión, concurso, quiebra), pero tratando de conseguir que todos los acreedores corran la misma suerte en el cobro de sus créditos.
- Normalmente, la hipoteca se constituye con carácter unilateral.

Con este planteamiento previo, vamos a examinar por separado los problemas que plantean el débito y la hipoteca:

a) *El débito*.—Si bien los débitos, por su origen, titulación, causa, acreedores, plazo e interés, son distintos, sin nexo que los una, ello es irrelevante para la hipoteca, puesto que la garantía hipotecaria no cubre los débitos originarios o subyacentes, sino el reconocimiento de deuda que se hace en la propia escritura de hipoteca.

Es este *reconocimiento de deuda* el que plantea problemas al relacionarlo con la hipoteca, ya que no se suele hacer un reconocimiento de deuda único (que nos llevaría al tema de la hipoteca en garantía de un crédito pluripersonal), sino *tantos reconocimientos como acreedores*, aunque después se totalicen. Como la totalización no es sino la constatación de un hecho matemático, ello no significa, en principio, que entre los distintos débitos surja una unión o nexo de orden jurídico. De todas formas, como a los acreedores les interesa la vinculación entre ellos, se pacta la solidaridad de los distintos créditos.

Y éste es, a nuestro juicio, el problema de fondo: ¿es posible este pacto que convierte en solidarios créditos de distinta naturaleza? En caso afirmativo: ¿qué alcance tiene?; ¿supone que lo que eran créditos distintos a favor de distintos acreedores, se transforma en crédito único a favor de los mismos?

Siguiendo a LUIS DíEZ-PICAZO (169), podríamos distinguir entre

(169) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 1979, pág. 400.

«obligación subjetivamente compleja con pluralidad de prestaciones», para lo que es necesario que dichas prestaciones se encuentren coordinadas entre sí, o lo que es igual, que «exista entre ellas un nexo de coordinación o de ligamen», y, de otro lado, la «obligación subjetivamente compleja, pero objetivamente simple; es decir, existe una agrupación de sujetos, pero, en cambio, hay unidad de prestación». En el primer supuesto, señala el mismo autor, «deben aplicarse las reglas relativas a los contratos coligados», mientras en el segundo, «la tradición jurídica y nuestro Código Civil señalan que puede resolverse a través de dos formas distintas: la mancomunidad y la solidaridad». Si, además de esta posición, nos apoyamos en el propio Código Civil, observamos que su artículo 1.137 se basa claramente en la existencia de «una sola obligación».

Ello lleva, a nuestro juicio, a la conclusión de que el pacto de solidaridad sólo es posible cuando se trata de una obligación única o cuando siendo múltiple exista un nexo o ligamen entre ellas. Este requisito no se da en el caso propuesto, ya que lo único común entre los acreedores es su interés en evitar una carrera de ejecuciones parciales. Esta finalidad no debe ser razón suficiente para admitir en el Registro figuras de perfil borroso, incompatibles con la claridad que los principios de especialidad y determinación imponen como resultado del acto de inscripción en los libros tabularios.

En cuanto al *carácter abstracto del reconocimiento de deuda*, que suele resultar de los títulos relativos a estas hipotecas, hay que interpretarlo en el sentido no de que se trate de un auténtico negocio abstracto, desligado e independiente de su causa, sin que le afecten las irregularidades, vicios o anomalías de la misma, sino únicamente un negocio en el que no se exprese la causa, por lo que se produce una inversión de la carga de la prueba, según opinión del propio DÍEZ-PICAZO (170).

La causa subyacente suelen ser las relaciones contractuales y financieras entre el deudor-hipotecante y las personas o entidades que pasan a ser acreedores hipotecarios. Esa causa, evidentemente, se abstrae en el reconocimiento, pero no tiene, por ejemplo, el alcance de la abstracción de la obligación subyacente en la letra de cambio, hasta el punto de convertirlo en un negocio abstracto, desligado y autónomo de aquella obligación.

b) *La hipoteca*.—Vamos a examinar, en relación con la misma, en primer lugar, la posibilidad de una hipoteca única en garantía de los distintos reconocimientos de deuda; la posibilidad de hipotecas distintas por cada reconocimiento, con pacto de igualdad de rango, y, por último,

---

(170) «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, págs. 3 y ss.

las variantes que ofrece el molde habitual para constituir las, es decir, la hipoteca unilateral.

1.º *¿Es posible constituir una hipoteca unitaria en garantía de los distintos reconocimientos de deuda?*—La posibilidad de garantizar con una sola hipoteca obligaciones distintas no es cuestión pacífica en nuestra doctrina. ROCA SASTRE (171), citando a WOLF, dice que no está permitida una hipoteca para créditos de distintos acreedores que no constituyan una comunidad de derechos. LA RICA (172), en cambio, parece admitir esta posibilidad cuando señala que «la división subjetiva puede nacer en el mismo título constitutivo de la hipoteca, como cuando en la misma escritura se hipoteca una finca en garantía de dos créditos distintos a favor de dos acreedores...».

En Derecho positivo, el artículo 1.857, 1.º, del Código Civil declara como requisito esencial de la hipoteca «que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal». Y, en general, tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria, se refieren siempre a la obligación garantizada en singular. Pueden verse los artículos 1.858 y 1.860 del primero, y los artículos 104, 114, 118, 119 y 124 de la segunda, entre otros.

En la Resolución de 18 de octubre de 1979, referente a una hipoteca en garantía de diversas letras de cambio (nos hemos referido a ella más arriba, al estudiar la hipoteca solidaria), el Registrador en su nota exigió la distribución de la responsabilidad entre las fincas hipotecadas «por cada letra y en cuanto a cada finca..., pues siendo varias las letras emitidas han de entenderse constituidas tantas hipotecas cuantas aquéllas sean...». El recurrente argumentó «que la posibilidad de la hipoteca única, en garantía del pago de diversidad de títulos, está expresamente reconocida por el artículo 155 de la Ley Hipotecaria». Y la Dirección, en su cuarto considerando, declara, apoyándose en su anterior Resolución de 31 de octubre de 1978, «que si bien de los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una hipoteca en garantía de varias obligaciones que pueden ser independientes o autónomas, no cabe duda de que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1.861 del propio Código y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y así lo presuponen los artículos 154 y 155 de la Ley Hipotecaria...».

En la Resolución de 31 de octubre de 1978, el Registrador había señalado en su nota el carácter autónomo de la letra de cambio y el ca-

(171) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 563, nota 3.

(172) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1.ª Parte, cit., págs. 233 y 235.

rácter accesorio de la hipoteca, por lo que «a cada una de éstas (las letras) debe corresponder su accesoria, a menos que la Ley expresamente permita otra cosa». La Dirección, como hemos visto, admitió la posibilidad de una sola hipoteca en garantía de obligaciones que pueden ser autónomas, como las incorporadas a la letra de cambio.

TIRSO CARRETERO, comentando esta última resolución (173), no parece muy convencido de los argumentos de la Dirección, señalando que tan pueril es deducir del singular del artículo 1.876 la imposibilidad de la hipoteca única en garantía de varias letras, como del plural del artículo 1.861 lo contrario. Respecto a la cita del artículo 154, señala que si este precepto no se aplica en muchos aspectos a la hipoteca cambiaria (la propia Dirección General, en su Resolución de 26 de octubre de 1973, lo excluyó en lo relativo al libro talonario y circunstancias de identificación de los títulos), no se ve claro por qué deba serlo en éste de la unicidad de la hipoteca.

A nosotros nos parece, basándonos en una fuerte tradición jurídica y en la propia naturaleza de la hipoteca, que sólo cabe garantizar una única obligación o varias coligadas entre sí, y en ambos casos, sean unipersonales o pluripersonales, pero que no es posible garantizar con hipoteca única obligaciones totalmente desconexas que pueden generar, dado el carácter accesorio de la hipoteca, la rara mezcla de tipos de hipoteca totalmente distintos. Pensemos que con la misma hipoteca se pretendiese garantizar las responsabilidades por el ejercicio de la profesión, una emisión de títulos al portador y el precio aplazado de una compraventa, y todo ello simultáneamente. Además de las razones técnicas que venimos exponiendo, las más generales del principio de especialidad en su concepción moderna abonan la solución negativa.

Finalmente, destaquemos que *si el reconocimiento de deuda ha sido único y con carácter solidario*, no parece aplicable la distribución en cuotas ideales que exige el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, ya que aquí, por definición, no existen partes indivisas, concepto aplicable sólo a los créditos mancomunados y no a los solidarios, aunque, en la práctica, con patente incongruencia, se sigue haciendo la distribución ideal entre los acreedores. Esto es un claro olvido de que la hipoteca es única, en este caso, aunque con pluralidad de acreedores, cada uno de los cuales puede reclamar el todo. Y es que pensamos que los acreedores —aun persiguiendo aquella finalidad común, a que nos referíamos, de evitar una situación extrema de insolvencia— se resisten internamente a aceptar la confusión o fusión en uno solo de sus respectivos créditos, a

---

(173) En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 540, septiembre-octubre de 1980, pág. 1180.

efectos de la hipoteca y como consecuencia del reconocimiento de deuda único, trayendo al terreno de la hipoteca el mecanismo de división que habría de funcionar, en caso de ejecución, en el terreno de la relación interna, pero que, a efectos hipotecarios, es incompatible con el mencionado reconocimiento único.

2.º *¿Es posible constituir hipotecas distintas por cada reconocimiento, pactándose la igualdad de rango?*—Es ésta otra de las construcciones a que se acude en la práctica y que plantea igualmente el problema de su admisibilidad, es decir, determinar si el rango hipotecario es algo que queda al arbitrio de los contratantes, en virtud de la libertad de pacto del artículo 1.255 del Código Civil, o si, por el contrario, viene atribuido por normas de carácter imperativo.

ROCA SASTRE (174) señala que «no cabe hablar propiamente de hipotecas simultáneas o de igual rango, o sea, que cuando se trata de distintas hipotecas, cada una debe tener diferente rango o prelación», y se apoya, además, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1947, cuando afirma que es principio fundamental del sistema hipotecario español el de jerarquía de las hipotecas en la efectividad de los derechos que ostentan conforme a su cualidad de preferentes o a su orden cronológico.

Nosotros creemos, en base al artículo 227 del Reglamento Hipotecario, que claramente se refiere a «las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango», así como en base al artículo 241 del propio Reglamento, que admite la posposición, es decir, la negociabilidad del rango, que es válido el pacto y que el rango se puede negociar mientras no se vulneren normas imperativas del sistema, como sería pactar una hipoteca con carácter de segunda cuando no existe la primera, dejando el «hueco» a favor del propietario (175).

3.º *Variantes de la hipoteca unilateral.*—Es el modo más frecuente de constituir este tipo de hipotecas.

El problema, tal vez, más importante que se plantea es el de la aceptación de las mismas. Si se ha seguido el sistema de hipotecas distintas con igualdad de rango, cada acreedor podrá o no aceptar la suya, y ello en nada afectará al derecho de los demás.

Más espinosa es la cuestión cuando se haya constituido una hipoteca unitaria y alguno o algunos de los acreedores no acepta, caso que hemos constatado en la práctica. Como el crédito se pactó con carácter solidario, parece lógico deducir que la hipoteca continuará garantizando el total

(174) *Ob. cit.*, tomo IV-1.º, pág. 565.

(175) La Resolución de 25 de octubre de 1979 ha aceptado incluso la cláusula de posposición de condiciones resolutorias a hipoteca futura, cumpliendo los requisitos del artículo 241 del Reglamento Hipotecario.

de la deuda, aunque a favor de un número inferior de acreedores, bastando, por consiguiente, que uno de ellos acepte para que la hipoteca subsista incólume, tal como se pactó.

Esta solución, sin embargo, no responde a los intereses en juego, y así parecen entenderlo las propias entidades de crédito, que olvidándose, como decíamos, del carácter solidario que atribuyen al débito, se limitan, en la práctica, a aceptar la hipoteca en cuanto a las cantidades que individualmente se les debe, dando a la distribución interna del crédito una trascendencia exterior incompatible con su carácter solidario.

Nuestro criterio es que no deben inscribirse aceptaciones por cantidad parcial, salvo que hayan aceptado todos y así se acredite simultáneamente, puesto que, en otro caso, aparte de la contradicción interna con la solidaridad del crédito, se plantean problemas insolubles en cuanto a si debe o no cancelarse parcialmente la hipoteca con reducción del débito garantizado, cosa que el Registrador está claro que no puede hacer de oficio y basándose exclusivamente en su valoración de los intereses en juego.

Finalmente, destaquemos que cuando no aceptan todos los acreedores, falta la razón de ser o causa última de este tipo de hipotecas, que es el deseo de los acreedores de que sus créditos corran todos la misma suerte ante una eventual insolvencia. Si un acreedor no acepta y prefiere ejecutar individualmente su crédito originario, evidentemente, su actitud influirá en los demás desencadenando una serie de ejecuciones parciales, que era precisamente lo que se trataba de evitar con la hipoteca.

\* \* \*

Con el cumplimiento del esquema inicialmente propuesto, y como ya hemos avanzado, evidentemente, ni se agotan, ni hemos pretendido agotar, los problemas que el mundo de finales del siglo xx plantea a la hipoteca, como derecho real fuertemente asentado en unos principios tradicionales sabiamente elaborados por el tiempo, que la han convertido en la figura reina de los derechos reales de garantía.

Baste pensar en las relaciones de la hipoteca con las nuevas figuras de la propiedad horizontal concretada a períodos de tiempo o de la venta de inmuebles con fines turísticos con objeto variable, según el lugar escogido en cada caso, o en las nuevas cláusulas incorporadas al contrato, como las de estabilización de valor o de interés variable, etc.

Creemos que lo expuesto, como punto de partida, es más que suficiente.

MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA  
ANTONIO MANZANO SOLANO  
Registradores de la Propiedad



# JURISPRUDÈNCIA



# I. Resoluciones y Sentencias

## II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI  
JOSÉ QUESADA SEGURA

### 1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

#### II. DERECHOS REALES

*PROPIEDAD HORIZONTAL.—OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACION Y EL ESTADO EXTERIOR DEL EDIFICIO* (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, por la parte demandada y apelante, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan claramente los hechos controvertidos.

Que según declaración de la sentencia objeto de recurso, inalterable en casación, la obra realizada por la recurrente en el piso de su propiedad consistió en cerrar el frente de la terraza en la línea de fachada del edificio, con ventanas cristaleras de perfil de aluminio, elevando de sesenta a ochenta centímetros los muretes laterales divisorios de las terrazas vecinas para alcanzar en su nueva altura una pérgola, formada por vigas y pilares de hormigón armado, con su punto de apoyo en la cubierta del edificio, y sobre las que ha superpuesto una cubierta de placa ondulada de fibrocemento, adosando a las indicadas vigas, en su plano interior, un falso techo de escayola para formar el conjunto una nueva habitación, que, a su vez, ha dividido en otras dos mediante la construcción de un tabique de ladrillo de medio pie y comunicadas por una puerta cristalera; y al

precisar el alcance de la modificación introducida entiende que, «sin duda, altera la configuración y el estado exterior del edificio, al aumentar ostensiblemente el volumen edificado, afectando, además, a los elementos comunes, cuales son, en primer lugar, la fachada, que ha de hallarse descubierta, al haberse cerrado el frontal de la terraza en la forma expuesta; en segundo término, los muretes o tabiques de separación, elevados en su altura, y, por último, las vigas o pilares de la pérgola que sustenta la cubierta».

Que aun partiendo de que la «terrazza a nivel» forma un todo con el piso de la recurrente y tiene condición privativa por estar destinada al uso exclusivo de su titular, no puede ignorarse que las innovaciones en los elementos comunes afectan al título constitutivo y vienen sometidas al régimen de unanimidad, según lo imponen los artículos once y dieciséis de la Ley de Propiedad Horizontal y ha sido repetidamente subrayado por la doctrina de esta Sala (Sentencias, entre otras, de cuatro y diez de abril de mil novecientos ochenta y uno, veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y dos y cinco de marzo y nueve de mayo de mil novecientos ochenta y tres), y habrá de comprenderse en tal concepto de «innovación» toda obra que lleve aparejado un cambio en la traza o forma del edificio y, por tanto, las modificativas de la configuración de la fachada, alterando su aspecto externo (Sentencia de cinco de marzo de mil novecientos ochenta y tres), aunque no sean dañadas la estructura o solidez de la construcción, pues el artículo séptimo de la propia normativa establece claramente el *ius prohibendi* al proscribir todo cambio en la «configuración o estado exteriores»; por lo que a la luz de los preceptos citados y de los antecedentes expuestos, es patente la improcedencia del motivo primero del recurso, que denuncia interpretación errónea del párrafo inicial del artículo últimamente invocado, ya que mal podrá sostenerse que no ha sido afectada la disposición exterior de la finca cuando la Sala de instancia afirma categóricamente lo contrario («sin duda»), y su valoración no ha sido combatida por la vía procedente, esto además de que lo ajustado de tal conclusión se evidencia incontestablemente por los testimonios gráficos incorporados a las actuaciones, que reflejan el cierre y la cubrición de la terraza para convertirla en una dependencia más, innovando sustancialmente la disposición de la fachada que da a la calle de Cristóbal Bordinú, lo que igualmente es puesto de relieve por el informe del Arquitecto, y tales razones determinan por su misma virtud la desestimación del motivo segundo del recurso, basado en violación del propio apartado, que, sin duda, la Sala sentenciadora aplicó correctamente dada la sensible alteración de la uniformidad de la fachada, atendidas las restantes terrazas de los áticos, con la modificación consiguiente del estado exterior, que la disposición legal no permite sin contar con la unánime autorización de los propietarios.

Que sin detenerse en el punto sobre la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, a los fines de la controversia basta señalar que esta figura especial de dominio y de carácter complejo, en criterio jurisprudencial (Sentencias de nueve de mayo de mil novecientos sesenta, diez de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y seis, nueve de junio de mil novecientos sesenta y siete, dos de abril de mil novecientos setenta y uno y dieciséis de junio de mil novecientos setenta y tres), tiene como órgano de representación al Presidente

de la Comunidad, que actúa personificando al ente en las relaciones externas, sustituyendo con su voluntad individual la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un instrumento físico a través del cual actúa la pluralidad de titulares, de tal suerte que ese cometido que la jurisprudencia sitúa en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, lleva implícita la de todos los interesados en juicio y fuera de él, con la consecuencia de estimar lo realizado por el Presidente dentro de sus atribuciones y facultades estatutarias, no como hecho en nombre de la Comunidad, sino como si ésta misma lo hubiese llevado a cabo, sin perjuicio de lo que impongan las relaciones internas (Sentencias de diecinueve de junio de mil novecientos sesenta y cinco, trece de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, diez de junio de mil novecientos ochenta y uno, veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y dos y cinco de marzo de mil novecientos ochenta y tres); lo que lleva a rechazar el motivo tercero del recurso, amparado, como los precedentes en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aduce violación por inaplicación del artículo doce de la Ley especial, alegando que al existir autorización de parte de los propietarios para la realización de la obra censurada, no puede intervenir en el proceso el Presidente a nombre de la comunidad, argumentación claramente improsperable, pues además de que plantea una cuestión enteramente nueva y ajena a lo debatido en la instancia, infringiendo lo dispuesto en el artículo mil setecientos veintinueve, número quinto, de la Ley adjetiva, manifiesto es que esa repercusión que al Presidente corresponde por ministerio de la Ley no desaparece por la circunstancia de que entre los propietarios no se haya producido unanimidad de opiniones, sino que subsiste la función representativa en todos los asuntos que afectan a la Comunidad, dentro de las determinaciones por ésta tomadas con sujeción a lo previsto en el artículo dieciséis.

*PROPIEDAD.—EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—ARTÍCULO 38, PÁRRAFO 2.º, DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1984).*

Don M. L. D. ejercita ante el Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de la Barquera acción encaminada a obtener la propiedad de la mitad indivisa del resto de la finca resultante, después de efectuadas diversas compras, agrupaciones, segregaciones y ventas, de las adquiridas en proindivisión con el demandado, señor H., sin solicitar expresamente en la demanda la nulidad de los asientos registrales contradictorios.

El Juzgado desestimó la demanda, absolviendo al demandado, sin entrar en el fondo de la misma. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos desestimó el recurso de apelación confirmando la sentencia del Juzgado.

El actor y apelante interpone recurso de casación por infracción de ley basado en un solo motivo, que dice así:

Fundado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y uno de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y autorizado por el número

primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley citada, se infringe por aplicación indebida, el párrafo segundo del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria y la doctrina contenida en las Sentencias de ese Alto Tribunal de seis de marzo de mil novecientos veintitrés; seis de marzo de mil novecientos sesenta y dos; veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro; diecinueve de febrero, quince de abril y veintidós de diciembre de mil novecientos setenta, y trece de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, en cuanto delimitan e interpretan el ámbito de aplicación del precepto indebidamente aplicado. Este precepto fue aplicado por el Juzgado y por la Sala, para declarar la demanda inadmisibile. Se basan en entender que la demanda encubre una acción declarativa de propiedad, frente a quien ostenta inscrita a su nombre tal propiedad. Pero resulta que ni la acción ejercitada es declarativa de propiedad ni resulta contradictorio del dominio inscrito, sino, por el contrario, una consecuencia de esa inscripción registral a favor del demandado. La demanda se basaba en un mandato del demandante al demandado para que en su nombre adquiriese la mitad de una finca y realizase sobre ella determinadas construcciones, que luego habrían de ser comercializadas y enajenadas, liquidando las cuentas, y dentro de los límites del mandato llegase a titular el sobrante de finca que al término del negocio pudiera producirse. El demandante ratifica todos los actos hechos por el demandado, y lo único que pide es que la mitad del sobrante de la finca se titule a su nombre y rinda cuentas. No es, por tanto, una acción que contradice el dominio del señor H., es una acción que pretende que se le imponga la obligación de titular a favor del demandante la mitad de aquel terreno que tiene inscrito en el Registro, y en tal sentido, ese Alto Tribunal, en Sentencia del quince de abril de mil novecientos setenta y del seis de marzo de mil novecientos sesenta y dos. Más que una contradicción sobre lo que aparece en el Registro, lo que se pretende es la continuidad del tracto, de forma que quien figura como titular en el Registro transmita a quien para ello tiene derecho, la propiedad que privadamente se ostenta, como consecuencia del mandato o apariencia. Esta interpretación espiritualista está recogida por ese Alto Tribunal en la Sentencia de seis de marzo de mil novecientos veintitrés y las de veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y trece de noviembre de mil novecientos setenta y ocho. De esa doctrina jurisprudencial se deduce que en la demanda se contenía la petición suficiente para que al otorgarse la escritura pública de transmisión de la parte indivisa de la finca cuya titularidad suplicaba el demandante, tuviera acceso al Registro de la Propiedad, respetando así la veracidad del mismo, por lo que al hacerse aplicación del párrafo segundo del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, se hace indebidamente.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Fernández Martín-Granizo, declara haber lugar al recurso, estableciendo que lo primero a examinar es ver si es o no requisito fundamental para la admisión de las acciones contradictorias del dominio inscrito, como pueden ser la declarativa del mismo o la reivindicatoria, interesar previa o coetáneamente la cancelación o nulidad del asiento registral existente respecto a la finca o fincas objeto de discusión. Y de las posibles soluciones opta por la más flexible —criterio espiritualista frente al rígido o formalista— conforme a las siguientes consideraciones:

Que el tema apuntado no es en verdad pacífico, en cuanto durante años se han venido sustentando respecto de él por la doctrina legal dos posiciones distintas: la que pudiera denominarse de interpretación rigurosa del precepto en cuestión, que sobreestimando la presunción legitimadora plasmada en el mismo, y para mayor garantía de ella, no reconoce otra vía de admisión procesal para las acciones contradictorias del dominio inscrito que la del ejercicio previo o a lo sumo coetáneo de la dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral (Sentencias de veintiuno de febrero de mil novecientos veinticuatro a la de trece de diciembre de mil novecientos setenta y ocho), y la más actual y desde el plano de una hermenéutica jurídico-social más acertada, por cuanto sin disminución de la función garantizadora facilita y flexibiliza el tráfico jurídico (artículo tercero, uno, del Código Civil), que al tomar como punto de partida que las acciones contradictorias del dominio que figure inscrito llevan en sí la idea de la cancelación o nulidad del asiento registral contradictorio, consideren es suficiente para que la legitimación registral quede debidamente garantizada, como declara la Sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, que el titular inscrito que pudiera verse afectado por el ejercicio de dichas acciones aparezca demandado —cual acontece en este caso—, en cuanto por virtud de ello queda abierto el camino para plasmar en el Registro de la Propiedad las operaciones pertinentes, sin merma alguna de las garantías legitimadoras (Sentencias de veinte de mayo de mil novecientos setenta y dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y tres).

Que el hecho de haber ejercitado el actor en este concreto supuesto una «acción declarativa del dominio o reivindicatoria» relativa a finca inscrita a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o la cancelación del correspondiente asiento registral, lleva claramente implícita una petición de nulidad o de cancelación del asiento contradictorio y no puede ser causa, haciendo uso de una interpretación acomodada al artículo tercero, uno, del Código Civil, de que por razón de un error u omisión en el suplico de la demanda se inadmita ésta y por tanto se deniegue la petición que respecto de la titularidad dominical de la mitad del inmueble en cuestión se interesó a través del ejercicio de la pertinente acción, dado que cual queda dicho, tal cancelación o nulidad constituyen lo que pudiera denominarse «consecuencia hipotecaria lógica» de la acción ejercitada.

Y en la segunda sentencia declara que el recurrente es propietario de la mitad indivisa del resto de la finca cuestionada.

*PROPIEDAD HORIZONTAL.—EMBARGO DE FINCAS NO DESCRITAS COMO INDEPENDIENTES EN LA ESCRITURA DE DIVISION HORIZONTAL (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1984).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia

de Santa María de Guía; y en la segunda sentencia confirma la sentencia dictada por el Juzgado. Todo ello según los siguientes pronunciamientos:

Que el tema fundamental que con los tres pedimentos contenidos en el suplico de la demanda inicial de las actuaciones se plantea deriva del hecho, evidentemente acreditado, de que la entidad demandante, aquí recurrente, es propietaria de los locales que constituyen las fincas número treinta y treinta y uno del edificio D., constituido en régimen de propiedad horizontal por escritura pública de dieciocho de febrero de mil novecientos setenta, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, conforme a la normativa contenida en la Ley de Propiedad Horizontal, con la correspondiente hoja registral afectante al total del edificio y la inscripción separada de dichos dos locales comerciales, ejercitándose pretensión por la aludida demandante en el sentido de que se declare su titularidad dominical sobre los citados locales comerciales, así como que la finca adjudicada a la demandada I. H., S. A., en autos de juicio ejecutivo no tenía existencia real ni en el plano jurídico registral ni en el contexto físico material de las diferentes fincas urbanas integrantes del edificio D., derivando esto de que la meritada finca describía una extensión superficial en lo esencial coincidente con aquella en que estaban ubicados los locales treinta y treinta y uno, extensión superficial que ni constaba como finca independiente en la escritura de constitución de propiedad horizontal, ni, por tanto, con tal carácter había sido inscrita en el Registro de la Propiedad, lo que asimismo venía a determinar la nulidad de pleno derecho de la vía de apremio del procedimiento ejecutivo en que había sido embargada y adjudicada una finca inexistente.

Que la sentencia recurrida reconoce, no obstante rechazar las pretensiones de la demanda, que la extensión superficial de la finca objeto de la vía de apremio del procedimiento ejecutivo antes referido comprende la de los locales número treinta y treinta y uno del edificio D., de los que es propietaria la entidad actora por haberle sido adjudicados en el procedimiento de apremio seguido a instancia de la Hacienda Pública, constatando esta realidad en documento notarial otorgado el día ocho de febrero de mil novecientos setenta y ocho.

Que en el primer motivo del recurso, al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación de los artículos trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, así como de los artículos treinta y cuatro y treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, y si bien los citados artículos de la Ley Hipotecaria no pudieron ser vulnerados por la sentencia recurrida, habida cuenta de que, aunque relativos a los principios de fe pública y legitimación registral, respectivamente, presuponen ambos la inscripción del derecho real a favor de la persona que pretenda ser protegida por su normativa, inscripción del derecho que en el caso de autos no concurre, como se desprende de la certificación del Registro de la Propiedad obrante a los folios ciento cuarenta y siete a ciento cincuenta y uno de los autos originales, por lo que circunscribiéndonos a la violación del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, el mismo ciertamente fue infringido por la resolución impugnada, en cuanto desconoció que los locales comerciales números treinta y treinta y uno del edificio D., a los que sin ningún género de dudas se refiere el pedimento segundo del suplico de la demanda, tal como se describen en la escritura pública de constitución de propiedad horizontal de dieciocho

de febrero de mil novecientos setenta, son de la propiedad de la entidad actora, según constata la también escritura pública de ocho de febrero de mil novecientos setenta y ocho, por la que la misma adquirió los referidos locales, lo que impone, en su consecuencia, la estimación del primer motivo del recurso.

Que I. H., S. A., en vía de apremio de procedimiento ejecutivo seguido a su instancia contra don A. G. S., señaló y describió como de la pertenencia de éste un local destinado a oficinas, situado en la planta octava del edificio D., cuyo local con arreglo a la normativa contenida en los artículos tercero y quinto de la Ley sobre Propiedad Horizontal de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, de imperativa aplicación a todos los edificios en régimen de propiedad por pisos establecido en el artículo trescientos noventa y seis del Código Civil, según previene la disposición transitoria primera de la referida Ley de Propiedad Horizontal, no tenía existencia real al no constar descrito en la escritura pública de constitución en régimen de propiedad horizontal del citado edificio, único dato que haría permisible su individualización, no siendo hábil para este efecto de concreción del objeto que se señale en una de las plantas del edificio extensión superficial que no se corresponda con finca cuya existencia proclame la pertinente escritura pública, y como ello se verificó por I. H., S. A., bajo la apariencia de licitud de las normas jurídicas —artículos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro y mil cuatrocientos cincuenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, que hacían permisible la designación de bienes del deudor a efectos del embargo de los mismos y la mejora de dicho embargo, verificando el ya denotado señalamiento de bienes, en el caso un supuesto local situado en el edificio D., edificio cuyos datos de inscripción en el Registro de la Propiedad le eran perfectamente conocidos, como lo demuestra el que en la escritura pública de catorce de marzo de mil novecientos setenta y siete, en que se le adjudicó el inexistente local, constan los datos de inscripción del edificio total en el Registro de la Propiedad —folio setenta y tres de los autos originales—, es obvio que, al amparo del texto de las normas legales antes citadas, se perseguía eludir la aplicación de la preceptiva reguladora de la propiedad de edificios por pisos o locales, con la finalidad de conseguir el resultado contrario al ordenamiento jurídico de lograr una titularidad dominical comprensiva de bienes propiedad de tercero, incidiendo por ello en el fraude de ley definido en el número cuatro del artículo sexto del Código Civil, precepto que al imponer la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir determina en el caso de la litis la procedente acogida de los tres pedimentos contenidos en el suplico de la demanda inicial de las actuaciones, tal como lo efectuó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Santa María de Guía con fecha veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta, cuya confirmación se impone, excepto en el extremo de las costas procesales.

MONTES. — USUCAPION. — COMUNIDAD (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Coruña; y en la segunda sentencia el Tribunal Supremo confirma íntegramente la del Juzgado.

Los hechos y fundamentos jurídicos de la sentencia resultan de los siguientes considerandos:

a) En fecha veinte de junio de mil seiscientos setenta y ocho el abad del monasterio de San Martín de Santiago constituyó un foro a favor de J. S., J. V., P. C. y J. A., recayente sobre las fincas que componen el lugar de Ageitos, «con sus montes y mas a ello perteneciente»; b) Dicho censo foral fue redimido por consolidación de los dominios directo y útil por el cabezalero don J. B. M., bisabuelo del actor y recurrente actual, don V. B. B., con fecha veinticuatro de noviembre de mil ochocientos noventa y cuatro; c) Don J. B. V., abuelo de los actores B. B., juntamente con los otros sucesores de los primitivos llevadores, hasta un total de diez personas, en escritura pública de nueve de diciembre de mil novecientos veintidós, afirmando que son dueños *pro indiviso* y por iguales partes del monte de Ageitos, que se describe en el hecho primero de la demanda, encomiendan a tres vecinos que lleven a cabo la partición del monte, la que no consta llegase a realizarse; d) En veinticuatro de junio de mil novecientos veintisiete el mismo don J. B. V. presentó instancia en el Distrito Forestal de Pontevedra-La Coruña, acompañada de un plano, consultando si aparece en el catálogo el terreno en cuestión, contestándole dicho centro oficial que no figura en el catálogo ningún monte en dicha situación, «por lo que no hay inconveniente alguno en que los propietarios de dichos terrenos hagan en ellos las mejoras que tengan por conveniente»; e) En mil novecientos cincuenta y seis don M. B. M. y otros copropietarios se dirigen a la Jefatura del Distrito Forestal de La Coruña, y ésta, después de visitar el terreno el Ingeniero de la Primera Sección, Ayudante y Capataz de la zona y examinarlo, dice que los terrenos a que se refieren los solicitantes no forman parte del monte público Fieiteira, número ciento noventa y ocho, colindante con el de Ageitos, y que en éste los vecinos interesados podrán ejercer los actos posesorios y de propiedad que la legislación les autoriza; f) En el año mil novecientos sesenta y dos el Ayuntamiento de la ciudad de Riveira incluye el monte Ageitos en el inventario del Patrimonio Municipal como bien de propios y señalando como clase de aprovechamiento el pastoreo, esquilmo, saca de piedra, arena y arbolado; posteriormente la misma Corporación municipal, en sesión extraordinaria del veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y tres, rebaja su superficie y califica el título como perteneciente al común de vecinos del municipio, «que desde siempre efectuaron aprovechamientos de pastoreo y esquilmo», siendo entregado al Patrimonio Forestal del Estado para su repoblación en el año mil novecientos sesenta y cuatro; g) La sentencia de primera instancia estima en parte la demanda, formulada únicamente por el copropietario don V. B. B., «que

actúa por sí y en beneficio de la comunidad» del monte Ageitos, y se declara que la finca les pertenece en plena propiedad al demandante y a la comunidad en cuyo beneficio acciona; se condena a los demandados actuales recurridos a excluir la mencionada finca del catálogo de montes de utilidad pública, reintegrándola al patrimonio de la comunidad accionante y a que abonen a la misma los frutos producidos o debidos producir desde la fecha del emplazamiento, y absolviéndoles de las demás peticiones; se estima la reconvencción formulada por el Instituto de Conservación de la Naturaleza manteniéndole en la posesión del monte discutido en tanto no se le abonen los gastos necesarios efectuados en el inmueble y los útiles o el aumento de valor que con ellos haya adquirido, a elección de la actora actual recurrente, sin perjuicio del derecho de ésta a obligar a ICONA a pagarle el precio del terreno si optase por ello; *h)* La sentencia recurrida considera que se trata de un monte vecinal en mancomún, y revocando la sentencia apelada desestima la demanda y absuelve a los demandados.

Que al declararse como hecho probado que desde la remota fecha de veinticuatro de noviembre de mil ochocientos noventa y cuatro los comuneros del monte de Ageitos consolidaron el dominio directo y útil, al ser redimido el foro que gravaba dicho inmueble, hasta la de nueve de diciembre de mil novecientos veintidós, en que afirmando una copropiedad *pro indiviso* sobre el mismo se propusieron dividirlo, poseyeron de una manera pública, pacífica e ininterrumpida el monte en torno al cual gira el presente litigio, tanto los primitivos propietarios como sus sucesores, ya que estos últimos, a virtud de la accesión de posesiones que deriva de las reglas primera y segunda del artículo mil novecientos sesenta del Código Civil, pueden computar el tiempo necesario para la prescripción, completando el suyo con el de sus causantes, presumiéndose además que como poseedores en mil novecientos veintidós, lo fueron en época anterior y continuaron siéndolo en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario que no se ha producido en la presente litis; al ser así han adquirido la propiedad por usucapión al menos extraordinaria, ya que los actos de posesión de las entidades demandadas y ahora recurridas datan únicamente del año mil novecientos sesenta y dos, pero sin que ello implique exclusión de la posesión continuada de la comunidad recurrente, sólo afectada por la inclusión en el catálogo del municipio de Riveira del monte en cuestión, primero como de propios y después como de tipo comunal o vecinal, circunstancia esta que no impide, como ha declarado esta Sala (Sentencia de trece de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho), que se discuta su propiedad en el correspondiente juicio; al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido por no aplicación los artículos mil novecientos cincuenta y nueve y mil novecientos sesenta, en relación con los artículos mil novecientos treinta y mil novecientos treinta y seis, todos del Código Civil, y artículos uno, párrafo uno, y dos de la Ley de Montes Comunales de veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y ocho, como se pone de relieve en el motivo cuarto de los del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivo que por tanto ha de ser estimado.

Que se debatió en la instancia acerca de la posesión del inmueble litigioso por parte del Ayuntamiento de Riveira o de los vecinos de los lugares o parroquias a que el terreno pertenece, pero sin concretar núcleos determinados de ellos ni época en que aprovecharon sus productos, limitándose

la sentencia recurrida a señalar que fue «con anterioridad a mil novecientos veintidós hasta mil novecientos sesenta y cuatro» en que los terrenos fueron cedidos, en virtud de convenio, al ICONA para su población por el Ayuntamiento de Riveira (considerando doce de dicha sentencia); vaguedad probatoria que contrasta con la fijeza de la titulación de la comunidad demandante y recurrente, que se antepone con nitidez en el tiempo a la de los recurridos y que consiste en una escritura de redención de foro y sub-siguiente posesión desde el año mil ochocientos noventa y cuatro en concepto de dueño, corroborada por actos propios de alguna de las entidades demandadas y recurridas, actos propiamente de reconocimiento de propiedad a favor de la comunidad recurrente, como hicieron las Jefaturas de Distrito Forestal de Pontevedra-La Coruña en mil novecientos veintisiete y la de La Coruña en mil novecientos cincuenta y seis; épocas en que, según afirma la sentencia recurrida o se deduce claramente de la misma, aunque de forma esporádica y no con la precisión necesaria, se determina la simultaneidad de posesión de ambos litigantes, la comunidad actora y los vecinos que aprovechaban el monte discutido; hecho que no implica reconocimiento de la posesión en dos personalidades distintas, consecuencia que prohíbe el artículo cuatrocientos cuarenta y cinco del Código Civil cuando, como en este supuesto, no hay indivisión entre los litigantes, y que conduce, a la vista de los hechos acreditativos, a dar preferencia, conforme al indicado precepto sustantivo, a la posesión de la comunidad actora por ser más antigua y por haber presentado título anterior acreditativo de su derecho a poseer como derivado del dominio consolidado al ser redimido el foro que gravaba el inmueble en mil ochocientos noventa y cuatro; razones que conducen asimismo a la estimación del motivo segundo del recurso, en el que al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acusa la infracción por violación del artículo cuatrocientos cuarenta y cinco del Código Civil.

Que no es obstáculo a la estimación del recurso la motivación contenida en los considerandos ocho, nueve y diez de la sentencia recurrida, al interpretar de modo equivocado, a juicio de esta Sala de casación, la omisión en el testamento de don J. B. V. de su cuota indivisa en el monte de Ageitos y prescindir de él en la partición que hizo de sus bienes en la cláusula tercera de aquella disposición *mortis causa*, pues aunque ello fuera de esta forma, mera hipótesis que puede equipararse a la que sienta el Juez de Primera Instancia en el considerando segundo de su sentencia, y que conduce a la conclusión opuesta, es obvio que se ha probado que los copropietarios eran al menos once, según consta en la escritura de nueve de diciembre de mil novecientos veintidós, y siendo así no puede enjuiciarse acerca del derecho de todos, con perjuicio evidente de sus derechos sobre las respectivas cuotas y sobre la cosa común, por un mero acto omisivo de uno de ellos, y olvidando que cada comunero, al pretender conservar la cosa común, mientras favorece a sus condóminos en los actos que produzcan ganancias o ventajas, no les puede perjudicar en los que resulten nocivos, según criterio que se deduce de la doctrina de esta Sala (Sentencias, entre otras, de ocho de abril de mil novecientos sesenta y cinco y catorce de marzo de mil novecientos sesenta y nueve); no menos que de las ideas que informan los artículos trescientos noventa y cuatro, mil ciento treinta y nueve y mil ciento cuarenta y uno del Código Civil, cuya infracción se acusa en el motivo séptimo; aparte de que, como consta en lo

actuado, la demanda se formuló en nombre de la comunidad y en beneficio de la misma ejercitando una acción reivindicatoria que al reunir los requisitos reiteradamente exigidos por la jurisprudencia de esta Sala debe ser estimada por ser procedente asimismo la estimación de los motivos segundo, cuarto y séptimo de los formulados, sin que proceda el examen de los restantes.

*PROPIEDADES ESPECIALES. — AGUAS (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1984).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ayuntamiento de A. —parte demandada y apelada— contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián de la Gomera, en base a las siguientes consideraciones:

Que de los hechos que resultan acreditados aparece que los causahabientes del actor, hoy recurrido, adquirieron por compra al dueño de la finca en la que brotaban cinco nacientes o manantiales de agua el uso y aprovechamiento de su contenido, el cual, sin embargo, no era aprovechado por sus titulares (la adquisición data de mil novecientos treinta y cinco), sino, en fechas y tiempos no determinados, por otros colindantes en cuanto transcurrían las aguas por sus fincas, y así hasta el mes de agosto de mil novecientos setenta y ocho, en el que el Ayuntamiento de A. —autorizado por el dueño de la finca, pero no por el de los manantiales— realizó en dos de los nacientes (había cinco) obras de captación y aprovechamiento para uso municipal y servicio público mediante percepción de precio, mas no sin que el dueño del aprovechamiento hiciera su protesta, significada por escritos, y un requerimiento notarial de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y ocho y un acto de conciliación celebrado el veintiséis de julio de mil novecientos setenta y nueve, es decir, antes del año de la ocupación y uso por el Ayuntamiento (que lo fue en agosto del mil novecientos setenta y ocho), en el cual acto no se negó por el Municipio la propiedad privada de las aguas e incluso propuso al dueño el abono de cinco pesetas por metro cúbico para continuar en el aprovechamiento, sin llegarse a un acuerdo, lo que motivó la demanda origen de este recurso y la subsiguiente condena por la sentencia recurrida al Ayuntamiento para que éste dejara las cosas como antes de su ocupación y aprovechamiento de los dos nacientes o manantiales, dejándolos a disposición del dueño, con el abono de los metros cúbicos aprovechados.

Que en el primer motivo se sostiene la tesis de haberse infringido por violación la doctrina legal relativa al litis consorcio pasivo necesario, y mal constituida la relación procesal por no haberse demandado conjuntamente al dueño del fundo donde nacen las aguas, a los terceros que pudieran alegar derechos sobre las mismas y a la Administración del Estado, «en razón a su posible naturaleza pública», motivo que no puede prosperar por las siguientes razones: a) en cuanto al dueño de la finca, vendedor del uso y aprovechamiento de las aguas, por ser totalmente ajeno a la relación con-

trovertida (artículos mil doscientos cincuenta y dos y mil doscientos cincuenta y siete del Código Civil) y a la contienda suscitada, sin trascendencia alguna para sus derechos, ya que los aquí discutidos no afectan a la propiedad o posesión de su finca, distinta de la del uso y aprovechamiento de las aguas que en ella nacen por haberlos vendido, y a salvo siempre los posibles derechos que en todo caso podría ejercitar —pero sólo él— respecto al no aprovechamiento de las aguas constitutivo de prescripción extintiva o adquisitiva (artículos once y ocho de la Ley de Aguas de mil ochocientos setenta y nueve) a su favor, pese al contrato y en virtud de esa Ley especial, pero a quien, repetimos, no puede afectarle la resolución positiva o negativa que aquí recayera, exclusivamente referida al derecho que un tercero —el Ayuntamiento— se arroga para su explotación; b) en cuanto a terceros colindantes, porque su posible derecho al uso y aprovechamiento de las aguas sobrantes que discurran por sus fincas siempre lo conservarán (artículos cinco, nueve y diez de la Ley citada), es decir, siempre que no sean totalmente aprovechadas; y c) en fin, tocante a la Administración del Estado, porque no es ni siquiera discutible la naturaleza privada de las aguas en cuestión, tanto por cumplirse en su definición los presupuestos de los artículos cuatrocientos ocho, primero, del Código Civil y quinto de la Ley especial de trece de junio de mil ochocientos setenta y nueve, es decir, por nacer las aguas en predio privado, como por haberlo reconocido y admitido así la Corporación municipal en el acto conciliatorio ya citado.

Que lo últimamente expuesto vale para rechazar los motivos segundo y tercero, que alegan, respectivamente —también al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal—, la violación de los artículos cuatrocientos siete, segundo, y cuarto, segundo, del Código Civil y de la Ley especial, y del once de esta Ley y el segundo del Real Decreto-ley de siete de enero de mil novecientos veintisiete, puesto que además el no uso durante más de veinte años por parte del comprador de los manantiales no convierte por sí solo las aguas en públicas, ni tampoco ese tiempo opera una prescripción extintiva para su titular privado, salvo lo dispuesto en el artículo once de la Ley citada, como después se verá, pues siempre, si no se utilizan las aguas, podrán ser aprovechadas por terceros según los presupuestos legales (artículos cinco, nueve y diez de la Ley de Aguas), y sólo adquirirán la condición de públicas aquellas no aprovechadas siempre que no discurran inmediatamente por otro predio de propiedad privada, según dispone el párrafo segundo del artículo quinto de la tantas veces citada Ley, razones, por lo demás, también válidas para rechazar el motivo cuarto, que insiste, con el mismo fondo, en la violación de los artículos cuatrocientos doce del Código Civil y quinto de la Ley especial.

Que la misma temática, en relación estrecha con los motivos anteriores, sigue el quinto, con el mismo amparo procesal (el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero ahora con el alegato y denuncia de haberse interpretado erróneamente el artículo once de la Ley de Aguas de mil ochocientos setenta y nueve, infracción en modo alguno cometida por la sentencia de instancia, porque lo que el artículo once, supuestamente infringido, dispone es que «si transcurridos veinte años el dueño del predio en el que naturalmente nacen unas aguas no las hubiese aprovechado, consumiéndolas total o parcial-

mente, de cualquier modo perderá todo derecho a *interrumpir* los usos y aprovechamientos inferiores de las mismas aguas que por espacio de *un año y un día* se hubiesen ejercitado»; precepto que no puede ser interpretado como quiere el Municipio recurrente en el sentido de que el transcurso del año y día ha de operar incluso contra la voluntad del dueño, es decir, mediante una posesión aún inquietada y no pacífica, constitutivo de caducidad, no de prescripción susceptible de ser interrumpida, interpretación desmesurada que no puede acogerse a la sola vista del texto legal y de la pertinente regla de interpretación que señala el artículo tres, uno, del Código Civil («sentido propio de las palabras» de la norma), que es lo cumplido por el juzgador de instancia, sin plantearse problema alguno de hermenéutica (*in claris non fit interpretatio*), pues bien claro es el artículo once aludido cuando establece que lo que el no usuario de las aguas por más de veinte años perderá es el derecho a interrumpir el aprovechamiento que de las mismas haga un tercero por espacio (sic) de un año y un día, y nada más, es decir, sin referencia ni remota a un plazo de caducidad, puesto que es la misma norma la que permite la interrupción de ese año y día, naturalmente antes de que transcurra ese tiempo y no después, que es cuando perdería el dueño el derecho a prohibir al tercero el aprovechamiento, con pérdida de su derecho al mismo, cosa no ocurrida en el caso, en el cual, según hecho acreditado é inamovible, fue requerido el Ayuntamiento por el dueño de los manantiales en el mismo mes en el que aquél hizo toma de las aguas para que se abstuviera de hacerlo.

Que tampoco puede prosperar el motivo sexto, que acusa la violación del artículo mil novecientos treinta, segundo, en relación con el mil novecientos sesenta y tres, ambos del Código Civil, relativos a la prescripción extintiva operada —según el recurrente— en contra del titular de las aguas por su no aprovechamiento durante cuarenta y cinco años, y ello porque no es el Ayuntamiento el verdaderamente legitimado para oponer una excepción que ampararía y evitaría de modo subrepticio el fracaso de la que legal y en pura normatividad le compete, tal la ya estudiada y prevista en el artículo once de la Ley de mil ochocientos setenta y nueve, norma especial reguladora de la pérdida del derecho al uso y aprovechamiento de las aguas privadas, puesto que en otro caso y supuesto siempre conservará el titular de los manantiales su propiedad especial, y ello sin perjuicio ajeno en cuanto el agua no utilizada pasa al uso de otros o del público, y sólo aquel que se atribuya el derecho adquirido por prescripción treintenal podría oponérsele o sería en su caso frente a quien podría ejercitar su acción el dueño que estimase no haber perdido su derecho por prescripción (artículos mil novecientos treinta y mil novecientos sesenta y tres del Código Civil), pero no frente a un usuario que no ha completado el año y día del artículo once de la Ley de Aguas.

Que, finalmente, y para desestimar asimismo el motivo séptimo y último, que aduce la violación del artículo cuatrocientos cincuenta y uno del Código Civil y doctrina legal concordante, bastará añadir que la buena fe que como presupuesto establece el artículo cuatrocientos cincuenta y uno del Código Civil para que el poseedor haga suyos los frutos, si bien se presume conforme al artículo cuatrocientos treinta y cuatro, puede ser desvirtuada, bien mediante la interrupción del estado posesorio (cuatrocientos cincuenta y uno, párrafo primero, inciso segundo), ora con la constatación de la concurrencia de su contrario, es decir, de la mala fe probada (cuatro-

cientos treinta y cuatro) por el conocimiento del vicio que invalida la posesión (artículo cuatrocientos treinta y tres, párrafo segundo), cosa que en el caso aparece demostrado con la interrupción operada por el dueño mediante las cartas y requerimiento notarial al Municipio poseedor, quien supo, antes de consumar el año y día, que su posesión no era pacífica.

F. C. L.

### III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

#### *DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1983).*

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien las responsabilidades contractual y extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, tanto la doctrina de esta Sala como autorizados sectores de la científica estiman que no existen entre ellas fundamentales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes. Así, son puntos de coincidencia en ambas manifestaciones: *a)* la producción de un daño —lesión—; *b)* la atribuibilidad del mismo a un sujeto —imputabilidad—; *c)* el deber de indemnizar o resarcir —responsabilidad—. Constituyen a su vez diferencias que mientras la llamada *culpa contractual* nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento o infracción de los términos o contenido de un negocio o vínculo jurídico, la *extracontractual* tiene su origen en un ilícito civil productor de un daño, al margen o además de todo incumplimiento o infracción. Obligada consecuencia de las notas comunes entre ambas clases de culpa es la ineludible entrada en juego de la finalidad reparadora, sin perjuicio de las específicas que puedan derivar en su caso del incumplimiento del contrato u obligación; la compatibilidad entre indemnizaciones laborales y extracontractuales en los casos de accidentes de trabajo viene admitida reiteradamente por esta Sala.

#### *ES INADMISIBLE LA APELACION DE UNA SENTENCIA POR EL LITIGANTE ABSUELTO (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1983).*

*Doctrina de la sentencia.*—El interés legítimo en el obrar, causa común de los actos procesales cuando de la interposición de recursos se trata, se traduce en la necesidad de un presupuesto —ligado con la legitimación—, consistente en la existencia de un gravamen o perjuicio sufrido por el recurrente a consecuencia de la parte dispositiva de la resolución que impugna, consistente en la diferencia entre lo pedido por aquél y lo declarado en la sentencia que combate, indispensable elemento que tiene el valor de un requisito de admisibilidad del recurso, según entiende la más autorizada doctrina; y en el mismo sentido este Tribunal tiene declarado que siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar una resolución judicial a la parte que se estime por ella perjudicada, claro está que constituyendo el interés jurídico el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya

ocasionado perjuicio alguno, por lo que resulta inadmisibile la apelación de una sentencia por el litigante absuelto, aunque haya sido por argumentos distintos de los aducidos por el interesado, y, concretamente, que no cabe el recurso interpuesto por el favorecido con un pronunciamiento absoluto sobre el fondo, por más que obligadamente hayan sido rechazadas las excepciones (Sentencia de 14 de junio de 1951).

**LA PRESCRIPCION EXTINTIVA DEBE SER APLICADA RESTRICTIVAMENTE (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1983).**

*Doctrina de la sentencia.*—El instituto de la prescripción extintiva, cual tiene declarado esta Sala, entre otras, en Sentencia de 17 de diciembre de 1979, al venir sustentada sobre un principio de abandono o inactividad que provoca como consecuencia la pérdida de un derecho, debe ser objeto en su aplicación de trato cauteloso y por ende restrictivo; siendo esencial a tales efectos la valoración de la voluntad del afectado en orden al mantenimiento y subsistencia de su derecho, de tal modo que cuando se patente clara y fehacientemente el *animus conservandi*, debe quedar interrumpido el *tempus praescriptionis*, y si bien ha de reconocerse que la doctrina de esta Sala, al contemplar el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, otorga al acto de conciliación un efecto meramente suspensivo del plazo prescriptorio si la demanda no fuera presentada dentro de los dos meses siguientes, no puede tampoco olvidarse, ni la semejanza de dicho precepto adjetivo con el artículo 1.947 del Código Civil, referido a la usucapión y no a la prescripción extintiva, ni la circunstancia de que el artículo 1.973, con un criterio de mayor amplitud respecto de esta última, habla sólo de *interrupción de la praescriptio actionis* «por su ejercicio ante los Tribunales...», frase la de «ejercicio» en la que se entiende comprendida la presentación de la papeleta de conciliación, con independencia de la naturaleza jurídica que pueda merecer este instituto.

La posición contraria supondría otorgar una mayor eficacia interruptiva respecto de la prescripción extintiva a la reclamación extrajudicial que a la verificada a través de la conciliación, con evidente ruptura del principio exegético que sanciona el artículo 3.º del Código Civil, tanto en orden a la necesidad de interpretar las normas conforme al espíritu y finalidad de las mismas como al juego de la equidad.

**EFFECTOS DE LA ACCION CAMBIARIA «DIRECTA» Y DE LA «REGRESIVA» (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1983).**

*Doctrina de la sentencia.*—De entre las varias acciones que competen al tenedor de letras de cambio, aparte de la ejecutiva cambiaria y de la de enriquecimiento, está la acción cambiaria, encauzada mediante proceso ordinario, que a su vez, como es sabido, admite las dos posibilidades de la ejecutiva (*ius electionis*), bien la acción cambiaria ordinaria *directa*, que es la dirigida contra el aceptante o su avalista, ora la acción cambiaria or-

dinaria *regresiva*, ésta frente al librador, endosantes o sus respectivos avalistas, con la particularidad, puesta de manifiesto por la más autorizada doctrina, de que puedan acumularse las acciones en los supuestos de dirigirse conjunta y solidariamente contra los obligados en el mismo grado obligacional, es decir, en el directo o en el regresivo, pero no entre obligados de uno y otro grado, evitándose así lo promiscuidad entre acciones distintas, como la directa y la regresiva, como también la necesidad de distinguir entre la propia y verdadera solidaridad, como es la exigible por el tenedor al aceptante y avalista, de la llamada solidaridad imperfecta o impropia, reclamable al avalista que lo sea de los demás obligados en vía regresiva, tales el librador o endosantes.

Si ciertamente del artículo 517 del Código de Comercio se infiere que no puede el acreedor dirigir la acción simultáneamente contra el aceptante —obligado directo— y contra un obligado en vía de regreso —librador o endosante—, no ocurre lo mismo cuando la acción se dirige simultáneamente contra los dos, *aceptante* y su *avalista*, ya que éste no es un obligado en vía de regreso, sino un obligado que asume frente al tenedor exactamente la misma posición que la persona por la que salió garante.

**EL MARIDO NO PRECISA EL CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA PARA LA VENTA DE UN BUQUE POR SER ESTE BIEN MUEBLE (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1983).**

*Doctrina de la sentencia.*—El Código de Comercio atribuye naturaleza mobiliaria al buque, aunque doctrinalmente haya que reconocer el carácter *sui generis* de tal consideración, sólo alterada en nuestro Derecho, en cuanto se establecen determinadas modificaciones y restricciones al régimen ordinario que rige para los demás muebles, en punto a la exigencia de forma escrita, a la inscripción en el Registro correspondiente y a la usucapión, así como lo relativo a créditos privilegiados y muy singularmente en la particular que hace a la hipoteca naval, cuya Ley reputa inmuebles los buques, modificando en este sentido radicalmente el artículo 585 del Código de Comercio, si bien que a los solos efectos de la hipoteca, dejando inalterado en lo demás aquella general consideración de muebles, cuya venta por el marido no resulta afectada, por tanto, por el requisito del consentimiento de la esposa.

**NO TIENE EL SUPREMO LA MISIÓN DE INTERPRETAR LEYES EXTRANJERAS (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1983).**

*Doctrina de la sentencia.*—No aparece posible el examen pretendido de la Ley alemana, atendiendo a que la institución de la casación tiene por finalidad, aparte de la satisfacción del interés de los particulares, también la nomofiláctica que se halla en la base de la creación del instituto y mediante la cual se protege el ordenamiento jurídico como un todo y la función interpretadora de las normas y de la unificación de esa interpre-

tación, indispensable para la seguridad jurídica y la garantía de los particulares, y última y más propiamente, la que resulta del número 6 del artículo 1 del Código Civil, que, sin incluir a la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses, formulando criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno; contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa; con todos esos fines a la vista, todavía es de reiterar el criterio de esta Sala acerca de que «no pueden ser motivo de casación las infracciones de Leyes extranjeras que no afectan a la uniformidad de nuestra jurisprudencia», y de ahí el «no hallarse atribuida a este Supremo la misión de interpretar las Leyes y preceptos de legislaciones extranjeras».

**LA RENUNCIA DEBE MANIFESTARSE EN FORMA CLARA E INEQUIVOCA (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1983).**

*Doctrina de la sentencia.*—La renuncia supone una declaración de voluntad dirigida al abandono o dejación de cosas o derechos; de ahí que como toda actividad de desprendimiento y, consiguientemente, de pérdida, aun cuando sea voluntaria, deba manifestarse en forma clara, precisa e inequívoca (Sentencias de 17 de noviembre de 1931 y 7 de diciembre de 1963, entre otras). La alegación hecha en el motivo de que se trata de una «renuncia tácita» tampoco empece lo dicho, dado que incluso éstas, según constante doctrina jurisprudencial, deben aparecer de actos concluyentes que demuestren en forma clara e indubitada la voluntad renunciativa.

**EL REMATANTE DE UNA FINCA HIPOTECADA NO ES EL OBLIGADO A PAGAR LOS GASTOS OCASIONADOS POR LA CANCELACION DE LA HIPOTECA, SINO EL DEUDOR (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1983).**

*Doctrina de la sentencia.*—Las cuestiones que plantean los dos motivos del presente recurso pueden concretarse en si ejercitada la acción hipotecaria por el procedimiento judicial sumario, establecido en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, adjudicada la finca al mejor postor en la subasta celebrada al efecto y ordenada por el Juez la cancelación de hipoteca que garantizaba el crédito del actor, debe el rematante pagar el importe de transmisiones patrimoniales devengado por dicha cancelación, así como los honorarios del Registrador, consecuencia de las operaciones registrales practicadas al efecto, o bien dichos pagos deben ser satisfechos por el deudor. En relación con tal cuestión, deben tenerse en cuenta, como presupuestos jurídicos para su correcta solución, que la cancelación de la hipoteca que garantiza el crédito del actor es un trámite del procedimiento de ejecución ordenado por la regla 17.ª del artículo 131 de la Ley Hipo-

tecaria, como consecuencia de haber cumplido la hipoteca su función de derecho real de realización de valor, quedando con ello agotado, vacío de contenido, el derecho real de garantía y consumada la acción hipotecaria, y como consecuencia de ello, todos los gastos y costas que dicho trámite lleve aparejado, son los gastos y costas de dicha ejecución, que deben satisfacerse con el importe del precio del remate hasta el límite de la cantidad que la hipoteca garantizaba por el concepto de costas, sin que en ningún supuesto resulte obligado el rematante.

El artículo 67 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que en la constitución, reconocimiento, extinción, etc., de derechos reales estará obligado al pago del tributo a título de contribuyente aquel a cuyo favor se realicen tales actos, cualidad de contribuyente que no puede predicarse del tercer rematante, que por disposición legal adquiere el inmueble sin otras cargas que las anteriores y preferentes que deban quedar subsistentes y que, desde luego, si la cancelación es una consecuencia necesaria de la extinción del crédito que la hipoteca garantizaba, es indudable que el único favorecido es el deudor, que queda liberado de la obligación asegurada.

**DERECHO DE AUTOR: COMPRENDE LA FACULTAD DE DIFUSION DE LA OBRA (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1983).**

*Doctrina de la sentencia.*—El derecho de autor, manifestado en el doble aspecto que la jurisprudencia y la doctrina destacan, es decir, el patrimonial o de contenido puramente económico, y el moral, faceta ésta que en esencia se traduce en el derecho personalísimo que el titular tiene a la paternidad de su obra, a que la misma no se deforme ni mutile y a reproducirla, según declaró este Tribunal en Sentencia de 21 de junio de 1965, se halla integrado, entre otras, por la facultad de disfrute o explotación económica, que le legitima para la obtención de utilidades pecuniarias que la obra produce, y la facultad de su difusión, en ejercicio de la cual corresponde al autor decidir sobre la publicación y sus circunstancias, situación de poder legalmente atribuida al autor, que también despliega su eficacia, como es lógico, en el ámbito del contrato de edición, que sólo atribuye al editor el derecho a publicar la obra en la forma de explotación editorial, y en debida correspondencia permite que el titular de la propiedad intelectual pueda comprobar el número de ejemplares de cada edición.

**DERECHO DE VUELO: CONTRATO ATIPICO «DO UT DES» (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1983).**

*Doctrina de la sentencia.*—El recurrente enajenó «el derecho a edificar vuelos sobre el solar», a cambio de «obra que construirá la otra parte», por lo que se está en presencia de un negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir, figura que la doctrina mayoritaria

conceptúa como permuta con prestación subordinada de obra y que la jurisprudencia, según recuerda la Sentencia de 7 de julio de 1982, califica de contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente definidas y reguladas en el Código Civil, aunque presente notas que le aproximan a la permuta, e incluso subsumible por analogía «dentro de los términos del artículo 1.538, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse» (Sentencia de 9 de noviembre de 1972), por lo que se tratará de la prestación de una cosa futura (*res speratae*) que se corresponde con otra presente.

**UNA NORMA DE FINES FISCALES NO PUEDE ENERVAR EL DERECHO DE OBTENER LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES** (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1983).

*Doctrina de la sentencia.*—Es constante e invariable doctrina legal la de que Ley en el sentido y a los fines de la causa primera del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo es sólo la norma de ese rango y de naturaleza civil, no sirviendo, consiguientemente, para fundar el recurso de casación las disposiciones administrativas, y entre éstas y ya específicamente, las fiscales.

El enervar o dejar ineficaz el derecho de los litigantes por determinarlo una norma de fines estrictamente fiscales, acaso sería actualmente lo contrario, en términos generales, al derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, según lo prevenido en el número 1 del artículo 24, en relación con el también número 1 del 53 y el número 3 de la disposición derogatoria de la Constitución.

**SOLO PUEDE RECURRIR UNA RESOLUCION JUDICIAL EL QUE HAYA SIDO AGRAVIADO POR ELLA** (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1983).

*Doctrina de la sentencia.*—La posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir, y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate; y si en este sentido ya el Derecho histórico exigía en los contendientes la *summa gravaminis* o «daño del pleyto quando fuere dado juicio contra ellos si se tuvieren por agraviados», como requisito indispensable para que «tomar puedan en alzada» (Partida 3.ª, título 23, Leyes 2.ª y 4.ª), esta Sala tiene declarada en reiterada doctrina que por virtud de ese presupuesto subjetivo con su obligada consecuencia de que las acciones procesales y los recursos derivados de ellas solamente se otorgan para defender derechos

e intereses propios por norma general, que es, en definitiva, lo proclamado en el artículo 24, párrafo 1.º, de la Ley fundamental del Estado, al utilizar el pronombre posesivo «sus», refiriéndose a la protección judicial de los derechos, sólo a la parte a la que resulta desfavorable la resolución jurisdiccional, puede, como perjudicada o gravada por ella, acudir a los medios de impugnación que el ordenamiento concede para que se revoque o reforme, y entre ellos, destacadamente, al recurso de casación, que, evidentemente, no podrá ser mantenido alegando infracciones que no afectan al recurrente, que se erige así en defensor de intereses ajenos.

J. Q. S.

**DONACION. CLAUSULA DE REVERSION. DIFERENCIAS ENTRE LOS CONTRATOS CIVILES Y LOS ADMINISTRATIVOS (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1983).**

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había revocado parcialmente la del Juzgado número 2 de Tarragona, en el sentido de que el Ayuntamiento debería reintegrar al Estado el importe de lo edificado, razón esta última por la que recurrió el Ayuntamiento demandante, que había visto acogida íntegramente su pretensión por el Juzgado.

En la segunda sentencia revoca la del Juzgado absteniéndose de conocer el fondo del asunto por corresponder la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los hechos que motivan este litigio son, en síntesis, los siguientes: a) Ante Notario de la ciudad de Tarragona, en el día nueve de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, se firmó escritura de cesión o donación de un solar por el Ayuntamiento de dicha ciudad a favor de la Jefatura Provincial de FET y de las JONS, entidad integrada política y administrativamente en la Secretaría General del Movimiento, que entonces tenía carácter y condición de Ministerio, y dentro, por tanto, de la organización estatal del entonces régimen imperante, cumpliéndose así el acuerdo adoptado en sesión plenaria por dicha Corporación Municipal el día veintisiete de enero de mil novecientos cuarenta y cinco; b) en el acuerdo y en el contrato suscrito por el Alcalde y el Gobernador Jefe Provincial del Movimiento, se estipuló la reversión del solar donado y la del edificio que sobre él se construyera, en el supuesto —entre otros— de que dicho edificio, a cuya elevación se obligaba la Jefatura Provincial, dejara de pertenecer a la Secretaría General o fuera dedicado, también total o parcialmente, a finalidad distinta de aquella considerada para la cesión, no otra que las funciones o misiones de aquel organismo: actividades relativas a la familia, juventud, deporte, artesanía, promoción y acción cultural, prensa del Movimiento, etc.; c) conforme al artículo tres del Real Decreto-ley de uno de abril de mil novecientos setenta y siete, avanzado el cambio político y social de España y extinguida la Secretaría General del Movimiento, el Estado asumió la titularidad de los derechos y obligaciones del Patrimonio del Movimiento Nacional, y en su ejecución instaló en el edi-

ficio diversas dependencias correspondientes a los servicios del Ministerio de Cultura, que hoy ocupan; d) el Ayuntamiento de Tarragona, en sesión plenaria del día veintiocho de abril de mil novecientos setenta y siete, acordó reivindicar, en el ejercicio de su derecho pactado en la cláusula de reversión, el solar y el edificio mediante demanda contra el Estado, con el fundamento de que dichos bienes dejaron de pertenecer a la Secretaría General; e) tanto el Juzgado como la Audiencia, en la sentencia que ahora se impugna, accedieron a la demanda, con la matización de la última de imponer al Ayuntamiento el pago o reintegro a favor del Estado del importe de lo edificado.

La diferencia entre los contratos civiles y los administrativos es tema de los considerando tercero, cuarto y quinto, que dicen así:

Que en punto a la calificación de los contratos en los que interviene la Administración, sea local o estatal, a los efectos fundamentalmente de su conocimiento en los casos de discordia, bien de la jurisdicción ordinaria civil, ora de la ordinaria y especializada contencioso-administrativa, ya se dijo en la Sentencia de esta Sala de once de mayo de mil novecientos ochenta y dos, ratificada por las de cinco de octubre de mil novecientos ochenta y tres y treinta de octubre de mil novecientos ochenta y tres, que la distinción entre el contrato civil y el administrativo, a partir de la elaboración iuscivilista del convenio, supone una investigación que discrimine cuándo la Administración aparece en la relación jurídica en términos que la conviertan en contrato administrativo, o bien con elementos tales a los que sea forzoso atribuir caracteres de un negocio de puro Derecho privado, de neta gestión mercantil o de dominio de tal orden, para lo que pende servir —en esa tarea calificadora—, además del criterio de lo que una autorizada doctrina llama «modulación del contrato por la Administración» o variantes introducidas por ésta, la consideración de que la legalidad española sufrió una importante innovación después de la Ley de Contratos del Estado, modificada por la de diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres, que atribuyó la naturaleza de contratos administrativos —y consiguiente conocimiento a la jurisdicción especializada— no sólo a aquellos que tengan por finalidad «las obras y servicios públicos de todas clases», a los que se refiere el artículo tercero, a), de la Ley Jurisdiccional, sino a los que tuvieran tal carácter por declaración legal, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo, con el importante efecto también de sustituir el tradicional criterio de supletoriedad (preferencia de lo civil) por el principio de autointegración del ordenamiento administrativo —como Derecho objetivo autónomo—, establecido en el artículo cuarto, regla segunda, de la Ley de Contratos del Estado, que otorga a la Ley dicha función integradora a los principios generales del ordenamiento administrativo, caso de silencio contractual o legal.

Que esta extensión calificadora operada por el artículo cuarto de la Ley citada —aplicable por la referencia del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales—, al aplicar su normativa a «cualquier otro contrato» (después de enumerar los de préstamo, depósito, transporte y sociedad) vinculado a un servicio público y precisado de tutela por su interés público, no hace sino seguir el criterio fundamentalmente finalista hoy vigente en materia de interpretación (*ad exemplum*, y para las normas,

el artículo tercero, uno, del Código Civil), en el sentido de atender preferentemente al servicio e interés público, al destino general de la actividad prevista o resultante del convenio, para, si así ocurre en el supuesto debatido, otorgarle la condición de contrato administrativo, tal como, sin duda alguna, conviene al aquí contemplado, otorgado por la Administración local y la estatal de su tiempo, y con la finalidad expresa de servir el solar donado y el edificio construido para un destino puramente administrativo y público de interés general, como no lo puede ser más el encomendado a un Ministerio que realiza su gestión pública por sí y por sus órganos, sin encomendarla o delegarla en régimen de Derecho privado, circunstancia que en cierto modo, y en su caso, podría atribuir al contrato naturaleza privada civil, pese a las notas de servicio público e intervención administrativa, y que, como se ha visto, no es el supuesto del litigio, en el que la Administración local dona y la estatal adquiere para dedicar el bien a una actividad propia de su ámbito de Derecho público, de servicio público y de interés general.

Que la consecuencia natural de lo expuesto es la de la atribución de la competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo, según las normas citadas, y la necesidad, por tanto, de estimar el motivo estudiado, y con él, el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, con abstracción del estudio ni de los demás motivos, ni del recurso formulado por el Ayuntamiento, en cuanto aquella estimación entraña el traslado del conocimiento de las cuestiones planteadas, en su fondo, a la jurisdicción, a la que se ha de remitir a las partes en la sentencia que se ha de dictar seguidamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**PERMUTA. CLAUSULA PENAL. OBLIGACION FACULTATIVA (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1983).**

El deudor no puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, salvo reserva expresa. Es de esencia de la obligación facultativa el contener una sola prestación, si bien concediendo al deudor la facultad de liberarse de la obligación entregando un objeto distinto que no está *in obligatione*, aunque sí *in solutione*.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palencia, conforme a la siguiente doctrina:

Que son hechos reconocidos en las sentencias de instancia, y aceptados por el recurrente, que como consecuencia del contrato consignado en la escritura pública de veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y tres, completado por el contenido del documento privado de igual fecha, el señor D. G. transmitió una finca urbana al objeto de ser demolida para construir en su solar, previas las agrupaciones pertinentes, un edificio de viviendas de protección oficial, y el señor M. se obligó, como contraprestación, a entregar a aquél «... un piso destinado a vivienda, libre de cargas

y gravámenes, de los que se construyan en el edificio, a determinar libremente, en la planta que elija, por el citado señor D. G., pactándose igualmente todo lo relativo a plazos de principio y terminación de la obra, y a que sería de cargo del señor M. el importe de los costes de la construcción, gastos de licencias, gastos de escrituras e impuestos, etc., conviniéndose en el documento privado la forma de la elección por el señor D. G. del piso o vivienda que se le debía entregar; y sobre tal base fáctica, la cuestión fundamental que se planteó en ambas instancias, y que ahora se reproduce en este recurso de casación a través de sus cinco primeros motivos, consiste en determinar la naturaleza jurídica de la obligación que se configura en la estipulación séptima del contrato, y que literalmente dice: «En caso de que el señor M. C. no cumpla, por cualquier razón, la contraprestación a que se obliga en las cláusulas anteriores, es decir, la entrega del piso en las condiciones y plazo estipulado, el citado señor M. C. se obliga a entregar al señor D. G. la cantidad de setecientos mil pesetas como contraprestación sustitutiva de la entrega del piso», pues mientras las sentencias de instancia son unánimes en entender que tal estipulación contiene una cláusula penal con finalidad liquidatoria del daño, es decir, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios para el supuesto de falta de cumplimiento de la obligación principal, sostiene el recurrente, por el contrario, que tal estipulación configura una obligación facultativa en cuya virtud el deudor, en este caso, el constructor recurrente, podía librarse de su obligación de entregar el piso satisfaciendo en su lugar la expresada cantidad dineraria, contraposición de opiniones que debe resolverse en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida, y ello: a) porque es doctrina constante de esta Sala que la interpretación de los contratos es, en principio, facultad de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación sobre el particular e interesado de los recurrentes, a menos que se acredite ser ilógica, manifiestamente errónea o contradictoria con un precepto legal (Sentencias de seis de junio de mil novecientos setenta y siete, veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno, veintiocho de febrero y uno de junio de mil novecientos ochenta y tres, etc.), supuestos de excepción que no concurren en el caso de litis; b) porque aunque se salvase tal obstáculo procesal y se entrase de nuevo en el estudio del sentido y alcance que debe darse a la repetida estipulación, la conclusión sería coincidente con la sustentada por la sentencia impugnada, dado que *es de esencia de la obligación facultativa*, tal como ha sido configurada por la doctrina, *el contener una sola prestación, si bien concediendo al deudor la facultad de liberarse de la obligación entregando un objeto distinto que no está «in obligatione», aunque sí «in solutione»*, y en el caso de litis la expresada cláusula no concede facultad alguna al recurrente de optar o elegir entre ambas prestaciones, sino que prevé únicamente, para caso de incumplimiento, el deber del deudor, y no el derecho o la facultad, de satisfacer la expresada suma, deber u obligación que, como tal, tiene como sujeto activo o pretensor al acreedor de la prestación, es decir, el señor D. G., y como sujeto pasivo u obligado, al señor M., y c) porque si trascendiendo de los puros términos literales de la cláusula se busca la verdadera intención de las partes a través del estudio de conjunto del contrato, es indudable que la conclusión a que se llega mediante esta interpretación sistemática es coincidente con la anteriormente expuesta, pues si en la estipulación segunda de la escritura

pública el señor M., como contraprestación a la transmisión que del inmueble le efectúa el señor D. G., se obliga a entregarle un piso destinado a vivienda, regulándose detalladamente la facultad de elección que se le concede, facultad de elección cuyo ejercicio se especifica en el documento privado complementario, no cabe duda que la obligación única asumida por el constructor era la entrega del piso, y la prestación o contraprestación prevista para caso de incumplimiento no era más que una cláusula penal con función liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios, y en modo alguno una pena o multa de arrepentimiento que convirtiese la obligación en facultativa para el deudor, pues, a tenor del artículo mil ciento cincuenta y tres, el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reconocido ese derecho, reserva expresa que en el caso de litis no existió.

Que a la luz de los anteriores razonamientos están condenados al fracaso los primeros cinco motivos del recurso, amparados todos ellos en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, pues: a) el primero de ellos, en el que se denuncia la violación, por no aplicación, del artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, relativo a la prevalencia del sentido literal de las cláusulas del contrato cuando sus términos sean claros y no dejen duda sobre la intención de los contratantes, debe rechazarse dado que la interpretación que el Tribunal hace de la referida cláusula está de acuerdo, según lo expuesto en el anterior considerando, con la voluntad real de los contratantes; b) el segundo motivo, en el que se acusa la aplicación indebida del artículo mil ciento cincuenta y tres del Código Civil, decae al hacer supuesto de la cuestión, pues su fundamentación parte del hecho, no admitido, de que la referida cláusula configura una obligación facultativa o alternativa cuando ha quedado sentada su naturaleza penal, en la que, como dispone el referido artículo, *el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, salvo reserva expresa*; c) el motivo tercero, en el que se invoca la violación, por no aplicación, del artículo mil doscientos cincuenta y cinco del mismo cuerpo legal, debe desestimarse tan pronto se tenga en cuenta que la sentencia recurrida no rechaza la posibilidad de que las partes, acogiendo al principio de autonomía de la voluntad, establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral ni al orden público, sino que lo que afirma es que las partes, que pudieron libremente convenir una obligación facultativa, sin embargo, lo que establecieron fue una cláusula penal de finalidad liquidatoria; d) el cuarto motivo, en el que se alega la infracción, en concepto de aplicación indebida del artículo mil doscientos cincuenta y seis del citado Código, no puede correr mejor suerte que los anteriores, en cuanto es manifiesto que la repetida resolución impugnada lo que, con acierto, quiere decir es que de aceptarse la tesis del recurrente, el cumplimiento de la obligación principal, consistente en la entrega del piso, quedaría al arbitrio del deudor, sin que esta facultad se halle expresamente establecida, no que la validez del contrato quedase a su discrecionalidad, argumentación acorde con lo expuesto en el primer considerando de esta sentencia, y e) finalmente, el quinto motivo, en el que se acusa la infracción, por no aplicación, de la doctrina legal que cita, debe perecer porque la sentencia recurrida no es que desconozca la existencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico de las obligaciones facultativas

y sus diferencias con las alternativas y las penales, sino que lo que declara, mediante una acertada labor hermenéutica, es que en el caso contemplado en la repetida estipulación séptima del contrato, se configura una obligación con cláusula penal y no una obligación facultativa, por lo que en modo alguno puede infringir la mencionada doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de veintitrés de enero de mil novecientos cincuenta y siete, veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y uno y veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y nueve.

**COMPRAVENTA. ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1983).**

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante, en virtud de las siguientes consideraciones, de las que resultan claramente los hechos que originan el pleito:

Que promovida ante el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Alicante por «Automáticos Vaher, S. L.», demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don A. B. C. y doña R. T. F., así como contra don A. L. J., sobre acción declarativa de dominio, y formulada reconvencción por los demandados con fecha dos de julio de mil novecientos ochenta y uno, recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta, se desestimaba la demanda y estimaba la reconvencción; sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley, y en la que se sientan los siguientes hechos: A) Que los demandados cónyuges, señores B. T., adquirieron del codemandado, don A. L. J., en documento privado de veinte de julio de mil novecientos setenta, la vivienda que se describe en la cláusula primera del mismo, mediante el precio que al efecto se fijó, haciendo entrega parcial en ese acto y aplazando el resto, que había de hacerse efectivo mediante el giro de letras, que quedan acreditadas en autos y satisfechas a través de entidad bancaria, documento que fue elevado a escritura pública en nueve de octubre de mil novecientos setenta y tres y presentado al Registro a las nueve treinta horas del día once de octubre del mismo año, efectuándose la inscripción en dieciocho de diciembre del novecientos setenta y tres; B) que seguido proceso ejecutivo número noventa y seis/ setenta y tres por la actora, «Automáticos Vaher, S. L.», contra don A. L., le fue embargado como propio del deudor el mismo inmueble vendido en mil novecientos setenta al señor B., haciéndose anotación preventiva del embargo en diecinueve de mayo del mil novecientos setenta y tres, y en ejecución de sentencia se le adjudica el inmueble al acreedor en seis de octubre de mil novecientos setenta y tres y fue inscrito en el Registro (considerando segundo de la resolución recurrida), y C) que la actora presentó en el Registro su título el diecisiete de octubre de mil novecientos setenta y tres, mientras que el demandado lo había presentado el once

del mismo mes (considerando cuarto de la sentencia de Primera Instancia, aceptado expresamente en su integridad por la resolución que se recurre); hechos todos ellos que, por no haber sido impugnados en casa-ción, al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, deben ser reputados como inmutables.

Que el motivo primero del recurso denuncia «infracción por el concepto de aplicación indebida al caso de la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de esta Sala de veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, dos de marzo de mil novecientos diez y veintiocho de enero de mil novecientos tres, por la que la anotación de embargo no lesiona los derechos adquiridos sobre la finca embargada ni produce efectos contra tercero cuyo derecho sea anterior a la anotación», y en el mismo se alega que dicha doctrina no es aplicable al caso de autos, toda vez que exige que se comparen o enfrenten una anotación preventiva y un título de adquisición anterior a la misma, en tanto que aquí se están comparando dos títulos, motivo que deberá ser rechazado, puesto que si con posterioridad a las inscripciones causadas por ambas partes en el Registro existía una colisión que debe resolverse, y así lo hace la resolución recurrida, en aplicación del principio de prioridad, en favor de la que primeramente se hizo, que fue la del recurrido, con anterioridad a ese momento existió una simple comparación entre la situación jurídica del recurrente, que únicamente ostentaba en su favor una anotación preventiva de embargo, que no puede ser reputada en forma alguna título de dominio, y la del recurrido, que tenía a su favor un auténtico título dominical, si bien incorporado a un documento privado, lo que, en modo alguno, le priva de su carácter de tal cuando, como sucede en el presente caso, se halla acreditada su autenticidad y su fecha, razones todas ellas por las que procede la expresa desestimación de este primer motivo.

Que el segundo se halla comprendido también en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y alega «infracción de doctrina legal por el concepto de interpretación errónea, proclamada, entre otros, por la jurisprudencia de esta Sala, en sus fallos de catorce de febrero de mil novecientos sesenta y ocho, veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, veintidós de marzo de mil novecientos cuarenta y tres y veintidós de noviembre de mil novecientos veintinueve, en relación con el artículo setenta de la Ley Hipotecaria», pretendiéndose por el recurrente que la Sala sentenciadora desconoce el valor que a la anotación preventiva cabe asignar al haberse convertido en inscripción definitiva de dominio, por lo que, de acuerdo con el mandato del citado artículo setenta de la Ley Hipotecaria, debe surtir ésta sus efectos desde el día de la anotación; motivo éste que igualmente ha de perecer, puesto que para que ello suceda, es decir, para que la anotación produzca sus efectos desde el día de presentación, es preciso, según dispone el meritado artículo setenta, que «la anotación preventiva de un derecho se convierta en inscripción definitiva del mismo», cosa que no sucede en el caso que nos ocupa, en el que a la anotación preventiva de embargo sucede una inscripción de dominio, que nada tiene que ver con aquélla, y a la que se llega en virtud de un acto que, como la adjudicación en subasta pública, ninguna relación directa guarda con la anotación, por lo que en modo alguno cabe sostener que la anotación

preventiva se haya convertido en inscripción definitiva de dominio, y, en su consecuencia, ha de rechazarse este segundo motivo.

Que el motivo tercero denuncia «infracción de ley por el concepto de violación, al no haberse aplicado al caso de autos lo dispuesto en el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, al reunir la recurrente la condición de tercero hipotecario», motivo que tampoco podrá prosperar porque, aun cuando es cierto que la actora recurrente puede ser reputada adquirente de buena fe, también lo es que el demandado se halla adornado de análogas cualidades, ya que adquirió de buena fe de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir el dominio de la finca de autos, y que cuando tales situaciones coinciden, la solución no puede hallarse en sostener la cualidad de tercero hipotecario frente a quien también la ostenta, sino en la anteriormente aludida prioridad temporal de presentación de títulos ante el Registro, por lo que también este motivo debe ser rechazado.

Que otro tanto sucederá con el cuarto, fundado en la infracción, por el concepto de violación, al no aplicarse al caso de autos lo dispuesto en el artículo treinta y dos de la Ley Hipotecaria, precepto éste que impide otorgar valor frente a terceros a los títulos de dominio de bienes inmuebles que no hayan tenido acceso al Registro, desconociendo con ello una reiterada doctrina de esta Sala, que sostiene que «la anotación preventiva de embargo no altera la situación jurídica existente respecto a créditos ya contraídos por el deudor embargado, y con mayor razón, en cuanto a actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrados» (Sentencia de catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho), y que «cuando el acreedor pone en marcha su garantía y consigna el embargo de bienes de su deudor, tal medida ha de recaer sobre los que éste realmente posea y estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos, aunque no están inscritos, según los artículos mil novecientos veintitrés del Código Civil y cuarenta y cuatro de la Ley Hipotecaria» (Sentencia de doce de junio de mil novecientos setenta); razones por las que debe perecer este cuarto motivo.

Que el quinto motivo se funda en la «infracción de ley por el concepto de interpretación errónea de lo dispuesto en el mil cuatrocientos setenta y tres, párrafos primero y segundo, del Código Civil, así como lo dispuesto en los artículos veinticuatro y veinticinco de la Ley Hipotecaria», pretendiendo de nuevo la recurrente que la Sala sentenciadora ha interpretado erróneamente los preceptos que cita, toda vez que, de acuerdo con el mandato de los artículos veinticuatro y veinticinco de la Ley Hipotecaria, la inscripción de la misma debió de surtir efecto desde el momento en que se practicó la anotación preventiva de embargo, tesis ésta ya rebatida, al hablar del motivo segundo, en razón a que una cosa es la anotación preventiva de embargo y otra muy distinta la inscripción de dominio causada en virtud de un acto de adjudicación judicial de la finca en favor del anotante, por lo que en modo alguno cabe pensar que la segunda traiga causa directa de la primera y que, por tanto, pueda pretenderse atribuir

a la última efectos retroactivos a partir de la fecha en que se practicó la repetida anotación preventiva de embargo.

Que el motivo sexto denuncia «infracción de doctrina legal por el concepto de violación, al no aplicarse al caso de autos la contenida en las Sentencias de doce de junio de mil novecientos setenta y veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, dieciséis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, ocho de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro y dos de enero de mil novecientos cuarenta y seis, en las que se proclama la necesidad de postular la nulidad del título que posea el contrario», motivo éste que igualmente deberá rechazarse, pues en puridad lo que la doctrina contenida en las sentencias citadas por la recurrente sostiene es que «no puede ejercitarse en ningún juicio acción alguna cuyo éxito dependa de la nulidad de un contrato, sin que previa o conjuntamente se ejercite la acción adecuada para obtenerla, solicitándose declaración de su nulidad, y como consecuencia de ella, de los derechos que en caso contrario hubiese creado» (Sentencias de dieciséis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis y doce de junio de mil novecientos setenta), supuesto enteramente distinto del que nos ocupa, en el que lo solicitado es la cancelación de una inscripción, que si bien es cierto que, por mandato del artículo noventa y siete de la Ley Hipotecaria, comporta la presunción de extinción del derecho a que se refiera, ello no es sino una presunción *iuris tantum* que puede ser combatida por la prueba en contrario, y que, en cualquier caso, no acarrea la necesidad de ser declarada previa ni conjuntamente a la cancelación de la inscripción.

**FUNDACION. CLAUSULA DE REVERSION. NEGOCIOS DE FIJACION. DERECHO DE PRESENTACION. PRESCRIPCION. RECEPCION DEL CODIGO DE DERECHO CANONICO (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1983).**

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba, conforme a las siguientes consideraciones:

Que confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Sevilla de veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta, la dictada por el Juez de Primera Instancia número uno de los de Córdoba, que absolvió a la Comunidad de Monjas Capuchinas de Córdoba de los pedimentos formulados por el demandante, consistentes, en esencia, en que se declarase la propiedad de los bienes del Convento de San Rafael de dicha ciudad a favor de la Fundación y Patronato instituido por el Conde de Cabra en mil seiscientos cincuenta y cinco, y la existencia de una cláusula de reversión de dichos bienes para el caso de incumplimiento de los fines fundacionales, con las consiguientes nulidad y cancelación de la actual inscripción registral de dichos bienes a favor de la Comunidad demandada «como consecuencia» de aquella básica declaración de dominio pedida, petición de cancelación que es seguida del pedimento de una

nueva inscripción a favor del Patronato; la impugnación de aquella sentencia confirmatoria se lleva a cabo, por el actor, a través de once motivos de casación, de los cuales el articulado en séptimo lugar, al amparo del número sexto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la existencia de abuso en el ejercicio de la jurisdicción, cometido, según el recurrente, por la Sala de instancia, ha de tener la preferencia de examen inherente a su singular naturaleza y alcance, seguido, por la misma razón de orden lógico, de los articulados bajo los ordinales segundo y tercero, en que, al amparo del número séptimo de aquel artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, se acusan errores, respectivamente, de hecho y de derecho en que, siempre según el actor, está incurso la sentencia impugnada, la cual es combatida en los restantes ordinales, formulados todos bajo el número primero del repetido artículo mil seiscientos noventa y dos de la misma Ley, por inaplicación e interpretación errónea de ley y doctrina legal, como se puntualizará en el examen de cada uno de ellos.

Que el supuesto abuso de jurisdicción en que, se dice, ha incidido la Sala sentenciadora, por fundar sus conclusiones, relativas a la extinción del Patronato instituido en mil seiscientos cincuenta y cinco, en preceptos del *Codex Iuris Canonici*, cuyas normas, según el recurrente, son «internas de la Iglesia católica, de carácter religioso, que no forman parte del ordenamiento jurídico del Estado», olvida la aplicabilidad —a la vista del principio *perpetuatio iurisdictionis*— del Concordato de veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y tres entre la Santa Sede y España —no derogado hasta el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de tres de enero de mil novecientos setenta y nueve, en vigor desde cuatro de diciembre siguiente—, cuyo artículo XXXV-dos establece que «las materias relativas a personas y cosas eclesiásticas de las cuales no se ha tratado en los artículos precedentes serán reguladas según el Derecho canónico vigente», lo que, sobre la recepción del propio *Codex* como Ley del Reino, por virtud del pase contenido en el Real Decreto de diecinueve de mayo de mil novecientos diecinueve, impide hablar de abuso jurisdiccional con el efecto de la inacogibilidad —habida cuenta del momento en que se produjeron las situaciones litigiosas— del motivo, basado en la incorrecta aplicación en nuestro país por la jurisdicción ordinaria de la normativa —por cierto, de efectos sustancialmente coincidentes en este punto con la del Estado— recibida y operante al tiempo en que se produjo la pendencia jurisdiccional.

Que el error de hecho en que, según el motivo segundo, está incurso la sentencia combatida decae igualmente, ya que si frente a lo afirmado por ésta, en punto a la extinción «hace muchos años» del Patronato, como consecuencia del no uso por los patronos «desde tiempo inmemorial» del derecho de presentación de monjas y del incumplimiento de los deberes asumidos de edificar la iglesia o reparar sus defectos y de dotar a la Comunidad de elementales medios de subsistencia, es traído el argumento de interrupción de la prescripción extintiva, implicado en el reconocimiento de la subsistencia del Patronato hecho en carta de la Abadesa de dieciocho de mayo de mil novecientos setenta y siete, en la que, en medio de una larga relación de hechos y lamentaciones, dice que «en cuanto a reconocer el Patronato, la escritura está clara de que son nuestros patronos», tal razonamiento carece de la trascendencia que el recurrente le atribuye,

pues que a la frase transcrita, conectada directamente con la referencia que en la propia carta, inmediatamente a continuación, se hace a los privilegios «en tanto esté todo de acuerdo con lo vigente», no puede atribuírsele el efecto interruptor pretendido, ya que, de una parte, la afirmación de existencia del Patronato, que tendría que ser encuadrada dentro de la categoría de los negocios unilaterales de fijación, está necesitada de una claridad y univocidad de que, como fácilmente puede advertirse, carece, al tiempo que, de otra, como acto interruptivo —declaración de voluntad—, ni está dirigido al sujeto pasivo —patrono— del derecho cuya prescripción se pretende interrumpir, sino a un tercero, ni se aviene con la exigencia, común a toda interrupción, de que el derecho a que afecta esté, en la fecha de interrupción, todavía vivo, lo que aquí no sucede una vez que la Sala de instancia hizo declaración de que los derechos postulados judicialmente en julio de mil novecientos setenta y siete habían muerto al extinguirse el Patronato en que se integraban «hace muchos años», lo que claramente subraya no estar el derecho cuestionado en curso de prescripción a la hora del acto interruptor, sino prescrito con mucha anterioridad, ni, sobre todo, la manifestación a la que se quiere asignar la eficacia interruptora emana de persona legitimada para ello, ya que siendo el derecho de patronato un conjunto de privilegios, con ciertas cargas, concedidos por la Iglesia, es la representación de ésta, que en el caso de los patronatos la ostenta el Ordinario, según los cánones mil cuatrocientos cincuenta y siguientes, la que, en todo caso, estaría legitimada para interrumpir la prescripción de unos derechos y privilegios cuya atribución se hizo con autorización y aprobación precisamente del Ordinario.

Que se denuncia la inaplicación por la Sala de instancia de los cánones mil cuatrocientos cincuenta y siete —en relación con el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil— y mil cuatrocientos sesenta y nueve-dos del *Codex*, que prescriben, aquél, el deber del patrono de hacer la presentación para ejercitar el beneficio «desde que el superior competente para dar la institución hubiese comunicado al patrono la vacante del beneficio y los nombres de los sacerdotes aprobados en el concurso», lo cual significa, en opinión del recurrente, el condicionamiento a dicha comunicación del ejercicio del derecho concedido, estableciéndose en este otro canon mil cuatrocientos sesenta y nueve-dos, como efecto del incumplimiento del deber de reparar la iglesia, el de que «descansa mientras tanto el derecho de patronato», mas no su extinción; como sienta la sentencia impugnada, ambos motivos son improsperables, ya que las respectivas conclusiones que se extraen por el recurrente de los cánones citados no pueden tener acogida si se observa, por lo que hace al primero de los preceptos citados, que el mismo, dejando a salvo lo dispuesto en la Ley fundacional y en la costumbre, se limita a sentar una regla, al efecto preciso señalado en el canon siguiente de la libre colación del beneficio en tal estado, en referencia al derecho de presentación para cubrir vacantes de clérigos, según el texto del propio canon cuya omisión se denuncia y el de los cánones mil cuatrocientos cincuenta y cinco y mil cuatrocientos cincuenta y ocho, situación que no es trasladable al caso de la presentación de monjas, respecto de las cuales es notorio que, al menos, desde la promulgación del *Codex* y, desde luego, desde los treinta años atrás necesarios para la prescripción, tanto canónica como civil —artículo

mil novecientos sesenta y tres del Código Civil—, ni aparece limitado su número ni está condicionado su ingreso en la Comunidad a una previa declaración de vacante, y si a todo ello se añade —y el razonamiento alcanza ahora a los dos motivos noveno y decimoprimeros en estudio— que la prescripción del derecho es declarada por la Sala sentenciadora, haciendo constar el no ejercicio del beneficio desde tiempo inmemorial, expresión que incluye la inexistencia, hasta donde la memoria alcanza, de todo intento de actuar el derecho concedido, queda patente el ajuste a derecho de la prescripción, consiguiente a un secular abandono del patronato, patente en aquella inmemorial inactividad de los titulares del privilegio, tanto en punto al derecho de presentación, como en lo tocante al deber de restauración de la iglesia, que del mismo modo quedó incumplido «por el señor Conde de Cabra, según fluye de los autos», en el decir de la sentencia impugnada, que insistentemente acentúa el abandono, en que la declaración de prescripción se apoya, ya que el hecho de que el canon mil cuatrocientos sesenta y nueve-dos establezca que entre tanto las reparaciones de la iglesia no se realizan «descansa» el derecho del patronato, no hace incidir este descanso en el curso de la prescripción —si es que estaba en curso—, la cual tiene su firme base, como se ha repetido, en la inmemorial dejación del derecho de presentación y correlativo incumplimiento de los deberes de dotar a la Comunidad con lo necesario para su subsistencia —obligación ésta presuntivamente declarada en la instancia y no contradicha por el adecuado cauce en este trámite— y de reparar la iglesia, deber éste al que el recurrente opone —en el décimo motivo de casación, cuyo examen ya se hace— la previsión del canon mil ciento ochenta y seis-segundo y tercero del *Codex*, que pone tal deber a cargo, en primer lugar, de «los bienes de la fábrica de la iglesia» y, en segundo lugar, al del patrono, quedando éste así relevado, según el actor, de la primordial atención que se le reclama, lo cual constituye un argumento tan inatendible como los anteriormente expuestos —con el consiguiente decaimiento también de este motivo—, sin más que hacer notar que el orden de actuación que la norma señala lo es en defecto, dice el canon en cuestión, de convenio sobre el particular, convenio cuya existencia y cuyo incumplimiento son, justamente, lo afirmado por la sentencia impugnada.

F. C. L.

## 2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

### II. SOCIEDADES Y COOPERATIVAS

#### A. ANÓNIMAS

##### **AMBITO DE REPRESENTACION DE SUS ORGANOS (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1983).**

El artículo 76, 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, al disponer que, «en todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa», está afirmando la existencia de un círculo mínimo de facultades que corresponden al órgano de administración para el cumplimiento del fin u objeto social, con la consecuencia de que cualquier limitación que de tales facultades se establezca en los estatutos o fuera de ellos será ineficaz respecto de tercero que contrate con los referidos órganos, ya que tales limitaciones, caso de establecerse, sólo tienen virtualidad en el ámbito de las relaciones internas entre administrador y sociedad; pero tal contenido mínimo e inderogable en las funciones representativas del órgano de administración es eso, mínimo, y no obstaculiza, por tanto, que la sociedad lo amplíe a otras actividades o asuntos, en cuyo caso, tales facultades tendrán como fuente legitimadora los estatutos o acuerdos sociales y no el referido artículo 76, 2, de la Ley.

##### **JUNTA GENERAL ORDINARIA. CONVOCATORIA: EL REQUISITO DEL PLAZO DE CELEBRACION (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1983).**

Lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley especial es que «la Junta general ordinaria se reunirá cuando lo dispongan los Estatutos y necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social; aprobar, en su caso, las cuentas y balance del ejercicio anterior, y resolver sobre la distribución de beneficios», plazo que, en este caso, había sido reducido por el artículo 11 de los Estatutos

al de cuatro meses. A su vez, el artículo 57 de la propia Ley establece que «si la Junta general *ordinaria* no fuese convocada *dentro del plazo legal*, podrá serlo a petición de los socios y con audiencia de los administradores por el *Juez de Primera Instancia* del domicilio social, quien además designará la persona que habrá de presidirla». Siendo de observar que la Junta cuyos acuerdos se impugnaron fue convocada para los días veintinueve y treinta de septiembre de mil novecientos ochenta como «Junta general ordinaria y extraordinaria», con cuatro puntos en su orden del día, de los que el segundo era el «examen y aprobación, si procede, de la memoria, balances y cuentas de la sociedad, examinar la gestión social y decidir sobre los resultados», con la particularidad de que estaban sin aprobarse los ejercicios de mil novecientos setenta y ocho y mil novecientos setenta y nueve. Y siendo esta materia de la exclusiva competencia de la Junta general ordinaria, es incuestionable que fue extemporáneamente convocada, según el artículo 50, no pudiendo haberlo hecho más que el Juez de Primera Instancia, a tenor del artículo 57, sin que a ello obste la posibilidad de la Junta general extraordinaria, que determina el artículo 52, cuando se considere necesario, por no ser competente para entender de lo que atañe a la gestión social, y sin que la unión de ambas en la misma convocatoria pueda convalidar la nulidad de pleno derecho, por contrarios a la Ley, de los acuerdos adoptados.

**JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA: QUIEN PUEDE REALIZARLA Y EN NOMBRE DE QUIEN (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1984).**

El artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «las Juntas generales podrán ser ordinarias y extraordinarias y habrán de ser convocada por los Administradores de la sociedad»; el carácter imperativo de esta norma no deja lugar a que los Estatutos o los componentes de la sociedad provean de modo diverso, alterando la regularidad de la convocatoria y desvirtuando el sentido del precepto al suponer acuerdo del Consejo de Administración para la convocatoria y acordar unilateralmente ésta sin reunión de aquél e incluso publicándose el anuncio en el periódico oficial antes de dicha reunión.

**JUNTA GENERAL. DERECHO DE INFORMACION PREVIO A LA CELEBRACION DE LA JUNTA. REQUISITOS DE CONVOCATORIA EN CUANTO AL DEPOSITO DE ACCIONES (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1984).**

El artículo 110 de la Ley especial dice que «los documentos y el informe sobre ellos emitido, a que se refiere el artículo 108, se pondrán, por el Consejo de Administración, a disposición de los accionistas en el domicilio social *quince días antes* de la celebración de la Junta»; para el legislador, el derecho de referencia es consustancial con la titularidad de los componentes de esta clase de compañías mercantiles, constituyendo el precepto

donde se contiene una norma de carácter imperativo, que no puede ser modificada ni mucho menos derogada por los particulares, según precisó continuamente la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, recogida, entre otras muchas, en las Sentencias de 24 de junio y 4 de noviembre de 1961, 13 de abril de 1962, 8 de junio y 15 de octubre de 1971, 27 de octubre de 1972, 30 de enero de 1974, 8 de octubre de 1975, 3 de mayo de 1977 y 2 de noviembre de 1983; exigencia perfectamente compatible con los supuestos en que en el momento en que el accionista acude a solicitar la información no le puede ser otorgada por causas involuntarias, pero concediéndosele después, dentro del término legal de los quince días, acreditando una clara y manifiesta intención de los órganos de la sociedad en este sentido, como ocurrió en los casos contemplados por las Sentencias de 8 de junio de 1971, 30 de enero de 1974 y 2 de noviembre de 1983; pero es incompatible con supuestos como el que aquí se examina, en que, según la relación de hechos declarados probados, el Apoderado del accionista acude con un Notario al domicilio social el día 1.º de abril, manifestando el portero que nadie había en la sociedad, pues «se ausentaron el 28 de marzo y no regresarían hasta el 8 de abril», sin que los representantes de la entidad reaccionasen hasta el mismo día 10 de abril (fecha de la primera convocatoria), en que el Administrador de la misma manifestó que estuvieron cerradas las oficinas «debido a las vacaciones de Semana Santa»; índice todo ello de que el accionista no tuvo a su disposición los documentos precisos ni se hizo nada para facilitárselos, viéndose imposibilitado, por tanto, para ejercitar su derecho de información.

La argumentación de que el artículo 59 de la Ley especial es susceptible de interpretación, en el sentido de que no obsta a la validez de la convocatoria el hecho de que no constase el lugar y modo de hacer el depósito, que pudo haberse efectuado por cualquier procedimiento, como hubiera sido ante Notario o Agente de Cambio y Bolsa, resulta inadmisibile, porque el texto del precepto invocado es terminante al establecer que «podrán asistir a la Junta general... los tenedores de acciones al portador que con la misma antelación (cinco días) hayan efectuado el depósito de sus acciones en la forma prevista por los Estatutos o por la convocatoria», lo cual, ciertamente, prevé el supuesto, que concurría en este caso, de que los Estatutos nada dijiesen; pero entonces tuvo que haberse señalado en la convocatoria, y al no haberse hecho así, la Junta debe reputarse mal convocada, produciéndose las consecuencias inherentes al defecto de convocatoria.

#### **JUNTAS. «QUORUM» DE ASISTENCIA; SU CONSTANCIA EN SEGUNDA CONVOCATORIA (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1984).**

Con el fin de precisar si la Junta general de accionistas ha quedado válidamente constituida por la concurrencia de los «quórum» de socios o de capital exigidos por los Estatutos o por la Ley, y al propio tiempo determinar quiénes están legitimados para impugnar los acuerdos sociales o para ejercer el derecho de separación de la sociedad en los casos de cambio de objeto social, transformación o fusión, el artículo 64 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1954

ordena que antes de entrar en el orden del día se forme la lista de los asistentes, con expresión del carácter o representación de cada uno y del número de acciones propias o ajenas con que concurran, determinando al final de tal lista el número de asistentes presentes o representados, así como el importe del capital desembolsado sobre aquellas acciones; exigencia ésta cuya infracción debe valorarse de forma distinta, según se haya cometido en primera o en segunda convocatoria, pues así como en el primer supuesto la válida constitución de la Junta requiere la concurrencia de un concreto «quorum» de accionistas o de capital que debe resultar de la referida lista, sin embargo, en la segunda convocatoria se cumple el mandato legal con la sola expresión de los asistentes, aunque no se especifiquen las acciones con que concurren a la Junta, ya que ésta se tiene por bien constituida cualquiera que sea el número de socios concurrentes y, por tanto, cualquiera que sea el capital que representen, integrando la falta de referencia al capital asistente una simple irregularidad sin trascendencia sobre la validez de la reunión, pues entender lo contrario, es decir, apreciar la nulidad de los acuerdos sociales, no por defectos de formación de la voluntad colectiva expresada en las correspondientes votaciones, sino por el incumplimiento de un requisito formal inocuo, equivaldría a introducir un rigorismo exagerado reñido con el espíritu y finalidad del precepto y en pugna con la jurisprudencia de esta Sala, que tiene reiteradamente declarado que el anterior artículo 4.º, hoy 6.º, 3, del Código Civil, al disponer la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que no debe ser interpretado con criterio rígido, sino flexible, teniendo en cuenta que no toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que pueden ser meramente accidentales en relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción límite de la nulidad (Sentencias de 28 de enero de 1958, 2 de noviembre de 1965, 1 de febrero de 1966, etc....), debiendo el juzgador extremar su prudencia analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, y sancionándolo con la nulidad si median trascendentes razones que patenten al acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley, la moral o el orden público (Sentencia de 27 de febrero de 1964). No se infringe el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, aunque en la formación de la lista de asistentes a la Junta general ordinaria de la entidad «Antracitas de Fabero, S. A.», celebrada el día 30 de mayo de 1980, no se hiciese constar la clase de acciones que poseía cada uno de los concurrentes, pese a haberlas de 1.000 y de 5.000 pesetas —se consignó solamente el número con que concurría cada uno sin especificar su valor—; tal circunstancia no puede calificarse, a la luz de lo anteriormente razonado, más que como una simple omisión o irregularidad formal intrascendente por tratarse de Junta celebrada en segunda convocatoria, irregularidad que, por otra parte, no influyó en la toma de los acuerdos, que fueron impugnados.

***EL DERECHO DE INFORMACION Y EXAMEN DE LAS CUENTAS POR CUALQUIER ACCIONISTA ANTES DE LA JUNTA GENERAL ES DE DERECHO IMPERATIVO O NECESARIO. CAUCE PROCESAL PARA IMPUGNAR SU INOBSERVANCIA (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1983).***

El derecho de examen de las cuentas por los accionistas, reconocido en el artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas —en relación con el 108—, se basa en normas de Derecho imperativo o necesario, no susceptible de modificación y mucho menos de derogación por los particulares, según precisó la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en las sentencias que se ocuparon del tema, especialmente en las de 24 de junio y 19 de diciembre de 1961 y 15 de octubre de 1971. Pero su aplicación no entraña problema alguno de alcance teórico estricto, sino una pura cuestión de hecho, consistente en dilucidar si, en el caso concreto, se cumplió o no el mandato legal, como asimismo proclamó la misma jurisprudencia, entre otras, en las Sentencias de 5 de marzo de 1966, 8 de junio de 1971, 27 de octubre de 1972 y 30 de enero de 1974. Por tanto, la única vía procesal es la del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar violación por inaplicación del artículo 110, párrafo 1.º, en relación con el artículo 108, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas.

***DERECHO DE INFORMACION. ES CONSUSTANCIAL A LA CUALIDAD DE SOCIO, DE CARACTER IMPERATIVO (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1984).***

El derecho de información, íntimamente ligado al *status* de socio, tiene una de sus manifestaciones, dentro de la normativa de las Sociedades Anónimas, en el artículo 110 de la Ley especial, complementario de la disposición contenida en el artículo 65, que señala un contenido mínimo indelugable en punto a la posibilidad de examen de los documentos reseñados en el artículo 108, esto es, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria, que se pondrán a disposición de los accionistas en el domicilio social de la compañía quince días antes de la celebración de la Junta general, tema en orden al cual ha declarado la jurisprudencia que por ser este derecho consustancial a la titularidad que corresponde a los componentes de la sociedad, reviste carácter imperativo y como tal no es modificable por los particulares dado el aspecto público que muestra y la garantía que a los socios proporciona (Sentencias de 24 de junio y 19 de diciembre de 1961, 13 de abril de 1962, 15 de octubre y 4 de noviembre de 1971 y 3 de mayo de 1977, entre otras); obligación impuesta al órgano ejecutivo de inexcusable observancia, aunque la sociedad tenga carácter familiar (Sentencia de 27 de octubre de 1972), y cuyo incumplimiento por el Consejo de Administración permite impugnar los acuerdos aprobatorios adoptados por el órgano deliberante.

**LA FALTA DEL INFORME DE LOS CENSORES DE CUENTAS ACARREA LA NULIDAD DEL ACUERDO APROBATORIO DEL BALANCE Y CUENTAS SOCIALES (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1984).**

No existiendo el informe de los censores de cuentas se produce la nulidad del acuerdo aprobatorio del balance, memoria y cuentas de resultados de la sociedad, pues dicho acuerdo fue tomado privando del adecuado derecho de información que a los accionistas reconoce el artículo 110, en relación con el 108, de la Ley de Sociedades Anónimas.

**BALANCE. SU FORMULACION (POR LOS ADMINISTRADORES CON LOS DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑARLO), DISCUSION Y APROBACION O NO POR LA JUNTA GENERAL SON ACTOS INDEPENDIENTES DE QUE EXISTAN SIN APROBAR OTROS ANTERIORES, INCLUSO CUANDO EXISTA CONTIENDA JUDICIAL SOBRE ALGUNO DE ELLOS (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1983).**

Según el mandato imperativo del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, la formulación del balance ha de efectuarse por los Administradores en el plazo máximo de cuatro meses a partir del cierre del ejercicio, elemento contable fundamental del que habrá de desprenderse con exactitud, veracidad y en forma lo suficientemente clara y descriptiva la situación de la sociedad, satisfaciendo así no sólo el interés de los socios, sino también el de los terceros y acreedores, a todos los cuales interesa conocer la cifra del patrimonio social y, por consiguiente, la situación económica de la empresa; actuación de insoslayable cumplimiento que desemboca en la celebración de la Junta general ordinaria para decidir sobre la aceptación de las cuentas sociales (art. 110, en relación con el 50, de la Ley de Sociedades Anónimas) y aprobación del balance, y de la que no cabe prescindir, porque, en otro caso, llevaría consigo la paralización de la compañía, ni aun en la hipótesis de que exista contienda sobre la aprobación del correspondiente a un período anterior, cuya pendencia habrá de reflejarse en las estimaciones realizadas en la memoria explicativa, pero sin omitir el cumplimiento de lo preceptivamente ordenado, que también tiene honda repercusión en el aspecto fiscal, y en tal sentido esta Sala ya declaró en Sentencia de 27 de junio de 1969 que aun cuando al tiempo de celebrarse la Junta general ordinaria estuviesen entablados procedimientos de impugnación de otros acuerdos de la sociedad adoptados en años precedentes, cuyo resultado sería susceptible de influir en el que es objeto de posterior censura, únicamente en el supuesto de que aquéllos estuviesen en suspenso, con arreglo a la norma 4.ª del artículo 70, podría ponerse en tela de juicio la nulidad del último, so pena de provocar la injustificada detención de la vida normal de la sociedad, doctrina a la que también responden las Sentencias de 21 de febrero y 27 de diciembre de 1973. ... Asimismo, la Sentencia de 14 de marzo de 1980 entiende que la declaración de nulidad de un balance en el extremo relativo a su aprobación y cuenta de pérdidas y ganancias, no supone que los balances prac-

ticados en los años sucesivos adolezcan de dicha nulidad, puesto que en los mismos pudieron ser corregidos los vicios que le hicieron incurrir en la declarada.

*EMISION DE OBLIGACIONES. MODIFICACION DE LAS CONDICIONES DE LA EMISION (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1984).*

La Asamblea de obligacionistas, válidamente constituida, según el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, puede modificar las condiciones del préstamo no sólo en las modalidades accesorias, sino también en las esenciales, según el artículo 122 de dicha Ley.

**B. COOPERATIVAS**

*PLAZO PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS SOCIALES (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1984).*

El motivo único del recurso se formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la Sala de instancia, en su sentencia, ha infringido, por interpretación errónea, el artículo 54, apartados 1.º y 2.º, del Decreto de 16 de noviembre de 1978, por el que se aprobó el Reglamento de Cooperativas, en relación con la doctrina legal contenida en las sentencias de esa excelentísima Sala, entre otras, de 19 de abril de 1960, 1 de julio y 9 de noviembre de 1961, 25 de junio de 1963, 3 de octubre y 23 de noviembre de 1970, 29 de noviembre de 1972, 15 de junio de 1973, 30 de enero de 1974, 12 y 30 de abril y 25 de mayo de 1976, alegándose por el recurrente que si bien los actos contrarios a la Ley pueden ser impugnados a través de un juicio de mayor cuantía o por medio del procedimiento mencionado en el citado artículo 54 del Reglamento de Cooperativas, cuando se utilice esta última vía deberá serlo dentro del plazo de cuarenta días a que se refiere el apartado segundo del repetido precepto, y al no haberlo hecho así en la ocasión de autos ha de entenderse caducada la acción para solicitar la nulidad de los acuerdos adoptados por la Cooperativa recurrida, motivo éste que deberá prosperar en atención a las siguientes razones: Primera: que si bien es cierto que es doctrina reiterada de esta Sala la de que el recurso de casación ha de fundarse precisamente en la infracción de Ley o de doctrina legal y no en la de Decretos y Reales Ordenes, y en el presente supuesto el recurrente denuncia como infringido por interpretación errónea un precepto que por tener rango de Decreto reglamentario (1) podría entenderse que ostenta carácter administrativo, y no faculte para basar en él un recurso de casación por infracción de Ley, también lo es no sólo que el precepto citado coincide sustancialmente con el artículo 27 de la Ley de Cooperativas, por lo que la infracción del precepto reglamentario comportaría la del precepto legal, sino que, además, se cita como infringida una determinada

(1) Ver en tal sentido la Sentencia de 27 de enero de 1984.

doctrina jurisprudencial contenida en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, que se citan por la recurrente, por lo que ha de entenderse que el recurso se halla bien formulado, sin que proceda, por meras razones formales, su inadmisibilidad inicial, o en esta fase, su desestimación. Segunda: que, como acertadamente aduce la recurrente, hay una reiterada doctrina legal, contenida, entre otras, en las sentencias que se citan, según la cual, y tanto en el ámbito de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable, por lo demás, de manera subsidiaria al campo de las Cooperativas, como en este último sector, los acuerdos adoptados por las mismas que se presenten contrarios a la Ley pueden ser impugnados al amparo del procedimiento especial que la citada norma contempla; pero en el supuesto de utilizarse tal procedimiento, habrá de serlo dentro del plazo de cuarenta días que se contempla en el apartado 2.º del artículo 54 del Reglamento, plazo que ha de reputarse de caducidad, por lo que en el presente supuesto, habida cuenta que la reclamación que dio origen a los autos de que dimana este recurso se formuló pasados los cuarenta días, es obvio que la acción se hallaba caducada, por lo que debe así declararse, sin que, por tanto, proceda entrar a conocer del fondo de la misma.

### III. TITULOS VALORES

#### *CHEQUE PARCIALMENTE EN BLANCO. EFECTOS* (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Algunas deficiencias en la expedición de un cheque (como el nombre del titular y carecer de una cifra el año) no constituyen a la entidad pagadora en responsable, cuando lo hizo efectivo el Secretario de la sociedad disponente para atender gastos de ésta.

#### *LETRA DE CAMBIO. ACUMULACION DE ACCIONES* (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Es posible la acumulación de la acción declarativa cambiaria propia de la letra de cambio y la declarativa ordinaria para el reconocimiento de la efectividad de una deuda, no siendo obstáculo a ello el artículo 154, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues este precepto se refiere a acciones que se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra, circunstancias que no se dan en orden a la cambiaria y ordinaria en cuestión, desde el momento que una y otra tienden a una misma finalidad compatible y no contradictoria.

**LETRA EN BLANCO. EFICACIA DEL PACTO DE NO ENDOSAR A TERCERO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1983).**

Esta Sala viene afirmando (últimamente, Sentencia de 18 de abril de 1981) la validez de las firmas cambiarias dadas cuando la letra no estaba aún completa, pues el deudor, al firmar una letra que contiene alguna mención en blanco, se declara de antemano conforme con el texto que en su día resulte completo, revistiendo eficacia jurídica cambiaria las obligaciones de tal índole asumidas cuando la letra estaba en blanco, pues el artículo 444 del Código de Comercio, que expresa los requisitos esenciales de la letra, se refiere no al nacimiento de la obligación cambiaria, sino a la posibilidad de exigirla en juicio, que es el momento en que debe contener todas las menciones, que, sin duda, ya se habían completado cuando fueron negociadas y posteriormente protestadas por falta de pago; y a partir de haberse asumido por el librado-aceptante las obligaciones cambiarias propias de aquel carácter, nació la acción contra el mismo con todo el rigor que manifiesta el artículo 480 del Código de Comercio y frente a su portador legítimo, conforme al 516; siendo de recordar que la jurisprudencia, primero con las vacilaciones que ofrece la sentencia de 6 de enero de 1933, y luego, ya abierta y decididamente, superada la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa, contempla las relaciones que se originan por consecuencia de la circulación de las letras de cambio entre sus diferentes elementos personales, entendiendo invariablemente que quien se ha desprendido del importe de la letra tiene que ser amparado por acciones que le tutelen, a cuyas acciones se las denomina cambiarias, y tanto en el caso de que se haya integrado debidamente el título para revestirlo de fuerza ejecutiva como en el caso contrario, pues si en el primero pierde su fuerza de título de ejecución queda la vía ordinaria utilizable (Sentencias de 9 de febrero de 1948, 26 de octubre de 1961, 3 de junio de 1963, 9 de febrero y 4 de julio de 1983), por lo cual y aun habiéndose puesto tacha de falsedad a la aceptación en ocasión del protesto, no por ello se ha perdido, con la ejecutividad, también la acción cambiaria utilizable en la vía ordinaria, que es el caso del juicio de que dimana el recurso en que la acción ejercitada ha sido la cambiaria ordinaria, en virtud de la cual el tenedor de las letras se dirigió mediante demanda ordinaria contra el librado aceptante, siendo dicha acción distinguible de la ejecutiva cambiaria que no pudo intentar por la tacha de falsedad, y sin que, por otra parte, sea de tomar en consideración el pacto obstativo a la cesibilidad de las letras por ser de la esencia de los efectos mercantiles de esa clase el ser títulos que encierran un valor en manos de la persona legitimada destinado a la circulación, a la manera de mercancía o dinero por conversión o papel moneda del comerciante, que es lo que la doctrina resalta al llamarla «viajero nato» (Sentencia de 18 de abril de 1981).

Fue pacto entre librador y librado el de que las letras «no podrán ir endosadas a terceras personas», y no vincula en modo alguno al demandante, por cuanto no aparece otorgado por él, siendo ajeno al mismo, dato por el cual no es el artículo 1.285 el que ha de traerse a cómputo, sino el 1.257, según el cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos.

**LETRA DE CAMBIO. FIADOR SOLIDARIO EXTRACAMBIARIO; ACCIONES QUE LE ASISTEN** (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1984).

El fiador solidario extracambiario que pagó la letra de cambio, actor en este pleito, aunque es el poseedor físico de la letra, no es el titular cambiario de ella, al no haberla adquirido por endoso, ni haberla hecho efectiva como obligado cambiario, sino en virtud de un contrato de afianzamiento anterior a su libramiento, por lo que no puede ejercitar las acciones cambiarias contra el aceptante de la letra, pues si la acción reclamando el importe de la cambial, más intereses y gastos, no es la emanada de la letra de cambio al ser el actor ajeno a las relaciones jurídicas en ella constatadas, sino, como dice expresamente, la derivada del contrato de fianza que corresponde al fiador frente al deudor por quien se ha satisfecho la obligación principal garantizada, es manifiesto que, en el caso de litis, al actor, en tal calidad de fiador extracambiario que pagó la letra descontada, le corresponde, efectivamente, la acción de reembolso que emana del contrato de fianza y que le otorga el artículo 1.838 del Código Civil y la acción que asistía al acreedor pagado en virtud de la subrogación que le concede el artículo 1.839; pero, claro es, entendiendo por deudor, a tenor del artículo 1.822, el tercero por quien se obligó a pagar en concepto de fiador, no al deudor de dicho deudor garantizado, puesto que éste es ajeno al contrato de fianza, y de tal negocio jurídico no pueden nacer acciones contra él.

## VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

**LEGITIMACION DE LOS HEREDEROS PARA Oponerse AL AUTO QUE ESTABLECE LA DECLARACION DE QUIEBRA** (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1983).

La viuda y los herederos del comerciante que han repudiado su herencia carecen de interés y no están legitimados por ello para impugnar el auto de declaración de quiebra de aquél (arts. 1.326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.028 del Código de Comercio de 1829).

**LEGITIMACION DE LOS ADMINISTRADORES ANTERIORES PARA Oponerse AL AUTO QUE DECLARA LA QUIEBRA DE LA SOCIEDAD** (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1984).

Los Administradores de la Sociedad Anónima están legitimados para oponerse al auto de declaración de quiebra de la entidad.

*QUIEBRA CULPABLE, SEGUN CAUSA 2.ª DEL ARTICULO 889, EN RELACION CON EL 871, AMBOS DEL CODIGO DE COMERCIO. EFECTOS PENALES (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1984).*

Según ya declaró esta Sala en Sentencia de 16 de mayo de 1956, ratificando lo ya indicado en la de 9 de octubre de 1929, a partir de la reforma (2) de que hizo objeto el antiguo texto del artículo 871, quedó virtualmente suprimido y derogado el número 2.º del artículo 889 y no cabe, por tanto, que pueda exigirse responsabilidad por su incumplimiento.

Según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 6 de julio de 1932, 6 de junio de 1934 y 12 de febrero de 1975, la decisión de proceder criminalmente contra el quebrado es improcedente, como contraria a derecho, cuando la culpabilidad se aprecie con apoyo en la causa 1.ª del artículo 889 del Código de Comercio, que de ser apreciada, exigía solamente responsabilidades civiles, toda vez que, a tenor de lo prevenido en el artículo 521 del Código penal, la sanción en este campo por causa de quiebra culpable se produce no por las causas prevenidas en el artículo 889 del Código de comercio, sino concretamente por las establecidas en el artículo 888 del mismo Cuerpo legal **mercantil**.

---

(2) Ley de 10 de junio de 1897, que sustituyó la primitiva obligación de manifestarse en quiebra, por la simple facultad de presentarse en suspensión de pagos, facultad reconocida posteriormente en la vigente Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922.

# LIBROS



CUESTA SÁENZ, JOSÉ MARÍA: *La acción publiciana*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1984.

Dice un ilustre compañero que en «mi mundo» hay diversas horas: la oficial, la de Canarias y la mía, que va mucho más retrasada que la última. Por eso él me llama «el tempranillo», y quizá por eso no he sabido madurar para traer a estas páginas la recensión de esta monografía. Yo lo he atribuido a nuestra ubicación generacional, que por una serie de razones históricas llegó tarde a muchos sitios, incluida la política. Son esas generaciones puente que soportan el paso por arriba y se quedan quietas viendo la corriente del río por abajo. Son generaciones que se levantan cuando las manillas del reloj coinciden con el horizonte, que han estado siempre propicias a la comprensión, que no fueron comprendidas por los viejos ni por los jóvenes, que heredaron dificultades y sufrimientos y que a la hora de la reivindicación no pueden ni alegar el derecho adquirido ni ejercitar la «acción publiciana», que, según CASTÁN, era «una especie de *reivindicatio utilis*, que en el Derecho romano protegió a los poseedores con justo título y buena fe, subsistente en el Derecho español anterior al Código, pero difícilmente encuadrable en el Derecho vigente».

Quizá por todo ello haya leído la monografía de JOSÉ MARÍA CUESTA SÁENZ, con la que se doctora con sobresaliente *cum laude* por la Universidad de Valladolid, con cierto apasionamiento viendo semejanzas en nuestra situación con esa «propiedad relativa» que trata de proteger la discutida acción publiciana. Claro que si puse apasionamiento en la lectura no debo dejar de reconocer el comprometido reto que la recensión implicaba, cuando el autor apunta por la revitalización de la acción publiciana dentro del principio de la «seguridad del tráfico jurídico». Recensionar no es lo mismo que criticar, y de ahí que aunque discrepe, deba hacerlo. La calidad de la obra y el minucioso y serio estudio que se desprende de la misma así lo exigen. Y, por si fuera poco, hay una razón sentimental que me une al prologuista de la obra (JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS), que es suegro del autor, y que cuando en el primer campamento de la milicia universitaria, en pleno campo de tierras de Zamora, nos ordenaban «barrer la compañía», me decía: «Mira, José Mari, que tener que barrer el campo...».

Aunque la obra tiene nueve capítulos, una introducción y unas conclusiones, aparte de notas bibliográficas, prólogo e índices, voy a tomarme la libertad (de las pocas libertades que van quedando) de reducir el contenido a una evolución histórica, al examen del Derecho comparado y el español y a las conclusiones que llega el autor. Es como si estuviésemos paseando por la calle de «la Libertad» de Valladolid.

### A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Antes de comenzar su investigación histórica, el autor, en una precisa introducción, sitúa al lector en torno a la temática que la acción publiciana ofrece, no sólo por su discutida supervivencia, sino por estar sistemáticamente inserta y a caballo entre las dos más importantes instituciones del Derecho civil: la propiedad y la posesión. Ya JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS apunta la razón histórica de la discusión al atribuir a la corriente codificadora del siglo XIX y a su conceptualismo racionalista el oscurecimiento de ciertos derechos, como el del «mejor derecho a poseer» propio de la acción publiciana. La tesis del autor, y con ello soslaya esa relación posesión-registro que él apunta, es que la acción publiciana no puede fundirse con la reivindicatoria ni viene a favorecer al poseedor frente al propietario, sino simplemente a permitir la atribución de la cosa por el Juez en favor de aquella titularidad dominical que resulte comparativamente mejor entre las que se hallen en litigio.

La evolución histórica acredita al autor como un serio investigador que maneja textos y los sabe utilizar con singular acierto. Su periplo arranca del concepto de propiedad en el Derecho romano arcaico, donde sitúa el concepto de «propiedad relativa». Los períodos preclásico y clásico marcan la aparición de nuevos remedios procesales específicos en cuanto a la tutela de los estados posesorios, y singularmente la creación de la acción *in rem publiciana*. Desarrollo postclásico y justiniano de la protección a la posesión de buena fe es el siguiente hito en el que se detiene el autor. Pasando luego al Derecho intermedio y al período anterior a la codificación.

### B. DERECHO COMPARADO Y DERECHO ESPAÑOL

En la exposición del Derecho comparado se parte del francés, donde el autor entiende que existe una protección de la propiedad relativa mediante la admisión de la prueba del dominio con base en presunciones dentro de la misma reivindicatoria. En el Derecho italiano queda reducida a un pronunciamiento meramente incidental, a efectos exclusivamente de la *legitimatio ad causam* en la acción reivindicatoria. En los Derechos austríaco y alemán, el autor no pasa de afirmar la subsistencia de los principios de la acción publiciana, y en el Derecho inglés, los remedios procesales, en los que la equidad se abre camino, hacen innecesaria la búsqueda de una acción específica para la tutela del dominio relativo. Argentina y Costa Rica son los dos ordenamientos en los que el autor trata de entresacar reminiscencias de la acción publiciana a través de la tutela petitoria del poseedor titulado y ciertos remedios posesorios.

El examen que hace del Derecho español lo centra en el comentario sobre el artículo 1.658, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la relación con la legislación hipotecaria, en la tutela del mejor derecho a poseer, en el Código Civil y en la exclusión de la acción publiciana en el campo de las acciones reales sobre bienes inmuebles. Completan su exposición las posturas negativas y afirmativas de la pervivencia de la acción publiciana, la doctrina del Tribunal Supremo admitiendo y configurando dicha acción y el rigor probatorio del dominio en la acción reivindicatoria. Tratar no solamente de resumir su postura, sino pasar por ella sin caer en la tenta-

ción de meterse en la discusión, me parece un poco fuerte, ya que el autor ha hecho que el recensionista haya templado mucho el arco y la flecha esté a punto de salir con una dirección determinada. Creo que lo prudente es sosegar la lectura, hacer la referencia y ya habrá tiempo de entrar *ad profundis* en el tema.

### C. CONCLUSIONES

Enlazo este apartado con lo que viene a ser la tesis que el autor mantiene en el capítulo que precede a las mismas, esto es, la opción sobre la pervivencia, conceptualización y delimitación de la acción publiciana en el Derecho español, basándose en que la regulación del Código Civil no obstaculiza la existencia de un verdadero derecho a poseer, derecho de naturaleza real, aunque no absoluto, con tutela petitoria que trasciende de la concedida a toda posesión por el artículo 446 del Código Civil. Igualmente toca el argumento de la imposibilidad de una prueba de dominio en la acción reivindicatoria con base en presunciones procesales. Termina con el examen de la situación de hecho, la configuración de la posesión protegida por la acción publiciana y los aspectos procesales. Trece son las conclusiones que se ajustan a todo el contenido de la monografía y que recorren los argumentos históricos, de Derecho comparado y del Derecho español.

Descubro, al hilo de esta recensión y en la busca de un trabajo sobre posesión, que el autor en su día me envió una separata de un artículo suyo sobre «Protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español», y en previsión de que no le hubiera dado las gracias, aprovecho la ocasión para el acuse de recibo y el envío del agradecimiento.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FERREIRA RUBIO, DELIA MATILDE: *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*. Editorial Montecorvo, 1984.

En mi vida he asistido solamente una vez a la lectura y defensa de una tesis doctoral en la Universidad, y ésta ha sido la que DELIA MATILDE FERREIRA hizo en la Complutense de Madrid en una mañana soleada del año 1983. Y allí se demostró lo que VALLET DE GOYTISOLO en el prólogo de la publicación de la tesis dice: «Había adivinado una personalidad firme, y al conocerla personalmente observé que esa firmeza es adornada de una expresión dulce y sonriente, unida a una rapidez de intelección y finura de análisis». La firmeza la demostró cuando uno de los miembros del Tribunal la apuntó dudosas interpretaciones y ella supo responder como si llevara «nardos apoyados en la cadera». La expresión dulce y sonriente es también cierta, pues siempre que la he visto o he comido con ella y con el profesor CASTÁN ha estado como si todas las cosas que yo contaba tuvieran gracia y todas mis críticas debieran disculparse. En sus preguntas o respuestas siempre vi la inteligencia y esa finura analítica de todo gran

jurista. En suma, DELIA MATILDE es de esas personas que por su fuerza humana se alejan de la imagen de la «persona jurídica».

Creo que no debo insistir más en esto ni añadir ninguna otra cosa, pues al contar a DELIA entre mis amigos la prudencia me aconseja que pase a la obra y deje de piropear a la autora. Además he observado que los piropos dichos a mujeres, aunque éstas sean juristas, engordan, y sé que a ella hay que cuidarla en este aspecto, pues le gusta la buena mesa y el buen vino. En la dedicatoria del ejemplar de esta obra con que la autora me obsequia hay una receta «para hacer placentera la vida».

Voy a respetar la estructura de la obra, que cuenta con diez capítulos, donde la autora, partiendo de la teoría general de los principios del Derecho, va examinando la buena fe en su concepto, contenido, dinámica, como criterio informativo, interpretativo, limitativo del ejercicio de los derechos, integrador, en el Derecho positivo y en su proyección futura. La obra, como ya hemos dicho, va prologada por VALLET DE GOYTISOLO, que hace en su introducción un análisis que ensombrece cualquier otro intento a este respecto, ya que al análisis del contenido le añade su propia aportación. Por eso pienso que lo mejor es que me pasee por la orilla de ésta «caudalosa monografía» y me convierta en espectador para ver cómo discurre la corriente de la problemática. No haré ni más ni menos que nuestra Ley Hipotecaria: exigir para la protección del tercero la buena fe, pero generosamente presumirla existente mientras no se demuestre lo contrario.

## I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Entiendo que había que arrancar con esta materia para luego elevar a rango de principio a la buena fe. Y en este arranque la autora demuestra una capacidad de síntesis, de tal manera que en pocas páginas da una versión completa de lo que la doctrina entiende por principio. Su postura, abiertamente vinculada a la opinión de Díez PICAZO, es considerar a los principios como normas en «la medida que significan o encarnan directivas para la actuación de los hombres en sus relaciones recíprocas». Los caracteres, las clasificaciones (la autora resulta ser poco propicia a la admisión de clasificaciones), las funciones (informadoras, interpretativas, de integración y de límite en el ejercicio de los derechos), la normatividad y su fundamento, así como la recepción de los principios por el Derecho positivo, son los temas que maneja con soltura para darnos su versión de los principios.

## II. CONCEPTO

La autora rotula este capítulo hablando de «aproximación a la buena fe». No sé si la terminología que utiliza tiene una determinada intención, pero «por estos pagos» aproximarse es pisar «el terreno de la verdad», y de ahí que a mí me parezca que lo que pretende es formular un concepto buscando entre las diversas nociones las clasificaciones que maneja, la postura de la concepción unitaria y la pregunta de si estamos ante un «standard» jurídico o un principio, un apoyo para la formación. Para la autora la buena fe no es un «standard» jurídico, sino un principio que funciona como elemento apto para el logro de la adecuación del Derecho a la realidad.

### III. CONTENIDO

La determinación del contenido de la buena fe hace entrar a la autora en ese campo filosófico que exige «la remisión a valoraciones más o menos generales y la remisión a criterios metajurídicos». En el desfile ordenado de resortes para fijar el contenido de este «concepto normativo indeterminado» estudia el aspecto ético, los valores jurídicos, la equidad, los usos, la universalidad e historicidad y el contraste de opiniones doctrinales.

### IV. LA DINÁMICA DEL PRINCIPIO

Es preciso, dice, lograr la fuerza ordenadora del principio, su virtualidad como directiva de conducta y como regla de comportamiento. Para ello parte de la distinción entre la buena fe objetiva y la subjetiva y lo que ella denomina normatividad de primer grado (buena fe directa o refleja) y normatividad de segundo grado o caracterizadora de un supuesto de hecho. La primera de dichas normatividades de la buena fe tiene como manifestaciones las que ya atribuyó a los principios: criterio informador, limitativo del ejercicio de los derechos, interpretativo y de integración. No se escapa a la autora —dice VALLET DE GOYTISOLO— la objeción de los posibles riesgos para la seguridad jurídica, pero ella replica: el positivismo apegado al legalismo estricto puede no conducir a la seguridad, sino a la estabilidad de lo injusto.

A mí me hubiera gustado que en esta «aproximación» (que así la califica la autora) hubiese *expuesto más*. Ella domina el tema de la seguridad y los conceptos paralelos, y ha sido una pena que no rematase la faena con esa faceta hipotecaria que sigue siendo reto. Ya se lo dijo un miembro de su Tribunal calificador. Yo, desde mi maceta hipotecaria, se lo hubiera agradecido.

### V. LA FUNCIÓN INFORMADORA

Se soluciona el contenido de este capítulo marcando debidamente las tres formas de actuación del principio en su función informadora y que ya señaló H. GIL: inspiración de normas positivas, mención del principio en las normas sin especificación y formulación detallada y específica del principio. Las consecuencias o efectos de la función informadora se proyectan en los siguientes capítulos.

### VI. EN EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN

Dice la autora que «la referencia a la buena fe entre los criterios de interpretación debe ubicarse dentro de los factores sociales y más específicamente entre los de orden moral». Los que hemos visto épocas de transición política y vemos cómo el orden moral se entiende de modo distinto en unas y en otras encontramos dificultades para admitir esa idea. Por este país ahora circula la idea de que toda norma tiene «lecturas diferentes», y eso me hace pensar en la ineficacia de esa proyección, dicho esto con todos los respetos, pues yo no he podido llegar aún a los cien años de honradez que otros predicán.

## VII. COMO CRITERIO LIMITATIVO DEL EJERCICIO DE DERECHOS

A tres grandes campos se refiere la autora: la figura del abuso del Derecho, la forma en que se ejercitan los derechos (toca los temas de la reciprocidad de la buena fe, la diligencia, la generalidad, etc.) y las consecuencias del principio en su doble vertiente de cumplimiento del mismo y violación.

## VIII. COMO CRITERIO INTEGRADOR

El capítulo ofrece al lector una síntesis clara y precisa del viejo problema de las lagunas del Derecho. La autora admite una integración supletoria y otra correctora ante la falta de norma (laguna originaria) o laguna sobreviniente, por mutación y precisa los efectos de la actuación de la buena fe como criterio integrador: la incorporación de deberes secundarios, determinación o medida de la prestación exigible, interacción jurídica de los sujetos, etc.

La seriedad del tema me impide hacer bromas sobre la materia, pero desde mi ángulo de jurista que controla la legalidad, debo de reconocer la existencia de lagunas, y, por supuesto, es la buena fe un elemento imprescindible para su integración. Desde mi ángulo de pescador también debo reconocer la existencia de lagunas, pero ahí la buena fe solamente me sirve para mantener la esperanza de la picada del pez.

## IX. LA BUENA FE EN EL DERECHO POSITIVO

Se examina la problemática del Derecho positivo acudiendo al Derecho comparado, al español y al argentino. En el primero recorre los Derechos inglés, alemán, ruso, italiano, etíope, húngaro, francés, suizo, griego, portugués, Repúblicas americanas y filipino. Específicamente se estudian el Derecho español y el argentino en esos cuatro apartados en que la buena fe se manifiesta: como criterio informador, en la interpretación, como límite del ejercicio de los derechos y como pauta de integración del contrato.

## X. PROYECCIÓN FUTURA

El punto final de este estudio monográfico lo constituye este capítulo, donde la autora, dominante e impuesta en la materia, afronta los temas de la seguridad jurídica y el cambio social y jurídico.

Debo creer en sus palabras cuando afirma que «es precisamente la buena fe la que recoge e introduce esa realidad informadora del Derecho». Yo cuando la conocí, allá en su ciudad natal de la Córdoba argentina, estaba rodeada de libros y de buena fe en el seminario de Derecho civil que dirigía el Catedrático de Derecho civil y buen amigo mío Luis Moisset.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, MIGUEL: *Informática jurídica documental*. Editorial Díaz de Santos, S. A. Madrid, 1984. Un tomo de 359 págs.

En el VI Congreso Internacional de Derecho Registral, recientemente celebrado en Madrid, se trató, entre otros, el tema del Derecho como condicionante de las técnicas del procesamiento de datos. Allí quedó claro que esta técnica aporta una utilidad incuestionable para ordenar y recopilar normas, doctrinas y jurisprudencia, todo ello imprescindible para el ejercicio de la profesión.

En la discusión quedaron patentes, sin embargo, dos puntualizaciones que en nuestro campo resultan insoslayables:

- La máquina no puede sustituir totalmente la actuación personal del jurista.
- Hay que respetar en todo caso la intimidad de la persona.

En cuanto a lo primero, flotaba en el ambiente lo que nuestro compañero PABLO VIDAL FRANCÉS calificó acertadamente de temor al «complejo del doctor Frankenstein», o sea, que si se diera demasiada beligerancia a la máquina, ésta podría ir apartando poco a poco a su creador hasta acabar machacándolo. Por eso se concluyó que si esta técnica es evidentemente útil como auxiliar del jurista, no puede suplirle en sus funciones más típicas, como la calificación, la interpretación y aplicación de las normas o de los principios generales del Derecho u otras que exigen una actuación profesional y personalísima.

También se señaló que peligraba la intimidad de la persona en cuanto que el conocimiento y la divulgación de los datos del ordenador puede dañar gravemente a muy respetables intereses si se procede a su publicación sin tomar las precauciones adecuadas.

Con estos dos condicionamientos se aceptó esta técnica, en cuanto facilita el trabajo en nuestras oficinas al practicarse con mayor rapidez y exactitud. En cambio la calificación del título inscribible y la expresión registral del contenido de los derechos inscritos deben reservarse en todo caso a la personal intervención del Registrador como jurista especializado.

El autor, MIGUEL LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Magistrado y profesor de la Facultad de Informática de Madrid, con una amplia bibliografía sobre la materia, empieza su libro diciendo que es un hecho que la informática jurídica está en un primer plano de la actualidad y son muchas las instituciones que hoy se ocupan de este trascendental tema. El libro trata tan sólo de la parcela documental de la informática y consta de una introducción y cinco partes, que trataremos de resumir y comentar.

### *Introducción: Cibernética e informática*

El vocablo cibernética procede del griego «Kibernetes», que significa el arte del gobierno del timonel, y según su moderna acepción, es la ciencia de la comunicación y del control en el hombre y en la máquina. La cibernética es el arte de realizar una acción; se ocupa de la disposición de las operaciones que son significativas para la realización de la acción, especialmente las que se relacionan con su preparación y resultados. De ahí que

sea definida la cibernética en su sentido más amplio como la ciencia de las regularidades generales de los procesos de control y transmisión de la información en máquinas, organismos vivos y sus conjuntos.

De las posibles facetas que ofrece la cibernética, el autor centra su estudio en la informática, que no es otra cosa que el conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información, o sea, la ciencia que tiene por finalidad almacenar y ordenar, según un tratamiento lógico y con criterio científico, todos los datos necesarios para la resolución del problema de que se trata.

La informática se va aplicando cada vez más a todas las ramas del saber humano y, por tanto, también a todas las áreas del Derecho. En este campo el autor distingue dos grandes grupos:

a) Informática jurídica de gestión, que trata de aplicar los principios informáticos a la actividad del trabajo en la oficina jurídica. Dentro de ella encuadra a la que llama informática registral, en la que se trata de facilitar a los diferentes usuarios los datos obrantes en los registros con mayor rapidez y facilidad de acceso que por métodos tradicionales. La ventaja de este sistema es que puede lograrse el dato de forma instantánea, aunque, como es natural, a través del necesario control y reserva.

b) Informática jurídica de ayuda a la decisión, en la que el ordenador facilita al jurista la información adecuada para ayudarle a adoptar una determinada decisión. Esta información se referirá fundamentalmente al tratamiento y recuperación de datos sobre legislación, jurisprudencia y bibliografía.

Partiendo del hecho moderno de la explosión documental y la masificación de la información jurídica se justifica la necesidad de la «iuscibernética» y la informática jurídica, que es su hermana menor. Esta no tiene más finalidad que la de un tratamiento interno para permitir una mejor información. Pero lo que no sabemos todavía —confiesa paladinamente el autor— es qué derivaciones pueden producirse cuando el Derecho esté sistematizado, cuando puedan compararse textos de muy diversas clases y origen, cuando se apliquen teorías matemáticas a la sistematización jurídica; esa incógnita se alza sobre la informática jurídica, y sólo el transcurso del tiempo puede demostrar a lo que se puede llegar.

### *Parte I. Sistemas de tratamiento de la información*

Hasta hace poco el único sistema de documentación y difusión de la información era el papel impreso en cualquiera de sus diferentes modalidades. Cuando el ordenador irrumpe en la vida cotidiana se varían notablemente los elementos para difundir la información.

En esquema, los escalones de que consta el nuevo sistema son los siguientes:

a) Entrada de la información en el ordenador, que requiere un trabajo previo de preparación adecuada para trasladar los documentos al soporte informativo.

b) Tratamiento de la información, que supone conocer el ordenador, la terminología, el material a utilizar y la forma en que se trabaja.

c) Recuperación de la información. La documentación incorporada al ordenador está destinada a ser conocida por cuantas personas la precisen, permaneciendo intacta y sin deterioro esa información en los archivos de almacenamiento de la máquina. La búsqueda de la información concreta deseada y la difusión selectiva de la misma es elemento importantísimo en todo sistema documental por medio de ordenadores.

## *Parte II. Lingüística aplicada*

La utilización del lenguaje normal en los ordenadores suscitó el problema de la búsqueda de soluciones adecuadas al tratamiento de la información y se recurrió a los sistemas tradicionales, como las clasificaciones bibliográficas. Pero esta utilización desvirtuaba prácticamente las posibilidades de la máquina. Se pensó entonces en la posibilidad de utilizar otros sistemas, como el método de los descriptores, es decir, definir el documento mediante palabras clave. A continuación el autor resalta la necesidad de un nuevo concepto de clasificación documental y presenta la evolución de sus sistemas, especialmente la clasificación por facetas y el del *thesaurus*. La base de este último es precisamente el descriptor o la palabra clave de carácter unívoco, y sobre la cual va a construirse toda la estructura del *thesaurus*.

El *thesaurus* es, en esencia, una serie de palabras correlacionadas y, en nuestra aplicación, una serie de descripciones que se relacionan siguiendo diferentes criterios. El *thesaurus* de descriptores es el anormal, cualquiera que sea su estructura.

El lenguaje descriptor es, pues, un metalenguaje destinado a facilitar la comunicación entre los documentalistas o analistas documentales y el ordenador y entre los usuarios y el mismo ordenador.

## *Parte III. El análisis documental*

En la entrada de datos al ordenador habrá que tener en cuenta que son tres los módulos tradicionales en la informática jurídica documental:

- La legislación.
- La jurisprudencia.
- La bibliografía jurídica.

Se comprende la enorme amplitud de estos tres campos, y esto lleva de la mano al problema del banco de datos único, o si es mejor, la existencia de varios bancos jurídicos. El banco único tendría la ventaja de utilizar un solo sistema informático con un acceso más simple a sus datos; en cambio, por su gran coste, podría caer en manos de un monopolio oficial sin competencia, con la posible sospecha de manipulación de datos y un presupuesto gigantesco.

## *Parte IV. El tratamiento de la información*

Esta parte tiene un contenido descriptivo, y en ella explica el autor las diversas partes del material informativo, empezando, como es natural, por el ordenador y su funcionamiento, con la organización de ficheros y bancos

de datos. Después, al exponer los sistemas informáticos de recuperación, dice que para el tratamiento de las bases de datos y obtener la información contenida en el ordenador se precisan determinados sistemas o lenguajes llamados interactivos.

Estos interactivos pueden ser específicos de cada usuario o generales; estos últimos son los sistemas creados por las casas fabricantes de ordenadores, pudiendo aplicarse a cualquier tipo. Cada uno de estos dos sistemas tiene sus propias ventajas e inconvenientes, que el autor detalla con el fin de orientar a los posibles usuarios, exponiendo a continuación las características fundamentales de los paquetes de las principales casas. Así detalla varios sistemas: Golem, Mistral, Unidas y Stairs.

#### *Parte V. La recuperación de información*

Aquí nos encontramos, inopinadamente, con cuestiones matemáticas al aparecer la teoría de los conjuntos, que resulta esencial para comprender el sistema lógico del tratamiento de la información. Cuando nuestros hijos nos hicieron asomarnos a este cabalístico campo al tener que repasar con ellos las lecciones correspondiente a EGB y el BUP no sabíamos, y ahora ya lo sabemos, en qué iría a parar todo ese lío de los conjuntos y subconjuntos y las teorías abelianas. Ahora vemos en este libro que para llegar a comprender las exigencias de la lógica simbólica y la estructura del álgebra de BOOLE, de plena utilización en informática, sobre todo cuando se trata de la recuperación de la información, es necesario hacer una incursión sobre la teoría de los conjuntos. Y el autor nos explica toda esa teoría en su aplicación directa a la informática, que, la verdad, encontramos un tanto complicada.

Nos dice que cuando una persona desea acudir al sistema para buscar una información, lo primero que debe determinar perfectamente qué es lo que quiere, cosa no fácil, ya que en toda pregunta existen elementos absolutamente esenciales, mientras otros son sólo relativamente importantes e incluso los hay accesorios. Por tanto, debe concebir el «modelo informacional». Ha de comprender que cuantos más elementos informacionales utilice, menos posibilidades de coincidencia con el documento existirán. Si desea una información muy completa corre el riesgo de obtener demasiados documentos (ruido), muchos de ellos no totalmente pertinentes; si desea una información muy pertinente o matizada puede ser que no logre ninguna información (silencio).

---

Aquí está, no muy bien resumido, lo que un lego en esta materia ha podido captar en un libro que presenta unos panoramas interesantísimos e insospechados en el campo jurídico. Con razón nos dice el autor en la introducción que durante decenios han sido los juristas los que más se han opuesto a la entrada de la mecanización en cualquier actividad relacionada con el Derecho, y no digamos nada de cualquier sistema que permita la comunicación a distancia de forma instantánea. Pero la realidad se va imponiendo poco a poco y la informática se va abriendo paso en las diferentes áreas del Derecho.

El autor cuenta con que esta utilización se generalice. Y para ese su-

puesto futuro dice que España no está en condiciones económicas de iniciar una serie de investigaciones paralelas sobre informática jurídica documental ni de establecer sistemas divergentes, sino que habrá de buscar una coordinación en los niveles de análisis documental y en la estructura de entrada de datos jurídicos no sólo por economía, sino porque quizá el día de mañana todos los bancos de datos jurídicos que ahora se creen puedan interconectarse o constituir un gran centro nacional.

Y aquí está, con los recelos que hemos señalado, pero como una realidad innegable, la informática en el Derecho. Sin ir más lejos, ya contamos con un ordenador funcionando en el Colegio de Registradores de la Propiedad que recoge datos de las mutaciones de inmuebles en nuestra Patria. El futuro ha comenzado.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

NÚÑEZ LAGOS, FRANCISCO: *Inversiones extranjeras (Régimen de adquisición y transmisión de bienes)*. Editado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1984. Un tomo de 865 páginas.

Si un libro es siempre útil, éste es imprescindible para quienes profesionalmente hemos de intervenir en las transacciones de toda clase, y especialmente las inmobiliarias, realizadas por extranjeros.

Aún recuerdo la perplejidad, rayana en el dolor de cabeza, que me produjo uno de los primeros documentos que hube de estudiar, días después de estrenar mi por entonces flamante función calificadora en el Registro de Sacedón. A un señor rumano, creo que se llamaba Radulescu o algo parecido, se le ocurrió comprar un terreno junto al pantano de Entrepeñas, que por entonces empezaba a ser urbanizado, y allí me tuvisteis, dándole vueltas y más vueltas al dichoso título, para desentrañar las dificultades que podrían surgir precisamente de la cualidad exótica del comprador.

Las cosas se complicaron más cuando tuve en otro Registro una zona costera de acceso restringido por razones militares; allí, en el puerto de Mazarrón, junto a más de una sociedad extranjera con tierras para urbanizar, adquirirían la mayoría de los chalets o parcelas unas señoras que solían ser, con enorme reiteración, suecas de nacionalidad, secretarias de profesión... y de estado divorciadas.

Y es que por mucha ciencia y práctica que se tenga en la materia de las transacciones entre extranjeros siempre le quedará a uno la duda de si se acierta o yerra en esta intrincada selva, que últimamente se ha oscurecido aún más con trabas económicas, administrativas y fiscales.

Por eso decimos al principio que este es ya un libro imprescindible. Constituye una magnífica guía de orientación en esta difícil parcela de la contratación, donde el autor consigue un pleno más. Es innecesario destacar la personalidad de FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS, y consideramos un gran acierto de los Colegios Notariales la edición de este libro, que viene a dotar de un utilísimo instrumento de trabajo tanto a Notarios y Registradores como a todos los profesionales del Derecho en general.

En el capítulo preliminar se contienen algunas ideas fundamentales para

introducirse en la cuestión, empezando por reseñar las disposiciones que la regulan, y que son, entre otras, las siguientes:

- Ley de Inversiones Extranjeras, texto refundido de 31 de octubre de 1974, y Reglamento de la misma fecha.
- Ley de Control de Cambios de 10 de diciembre de 1979, parcialmente modificada por la Ley Orgánica de 16 de agosto de 1983. El Decreto de 10 de octubre de 1980 determina los actos, negocios y operaciones sujetos a este control.
- Reales Decretos números 622 y 623, ambos de 27 de marzo de 1981, para adaptar la legislación de inversiones extranjeras a la de control de cambios.
- Por último son de gran interés varias Ordenes ministeriales y varias Resoluciones de la Dirección General de Transacciones Exteriores que conceden autorizaciones generales para efectuar determinadas inversiones extranjeras. Como más importantes hay que reseñar las Resoluciones de 25 de enero y 30 de julio de 1975 y la de 28 de abril de 1982.

Nos dice NÚÑEZ LAGOS que esta prolija legislación no contiene un concepto de inversión extranjera y trata de inducirlo del conjunto de sus normas. En principio parece, *per se*, un acto a título oneroso realizado por un sujeto extranjero. Pero el concepto se amplía y complica en cuanto que a veces comprende también actos a título gratuito o efectuados por sujetos de derecho que no son extranjeros. Esto se debe a la interferencia de la legislación sobre control de cambios, que tiene por finalidad controlar operaciones de las que puedan derivarse cobros o pagos entre España y el exterior.

Dada la complejidad de la materia, el autor opta al exponerla por tener en cuenta la cualidad del sujeto inversor, según que el adquirente sea una persona física extranjera residente en el extranjero o en España, una persona física española residente en el extranjero o una persona jurídica extranjera, sea privada o pública.

En el capítulo primero se estudia el régimen aplicable a los *extranjeros residentes en el extranjero*, es decir, a las personas físicas que reúnen la doble cualidad de ser de nacionalidad no española y de tener su residencia en país extranjero. Sobre la base de considerar tan sólo las inversiones a título oneroso, los elementos reales son dos: los medios de pago y los bienes que se adquieren. El autor expone con gran detalle dichos medios de pago con referencia a cada una de las inversiones; éstas pueden ser directas, de cartera, en inmuebles, empresariales y otras varias, señalando sus requisitos y regulación específica, que alcanza caracteres de variadísima casuística; quienes tengan interés o necesidad pueden ver en las páginas 44 y siguientes del libro que comentamos.

En lo que se refiere especialmente a la adquisición de inmuebles por extranjeros, cuando se trate de fincas rústicas de extensión superior a cuatro hectáreas de regadío o 20 de secano será precisa autorización administrativa individual, que ha de otorgar el Consejo de Ministros. En cuanto a las urbanas, se señalan varios casos en que se precisa la autorización administrativa, como la compra de hasta tres viviendas en el mismo inmueble, la de villas, chalets y viviendas de uso individual o familiar, la de

solares que no excedan de 5.000 metros cuadrados y otros. Fuera de estos casos excepcionales, parece prudente exigir la autorización.

Cuando las fincas se encuentren en zonas estratégicas o de Defensa Nacional, su legislación especial será la aplicable. Esta está formada por la Ley de 12 de marzo de 1975 y su Reglamento de 10 de febrero de 1978. La Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983 publica la relación de términos municipales afectados por estas limitaciones; dicha Orden contiene un apéndice donde se relacionan estos términos municipales, clasificados por Capitanías Generales, y dentro de cada una, por provincias y por distritos hipotecarios. Las restricciones a que están sometidos dichos bienes, según los artículos 37 y 41 del Reglamento, son dos: la necesidad de autorización militar previa y la obligatoriedad de inscribir la adquisición en el Registro de la Propiedad.

Como elementos formales de estas adquisiciones por extranjeros se señala la necesidad del documento público, ya que han de inscribirse en el Registro de Inversiones Extranjeras y además en el de la Propiedad si se trata de inmuebles. Además, en determinados supuestos hace falta la autorización administrativa, que puede ser de la Dirección General de Transacciones Exteriores, del Ministro de Economía o el de Defensa Nacional o del Consejo de Ministros, según los distintos casos. Por último hay que justificar la aportación dineraria que efectúe el inversor según dicha inversión sea exterior, en pesetas interiores y en algunos casos en pesetas ordinarias, lo que se explica detalladamente.

Según el artículo 18 de la Ley de Inversiones Exteriores, la inscripción en el Registro de la Propiedad será constitutiva para estos actos y contratos, que no tendrán eficacia alguna mientras no queden debidamente inscritos. Y en cuanto a las fincas sitas en las zonas militares, ya hemos visto que también lo ordena la Ley de 1975. Pero, con todos los respetos, no aceptamos la tesis del autor en este punto al opinar que aquí la inscripción es tan sólo obligatoria o necesaria pero no constitutiva; dice que en el Derecho español no existe esta figura ni siquiera en la hipoteca. Entendemos que su opinión, que intenta defender ampliamente y esforzadamente, se viene abajo ante la rotundidad de estas leyes especiales y la de los artículos 145 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil; el legislador ha querido decir, y lo ha dicho claramente, que estas inscripciones son constitutivas y no parece que haya mucho sitio para interpretaciones desviadas.

En el capítulo II se contemplan las inversiones de los *extranjeros residentes en España*. El criterio de la Ley de Inversiones Extranjeras de afectar a todas las realizadas por los no nacionales residentes en España se modifica por la Ley de Control de Cambios, que admite la sujeción de algunas, en conexión con la clase de patrimonio en que invierte el residente. Según dicha Ley y como dispone el Real Decreto 622 de 27 de marzo de 1981, no se consideran inversiones extranjeras las realizadas por los extranjeros en España con pesetas ordinarias. Así pues, el medio de pago que utiliza el extranjero residente es el primer elemento a tener en cuenta; si emplea capital exterior la inversión será extranjera; en caso contrario no lo será.

Partiendo de la posibilidad de efectuar los pagos en pesetas ordinarias o mediante capital exterior, estudia los distintos requisitos de las inversiones. Respecto a los inmuebles, NÚÑEZ LAGOS opina, según los casos, que:

- Las adquisiciones de fincas rústicas superiores a cuatro hectáreas de regadío o veinte de secano precisan autorización administrativa aunque se empleen en su compra pesetas ordinarias.
- Las de urbanas pagadas con pesetas ordinarias no tienen carácter de inversión extranjera.
- La legislación sobre zonas militares está dictada en consideración a razones militares y afecta siempre a los extranjeros aunque sean residentes.

El capítulo III contempla al *español residente en el extranjero*. La Ley de Inversiones Extranjeras afectaba a las inversiones efectuadas en España a los españoles que residen fuera de ella y sujetaba a control su patrimonio en el extranjero. No obstante, la Ley de Control de Cambios exceptúa de la regulación a éstos respecto al patrimonio constituido en España antes de su salida. El español residente en el extranjero podrá tener así un doble carácter, según los casos.

En todo caso, no tiene limitaciones en lo que se refiere a inmuebles si paga al contado y con dinero exterior. Si emplea pesetas interiores ha de atenerse a la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 23 de enero de 1975 y sólo puede comprar inmuebles destinados a su uso y disfrute. Por supuesto, no precisa de autorizaciones por razón de orden militar.

La Ley de Inversiones Extranjeras considera tales las realizadas en España por las *personas jurídicas extranjeras*. El capítulo IV de esta obra estudia ampliamente su concepto, la prueba de su naturaleza privada en general, de las entidades religiosas y de las personas jurídicas públicas.

En cuanto a la adquisición de inmuebles, se precisa siempre autorización administrativa individual, y se exige en el Real Decreto 623/1981 que el pago se efectúe precisamente mediante aportación dineraria exterior. Según la Resolución de la Dirección General de 20 de enero de 1975, las sociedades extranjeras que tengan sucursales en España podrán adquirir mediante pago de pesetas ordinarias inmuebles para uso exclusivo de las mismas, sin que su importe supere el capital asignado a tales sucursales.

En el capítulo V se estudia el régimen de las *sociedades españolas con participación de capital extranjero*, que tan sólo se refiere a algunas adquisiciones de dichas sociedades. Así, para adquirir inmuebles en zonas militares quedan sujetas a las restricciones establecidas para los extranjeros en la legislación especial, o sea, la autorización y la inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad.

La *transmisión onerosa de las inversiones extranjeras* es objeto del capítulo IV, donde se sienta que no está prohibida en modo alguno, aunque sí existen algunas limitaciones que se manifiestan en la necesidad de obtener autorización administrativa, bien para el acto traslativo mismo o para transferir al extranjero el importe obtenido. Todo ello es ampliamente analizado.

El capítulo VII y último del libro estudia las *adquisiciones gratuitas* por parte de extranjeros que no siendo inversiones, porque no hay onerosidad, quedan sujetas a esta legislación según la disposición adicional 4.ª de la Ley, precisándose autorización para que sus titulares transmitan dichos derechos o bienes o transfieran al extranjero sus rendimientos. La inscripción en el Registro de la Propiedad será necesaria en estas adquisiciones

si las fincas se hallan en zonas militares o si son rústicas que excedan de las superficies indicadas.

Y nada más. Quien tenga dudas que consulte este libro, pues allí estará con seguridad contestada de modo exhaustivo. La obra es completa y magistral.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SKINNER, QUENTIN: *The foundations of modern political thought*. Cambridge University Press, 1978. Dos volúmenes.

Este libro, a pesar de haber sido publicado recientemente, es uno de los de más prestigio en la producción científico-jurídica anglosajona actual y se puede encontrar profusamente citado en las obras más diversas. Puede decirse que constituye la fuente generalmente admitida de autoridad en los temas que trata. A mi juicio, es un libro impresionante por su profundidad, por el número de fuentes consultadas y tratadas (en sus ediciones originales), por agotar la bibliografía anglosajona (y mucha extranjera) y por lo ambicioso de sus fines. En la presentación del libro nos enteramos que el autor es un joven, y me atrevo a decir brillante, profesor de la Universidad de Cambridge (nacido en 1940), que ha permanecido por algún tiempo como profesor en Princeton (Estados Unidos), y que para la elaboración de su libro disfrutó de tres años de excedencia financiados por la editorial Penguin.

En un primer momento el libro llama la atención por su *estilo*. Es serio, frío, carente de la más mínima floritura y, sin embargo, impresionante por su profundidad y por la elegancia del lenguaje. La impresión que el libro pretende dar es la de un autor objetivo (sobre todo científico), que se limita a ser testigo del devenir de las ideas políticas. En las 305 páginas del primer volumen y en las 405 páginas del segundo volumen se asiste a un apretado discurrir de las doctrinas políticas que originan la modernidad, limitándose SKINNER a la sobria presentación de cada tratadista y al acotamiento de los puntos sustanciales de su pensamiento. El autor nos dice en la introducción que el objetivo del libro es presentar los principales textos desde el fin de la Edad Media hasta el comienzo de la época moderna para llegar a descubrir cómo se forma el concepto de Estado. Pero... ¡cuidado!... A mi juicio, esta declaración de principios, en vez de revelarnos el contenido del libro, sólo nos desvela el secreto de su estilo.

Según el autor, la vida política sienta los principales problemas para la teoría política, haciendo que un número determinado de cuestiones aparezca como problemático; y, en verdad, el autor quiere en todo momento llevar a nuestro ánimo la sensación de que no existe auténtica teoría política, sino sólo razones de oportunidad para justificar actitudes políticas. Sin embargo, a mi juicio, esta autopresentación de SKINNER, como testigo de una realidad que se proclama empírica, no se corresponde con la realidad del libro, pues éste es mucho más que pura presentación de textos inconexos; y, desde luego, el autor concibe la ciencia política, en un sentido muy hegeliano, como la idea de la política (o la política como idea). Los tratadistas y sus escritos se sitúan por SKINNER en su contexto ideológico (religioso,

político y social) como parte del desarrollo de la idea, y asistimos a la directa relación entre teoría política y práctica política. Lejos, pues, el libro de ser simplemente un conjunto de textos acotados, fríos e inconexos.

A mi juicio, SKINNER tiene una visión de la historia regida por la razón, en la que la teoría política es presentada como parte del desarrollo de las ideas. El autor nos desorienta cuando afirma recoger una sobria selección cronológica de textos políticos, pues el libro es en realidad una sucesión de textos políticos, cuidadosamente elegidos, como parte del devenir de las ideas. No es cierto que el autor piense, aunque lo diga, que toda la teoría política se funda en razones de oportunidad, sino lo que a mi juicio SKINNER realmente piensa es que la teoría política es una rama accesoria de la identidad ideológica del sistema, a la que se adapta necesariamente. Así pues, recházese la declaración de principios (sólo una sucesión de textos, la teoría política es sólo oportunismo político), que está destinada exclusivamente a desarmarnos ideológicamente, y a hacernos asumir —en nombre del empirismo científico-testifical— una visión dogmática *a priori* del mundo de la idea (que SKINNER intenta ocultar cuidadosamente bajo el velo de una ciencia sin ideales).

El libro estudia los fundamentos del pensamiento político moderno. Pero... ¿qué es lo moderno? El autor parte de una visión dogmática *a priori* de qué es lo moderno: toda la historia del pensamiento político se dirige (ciegamente, necesariamente) a «lo moderno». El libro quiere ser un mero «testigo» de ese devenir hacia lo moderno. Pero... ¿qué es lo moderno? En el horizonte del libro se nos anuncia un amanecer intelectual de la modernidad: JOHN LOCKE. Un culto ritual hacia LOCKE preside el libro; LOCKE, en sí mismo, no es estudiado; su cuasidivinidad apenas permite nombrarlo; cuando un teórico, de cualquier época o lugar, es apreciado, la razón última es ser precedente de LOCKE. El libro dice examinar la doctrina política desde fines de la Edad Media hasta fines del xvi, pero la presentación y selección de textos está presidida por un dirigirse hacia LOCKE, como identidad del espíritu de la verdad política en el mundo moderno. A mi juicio, la exaltación de LOCKE es algo más que interés científico: es casi creencia religiosa.

Según SKINNER, el pensamiento clásico greco-latino, y muy en especial los autores estoicos romanos, son una de las fuentes sustanciales del pensamiento político moderno; por ello, al Renacimiento dedica el autor el tomo I de su libro. Estudia en este contexto SKINNER las luchas políticas de las repúblicas ciudadanas italianas del Renacimiento, y nos presenta su contenido ideológico como un descubrimiento de la fe del hombre en sí mismo, y en que la virtud del hombre supera las inclemencias de la fortuna. A mi juicio, exagera hasta cierto punto SKINNER el papel de la doctrina estoica, y en su afán de poderle dedicar las páginas de todo un libro, atribuye excesiva importancia al papel desempeñado por las decadentes repúblicas italianas o a autores como MONTAIGNE (que poco tiene que ver con el pensamiento político); llega incluso a afirmar que la teoría del pacto social tiene origen estoico —en particular, refiriéndose a BUCHANAN (II, pág. 340)— o que el padre MARIANA está muy influido por el pensamiento estoico (II, pág. 346).

En el tomo II se estudia la trascendental influencia de la Reforma protestante, que es, según SKINNER, la segunda fuente del pensamiento político moderno. Expone detenidamente SKINNER el pensamiento de LU-

TERO, y tras ello, en un salto algo inexplicado entre lo religioso y lo secular (olvidándose del pensamiento de otros reformadores religiosos, como CALVINO, o la doctrina religiosa de los reformadores ingleses), nos presenta la superación del absolutismo (sin que parezca claro de dónde procede éste), que es elaborada fundamentalmente por autores calvinistas, y que está marcada por el desarrollo de las doctrinas sobre el derecho de resistencia. La conclusión de SKINNER es que los fundamentos del dogma de la soberanía popular fueron colocados al final de la Edad Media por los conciliaristas, y que las nuevas teorías sobre el Estado están ligadas a una nueva visión de la Iglesia. SKINNER dedica este segundo tomo al desarrollo lento y progresivo del concepto de soberanía popular en medio de las guerras de religión, fijándose en tres etapas claramente delimitadas: el neotomismo católico español, la justificación de la rebelión armada por los calvinistas radicales anglosajones y la doctrina hugonote en Francia (desarrollada para defender a las minorías calvinistas en un país católico). En todo este segundo tomo late una firme voluntad de exonerar a los calvinistas de la génesis de la teoría de la revolución y atribuírsela a los autores católicos; cada sociedad tiene su propio complejo histórico: la inglesa, sin duda, la decapitación de CARLOS I. ¿Cómo pudo llegar un pueblo civilizado a semejante barbarie? El segundo tomo del libro de SKINNER se cierra con la afirmación —de alto significado simbólico del contenido del libro— de que CROMWELL ejecutó al rey siguiendo las doctrinas del jesuita padre MARIANA. (También BUCHANAN, aunque no es lo mismo, según SKINNER, porque BUCHANAN es el padre de la teoría de la soberanía popular y los españoles no hemos participado en el origen de las ideas democráticas del mundo moderno.)

Yo quiero adelantar ahora que, a mi juicio, esta dualidad de orígenes del pensamiento político moderno (el estoicismo y el protestantismo) olvida algunos precedentes decisivos y trascendentales de la modernidad. Por ejemplo, la trascendental influencia del pensamiento árabe en la génesis de lo que SKINNER llama la modernidad; sobre el pensamiento árabe sólo existe una secundaria cita (I, pág. 49) a las traducciones latinas de ARISTÓTELES a través del califato de Córdoba. Tampoco trata SKINNER la fuerte tradición monárquica de la escolástica clásica, de la que sólo recoge de forma harto risueña y festiva, y desarraigada de sus orígenes escolásticos, la postura de sir ROBERT FILMER (por la importancia que le da el propio LOCKE) dando por descontado que LOCKE la superó definitivamente. Del pensamiento escolástico clásico sólo se molesta SKINNER en dejar claro —poniendo la crítica en boca de LORENZO VALLA (I, pág. 107)— su falta de sentido práctico, mientras presenta el humanismo y la tradición republicana de las ciudades-estado italianas como el renacimiento de la edad de oro de la antigüedad ocultada por el oscurantismo escolástico (I, pág. 110). Tampoco trata SKINNER, entre los precedentes de lo que él llama pensamiento moderno, la trascendental influencia del judaísmo en la formación de las categorías políticas de los tratadistas puritano-calvinistas anglosajones.

De todas maneras, estas críticas han de considerarse *peccata minuta* ante los méritos de la Obra. Para quien dude de que la identidad europea es fundamentalmente protestante —seguramente calvinista—, y que se forma en oposición antiespañola y anticatólica, la lectura (atenta, reposada y crítica) del libro de SKINNER es sumamente ilustrativa. No se puede de-

cir (y mentiría el que lo dijera) que el libro de SKINNER —y su fría aparien-  
cia— sea antiespañol; muy al contrario, parte de reconocer (lo que no  
hacen muchos españoles) la decisiva influencia de la escuela española en  
el origen, fundamento y desarrollo del racionalismo protestante en el que  
se encuadra la modernidad; pero lo que sí es evidente es que SKINNER parte  
de unos *a priori* dogmáticos en oposición a la escuela española, y que  
(¡aún!), lo cual es indigno de un intelectual moderno, las hormigas le pa-  
sean por la espalda mientras estudia la escolástica española. Veamos  
algunos ejemplos: presenta a la escuela española —y particularmente a los  
jesuitas— como sostenedores de las «ambiciones absolutistas del papado»  
(II, pág. 145); los católicos son acusados de la sola responsabilidad de las  
guerras de religión (II, pág. 189); recuerda sólo las persecuciones católicas  
de Inglaterra (II, 190) (olvidando la matanza de más de medio millón de  
irlandeses a manos protestantes, las matanzas de católicos —especialmente  
jesuitas, como E. CAMPION, héroe de leyenda— o las periódicas exportacio-  
nes a las colonias de puritanos disidentes); la única persecución que cali-  
fica de «salvaje» es la de los españoles en Holanda (II, pág. 215); sólo se  
acuerda de la intervención armada de las tropas españolas para recordar  
que impusieron una dictadura en Florencia (dos veces: I, pág. 115; I, pági-  
na 144); sólo emplea la ironía para mofarse de los tratadistas españoles  
(como cuando expone las ideas de DE SOTO: II, pág. 39); presenta a los  
jesuitas en perpetuo conflicto con los dominicos; y tras una interesante  
exposición sobre el Concilio de Trento se ve en la obligación de lamentar  
la intransigencia de su doctrina que evitó la unión de los protestantes  
(II, pág. 148) (sin duda, SKINNER hubiese considerado inteligente y moder-  
no que los padres conciliares dedicasen las sesiones a LUTERO y CALVINO  
para reconocer lo afortunado y progresista de sus ideas). El punto culmi-  
nante, a mi juicio, es la polémica que SKINNER, habitualmente frío, inicia  
con SUÁREZ (II, pág. 159); SUÁREZ resulta así uno de los pocos autores  
«criticados», por un libro que adopta el tono severo-intelectual de un  
simple «testigo» de la historia de las ideas. SKINNER afirma no poder en-  
tender que defendiendo SUÁREZ que el hombre es libre, pueda luego des-  
arrollar una teoría de la estructura social en la que se justifica que el  
hombre sea esclavo; por tanto, toda la obra de SUÁREZ sería —aunque,  
evidentemente, SKINNER no lo dice así de claro— una imposición de las  
cadenas en nombre de la libertad. A mi juicio, esta crítica de SKINNER  
a SUÁREZ es muy similar a la de NIETZSCHE y MARX de toda estructura  
social (y de todo concepto), y es curioso que sólo se le ocurra a SKINNER  
para criticar a SUÁREZ, y no a las teorías individualistas protestantes del  
pacto, social (por ejemplo, la de LOCKE) sobre las que se fundamenta el  
liberalismo. A SUÁREZ le es difícilmente atribuible esa crítica, pues parte  
de la naturaleza social del hombre —y no individual y solitaria, como el  
protestantismo—, y, además, el principio de subsidiariedad es un mecanis-  
mo real de control del poder que no posee el radicalismo calvinista de  
LOCKE o el iusliberalismo. SKINNER no ha llegado a asumir el principio  
escolástico de que el hombre no es libre como individual, sino como parte  
de la verdad (esto significa la naturaleza social del hombre); por eso, en  
la visión de SUÁREZ, el derecho natural no es sino la verdad proyectada  
en la historia y en el tiempo, que el hombre está llamado a descubrir con  
su razón, porque ésa es, probablemente, la razón de la historia. Junto con  
esta crítica de SKINNER a SUÁREZ, que ciertamente yo estimo salida de

tono, no se puede negar que algunas críticas de SKINNER a la escolástica española son brillantes y fundadas, en particular, cuando presenta a la escuela española como muy influida por el nominalismo (II, pág. 176) (lo cual es indudable, a mi juicio, tanto en la nueva concepción del Estado como en la noción subjetivista del Derecho; los conflictos entre Iglesia y Estado que se vivieron en el imperio español, especialmente en América, hubiesen sido inexplicables en el mundo medieval).

Un último y pequeño error de matiz quisiera destacar en el libro: afirma SKINNER (II, pág. 175) que la separación Iglesia-Estado es un principio secular; a mi juicio, por el contrario, la auténtica separación entre Iglesia y Estado es propia de la filosofía escolástica clásica, pues la Reforma niega la separación al someter la Iglesia al Estado y al hacer de las creencias y de la organización religiosa una función pública.

En conclusión, un libro extraordinario, pero frío, que contiene lo mejor del pensamiento británico contemporáneo, y que es muy significativo de la autoconciencia nacional moderna de los anglosajones. Nos da el libro una visión de Inglaterra como pueblo creador y protagonista de la modernidad, favorece y sólo reconoce una identidad política republicana, presupone un origen calvinista de toda la teoría política moderna, desarrolla un pensamiento calvinista secularizado de la vida política y se autoproclama heredero de los valores aristocráticos de la tradición estoica del Derecho romano. El defecto fundamental del libro, a mi juicio, estriba en que al intentar fundamentar el *pedigree* estoico y protestante de lo inglés (y lo europeo), olvida algunos de los orígenes trascendentales del mundo moderno. En particular, a mi juicio, la carencia trascendental del libro es no tener en cuenta la relación que existe entre el pensamiento político de la Reforma y la filosofía del Islam; así, la epistemología nominalista procede del *Kalam al Ashari*, y la confusión de política y religión, la negación del libre albedrío, la salvación por la fe y no por las obras, el predestinacionismo, etc..., aunque son valores protestantes, han sido desarrollados en la filosofía medieval islámica. Sobra, pues, en el libro tanta referencia a las repúblicas italianas del Renacimiento, y no estaría de más recoger el pensamiento filosófico y religioso del Islam (y también el judío, que influye particularmente en el calvinismo puritano británico). Un último defecto, que no es el menor, es un pretencioso estilo empírico, que se pretende carente de ideales (y, por tanto, rigurosamente objetivo), y que encubre en realidad un radicalismo e intransigencia de lo pretendidamente científico.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI

